MANUAL DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL

Christian Guzmán Napurí

PACIFICO editores

2013

CHRISTIAN GUZMÁN NAPURÍ

MANUAL DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL

Comentarios ▪ Modelos prácticos ▪ Diagramas y flujogramas ▪ Actualizado con la normativa vigente

PACIFICO editores

INSTITUTO
PACÍFICO

MANUAL DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL

Autor:
Christian Guzmán Napurí

Primera Edición - Junio 2013

Copyright 2013 : Instituto Pacífico S.A.C.

Diseño, Diagramación y Montaje:
Luis Ruiz Martínez
Georgina Condori Choque
Ricardo De la Peña Malpartida
Pedro Luis Miranda De la Cruz
Billy Solano Anchante

Edición a cargo de : © Instituto Pacífico S.A.C. - Año 2013
para su sello editorial Pacífico Editores
Jr. Castrovirreyna N° 224 - Breña
Central: 332-5766
E-mail: preprensa@aempresarial.com

Tiraje: 3,500 ejemplares

Registro de Proyecto Editorial : 11501051300442

ISBN : 978-612-4118-59-3

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° : 2013-07802

Impresión a cargo de: Pacífico Editores S.A.C.
Jr. Castrovirreyna N° 224 - Breña
Central: 330-3642

Derechos reservados conforme a la Ley de Derecho de Autor.
Queda terminantemente prohibida la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, químico, óptico, incluyendo el sistema de fotocopiado, sin autorización escrita del autor e Instituto Pacífico S.A.C., quedando protegidos los derechos de propiedad intelectual y de autoría por la legislación peruana.

INTRODUCCIÓN

La adecuada regulación del funcionamiento de la Administración Pública, así como de la tramitación del procedimiento administrativo es de importancia medular para el derecho público en general y el derecho administrativo en particular. Ello porque la reglamentación de dichas materias debe asegurar la obtención de este delicado equilibrio que debe existir entre los intereses de los administrados y el llamado interés general, concepto este último que tiende a identificarse con los de interés público o bien común, y que consiste en aquello que beneficia favorablemente a la colectividad en su conjunto. Preferimos emplear el término interés general, que es el que permite definir mejor cómo es que debe emplearse el derecho administrativo.

En este orden de ideas, la finalidad del ordenamiento del funcionamiento de la Administración Pública y del procedimiento administrativo es muy clara, puesto que se pretende establecer el régimen jurídico aplicable para que la actuación de la Administración Pública sirva para la protección del interés general, buscando de esta manera —al mismo tiempo— garantizar los derechos e intereses de los administrados, y con sujeción al ordenamiento constitucional y jurídico en general[1]. Ello se ha hecho aún más evidente con la promulgación de la Ley N.º 29060, Ley del Silencio Administrativo; así como del Decreto Legislativo N.º 1029[2], de más reciente data, y que modifica ambas normas legales, con la finalidad de mejorar la regulación que estas contienen, con resultados más bien mixtos, como vamos a acreditarlo en el presente trabajo.

En consecuencia, el derecho administrativo se encuentra ante la desaparición de un paradigma, que es el de la preferencia del interés general sobre los intereses de los administrados, que permite que dichos intereses sean tutelados de manera simultánea por la Administración Pública; a través del sometimiento de esta a los principios propios del Estado de derecho.

---

1 Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General:
Artículo III.- Finalidad
La presente Ley tiene por finalidad establecer el régimen jurídico aplicable para que la actuación de la Administración Pública sirva a la protección del interés general, garantizando los derechos e intereses de los administrados y con sujeción al ordenamiento constitucional y jurídico en general.

2 Decreto Legislativo emitido al amparo de la Ley N.º 29157, que delega en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar sobre materias específicas, con la finalidad de facilitar la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos y su Protocolo de Enmienda.

Originalmente, la Administración Pública —en especial, aquella más influida por la corriente europeo-continental del derecho público— gozaba de amplias facultades, que le permitían un dominio más o menos claro sobre los administrados, como la potestad reglamentaria o la autotutela, entre otros. Este dominio originaba, en no pocas oportunidades, que la Administración actuara sin tomar en cuenta los derechos e intereses de los particulares, comportándose entonces de manera arbitraria[3]. Como resultado, el derecho administrativo debía otorgar ciertas prerrogativas especiales a los particulares que les permitan cierto equilibrio respecto a las facultades de subordinación que mostraba la Administración.

En primer término, debe tenerse en cuenta un principio tan importante como el de la Primacía de los Derechos Fundamentales, nacido en los albores del constitucionalismo moderno y componente primordial de lo que conocemos como Estado de Derecho. Esta primacía implica, por lo menos para el sistema democrático liberal moderno, que los derechos fundamentales deben ser preferidos sobre cualquier otro bien jurídico que no goce de dicha categoría[4]. Ello evidentemente no puede ser desconocido por el accionar de las entidades públicas.

Por otro lado, es evidente que la Administración Pública tiene como finalidad primordial la satisfacción del interés general, a través de los mecanismos que el ordenamiento jurídico le facilita. La función administrativa constituye, como veremos seguidamente, la plasmación de dicha búsqueda de tutela de los intereses de la colectividad, que es como se define al interés general; cuya definición no es obvia, sino que requiere de una construcción jurídica. Esta resulta ser la función más amplia que se utiliza en la esfera pública, que además no se restringe al Estado, sino que incluso puede ser ejercida por los particulares.

Sin embargo, la función que venimos describiendo debe regularse adecuadamente, a fin de establecerse de manera acorde con el ordenamiento jurídico propio del Estado de derecho. el derecho administrativo, como rama del derecho público interno, está compuesto por normas jurídicas que regulan la actividad administrativa del Poder Ejecutivo, la actividad materialmente administrativa del Poder Judicial, del Poder Legislativo, los organismos constitucionales autónomos, los entes descentralizados territorialmente —gobiernos locales y regionales— y los entes públicos no estatales. Es su tarea arbitrar los cauces jurídicos necesarios para la defensa de los derechos colectivos, asegurando la realización de los intereses comunitarios, pero con respeto a los intereses y derechos de los particulares.

Además, el derecho administrativo, al regular el funcionamiento de la Administración Pública y el procedimiento administrativo, propende al bienestar general, puesto que permite que el administrado acceda con mayor facilidad —y por ende,

3 Un texto de especial importancia para entender esto es González Pérez, Jesús, *Administración pública y libertad*, UNAM, México D.F., 2006.

4 Sobre el particular: Laporta, Francisco, "Sobre el concepto de derechos humanos", en *Doxa* 4, Universidad de Alicante, Alicante, 1987, pp. 36 y ss.; Rawls, John, *Teoría de la justicia*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1995, pp. 67-69. También: Guzmán Napurí, Christian, "El principio de preferencia por los derechos fundamentales: un intento de fundamentación lógica", en *Revista Jurídica del Perú*, N.º 27, Trujillo, 2001.

a un menor costo— a la Administración Pública. Ello a su vez permite reducir la informalidad, que genera desarrollo económico y social, en especial en un país en el cual la ausencia de formalidad es muy alta, que ímpide la incorporación a la legalidad de un conjunto muy alto de personas, naturales y jurídicas.

Es por ello que la Ley de Procedimiento Administrativo General, así como sus normas conexas, consagra principios de aplicación inmediata, no solo al procedimiento administrativo como tal, sino también a todo el Derecho Administrativo en general. Ejemplos pueden encontrarse a nivel del principio del debido procedimiento —tributario directo del derecho al debido proceso en sede administrativa—, el principio de impulso de oficio, el principio de razonabilidad, el principio de imparcialidad, el principio de informalismo o el principio de presunción de veracidad.

Finalmente, la Administración debe adecuarse al denominado principio de legalidad. En el Estado de derecho se ubica a la Administración como esencialmente ejecutiva, encontrando en la ley su fundamento y el límite de su acción[5]. Es una Administración sometida al Derecho y, aunque está habilitada para dictar reglas generales, estas están subordinadas a la ley[6]. El principio de legalidad es el pivote del derecho administrativo —y del derecho público en general—, dado que sin el mismo toda la normativa administrativa, así como la doctrina sobre el particular, carecerían por completo de razón de ser.

Las normas administrativas, y en especial la Ley de Procedimiento Administrativo General, regulan el accionar de la Administración Pública sobre la base de principios generales; establecen una adecuada regulación de un elemento básico en el derecho público que es el acto administrativo; señalan una amplia normatividad sobre el propio procedimiento administrativo, su iniciación, ordenamiento, instrucción, terminación y la ejecución de las resoluciones administrativas, al amparo del principio de ejecutoriedad. Asimismo, la Ley precisa importantes preceptos respecto a los procedimientos de revisión que realiza la Administración, operen estos a pedido de parte o de oficio.

Por otro lado, la Ley de Procedimiento Administrativo General regula de manera general procedimientos especiales de particular importancia en la Administración Pública moderna, como son el procedimiento trilateral y el procedimiento sancionador. Finalmente, la norma materia de estudio establece normativa precisa

5 Sobre el particular es pertinente ver: Beladiez Rojo, Margarita, "La vinculación de la Administración al derecho", en *Revista de Administración Pública*, N.º 153, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2000.

6 Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General:

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

1.1. Principio de legalidad. Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

(...).

correspondiente a la responsabilidad de la Administración Pública —desterrando definitivamente aquella concepción monárquica que pretendía asegurar que el Estado no era susceptible de cometer errores— y respecto a la responsabilidad del personal que trabaja para ella.

Finalmente, la celebración del Acuerdo de Promoción Comercial con los Estados Unidos ha dado lugar a la emisión de un conjunto de decretos legislativos al amparo de la Ley N.º 29157, destinados a implementar dicho acuerdo —también llamado Tratado de Libre Comercio o TLC— entre los que se encuentra el Decreto Legislativo N.º 1029, pero que también incluye normas que han modificado sustancialmente el funcionamiento de la Administración Pública en su conjunto, hecho que evidentemente no puede ser dejado de lado. Dichas modificaciones incluyen la regulación de diversos sistemas administrativos, normas sectoriales en diversas materias, la reforma de normas procesales —particularmente las referidas al proceso contencioso administrativo— e incluso la reforma de la estructura y funciones de la Administración Pública.

En este orden de ideas, el presente trabajo tiene por finalidad hacer posible un análisis de los temas generales relativos al funcionamiento y estructura de la Administración Pública, así como las instituciones jurídicas que conforman el estudio del procedimiento administrativo, en el marco de las diversas normas legales de la materia, en especial la Ley de Procedimiento Administrativo General y la Ley del Silencio Administrativo. La perspectiva del estudio es amplia, puesto que incluye no solo la doctrina y la jurisprudencia más importante sobre el particular, sino además el apoyo de otras ramas del saber humano, como la gestión pública —de especial relevancia para determinar jurídicamente la organización de la Administración—, la ciencia política, la economía, e incluso, la filosofía política y la sociología.

Christian Guzmán Napurí

ABREVIATURAS Y NORMAS CITADAS EN ESTA OBRA

CAP	Cuadro para Asignación de Personal.
CEPLAN	Centro Nacional de Planeamiento Estratégico.
CIAEF	Comisión Interministerial de Asuntos Económicos y Financieros.
CIAS	Comisión Interministerial de Asuntos Sociales.
COES	Comité de Operación Económica del Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (ver *Ley Nº 28832*).
COSEP	Consejo Superior del Empleado Público.
DCF	Disposición Complementaria Final.
D. Leg. Nº 276	Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público (24 de marzo de 1984).
D. Leg. Nº 604	Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Estadística e Informática (3 de mayo de 1990).
D. Leg. Nº 728	Ley de Fomento del Empleo (12 de noviembre de 1991).
D. Leg. Nº 757	Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada (13 de noviembre de 1991).
D. Leg. Nº 776	Ley de Tributación Municipal (31 de diciembre de 1993).
D. Leg. Nº 955	Decreto Legislativo que regula la Descentralización Fiscal (5 de febrero de 2004).
D. Leg. Nº 969	Modifican el Texto Único Ordenado del Código Tributario aprobado por Decreto Supremo Nº 135-99-EF y modificatorias (24 de diciembre de 2006).
D. Leg. Nº 1014	Decreto Legislativo que establece medidas para propiciar la inversión en materia de servicios públicos y obras públicas de infraestructura (16 de mayo de 2008).
D. Leg. Nº 1017	Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado (4 de junio de 2008).
D. Leg. Nº 1023	Decreto Legislativo que crea la autoridad nacional del servicio civil, rectora del sistema administrativo de gestión de recursos humanos (21 de junio de 2008).
D. Leg. Nº 1024	Decreto Legislativo que crea y regula el cuerpo de gerentes públicos (21 de junio de 2008).
D. Leg. Nº 1029	Decreto Legislativo que modifica la Ley del Procedimiento Administrativo General - Ley Nº 27444 y la Ley del Silencio Administrativo - Ley Nº 29060 (24 de junio de 2008).
D. Leg. Nº 1031	Decreto Legislativo que promueve la eficiencia de la actividad empresarial del Estado (24 de junio de 2008).
D. Leg. Nº 1033	Ley de organización y funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - Indecopi (25 de junio de 2008).
D. Leg. Nº 1034	Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (25 de junio de 2008).
D. Leg. Nº 1044	Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal (26 de junio de 2008).
D. Leg. Nº 1057	Decreto Legislativo que regula el régimen especial de contratación administrativa de servicios (28 de junio de 2008).
D. Leg. Nº 1067	Decreto Legislativo que modifica la Ley Nº 27584, Ley que regula el proceso contencioso administrativo (28 de junio de 2008).
D. Leg. Nº 1068	Decreto Legislativo del Sistema de Defensa Jurídica del Estado (28 de junio de 2008).
D. Leg. Nº 1071	Decreto Legislativo que norma el arbitraje (28 de junio de 2008).
D. Leg. Nº 1088	Ley del Sistema Nacional de Planeamiento Estratégico y del Centro Nacional de Planeamiento Estratégico (28 de junio de 2008).
D. Leg. Nº 1091	Decreto Legislativo que promueve los servicios especializados en elaboración de estudios de preinversión y evaluación de proyectos de inversión pública, y que modifica la Ley Nº 27293, Ley del Sistema Nacional de Inversión Pública (28 de junio de 2008).
D. Ley. Nº 17537	*De la Representación y Defensa del Estado en Juicio* (27 de marzo de 1969). Derogado por el Decreto Legislativo Nº 1068 (28 de junio de 2008).
D. Ley. Nº 20316	Ley Orgánica del Instituto Nacional de Administración Pública (12 de diciembre de 1973).

D. Ley. Nº 25650	Crean el Fondo de Apoyo Gerencial al Sector Público (12 de agosto de 1992).
D. Ley. Nº 25868	Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - Indecopi (24 de noviembre de 1992).
D. Ley. Nº 26111	*Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos* (30 de diciembre de 1992). Derogada por el num. 1 de la 6ª DCF de la Ley Nº 27444 (11 de abril de 2001).
D.S. Nº 070-89-PCM	*Reglamento de la Ley de Simplificación Administrativa* (2 de setiembre de 1989). Derogado por el num. 2 de la 6ª DCF de la Ley Nº 27444 (11 de abril de 2001).
D.S. Nº 005-90-PCM	Aprueban el Reglamento de la Carrera Administrativa (18 de enero de 1990).
D.S. Nº 002-94-JUS	*Texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos* (31 de enero de 1994). Derogado por el num. 1 de la 6ª DCF de la Ley Nº 27444 (11 de abril de 2001).
D.S. Nº 003-97-TR	Texto Único Ordenado del D. Leg. Nº 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral (27 de marzo de 1997).
D.S. Nº 034-2001-PCM	Establecen procedimientos mediante los cuales el FONAFE delimita y autoriza el desarrollo de actividades empresariales que con carácter subsidiario realiza el Estado (18 de julio de 2001).
D.S. Nº 088-2001-PCM	Establecen disposiciones aplicables a las Entidades del Sector Publico para desarrollar actividades de comercialización de bienes y servicios y efectuar los cobros correspondientes (14 de diciembre de 2007).
D.S. Nº 066-2003-PCM	Fusionan la Subjefatura de Informática del Instituto Nacional de Estadística e Informática - INEI y la Presidencia del Consejo de Ministros, a través de su Secretaría de Gestión Pública (28 de junio de 2003).
D.S. Nº 043-2003-PCM	Aprueban Texto Único Ordenado de la Ley Nº 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública (24 de abril de 2003).
D.S. Nº 043-2004-PCM	Aprueban lineamientos para la elaboración y aprobación del Cuadro para Asignación de Personal - CAP de las Entidades de la Administración Pública (18 de junio de 2004).
D.S. Nº 033-2005-PCM	Aprueban Reglamento de la Ley del Código de Ética de la Función Pública (19 de abril de 2005).
D.S. Nº 043-2006-PCM	Lineamientos para la elaboración y aprobación del Reglamento de Organización y Funciones - ROF por parte de las entidades de la Administración Pública (26 de julio de 2006).
D.S. Nº 027-2007-PCM	Define y establece las Políticas Nacionales de obligatorio cumplimiento para las entidades del Gobierno Nacional (25 de marzo de 2007).
D.S. Nº 079-2007-PCM	Decreto Supremo que regula la fiscalización posterior aleatoria de los procedimientos administrativos por parte del Estado (14 de diciembre de 2007).
D.S. Nº 096-2007-PCM	Decreto Supremo que regula la fiscalización posterior aleatoria de los procedimientos administrativos por parte del Estado (14 de diciembre de 2007).
D.S. Nº 075-2008-PCM	Reglamento del Decreto Legislativo Nº 1057, que regula el régimen especial de contratación administrativa de servicios (25 de noviembre de 2008).
D.S. Nº 064-2010-PCM	Decreto Supremo que aprueba la metodología de determinación de costos de los procedimientos administrativos y servicios prestados en exclusividad comprendidos en los Textos Únicos de Procedimientos Administrativos de las Entidades Públicas, en cumplimiento del numeral 44.6 del artículo 44 de la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (5 de junio de 2010).
D.S. Nº 007-2011-PCM	Decreto Supremo que aprueba la Metodología de Simplificación Administrativa y establece disposiciones para su implementación, para la mejora de los procedimientos administrativos y servicios prestados en exclusividad (28 de enero de 2011).
D.S. Nº 023-2011-PCM	Reglamento de la Ley Nº 29622, "Reglamento de infracciones y sanciones para la responsabilidad administrativa funcional derivada de los informes emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control" (18 de marzo de 2011).
D.S. Nº 004-2013-PCM	Aprueba la Política Nacional de Modernización de la Gestión Pública (9 de enero de 2013).
D.U. Nº 020-2006	Dictan Normas de Austeridad y Racionalidad en el Gasto Público (12 de agosto de 2006).
D.U. Nº 099-2009	Establecen como días hábiles para el cómputo de determinados plazos administrativos a los días sábados, domingos y feriados no laborables (22 de octubre de 2009).
FAG	Fondo de Apoyo Gerencial al Sector Público.
FONAFE	Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado.

INAP	Instituto Nacional de Administración Pública.
INDECOPI	Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y la Protección de la Propiedad Intelectual.
INEI	Instituto Nacional de Estadística e Informática.
Ley	Ley del Procedimiento Administrativo General (Ley Nº 27444, de 11 de abril de 2001).
Ley Nº 23733	Ley Universitaria (17 de diciembre de 1983).
Ley Nº 24041	Servidores públicos contratados para labores de naturaleza permanente, que tengan más de un año ininterrumpido de servicios, no pueden ser cesados ni destituidos sino por causas previstas en el Capítulo V del Decreto Legislativo Nº 276 y con sujeción al procedimiento establecido en él (28 de diciembre de 1984).
Ley Nº 25035	*Ley de Simplificación Administrativa* (11 de junio de 1989). Derogada por el num. 2 de la 6ª DCF de la Ley Nº 27444 (11 de abril de 2001).
Ley Nº 25323	Ley que crea el Sistema Nacional de Archivos (11 de junio de 1991).
Ley Nº 26507	Declaran en disolución al Instituto Nacional de Administración Publica (20 de julio de 1995).
Ley Nº 26520	Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo (8 de agosto de 1995).
Ley Nº 26960	Ley que establece normas de regularización de la situación del personal de la Sanidad de la Policía Nacional (30 de mayo de 1998). Declarado inconstitucional en parte por la STC Nº 004-2000-AI/TC, de 15 de junio de 2001).
Ley Nº 26979	Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva (23 de setiembre de 1998). TUO aprobado por el Decreto Supremo Nº 018-2008-JUS (6 de diciembre de 2008).
Ley Nº 27293	Ley del Sistema Nacional de Inversión Pública (28 de junio de 2000).
Ley Nº 27444	Ley del Procedimiento Administrativo General (11 de abril de 2001).
Ley Nº 27584	Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo (7 de diciembre de 2001).
Ley Nº 27658	Ley Marco de Modernización de la Gestión del Estado (30 de enero de 2002).
Ley Nº 27685	Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República (23 de julio de 2002).
Ley Nº 27783	Ley de Bases de la Descentralización (20 de julio de 2002).
Ley Nº 27785	Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República (23 de julio de 2002).
Ley Nº 27803	Ley que implementa las recomendaciones derivadas de las comisiones creadas por las Leyes Nº 27452 y Nº 27586, encargadas de revisar los ceses colectivos efectuados en las Empresas del Estado sujetas a Procesos de Promoción de la Inversión Privada y en las entidades del Sector Público y Gobiernos Locales (29 de julio de 2002).
Ley Nº 27815	Ley del Código de Ética de la Función Pública (13 de agosto de 2002).
Ley Nº 27867	Ley Orgánica de Gobiernos Regionales (18 de noviembre de 2002).
Ley Nº 27972	Ley Orgánica de Municipalidades (27 de mayo de 2003).
Ley Nº 28032	Ley de eliminación de barreras burocráticas en favor de la competitividad de los agentes económicos (19 de julio de 2003).
Ley Nº 28112	Ley marco de la Administración Financiera del Sector Público (28 de noviembre de 2003).
Ley Nº 28165	Ley que modifica e incorpora diversos artículos a la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva Nº 26979 (10 de enero de 2004).
Ley Nº 28175	Ley Marco del Empleo Público (19 de febrero de 2004).
Ley Nº 28237	Código Procesal Constitucional (31 de mayo de 2004).
Ley Nº 28245	Ley marco del sistema nacional de gestión ambiental (8 de junio de 2004).
Ley Nº 28274	Ley de incentivos para la integración y conformación de regiones (9 de julio de 2004).
Ley Nº 28522	*Ley del Sistema Nacional de Planeamiento Estratégico y del Centro Nacional de Planeamiento Estratégico - CEPLAN* (25 de mayo de 2005). Derogado por el Decreto Legislativo Nº 1088 (28 de junio de 2008).
Ley Nº 28611	Ley General del Ambiente (15 de octubre de 2005).
Ley Nº 28716	Ley de Control Interno de las entidades del Estado (18 de abril de 2006).
Ley Nº 28832	Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la Generación Eléctrica (23 de julio de 2006).
Ley Nº 28996	Ley de eliminación de sobrecostos, trabas y restricciones a la inversión privada (4 de abril de 2007).
Ley Nº 29060	Ley del Silencio Administrativo (7 de julio de 2007).

Ley Nº 29091	Ley que modifica el párrafo 38.3 del Artículo 38 de la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, y establece la publicación de diversos dispositivos legales en el Portal del Estado Peruano y en portales institucionales (26 de setiembre de 2001).
Ley Nº 29157	Ley que delega en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar sobre diversas materias relacionadas con la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos, y con el apoyo a la competitividad económica para su aprovechamiento (20 de diciembre de 2007). Esta norma ya no forma parte del ordenamiento vigente, según el artículo 5 de la Ley Nº 29477, de 18 de diciembre de 2009).
Ley Nº 29158	Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (20 de diciembre de 2007).
Ley Nº 29325	Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (5 de marzo de 2009).
Ley Nº 29555	Ley que implementa la incorporación progresiva de las plazas y presupuesto de los Órganos de Control Institucional a la Contraloría General de la República (13 de julio de 2010).
Ley Nº 29571	Código de protección y defensa del consumidor (2 de setiembre de 2010).
Ley Nº 29622	Ley que modifica la Ley Núm. 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, y amplía las facultades en el proceso para sancionar en materia de responsabilidad administrativa funcional (7 de diciembre de 2010).
Ley Nº 29806	Ley que regula la contratación de personal altamente calificado en el Sector Público y dicta otras disposiciones (24 de noviembre de 2011).
Ley Nº 29849	Ley que establece la eliminación progresiva del Régimen Especial del Decreto Legislativo 1057 y otorga derechos laborales (6 de abril de 2012).
Ley Nº 29873	Ley que modifica el Decreto Legislativo 1017 que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado (1 de julio de 2012).
Ley Nº 30011	Ley que modifica la Ley Nº 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (26 de abril de 2013).
LOPE	Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (Ley Nº 29158, de 20 de diciembre de 2007).
MAPRO	Manual de Procedimientos.
MOF	Manual de Organización y Funciones.
OEFA	Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental.
ONP	Oficina de Normalización Previsional.
ONPE	Oficina Nacional de Procesos Electorales.
OSCE	Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado (desde el 2009).
OSINERGMIN	Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería.
OSIPTEL	Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones.
OSITRÁN	Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público.
PROINVERSIÓN	Agencia de Promoción de la Inversión Privada.
PROMPERÚ	Comisión de Promoción del Perú para la Exportación y el Turismo.
PRONIED	Programa Nacional de Infraestructura Educativa.
RENIEC	Registro Nacional de Identificación y Estado Civil.
Res. Nº 459-2008-CG	Aprueban Reglamento de los Órganos de Control Institucional (30 de octubre de 2008).
R.M. Nº 048-2013-PCM	Aprueban el Plan Nacional de Simplificación Administrativa 2013-2016 (22 de febrero de 2013).
ROF	Reglamento de Organización y Funciones.
SEACE	Sistema Electrónico de Adquisiciones y Contrataciones del Estado.
SEIN	Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (ver *Ley Nº 28832*).
SNIP	Sistema Nacional de Inversión Pública.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
SUNARP	Superintendencia Nacional de los Registros Públicos.
SUNASS	Superintendencia Nacional de Servicios y Saneamiento.
SUNAT	Superintendencia Nacional de Administración Tributaria.
TUPA	Texto Único de Procedimientos Administrativos.
UIT	Unidad Impositiva Tributaria.

Capítulo I

LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

SUMARIO: 1. Las funciones del Estado. 2. Las tres funciones y la función administrativa. 3. La función administrativa. Su definición. 3.1. El punto de vista orgánico o estructural. 3.2. El punto de vista material o sustancial. 3.3. Características diferenciales de la función administrativa, desde el punto de vista funcional. 3.4. El ámbito de la función administrativa. 3.5. El principio de legalidad. 3.6. El control administrativo. **4. Las actividades de la Administración Pública.** 4.1. Actividad de limitación de derechos. 4.2. ¿Pueden limitarse todos los derechos? 4.3. Parámetros para la actividad limitadora de la Administración. 4.4. Actividad prestacional. 4.5. Actividad de fomento. 4.6. Actividad normativa. 4.7. Actividad sancionadora. 4.8. Actividad cuasijurisdiccional. 4.9. Actividad arbitral. **5. A modo de conclusión.**

A fin de entender a cabalidad el objeto de regulación del derecho administrativo, es necesario determinar de manera previa qué es lo que se entiende por Administración Pública. Ahora bien, hoy en día los especialistas entienden que dicha definición debe partir de la función que la misma desempeña, teniendo en cuenta que es imposible definir a la Administración Pública a partir de un criterio orgánico, en particular porque como resultado del mismo tiende a confundirse Administración Pública con Estado, cuando no constituyen lo mismo. De hecho, existen reparticiones del Estado que no constituyen Administración Pública. A su vez, existen entidades administrativas —o reguladas por el derecho público— que no forman parte del Estado.

Asimismo, la norma peruana, en especial la Ley del Procedimiento Administrativo General, no define de manera expresa que es lo que debe entenderse por Administración Pública, limitándose a enumerar lo qué la norma considera que constituyen entidades de la Administración Pública. Finalmente, nuestras normas no definen cabalmente qué es lo que debe entenderse por función administrativa, no obstante mencionarla en reiteradas oportunidades, en diversas normas legales.

1. LAS FUNCIONES DEL ESTADO

Definimos *Estado* como la entidad jurídica ubicada en un ámbito físico determinado y que ejerce poder respecto de un conjunto de personas. En la terminología de Jellinek[1], el espacio físico en mención se denomina territorio, al conjunto de personas se le denomina pueblo o población y al poder que el Estado ejerce se le conoce como poder político. Es evidente que la ausencia de cualquiera de dichos elementos determina que la entidad ante la cual nos encontramos no es un Estado. Ahora bien, se define en general como poder a la capacidad que tiene una entidad o persona de influir en las conductas de las demás personas, estando el poder político caracterizado por la coerción que se puede ejercer sobre la población a través del uso de la fuerza, legitimada por el Derecho.

A su vez, en el derecho público, se define como Estado de derecho a la forma de Estado en que los derechos fundamentales de los ciudadanos se encuentran adecuadamente protegidos[2], por lo cual resulta indispensable para la subsistencia de la sociedad. Si bien ello implica que el Estado se someta al ordenamiento jurídico, esto no constituye un fin en sí mismo, sino más bien el medio para obtener dicha protección. En consecuencia, el Estado de derecho es la forma en la cual se manifiesta jurídicamente el constitucionalismo moderno, puesto que en el mismo el poder político —que como ya lo hemos señalado es un elemento constitutivo del Estado— se encuentra regulado a través de una norma jurídica denominada Constitución.

En este orden de ideas, a fin de asegurar la existencia del Estado de derecho se ha hecho necesario, entre otros principios que ya hemos mencionado en la introducción del presente texto, la denominada Separación de Poderes, en su concepción clásica. Como resultado de dicho principio, cada una de las funciones matrices del Estado (sea dicha función la legislativa, la ejecutiva o la judicial) ha de tener un titular distinto, siendo dicho titular al que se dio en llamar Poder.

Los orígenes más remotos de la separación de poderes podemos encontrarlos incluso en Aristóteles. En la *Política*, Aristóteles distinguió tres direcciones del poder del Estado: la que legisla, el soberano y el juez; a los cuales correspondía la deliberación, el mando y la justicia, respectivamente, y a las que correspondía a la organización política del momento[3]. Sin embargo, Aristóteles no definía una adecuada distribución de facultades ni le daba a la división de funciones una importancia fundamental en la conservación de la libertad de los pueblos.

1 JELLINEK, Georg, *Teoría general del Estado*, Albatros, Buenos Aires, 1954, pp. 295 y ss.

2 ENTRENA CUESTA, Rafael, "Notas sobre el concepto y clases de Estado de derecho", en *Revista de Administración Pública*, N.º 33, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1960, p. 36.

3 STRAUSS, Leo y CROPSEY, Joseph (comps.), *Historia de la filosofía política*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1993, p. 135.

En este sentido, es de especial importancia la definición del principio que venimos describiendo por parte de Montesquieu, quien a su vez se basa en postulados como los de Harrington[4], Bolingbroke y, en especial, de John Locke[5]. Según Montesquieu, en particular, el reparto del poder del Estado es necesario para evitar la acumulación del mismo en una sola mano, de tal manera que el mismo sea ejercido de manera despótica. Para ello, Montesquieu propone que dicho poder debe dividirse en tres partes, cada una con una misión específica y diferente, que supongan un equilibrio y contrapesen la actuación de las demás[6]. Como resultado, la división de poderes en tres (legislativo, ejecutivo y judicial) y su adscripción a instituciones diferentes es garantía, según Montesquieu, contra un gobierno tiránico y despótico[7].

Montesquieu pretende estatuir un esquema de equilibrio de poderes —el mismo que se encuentra ausente en Locke— a partir del establecimiento de dos tipos de facultades. Refiere en primer lugar a la *facultad de estatuir*, que consiste en el derecho de ordenar o de corregir lo ordenado por otro. Este derecho es más bien propio del poder legislativo, en materia de elaboración de la ley. Por otro lado, refiere también a la *facultad de impedir*, la cual implica en realidad un poder de veto sobre los actos de otros órganos.

No obstante los orígenes y desarrollo antes precisados, debemos señalar además que el principio en la actualidad ha sufrido importantes modificaciones, en especial en el ámbito europeo. Se entiende entonces que las funciones del Estado están compartidas entre los diversos organismos del mismo, los cuales deben controlarse mutuamente. De ahí parten principios como el de la interdependencia entre órganos del Estado, del cual dependen los diversos sistemas de gobierno existentes en los diversos países del orbe[8], desde el presidencialismo hasta el parlamentarismo.

---

4 HARRINGTON, James, *La República de Océana*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1987, p. 101 y ss. Montesquieu hace expresa referencia a Harrington en ciertos pasajes de *El espíritu de las Leyes*.

5 LOCKE, John, *Ensayo sobre el gobierno civil*, Orbis, Barcelona, 1983, § 143.

6 "Hay en cada Estado tres clases de poderes: el poder legislativo, el poder ejecutivo de los asuntos que dependen del derecho de gentes, y el poder ejecutivo de los que pertenecen del derecho civil. Por el poder legislativo, el príncipe o el magistrado promulga leyes para cierto tiempo o para siempre, y enmienda o deroga las existentes. Por el segundo poder, dispone de la guerra o de la paz, envía o recibe embajadores, establece la seguridad, previene las invasiones. Por el tercero, castiga los delitos o juzga las diferencias entre particulares. Llamaremos a este poder judicial; y al otro, simplemente, poder ejecutivo del Estado" (MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, Tecnos, Madrid, 1972, p. 151).

7 "Todo estaría perdido si el mismo hombre, el mismo cuerpo de personas principales de los nobles o del pueblo ejerciera los tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o las diferencias entre particulares" (MONTESQUIEU, *Del Espíritu de las Leyes*, cit., p. 151).

8 Al respecto, LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1979, pp. 54 y ss.

2. LAS TRES FUNCIONES Y LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

Normalmente, se considera que la función legislativa es la creación de normas generales de conducta que son imperativas para todos los habitantes; y que la función jurisdiccional es la decisión imperativa respecto a las contiendas generadas entre partes, determinando el derecho aplicable; pero no ha habido un concepto de función administrativa que pueda ser armonizado con los dos anteriores de manera definitiva en el contexto del principio de separación de poderes. Inclusive, la función administrativa tiende a confundirse con la función gubernativa, la cual consiste en la dirección de la política general de gobierno, que son distintas por completo.

De hecho, hoy en día debemos considerar dejar de emplear el concepto de *función ejecutiva* como componente del principio que venimos analizando y reemplazarla por sus dos elementos tradicionales, que son eminentemente distintos entre sí, la función administrativa y la función gubernativa o política. Mientras que la primera, que vamos a definir más adelante, trasciende al Poder Ejecutivo e inclusive al Estado; la función gubernativa le corresponde únicamente al Poder Ejecutivo y, particularmente, al Presidente de la República en tanto Jefe de Gobierno[9].

Por otro lado, todos los conceptos existentes de función administrativa son incompatibles en alguna medida con las nociones de función legislativa y de función jurisdiccional actualmente existentes; y si bien ello ha sido evidente, los nuevos intentos de definición que maneja la doctrina buscan en general dar un nuevo concepto de función administrativa, antes que modificar o precisar específicamente el de función legislativa o el de función jurisdiccional. Como veremos a continuación, no resulta adecuado definir la función administrativa respecto a aquello que no es, vale decir, función legislativa, función gubernativa (o política) o función judicial o jurisdiccional.

3. LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA. SU DEFINICIÓN

La doctrina hace referencia de manera reiterada a la distinción entre función administrativa y Administración Pública, y define esta última como compuesta por aquellas entidades que realizan función administrativa, al margen de su estructura. Y es que, como lo hemos señalado anteriormente, existen entidades que desarrollan funciones administrativas, que no forman propiamente parte del Estado. A su vez, existen entidades y órganos del Estado que no ejercen función administrativa, sino de otra índole.

9 Constitución de 1993:
Artículo 118º.- Corresponde al Presidente de la República:
(...)
3. Dirigir la política general del Gobierno.
(...).

Además del criterio negativo, que implica que administración es lo que implica ni legislación ni jurisdicción —el mismo que es eminentemente incompleto e incluso erróneo—, existen criterios distintos de tipo positivo que han sido propuestos para diferenciar las funciones públicas: el criterio orgánico o estructural y el criterio material o sustancial, que fueron empleados durante mucho tiempo en el derecho comparado[10], pero que hoy se encuentran en crisis como pasaremos a demostrarlo seguidamente.

En este orden de ideas, es necesario indicar que la Ley de Procedimiento Administrativo General señala que la misma es de aplicación para todas las entidades de la Administración Pública. Sin embargo, no establece que debe entenderse propiamente por Administración Pública, sino que la define a través de las entidades que la conforman, empleando un criterio meramente orgánico[11], que incluye a diversas entidades del Estado, como el Congreso o el Poder Judicial, las cuales no poseen como función matriz a la administrativa, no obstante que la misma se desarrolla también al interior de dichas entidades.

3.1. El punto de vista orgánico o estructural

Desde este punto de vista, podemos hacer la distinción respecto a la función pública ejercida según la actuación sea realizada por un ente jurisdiccional, administrativo, gubernativo o legislativo, y determinar si nos encontraríamos ante una función de tal o cual tipo. Este criterio es evidentemente insuficiente y, tomado literalmente, resulta ser erróneo, por cuanto en los órganos legislativos y jurisdiccionales también se realizan funciones administrativas, siendo posible

10 MUÑOZ MACHADO, Santiago, "Las concepciones del Derecho administrativo y la idea de participación en la Administración", en *Revista de Administración Pública*, N.º 84, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1977, p. 526. También: MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián, "Presupuestos constitucionales de la función administrativa en el derecho positivo", en *Revista de Administración Pública*, N.º 26, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1958, p. 11.

11 El artículo I del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General señala que se entenderá por entidades de la Administración Pública a:
- El Poder Ejecutivo, incluyendo Ministerios y Organismos Públicos Descentralizados;
- El Poder Legislativo;
- El Poder Judicial;
- Los Gobiernos Regionales;
- Los Gobiernos Locales;
- Los Organismos a los que la Constitución Política del Perú y las leyes confieren autonomía;
- Las demás entidades y organismos, proyectos y programas del Estado, cuyas actividades se realizan en virtud de potestades administrativas y, por tanto se consideran sujetas a las normas comunes de derecho público, salvo mandato expreso de ley que las refiera a otro régimen; y,
- Las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia.

incluso confundir funciones gubernativas con las administrativas, algunas veces ejercidas por los mismos funcionarios.

De hecho, los ministros son considerados funcionarios mixtos. Un ministro no posee facultades solamente administrativas, sino también políticas[12]. El ministro es un funcionario administrativo en tanto encargado de un sector de la Administración Pública[13] dirigida por el Poder Ejecutivo, pero es a la vez un funcionario político, pues toma decisiones de manejo estatal de manera colegiada con el Consejo de Ministros y conjuntamente con el Presidente de la República cuando refrenda sus actos. Ello genera responsabilidad política del ministro respecto a los actos presidenciales, puesto que sin el refrendo el acto es nulo. Así, la responsabilidad política del ministro es de particular importancia para hacer efectivos los mecanismos de control político directo por parte del Congreso.

3.2. El punto de vista material o sustancial

Desde el punto de vista material, es decir, ateniéndonos a la descripción externa de los actos mismos, serían actos legislativos los que establecen reglas de conducta humana en forma general e imperativa, a través de leyes; son actos jurisdiccionales los que deciden con fuerza de verdad legal una cuestión controvertida entre dos partes, determinando el derecho aplicable; y son actos propios de la función ejecutiva tradicional aquellos que constituyen manifestaciones concretas —por oposición a las manifestaciones abstractas, como lo son la legislación— de la decisión estatal. A su vez, la función ejecutiva estaría conformada por un componente gubernativo o político y por un componente administrativo, que son sustancialmente distintos entre sí.

Ahora bien, puede afirmarse que administrar consiste en tomar medidas para manejar el Estado y lograr los fines por él perseguidos. A primera vista, puede considerarse entonces que dicha función pública es propiamente función ejecutiva, pues resulta ser la materialización y puesta en práctica, por parte del Estado, de la ley emitida por el Parlamento[14]. Ello, sin embargo, no es enteramente cierto, puesto que existen entes que no pertenecen al denominado Poder Ejecutivo —o más propiamente, Gobierno—, y que pueden ejercer, en mayor o menor medida, función administrativa. Los casos más evidentes son los correspondientes a los entes constitucionales (que gozan de una intensa autonomía), así como las entidades descentralizadas territorialmente, como son los gobiernos locales o regionales.

12 RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo, *Derecho administrativo*, Temis, Santa Fe de Bogotá 1995, p. 70.

13 COSCULLUELA MONTANER, Luis, *Manual de derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 1993, p. 209.

14 RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, *Derecho administrativo*, cit., p. 12.

Por otro lado, dentro del Poder Ejecutivo o Gobierno, existen también entes y órganos que desempeñan función gubernativa o política, que como lo hemos señalado de manera reiterada consiste en la dirección de la política general de gobierno y la subsistencia de las instituciones organizadas por la Constitución[15], lo cual no debe justificar que dichos actos gubernativos no sean susceptibles de control, como veremos más adelante. Atenerse a este criterio meramente material que estamos describiendo implicaría afirmar que los tres poderes del Estado realizan las tres funciones matrices del mismo sin que exista un sistema de frenos y contrapesos (*checks and balances*), propios del principio de separación de poderes en su formulación actual.

3.3. Características diferenciales de la función administrativa, desde el punto de vista funcional

La función administrativa posee ciertas características diferenciales, que sin embargo permiten notar que la misma en realidad transita por los más diversos organismos estatales, e incluso a través de entes privados o no estatales. En primer lugar, debe considerarse que si bien la función administrativa es ejercida por el Estado, puede ser realizada por los particulares a través de la delegación, autorización o concesión de la autoridad estatal, debiéndoseles aplicar el derecho administrativo en esos casos. Los casos que se presentan son múltiples e incluyen a las empresas que prestan servicios públicos —lo cual puede discutirse sobre la base de las nuevas concepciones aplicables a los mismos—, los colegios profesionales[16] u otros entes de naturaleza corporativa[17].

Si bien la función gubernativa, la función jurisdiccional y la función legislativa son ejercidas por el Estado, las mismas no son delegables a entes no estatales. Como resultado, no es posible en primer término que los particulares puedan tomar decisiones de gobierno, no pudiendo dicha función delegarse u otorgarse en concesión a aquellos. Asimismo, es imposible que el Poder Judicial delegue su función jurisdiccional[18], salvo el caso del arbitraje, que si bien constituye

15 CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho administrativo I*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, pp. 92-93.

16 Constitución de 1993:
Artículo 20º.- Los colegios profesionales son instituciones autónomas con personalidad de derecho público. La ley señala los casos en que la colegiación es obligatoria.

17 Un caso interesante es el del Comité de Operación Económica del Sistema Interconectado Nacional. Lo que ocurre es que, conforme lo dispuesto por el artículo 12º de la Ley N.º 28832, Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la Generación Eléctrica, el COES es una entidad privada, sin fines de lucro, pero con personería de Derecho Público; y que se encuentra conformada por todos los Agentes del Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (SEIN). Esta entidad emite actos administrados y se regula por normas provenientes del derecho administrativo, desempeñando en consecuencia función administrativa.

18 Constitución de 1993:
Artículo 139º.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:
1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.

jurisdicción no implica delegación por parte de los organismos jurisdiccionales sino más bien una decisión tomada por las partes para someter su controversia a dicha jurisdicción. Finalmente, la función legislativa solo puede delegarse en el Gobierno, a fin de que este pueda emitir decretos legislativos.

3.4. El ámbito de la función administrativa

Además, debe entenderse que la función administrativa opera en el ámbito de las labores cotidianas de interés general. Es decir, dicha función implica el manejo de dichas labores en mérito de las facultades concedidas al ente que las realiza. Las decisiones de la Administración Pública se relacionan directamente con funciones de interés general que se deben realizar de manera permanente, es decir, con un carácter concreto, inmediato y continuo[19]. Este permite distinguir la función administrativa de las actividades de interés privado, que pueden encontrarse reguladas por la Administración Pública, pero que no forman parte de la función que la misma ejerce.

Por otro lado, la función administrativa tiene relación directa con los particulares en general, de tal manera que las actividades que desempeña la Administración Pública los afectan directamente. Ello no significa que toda decisión de la Administración tenga por destinatario a particulares, puesto que en muchos casos los destinatarios pueden ser empleados públicos, a través de los llamados actos de administración interna.

En este orden de ideas, es necesario señalar que, en contraposición, la función legislativa se enfoca indirectamente en los particulares, pudiendo dirigirse también a la organización del Estado; la función gubernativa no se enfoca sino en la dirección del Estado en su conjunto; y la función jurisdiccional, si bien se enfoca en los particulares, pretende resolver conflictos o corregir una situación de incertidumbre jurídica y no es susceptible de revisión por parte de otro poder del Estado, a diferencia de lo que ocurre con la función administrativa, que precisamente es controlada por dicha función jurisdiccional, entre otros mecanismos de control.

3.5. El principio de legalidad

Asimismo, la función administrativa se encuentra sometida al ordenamiento jurídico, y en especial, a la Ley, siendo esta última la que determina los alcances de lo que la Administración puede hacer, vale decir, su competencia[20].

No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral.

No hay proceso judicial por comisión o delegación.

(...).

19 CASSAGNE, *Derecho administrativo I*, cit., p. 81.

20 SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Tratado de derecho administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, T. I, p. 59.

Así, el principio de legalidad se convierte en el más importante del derecho administrativo, e implica que las autoridades deben actuar con respeto a la Constitución, la Ley y al Derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que fueron conferidas dichas facultades[21]. Sobre este principio vamos a desarrollar con detalle en el siguiente capítulo del presente manual.

La Administración se sujeta, en especial, a la Ley, entendida como norma jurídica emitida por quienes representan a la sociedad en su conjunto, que es el Parlamento, subordinándose al mismo[22]; caso contrario, la Administración carecería de control jurídico real, pudiendo actuar de manera arbitraria. En segundo lugar, que la Administración Pública, a diferencia de los particulares, no goza de la llamada libertad negativa (nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido a hacer lo que esta no prohíbe) o *principio de no coacción*, dado que solo puede hacer aquello para lo cual está facultada en forma expresa[23].

3.6. El control administrativo

Además, la función administrativa se encuentra sometida a múltiples mecanismos de control[24], dentro de las cuales se encuentran por lo menos dos organismos del Estado que desempeñan funciones matrices, el Parlamento y el Poder Judicial. El Parlamento controla la Administración Pública a través de diversos mecanismos de control político existentes y establece un férreo control previo a medainte el principio de legalidad.

A su vez, el Poder Judicial controla las decisiones administrativas por medio de la posibilidad de revisión judicial de las actuaciones administrativas —vía el proceso contencioso administrativo[25]— y de la existencia de los diversos procesos constitucionales, destacando la acción popular, destinada al control de los actos normativos de la Administración Pública, dado que se emplea para impugnar normas reglamentarias, que por definición poseen rango secundario.

Este mecanismo de control es medular en el Estado de derecho, sin el cual no sería posible asegurar un comportamiento adecuado de la Administración[26]. Ello no significa que el Poder Judicial no pueda controlar actos políticos o gubernativos, no existiendo actuación estatal alguna que pueda ser resultado de una decisión arbitraria, como lo ha señalado en reiterada jurisprudencia el Tribunal Constitucional peruano.

21 Artículo IV, inciso 1, literal 1.1 del Título Preliminar de la Ley.

22 COSCULLUELA MONTANER, *Manual de derecho administrativo*, cit., p. 35.

23 OCHOA CARDICH, César, "Los principios generales del procedimiento administrativo", en AA.VV., *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Ley N.º 27444*, ARA, Lima, 2003, p. 53.

24 Sobre el particular: SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *El control de las administraciones públicas y sus problemas*, Espasa-Calpe, Madrid, 1991, p. 34 y ss.

25 Constitución de 1993:
Artículo 148º.- Las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso-administrativa.

26 LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, cit., pp. 305 y ss.

Finalmente, no hay que desconocer la existencia de las demás modalidades de control de la Administración Pública. En primer lugar, el control administrativo propiamente dicho, ejercido por organismos administrativos como la Contraloría General de la República (al mando del Sistema Nacional de Control), la Defensoría del Pueblo, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE (el cual posee gran parte de las atribuciones del Consucode a partir de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N.º 1017), entre otros.

En segundo lugar, es necesario hacer referencia al control social o ciudadano, ejercido por los particulares y que incluyen mecanismos de los más variados, como el acceso a la información pública, las rendiciones de cuentas o los presupuestos participativos, entre muchos otros.

4. LAS ACTIVIDADES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

A fin de dotar de contenido a la función administrativa, es necesario definir cuáles son las actividades que la Administración Pública desempeña en mérito de dicha función, dado que la misma no es en absoluto homogénea. En primer lugar, las actividades de la Administración Pública deben configurarse como obligaciones, al amparo del principio de legalidad y teniendo en cuenta la competencia de cada uno de los entes que la conforman. En segunda lugar, ninguna de dichas actividades puede considerarse propia de la función gubernativa, la función legislativa o la función jurisdiccional.

4.1. Actividad de limitación de derechos

Primeramente, tenemos la llamada actividad de policía —o actividad de limitación de derechos—, que implica la facultad de la Administración de limitar derechos, sean fundamentales o no, a fin de obtener la adecuación del comportamiento particular al interés general[27], que restringe la libertad o ciertos derechos de los particulares, pero sin sustituir la actuación de los mismos[28].

Ello si tomamos en cuenta que por la naturaleza de su función la Administración está autorizada a limitar ciertos derechos o intereses de los particulares[29]. Es en uso de la actividad limitadora que la Administración Pública puede otorgar autorizaciones, licencias y permisos a fin de que los particulares desempeñen determinadas actividades. Pero la citada actividad no se restringe a ello, pues, la misma puede implicar además el establecimiento de prohibiciones e incluso obligaciones de dar o hacer que afectan a los administrados.

27 Ver DROMI, Roberto, *Derecho administrativo*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2000, pp. 663 y ss.

28 PARADA VÁSQUEZ, Ramón, *Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2002, T. I, pp. 380 y ss.

29 ESCOLA, Héctor Jorge, *Compendio de derecho administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1984, p. 912.

ACTIVIDADES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Actividad de limitación de derechos → Es la actividad de policía —o actividad de limitación de derechos—, que implica la facultad de la Administración de limitar derechos, sean fundamentales o no, a fin de obtener la adecuación del comportamiento particular al interés general. Es en uso de la actividad limitadora que la Administración Pública puede otorgar autorizaciones, licencias y permisos a fin que los particulares desempeñen determinadas actividades.

Actividad prestacional → La actividad prestacional de la Administración es la que está referida al manejo de los servicios públicos. Un servicio público es la prestación obligatoria, individualizada y concreta de bienes y servicios, para satisfacer necesidades primordiales de la comunidad.

Actividad de fomento → La actividad de fomento consiste en la realización de determinadas acciones por parte de la Administración Pública a fin de promover o estimular la realización de ciertas actividades por parte de los particulares, las mismas que son consideradas de interés general.

Actividad normativa → La actividad normativa de la Administración consiste en la emisión de normas jurídicas de rango secundario, es decir, inferior al de la ley. Dentro de estas normas vamos a encontrar aquellas denominadas en forma genérica reglamentos, los mismos que en principio sirven para complementar o hacer operativas las leyes, y que incluyen también los llamados reglamentos autónomos, los mismos que no requieren de una ley a la cual reglamentar.

Actividad sancionadora → Esta actividad permite a la Administración sancionar a los particulares por la comisión de determinadas infracciones, las mismas que no poseen la calificación de delitos.

Actividad cuasijurisdiccional → Mediante esta, la Administración Pública se encarga de resolver controversias entre particulares o entre estos y otras entidades del Estado, a través del empleo del denominado procedimiento administrativo trilateral, cuyo resultado es susceptible de revisión por parte del Poder Judicial. Dicha actividad se ejerce a través de los llamados tribunales administrativos o de los entes colegiados encargados de componer conflictos —o resolver controversias— entre particulares o entre estos y el propio Estado.

Actividad arbitral → Por actividad arbitral debemos entender aquella en la cual la autoridad administrativa resuelve de manera definitiva una controversia suscitada entre particulares, a través de una decisión que resulta ser vinculante para las partes en conflicto.

4.2. ¿Pueden limitarse todos los derechos?

Ahora bien, es por completo erróneo afirmar que no existen derechos absolutos, puesto que se reconocen ciertos derechos que no admiten límite alguno, como los derechos a la igualdad ante la ley[30], a la libertad de conciencia, a la nacionalidad, a mantener reserva sobre sus convicciones políticas, filosóficas, religiosas o de cualquiera otra índole, o el derecho a no ser sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes, entre otros. En consecuencia, respecto a dichos derechos no solo la Administración Pública, sino también el Estado carecen de capacidad para poderlos limitar.

Asimismo, existen derechos que no admiten determinadas modalidades de limitación, como ocurre por ejemplo con las libertades informativas, las mismas que no admiten limitación administrativa ni censura previa conforme lo señalado por el numeral 5 del artículo 2º de la norma constitucional. Otro tanto ocurre con la inviolabilidad de las comunicaciones, las cuales únicamente pueden ser materia de intervención por mandato judicial. Estos derechos no son susceptibles de ser limitados por la Administración.

4.3. Parámetros para la actividad limitadora de la Administración

Por otro lado, es preciso señalar que esta actividad se encuentra sometida a un conjunto de parámetros a fin de que la misma no sea realizada de manera arbitraria, afectando derechos fundamentales. El primero de ellos es que solo la ley faculta a la Administración para que la misma pueda limitar dichos derechos[31]. En consecuencia, esta facultad no puede ser atribuida a través de ninguna otra norma, así tenga rango de ley, con menor razón a través de una norma reglamentaria.

El segundo de ellos es que la limitación a los derechos fundamentales no puede afectar al llamado contenido esencial[32], que constituye el "núcleo duro" de los derechos, aquello que distingue a cada una de ellos y le da su especial naturaleza. De hecho, los derechos absolutos se encuentran conformados únicamente por contenido esencial, razón por la cual cualquier limitación a los mismos resultaría ilegítima.

30 El derecho a la igualdad ante la ley no admite límite alguno. La mal llamada discriminación positiva —es preferible hablar de *acción afirmativa*— es simplemente un mecanismo para generar igualdad material entre grupos humanos específicos, de manera temporal, hasta obtener el equilibrio buscado; es un mecanismo establecido por la Ley.

31 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 2000, T. II, p. 112.

32 PAREJO ALFONSO, Luciano, "El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional: a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N.º 3, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1981, p. 170; HÄBERLE, Peter, *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997, pp. 116 y ss.

Finalmente, la citada limitación debe respetar los principios de razonabilidad y proporcionalidad, a los cuales nos referiremos de manera reiterada esta obra. La razonabilidad implica que la finalidad perseguida por la limitación sea legítima en un Estado de derecho; mientras que la proporcionalidad asegura que el medio empleado se adecúe a dicha finalidad. A su vez, la proporcionalidad se encuentra conformada por tres criterios, idoneidad, necesidad y ponderación.

4.4. Actividad prestacional

La actividad prestacional de la Administración es la que está referida al manejo de los servicios públicos[33]. De hecho, durante mucho tiempo, y como resultado de la influencia de los autores franceses, la función administrativa se identificaba de manera plena con esta actividad, hasta que fue evidente que dicha función iba mucho más allá de la mera prestación de servicios[34]. En general, se entiende por servicio público aquel cuya prestación debe necesariamente ser asegurada por la Administración, por ser la misma de interés general.

Es decir, un servicio público es la prestación obligatoria, individualizada y concreta de bienes y servicios, para satisfacer necesidades primordiales de la comunidad[35]. Ahora se entiende que el servicio público es un concepto instrumental, que se produce a través de una ley (la llamada *publicatio*), que no debe afectar derechos fundamentales y además que debe ser el resultado de la necesidad de regular de manera intensa una actividad determinada.

La necesidad de la regulación intensa se entiende en una lógica de prestación del servicio público no solo por el Estado, sino además por los particulares. Es entonces que las empresas que prestan servicios públicos desempeñan función administrativa por mandato de la Ley N.º 27444, como ya lo hemos explicado ampliamente. Sin embargo, una vez que el concepto de titularidad del servicio público por parte del Estado sea superado, prestar un servicio público, en especial si el mismo se ha privatizado, dejará de ser una actividad propia de la Administración Pública.

4.5. Actividad de fomento

La actividad de fomento consiste en la realización de determinadas acciones por parte de la Administración Pública a fin de promover o estimular la realización de ciertas actividades por parte de los particulares, las mismas que son consideradas de interés general[36]. Dicha actividad de la Administración no implica

33 SANTOFIMIO GAMBOA, *Tratado de derecho administrativo*, cit., T. I, p. 42.

34 MUÑOZ MACHADO, "Las concepciones del Derecho administrativo y la idea de participación en la Administración", cit., p. 523-524.

35 Para una definición de servicio público: ARIÑO ORTIZ, Gaspar; DE LA CUÉTARA, J.M.; MARTÍNEZ, J.L., *El nuevo servicio público*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 67-69.

36 PARADA VÁSQUEZ, *Derecho administrativo*, cit., T. I, pp. 402 y ss.

una imposición sino una ayuda para la realización de la actividad económica en cuestión[37].

La actividad de fomento es desempeñada a través de diversas modalidades de incentivos. En primer lugar, tenemos las subvenciones y los subsidios, los mismos que constituyen incentivos económicos, que se caracterizan por generar un beneficio económico directo a los particulares. La doctrina, sin embargo, establece limitaciones al establecimiento de incentivos económicos, en especial porque implica preferir determinadas actividades respecto de otras.

Además, son empleados los llamados incentivos jurídicos, como los convenios de estabilidad o la simplificación administrativa, que no generan un beneficio patrimonial directo. Finalmente, la actividad de fomento puede ser realizada a través del uso de los llamados incentivos honoríficos, que incluye el otorgamiento de condecoraciones y premios que no son susceptibles de valoración pecuniaria.

4.6. Actividad normativa

La actividad normativa de la Administración consiste en la emisión de normas jurídicas de rango secundario, es decir, inferior al de la ley. Dentro de estas normas vamos a encontrar aquellas denominadas en forma genérica reglamentos, los mismos que en principio sirven para complementar o hacer operativas las leyes, y que incluyen también los llamados reglamentos autónomos, los mismos que no requieren de una ley a la cual reglamentar. Pero además, dentro de las normas administrativas se incluyen los instrumentos de gestión y las directivas, las cuales vamos a tratar más adelante.

Es necesario señalar que esta actividad de la Administración Pública no implica una intromisión en la función legislativa otorgada originariamente al Parlamento, puesto que la actividad normativa de la Administración siempre va a implicar la emisión de normas de rango inferior a la ley y subordinadas a esta. En consecuencia, es imposible que una norma emitida por la Administración pueda modificar o dejar en suspenso una ley. Los decretos legislativos y de urgencia son emitidos por el Gobierno, no por la Administración, gozando del rango de ley que les otorga la Constitución. A esta actividad nos vamos a referir ampliamente más adelante.

4.7. Actividad sancionadora

La actividad sancionadora goza actualmente de especial singularidad, puesto que permite a la Administración sancionar a los particulares por la comisión de determinadas infracciones, las mismas que no poseen la calificación de delitos. Además, la actividad sancionadora de la Administración posee ciertos principios

37 Sobre el particular: ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Principios de derecho público económico*, Comares, Granada, 1999, pp. 287 y ss.

que tienen por finalidad proteger al particular de posibles actos arbitrarios[38], dada la naturaleza especialmente gravosa de dicha actividad.

Asimismo, esta actividad no implica impartir justicia, toda vez que la Administración no penaliza delitos, ni puede aplicar penas privativas de libertad; pudiendo su decisión ser revisada posteriormente por el Poder Judicial a través del proceso contencioso administrativo. A esta actividad nos vamos a referir ampliamente al final de la presente obra.

4.8. Actividad cuasijurisdiccional

Además, debemos considerar la actividad cuasijurisdiccional del Estado, por la cual la Administración Pública se encarga de resolver controversias entre particulares o entre estos y otras entidades del Estado, a través del empleo del denominado procedimiento administrativo trilateral, cuyo resultado es susceptible de revisión por parte del Poder Judicial. Dicha actividad se ejerce a través de los llamados tribunales administrativos o de los entes colegiados encargados de componer conflictos —o resolver controversias— entre particulares o entre estos y el propio Estado.

Esta actividad ha generado cierta confusión para definir adecuadamente la función administrativa por su similitud con la función jurisdiccional. Esta confusión no tiene asidero, puesto que la función jurisdiccional corresponde a entes definidos de manera taxativa por la Constitución y que por definición no puede ser revisada de manera posterior, generando cosa juzgada. A ello debe agregarse que la función administrativa, aun cuando nos referimos a esta actividad, tiene un importante componente de tutela del interés general. También a esta actividad nos vamos a referir ampliamente al final del presente manual.

4.9. Actividad arbitral

Finalmente, aun se discute la existencia de actividad arbitral en la Administración Pública. Por actividad arbitral debemos entender aquella en la cual la autoridad administrativa resuelve de manera definitiva una controversia suscitada entre particulares[39], mediante una decisión que resulta ser vinculante para las partes en conflicto. Esta actividad de la Administración Pública debe diferenciarse de la actividad cuasijurisdiccional en tanto esta última no implica el efecto de cosa juzgada que sí generaría el laudo arbitral.

Asimismo, dado que el arbitraje constituye jurisdicción de conformidad con lo establecido por la Constitución —y corroborado por un importante precedente del Tribunal Constitucional[40]—, si la Administración Pública realizara actividad arbitral,

38 MORÓN URBINA, Juan Carlos, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, Gaceta Jurídica, Lima, 2008, p. 511.

39 ARIÑO ORTIZ, *Principios de derecho público económico*, cit., p. 245.

40 STC N.º 6167-2005-PHC/TC, de fecha 28 de febrero de 2006.

no nos encontraríamos propiamente ante el ejercicio de función administrativa sino ante el ejercicio de función jurisdiccional. Con lo cual esta actividad arbitral no debería ser considerada como parte de la función administrativa si es que una entidad determinada actuara como árbitro en una controversia determinada.

De hecho, existen casos en los cuales la Administración Pública cumple el rol de administradora de arbitrajes, como ocurre por ejemplo en con el Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE[41]; o los supuestos de arbitraje popular regulados por la actual Ley de Arbitraje, que eventualmente podrían autorizar al Ministerio de Justicia a desempeñar esta actividad[42]. Sin embargo, en el Perú no ocurre, a diferencia del derecho comparado[43], que existan materias específicas en las cuales la Administración Pública interviene en calidad de árbitro para resolver un conflicto.

5. A MODO DE CONCLUSIÓN

Es preciso reconocer que en el ámbito del principio de separación de poderes definir el contenido de la función administrativa no ha sido tarea fácil, en especial si se tiene en cuenta que la misma se ha ido diferenciando paulatinamente de la función ejecutiva propiamente dicha, conforme las actividades de la Administración Pública se han ido incrementando y diversificando. De hecho, como lo hemos demostrado, la función gubernativa o política y la función administrativa, tradicionalmente consideradas componentes de la función ejecutiva, son actualmente tan diferentes entre sí que resulta por demás discutible seguir manteniéndolas juntas.

Por otro lado, es preciso establecer con claridad los elementos diferenciales de la función administrativa. En primer lugar, si bien es una función pública —y en consecuencia, de interés general— la misma no es privativa del Estado, pudiendo ser ejercida por los particulares mediando autorización del mismo. En consecuencia, resulta evidente que la Administración Pública no se encuentra íntegramente al interior del Estado, es erróneo identificar ambos conceptos.

En segundo lugar, la función administrativa tiene relación directa con los administrados, de tal manera que las actividades que desempeña la Administración Pública los afectan de manera directa. Asimismo, dicha función se encuentra sometida al principio de legalidad, y en especial, a la ley emanada del Parlamento. Finalmente, dicha función se somete a diversos mecanismos de control, que operan de manera más intensa que aquellos que resultan aplicables al resto de funciones públicas.

41 Artículo 233º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

42 Primera Disposición Final del Decreto Legislativo N.º 1071.

43 Sobre el particular: GÓMEZ-REINO Y CARNOTA, Enrique, “El arbitraje administrativo en el derecho de la competencia”, en *Revista de Administración Pública*, N.º 162, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2003, pp. 7 y ss.

Capítulo II

LOS PRINCIPIOS QUE REGULAN LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

SUMARIO: 1. Generalidades. 1.1. Empleo de los principios generales. **2. La autonomía del derecho administrativo y el interés general.** 2.1. El interés general y el cambio en el paradigma. **3. Los principios establecidos en la Ley de Procedimiento Administrativo General.** 3.1. Carácter no taxativo de la enumeración de principios contenidos en la Ley. 3.2. El principio de legalidad. 3.2.1. Origen del principio de legalidad. 3.3. El debido procedimiento administrativo. 3.3.1. El debido proceso en sede administrativa. 3.3.2. Los derechos constitucionales implícitos como sustento del debido proceso en sede administrativa. 3.3.3. El contenido del derecho al debido proceso en sede administrativa. 3.3.4. Elementos diferenciales. 3.3.5. Limitaciones al debido proceso en sede administrativa. 3.3.6. El componente sustantivo. 3.4. El principio de impulso de oficio. 3.4.1. Contenido del principio de impulso de oficio. 3.5. El principio de razonabilidad. 3.5.1. El principio de proporcionalidad. 3.5.2. La importancia los principios de razonabilidad y proporcionalidad. 3.6. El principio de imparcialidad. 3.6.1. Importancia del principio de imparcialidad. 3.7. El principio de informalismo. 3.8. El principio de presunción de veracidad. 3.9. El principio de conducta procedimental. 3.10. El principio de celeridad en el procedimiento administrativo. 3.11. El principio de eficacia. 3.12. El principio de verdad material. 3.12.1. El caso particular de los procedimientos trilaterales. 3.13. El principio de participación. 3.13.1. La importancia de este principio. 3.14. El principio de simplicidad. 3.15. El principio de uniformidad en el procedimiento administrativo. 3.16. El principio de predictibilidad. 3.16.1. Finalidad del principio de predictibilidad. 3.17. El principio de privilegio de controles posteriores. 3.17.1. Aplicación del principio.

1. GENERALIDADES

Los principios generales del Derecho desempeñan un rol sumamente importante en la organización del ordenamiento jurídico, puesto que permiten no solo interpretar las normas, sino además servir de base para la construcción jurídica y facilitar la labor del operador del Derecho, al generar insumos para cubrir los vacíos del derecho positivo. Lo que ocurre es que el derecho administrativo en general requiere un conjunto de principios, algunos que son comunes a otras ramas del derecho público y otros propios de la materia que venimos estudiando. Todos los principios administrativos rigen la actuación de la Administración Pública de manera directa, teniendo un evidente efecto normativo en

tanto permiten dirigir debidamente el poder de las entidades impidiendo que el mismo viole los derechos e intereses de los administrados.

1.1. Empleo de los principios generales

En este orden de ideas, los principios generales que vamos a analizar servirán, en primer lugar, como un importante criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las reglas establecidas en las normas administrativas[44]. En general, los principios generales del Derecho, así como aquellos que corresponden a cada rama del mismo, sirven para interpretar las normas ahí donde la aplicación literal no es posible.

En segundo lugar, los principios administrativos antes señalados deben ser usados como parámetros para la generación de otras disposiciones administrativas de carácter general, en particular las que regulan procedimientos administrativos al interior de las entidades. Dado que la enumeración de principios no es taxativa, es necesario considerar que dichos principios deberán ser empleados incluso como parámetros para la elaboración de normas legales que regulen procedimientos administrativos, como ocurre por ejemplo en el caso de los procedimientos administrativos sancionadores.

Finalmente, los principios antes señalados, como todos los principios del Derecho, deben ser empleados para suplir los vacíos en el ordenamiento administrativo[45], como herramientas para hacer efectivos mecanismos de integración jurídica. Y esto cobra especial importancia en el contexto del derecho administrativo, puesto que en el mismo la analogía se encuentra particularmente limitada, al estar la actuación de las entidades públicas sometidas de manera estricta al principio de legalidad.

2. LA AUTONOMÍA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO Y EL INTERÉS GENERAL

En este orden de ideas es necesario señalar que el ordenamiento jurídico administrativo integra un sistema orgánico que posee autonomía respecto de otras ramas del Derecho[46], incluso de las provenientes del derecho público. Este principio genera varias consecuencias. La primera reside en el hecho de que el derecho administrativo posee principios propios que en la mayoría de los casos no resultan aplicables a otras ramas del Derecho, en particular dado su carácter de derecho público. Por otro lado, el defecto o deficiencia de la ley debe ser cubierta inicialmente a través del empleo de los principios generales del

44 Artículo IV, inciso 2 del Título Preliminar de la Ley N.º 27444.

45 Sobre el particular: MORALES LUNA, Félix, "Principios jurídicos y sistemas normativos", en *Foro Jurídico*, N.º 1, Lima, 2002, pp. 153-154.

46 Artículo V, inciso 1 del Título Preliminar de la Ley N.º 27444.

derecho administrativo y únicamente si este mecanismo no resulta efectivo debe procederse al empleo de la supletoriedad o subsidiaridad, según corresponda.

Sin embargo, debe señalarse que gran parte del ordenamiento administrativo es tributario del ordenamiento constitucional, en particular en cuanto a la organización de las entidades administrativas. Asimismo, la autonomía opera sin perjuicio del carácter supletorio y/o subsidiario de ciertas disposiciones contenidas en normas legales correspondientes a otras ramas del Derecho, incluso las que corresponden al derecho privado, como podría ser el ordenamiento procesal.

2.1. El interés general y el cambio en el paradigma

Lo que ocurre es que el derecho administrativo opera sobre la base de la presunción de que la Administración Pública actúa conforme al interés general, vale decir, respecto a aquello que favorece a todas las personas que componen la sociedad en su conjunto. Como resultado, un paradigma común en el derecho administrativo tradicional fue considerar que el interés general estaba por encima de los intereses particulares, lo cual carecía de sustento constitucional, cuando más bien debe considerarse que los derechos fundamentales son preferidos frente a bienes jurídicos que no son tales[47]. Conceptos como necesidad pública, orden interno, seguridad nacional, utilidad pública o interés general, entre otros, solo pueden servir como justificación para limitar derechos fundamentales pero no para desplazarlos.

Ello se encuentra referido con meridiana claridad por el artículo III del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, el mismo que preceptúa que la norma tiene por finalidad establecer el régimen jurídico aplicable para que la actuación de la Administración Pública sirva a la protección del interés general, pero garantizando a su vez los derechos e intereses de los administrados y con sujeción al ordenamiento constitucional y jurídico en general. Como si ello fuera poco, el artículo 1º de la Ley N.º 27584 prescribe que el proceso contencioso administrativo tiene por finalidad el control jurídico por el Poder Judicial de las actuaciones de la Administración Pública sujetas al derecho administrativo y la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados. Todo lo antes señalado significa que el papel del derecho administrativo hoy en día debe centrarse en la obtención de un adecuado equilibrio entre los intereses de los administrados y el interés general, debiendo ambos ser tutelados por la Administración Pública[48].

47 Sobre el particular: LAPORTA, Francisco, "Sobre el concepto de derechos humanos", en *Doxa* 4, Universidad de Alicante, Alicante, 1987, pp. 36 y ss.

48 MORÓN URBINA, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., pp. 58-59. También: MIR PUIG PELAT, Oriol, "El concepto de derecho administrativo desde una perspectiva lingüística y constitucional", en *Revista de Administración Pública*, N.º 162, Centros de Estudios Constitucionales, Madrid, 2003, p. 69 y ss.

3. LOS PRINCIPIOS ESTABLECIDOS EN LA LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL

En este orden de ideas, los principios establecidos en la Ley y que sustentan el derecho administrativo en general y el procedimiento administrativo en particular, son los siguientes[49]:

- Principio de legalidad;
- Principio de debido proceso;
- Principio de impulso de oficio;
- Principio de razonabilidad;
- Principio de imparcialidad;
- Principio de informalismo;
- Principio de presunción de veracidad;
- Principio de conducta procedimental;
- Principio de celeridad;
- Principio de eficacia;
- Principio de verdad material;
- Principio de participación;
- Principio de simplicidad;
- Principio de uniformidad;
- Principio de predictibilidad; y,
- Principio de privilegio de controles posteriores.

3.1. Carácter no taxativo de la enumeración de principios contenidos en la Ley

La relación de principios señalados por la Ley no tiene carácter taxativo, sino tan solo enumerativo[50]. Ello configura lo que se conoce en doctrina como una cláusula de principios implícitos, pues también se considerarían incluidos otros principios propios del Derecho Administrativo —muchos de los cuales se encuentran diseminados en el texto de la Ley del Procedimiento Administrativo General—, como los que se encuentran incluidos en la norma constitucional o que se deducen de la existencia de derechos fundamentales, así como los principios generales del Derecho que resulten aplicables.

Esta previsión, además, permite atenuar el efecto limitativo que genera la enumeración de una lista de principios en cualquier ordenamiento jurídico, permitiendo incluso la aparición de principios establecidos por la jurisprudencia, en especial la proveniente del Tribunal Constitucional.

49 Artículo IV del Título Preliminar de la Ley N.º 27444.
50 Artículo IV, inciso 2 *in fine* del Título Preliminar de la Ley N.º 27444.

PRINCIPIOS QUE REGULAN LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA (I)

Principio de legalidad	Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la ley, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que fueron conferidas dichas facultades.
Principio del debido procedimiento	Los administrados gozan de todos los derechos y garantías del debido proceso adjetivo o procesal, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho.
Principio de impulso de oficio	Las autoridades administrativas dirigen e impulsan de oficio el procedimiento y ordenan la realización o práctica de los actos que resulten convenientes para el esclarecimiento y resolución de las cuestiones necesarias.
Principio de razonabilidad	Las decisiones de la autoridad administrativa deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar
Principio de proporcionalidad	Es necesario que la afectación a los intereses del administrado se encuentre dirigida al fin perseguido por la medida.
Principio de imparcialidad	Únicamente puede establecerse diferencias entre las personas derivadas de criterios objetivos y motivos razonables.
Principio de informalismo	Las normas de procedimiento deben ser interpretadas en forma favorable a la admisión y decisión final de las pretensiones de los administrados.
Principio de presunción de veracidad	Se presume que los documentos presentados y las declaraciones formuladas por los administrados responden a la verdad de los hechos que ellos afirman.
Principio de conducta procedimental	Los sujetos que intervienen en un procedimiento administrativo deben realizar sus respectivos actos procedimentales guiados por el respeto mutuo, la colaboración y, en especial, la buena fe.
Principio de celeridad en el procedimiento administrativo	Quienes participan en el procedimiento deben guiar su actuación en la tramitación evitando actuaciones procesales que dificulten su tramitación a fin de alcanzar una decisión en tiempo razonable.

PRINCIPIOS QUE REGULAN LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA (II)

Principio de eficacia	Los sujetos del procedimiento administrativo deben hacer prevalecer el cumplimiento de la finalidad del acto procedimental sobre aquellos formalismos que no determinen aspectos importantes en la decisión final.
Principio de verdad material	La autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo para sus respectivas decisiones.
Principio de participación	Las autoridades deben brindar las condiciones necesarias a todos los administrados para acceder a la información que administren.
Principio de simplicidad	Los trámites establecidos por la autoridad administrativa deberán ser sencillos, debiendo eliminarse toda complejidad innecesaria.
Principio de uniformidad en el procedimiento administrativo	La autoridad administrativa deberá establecer requisitos similares para trámites similares.
Principio de predictibilidad	La autoridad administrativa deberá brindar a los administrados información veraz, completa y confiable sobre cada trámite, de modo tal que el administrado pueda tener una conciencia bastante certera de cuál será el resultado final que se obtendrá.
Principio de privilegio de controles posteriores	La autoridad administrativa se reserva el derecho de aplicar las sanciones pertinentes en caso de que la información presentada por el administrado no sea veraz.

3.2. El principio de legalidad

El principio de legalidad es sin lugar a dudas el principio más importante del derecho administrativo puesto que establece que las autoridades administrativas —y en general, todas las autoridades que componen el Estado— deben actuar con respeto a la Constitución, la Ley y al Derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que fueron conferidas dichas facultades[51].

Esto implica, en primer lugar, que la Administración se sujeta especialmente a la Ley, entendida como norma jurídica emitida por quienes representan a la sociedad en su conjunto, vale decir, el Parlamento. Lo que ocurre es que en el Estado de derecho se ubica a la Administración como esencialmente ejecutiva, encontrando en la ley su fundamento y el límite de su acción[52]. Es una Administración sometida al Derecho, aunque la misma está habilitada para dictar reglas generales —reglamentos fundamentalmente—, estas están subordinadas a la ley.

En segundo lugar, la Administración Pública, a diferencia de los particulares, no goza de la llamada libertad negativa (nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido a hacer lo que esta no prohíbe) o *principio de no coacción*, dado que solo puede hacer aquello para lo cual está facultada en forma expresa[53]. La discrecionalidad, como resultado, va reduciendo su existencia a límites casi virtuales, lo cual es consistente con la moderna teoría administrativa, e incluso, con reiterada jurisprudencia, en especial la emitida por el Tribunal Constitucional (Exp. Nº00091-2001-PA/TC; Exp. Nº8495 - 2006 - PA/TC)

Asimismo, la Administración Pública, al emitir actos administrativos —que por definición, generan efectos específicos, aplicables a un conjunto definido de administrados— debe adecuarse a las normas reglamentarias de carácter general[54]. Estas últimas evidentemente deben de complementar debidamente la norma legal que les da sustento, cumpliendo con reglamentarla de manera adecuada, en el caso de los llamados reglamentos ejecutivos. En el caso de los reglamentos autónomos, la Administración debe respetar las normas legales en general y en especial aquella que le otorga potestad reglamentaria a la entidad.

3.2.1. Origen del principio de legalidad

El sometimiento del Estado en general y de la Administración Pública en particular a la Ley tiene su origen en la doctrina de John Locke. Expresa este autor

51 Artículo IV, inciso 1, literal 1.1 del Título Preliminar de la Ley N.º 27444.

52 Sobre el particular es pertinente ver: BELADIEZ ROJO, Margarita, "La vinculación de la Administración al Derecho", en *Revista de Administración Pública*, N.º 153, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2000.

53 OCHOA CARDICH, "Los principios generales del procedimiento administrativo", cit., p. 53.

54 COSCULLUELA MONTANER, *Manual de derecho administrativo*, cit., p. 31.

—a quien se le reconoce casi unánimemente como padre del liberalismo político— que si el Estado ha nacido para proteger los derechos naturales, que no desaparecen con el contrato social establecido por Hobbes, carece de sentido racional que desaparezcan por la instauración de un Estado absolutista, cuando el contrato social persigue el fin de proteger, amparar y hacerlos sobrevivir. La monarquía absoluta es entonces incompatible con la sociedad civil[55]. Lo que hay que hacer es limitar el poder absoluto y ello se logra distribuyendo las funciones estatales.

En contraposición con Hobbes, Locke considera al soberano como parte integrante del pacto social, por lo cual dicho soberano se encuentra también sometido a la norma legal. Hobbes emplea el contrato social más bien para justificar la obediencia al soberano y la asunción de este del poder absoluto sobre sus súbditos[56]. Y es que, para Hobbes, la libertad del soberano está sobre los individuos y por sobre las mismas leyes que rigen a los individuos. Cada individuo renuncia a su libertad buscando la seguridad que le otorga el Estado soberano[57].

El sometimiento del monarca a la Ley genera entonces que él pretenda elaborar también la misma, lo que implicaría una grave incongruencia, pues estaría sometido a sus propios designios, sin que exista control aparente alguno. Si el Príncipe absoluto reúne en sí mismo el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo, señala Locke, no existiría juez ni manera de apelar a nadie para decidir en forma justa una reparación o compensación si es que el príncipe generase un daño o atropello[58].

De la misma manera, señala Locke, "tampoco es conveniente, pues sería una tentación demasiado fuerte para la debilidad humana, que tiene la tendencia a aferrarse al poder, confiar la tarea de ejecutar las leyes a las mismas personas que tienen la misión de hacerlas"[59]. Es evidente, a partir de este razonamiento, que el principio de legalidad es uno de los elementos que conforman el Estado de derecho, pues sirve de efectiva limitación al Poder Estatal en beneficio de los derechos de los individuos[60].

55 LOCKE, *Ensayo sobre el gobierno civil*, cit., § 90.

56 HOBBES, Thomas, *Leviatán*, Sarpe, Madrid, 1984, pp. 181 y ss.

57 La idea de que los derechos de los particulares se transfieren no a un tercero, sino a la colectividad en su conjunto no surge de las ideas de Locke, sino más bien de las de Spinoza, quien señalaba que "se puede formar una sociedad y lograr que todo pacto sea siempre observado con máxima fidelidad sin que ello contradiga al derecho natural, a condición de que cada uno transfiera a la sociedad todo el derecho que él posee, de suerte que ella sola mantenga el supremo derecho de la naturaleza a todo, es decir, la potestad suprema, a la que todo el mundo tiene que obedecer, ya por propia iniciativa, ya por miedo al máximo suplicio" (SPINOZA, Baruch, *Tratado teológico político*, Alianza Editorial, Madrid, 1986, p. 338).

58 LOCKE, *Ensayo sobre el gobierno civil*, cit., § 91.

59 LOCKE, *Ensayo sobre el gobierno civil*, cit., § 143.

60 ENTRENA CUESTA, "Notas sobre el concepto y clases de Estado de derecho", cit., p. 36.

3.3. El debido procedimiento administrativo

El principio del debido procedimiento señala que los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al denominado debido proceso adjetivo o procesal, el mismo que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho.

De otro lado, y dada la autonomía del Derecho Administrativo procesal, la Ley del Procedimiento Administrativo General preceptúa que la regulación propia del Derecho Procesal Civil es aplicable al principio de debido procedimiento solo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo y de manera supletoria[61].

El principio que venimos describiendo es tributario a su vez de uno más amplio y complejo, que es el del debido proceso en sede administrativa. Dicho principio constituye además un derecho fundamental, conforme lo establecido por reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y constaría por lo menos de los siguientes elementos[62]:

Derecho a ser oído: La Administración no puede decidir sin escuchar a la parte interesada o sin darle la posibilidad de expresarse sobre el mérito de la decisión[63]. Este derecho se manifiesta, por ejemplo, en el derecho a pedir vista de las actuaciones, es decir, poder observar el estado del procedimiento en cualquier momento; pero también en el derecho de impugnar lo decidido por la autoridad administrativa, por lo menos a través del empleo del recurso de reconsideración.

Derecho a ofrecer y producir pruebas: La prueba constituye la actividad material dirigida a determinar la veracidad de los hechos respecto la cuestión planteada por la autoridad administrativa o por el administrado. Los particulares tienen derecho a ofrecer y producir las pruebas que consideren pertinentes, las cuales se sumarán a las producidas y obtenidas de oficio. La Administración no puede negarse a hacer efectiva la prueba ofrecida por el particular, salvo en casos excepcionales y cuando la prueba sea claramente irrazonable, debiendo fundamentar su rechazo.

Derecho a una decisión fundada: Este derecho se relaciona con el requisito esencial de motivación del acto administrativo, es decir que la decisión administrativa debe expresar los fundamentos que llevan a la emisión del acto. Caso contrario, resultaría muy complicado que el administrado pueda defenderse de lo resuelto por la administración si ello le perjudicase. Es por ello que la falta de motivación acarrea la nulidad del acto administrativo.

61 Artículo IV, inciso 1, literal 1.2 del Título Preliminar de la Ley N.º 27444.

62 LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro, "Los principios del procedimiento administrativo", en CIENFUEGOS SALGADO, David y LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro (coords.), *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz*, UNAM, México D.F., 2005, pp. 188 y ss.

63 MORÓN URBINA, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., p. 66.

Derecho al plazo razonable: Los administrados tienen derecho a que el procedimiento sea resuelto en un plazo que permita una defensa adecuada a sus intereses. La plasmación del derecho al plazo razonable se encuentra, entre otras instituciones, en el silencio administrativo y en la institución de la queja administrativa; y tiene una estrecha relación con el principio de celeridad, al cual aludiremos más adelante.

3.3.1. El debido proceso en sede administrativa

En un primer término, es necesario tener clara la complejidad de la institución jurídica que venimos describiendo. Lo que ocurre es que el debido proceso es, al mismo tiempo, un principio constitucionalmente consagrado, una garantía de la Administración de Justicia y, sobretodo, un derecho constitucional[64], sometidos a una importante protección por parte del ordenamiento.

Definimos debido proceso como el conjunto de garantías indispensables para que un proceso o procedimiento pueda ser considerado justo; es decir, en el que se pueda declarar válidamente el derecho de alguien. Ello implica necesariamente reconocer a una persona su calidad de sujeto de derecho dentro de todo procedimiento o proceso[65].

Ahora bien, el debido proceso, como derecho constitucional, es un derecho complejo, definiéndose como tal aquel derecho cuyo contenido se encuentra conformado a su vez por otros derechos, de naturaleza y estructura más sencilla. En este orden de ideas, el debido proceso contiene en su seno derechos tan importantes como el derecho al juez o a la autoridad natural, el derecho de defensa o la motivación de las resoluciones emitidas por la entidad respectiva.

Por otro lado, la doctrina y la jurisprudencia, peruana y comparada, reconocen dos modalidades de debido proceso, el adjetivo y el material. En primer término, el debido proceso adjetivo o procesal implica el cumplimiento de las normas que regulan el proceso o procedimiento, las mismas que se encuentran en la Constitución y que son desarrolladas en las normas procesales pertinentes.

Asimismo, el debido proceso material o sustantivo implica la emisión de una sentencia o resolución ajustada a derecho, es decir, como resultado de la reali-

64 Constitución de 1993:
Artículo 139º. Son principios y derechos de la función jurisdiccional:
(...)
3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.
Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.
(...)

65 MONROY GÁLVEZ, Juan, "Debido proceso y tutela jurisdiccional", en AA.VV., *La Constitución comentada*, Gaceta Jurídica, Lima, 2005, T. II, p. 497.

zación de un proceso justo. Ello implica que se cumplan con criterios mínimos de razonabilidad, de proporcionalidad, de equidad, que permitan vincular el debido proceso, no solo con el cumplimiento de requisitos formales, sino además con la satisfacción de la justicia como valor[66] necesario para obtener la resolución de los conflictos y la paz social.

Ahora bien, la doctrina y la jurisprudencia del país y de parte del resto del mundo están considerando al derecho al debido proceso como un derecho que no solo es aplicable a los órganos jurisdiccionales, sino también a los entes administrativos, e inclusive, a las entidades privadas de naturaleza corporativa. Semejante ampliación tiene su origen en el concepto original del *due process of law* de la doctrina norteamericana el mismo que se encuentra contenido en la V Enmienda a la Constitución estadounidense[67]. A su vez, dicho principio tiene su origen en la Carta Magna Inglesa, a través de la frase *"by the law of the land"* (según la ley del lugar) y se plasma finalmente en la Ley de 1344 que se aprueba para controlar la actuación del rey[68].

Dicho concepto no hace distinciones respecto a la naturaleza del proceso al cual resulta aplicable el precepto acotado, razón por la cual el concepto puede aplicarse sin mayores dificultades a procesos judiciales, administrativos, e inclusive, a procesos que se dan en entidades privadas de naturaleza corporativa[69], como lo ha señalado el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia.

3.3.2. Los derechos constitucionales implícitos como sustento del debido proceso en sede administrativa

Es necesario precisar en primer lugar que la jurisprudencia peruana, en materia de acciones de garantía, configura uno de los casos poco comunes en los cuales las decisiones jurisdiccionales resultan ser vinculantes para los demás órganos del Poder Judicial. En este orden de ideas, la jurisprudencia peruana estaría considerando, con cierta regularidad, que ciertos principios resultan equiparables a los derechos fundamentales, razón por la cual su violación permitiría la procedencia de una acción de amparo. Amparándose en la violación del citado principio, puede considerarse que existe la afectación

66 Sobre el particular: BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo, "El derecho a una decisión justa como elemento esencial de un proceso Justo", en *Derecho & Sociedad*, N.º 15, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2000, pp. 39 y ss.

67 "[No] podrá obligársele a nadie a testificar contra sí mismo en una causa penal; ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el *debido proceso legal*; ni tampoco podrá tomarse la propiedad privada para uso público sin una justa compensación" (el subrayado es nuestro).

68 Sobre el particular: CARBONELL, Eloísa, *Agencias y procedimiento administrativo en Estados Unidos de América*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 95-96.

69 ESPINOSA SALDAÑA B., Eloy, "Debido proceso en procedimientos administrativos, su viabilidad y las experiencias peruana y mundial sobre el particular", en *Revista Jurídica del Perú*, N.º 18. Trujillo, 2001, p. 2.

a un derecho constitucional y declararse fundado el amparo que se sustente en dicho supuesto.

Ahora bien, a fin de justificar la existencia de un derecho al debido proceso en sede distinta a la jurisdiccional, resulta de aplicación la llamada *cláusula de los derechos implícitos*, contenida en el artículo tercero de la norma constitucional[70], que configura, en el caso peruano, lo que doctrina llama derechos fundamentales implícitos o no enumerados. Estos se definen como aquellos derechos fundamentales que no se encuentran enunciados explícitamente en la Constitución, pero que se deducen de ciertas características de la organización política del país esbozadas por la propia Carta Magna[71]. Estas características tienen que ver con la dignidad del hombre reconocida por el texto constitucional, con la forma republicana de gobierno, con los valores democráticos, con la soberanía y con consideraciones análogas.

El principio antes indicado no resulta ser ninguna novedad, puesto que proviene del constitucionalismo norteamericano. La IX Enmienda a la Constitución Norteamericana señala claramente que los derechos enumerados en la norma no eliminan otros que fueran reconocidos al pueblo[72]. Esta norma tiene a su vez su origen en la concepción iusnaturalista de que los derechos constitucionales son anteriores y superiores al Estado.

Ahora bien, este precepto no debe emplearse para reconocer derechos de configuración eminentemente legal o que no se derivan automáticamente del concepto de dignidad de la persona[73], siendo necesario entonces sustentar el reconocimiento de un derecho fundamental específico en determinadas consideraciones susceptibles de verificarse. Así, es posible sustentar el derecho al debido proceso en procedimientos administrativos a través de dos razonamientos: Uno, de naturaleza valorativa, a partir de la propia naturaleza de los derechos fundamentales. Otro, a partir de una lógica funcional.

---

70 Constitución de 1993:
"Artículo 3.- La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno".

71 Sobre el particular: RUBIO CORREA, Marcial, *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2005, pp. 93 y ss.; SÁENZ DÁVALOS, Luis, "La cláusula de derechos no enumerados y su aplicación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en *Revista Peruana de Jurisprudencia*, N.º 13, Trujillo, 2002, p. xxi y ss.

72 De la Constitución de los Estados Unidos de América:
Enmienda IX
"La enumeración de ciertos derechos en la Constitución no deberá interpretarse como la negación o el menosprecio de otros derechos retenidos por el pueblo".

73 CARPIO MARCOS, Edgar, "Los derechos no enumerados", en AA.VV., *La Constitución comentada*, Gaceta Jurídica, Lima, 2005, p. 324-325.

En primer término, el debido proceso en sede jurisdiccional se encuentra debidamente consagrado en nuestra carta fundamental como resultado de la aplicación de los principios propios de la tramitación de procedimientos, en los cuales se va a decidir respecto a derechos e intereses de los individuos. Si se va a resolver un conflicto o controversia, es necesario que existan principios mínimos que permitan llevar a cabo dicha función apropiadamente. Si trasladamos este razonamiento a la Administración Pública, queda claro que la misma, al realizar un procedimiento administrativo, resuelve un conflicto o petición. Los principios mínimos que se requieren para ello conforman los conceptos de debido proceso a los que nos estamos refiriendo. Ello, máxime si como hemos indicado líneas arriba el concepto original del *due process of law* no distingue el proceso al cual resulta aplicable en cada caso concreto.

Por otro lado, el debido proceso en sede administrativa puede justificarse mediante una lógica funcional. La falta de reconocimiento del citado derecho abre las puertas a la arbitrariedad en el ejercicio de las facultades inherentes a la Administración Pública y la posibilidad que en dicho ejercicio se vulneren derechos de los particulares, sin que haya un plausible control para ello[74]. El concepto de equilibrio entre intereses particulares y el interés general que hemos referido líneas arriba queda por completo desvirtuado.

En sentencias relativamente recientes, el Tribunal ha estado haciendo referencia, por lo menos en forma limitada, al artículo 3º de la Constitución Peruana de 1993 para justificar el derecho fundamental al debido proceso en sede administrativa. En consecuencia, hoy en día existe una utilización más explícita de dicho precepto constitucional para justificar la ampliación de la aplicación del derecho al debido proceso en los procedimientos administrativos. No obstante ello, el Tribunal Constitucional ha empleado de manera reiterada el principio del debido proceso en sede administrativa incluso antes de su consagración legal[75].

3.3.3. El contenido del derecho al debido proceso en sede administrativa

Ahora bien, este derecho al debido proceso en sede administrativa tiene un contenido que no está enfocado a todos los componentes de los que se le reconocen al debido proceso en sede judicial. En primer lugar, en el ámbito de la Administración Pública no cabe hablar de cosa juzgada, sino tan solo de cosa decidida. Las resoluciones administrativas que agotan la vía administrativa son susceptibles de ser impugnadas en la vía judicial a través del proceso

74 GUZMÁN NAPURÍ, Christian, "El debido proceso en sede administrativa en la jurisprudencia y la doctrina peruana. ¿Hoy en día todavía puede discutirse la pertinencia del mismo?", en *Ius et Veritas*, N.º 22, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2001, p. 344.

75 Sobre el particular: OCHOA CARDICH, "Los principios generales del procedimiento administrativo", cit., pp. 68-75.

contencioso administrativo[76], por lo cual no gozan de la inmutabilidad de las resoluciones judiciales[77].

Sin embargo, el artículo 142º de la Constitución aparentemente reconoce la existencia de dos tipos de resoluciones administrativas que no son impugnables: Las emitidas por el Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral y las emitidas por el Consejo Nacional de la Magistratura en materia de destitución de magistrados. Sobre ello es preciso efectuar dos aclaraciones. La primera, que las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral son decisiones jurisdiccionales, no administrativas, razón por la cual no cabe contra las mismas el proceso contencioso administrativo pero si el proceso de amparo[78], por las mismas razones por las que cabe dicho proceso constitucional contra resoluciones emanadas de un proceso judicial que no es regular.

La segunda, que las decisiones del Consejo Nacional de la Magistratura no tienen por qué poseer la calidad que la norma constitucional les atribuye, puesto que admitir ello implicaría permitir el uso arbitrario del poder, que no es admisible en un Estado de derecho. Sobre ello se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia, estableciendo que es posible revisar dichas decisiones cuando las mismas vulneran derechos fundamentales[79], generando en buena cuenta lo que doctrina denomina una mutación constitucional.

Por otro lado, existen elementos comunes a ambos ámbitos de aplicación del derecho al debido proceso, sea el jurisdiccional o el administrativo. La doctrina y la jurisprudencia incluyen el derecho de defensa, el derecho a la presentación de pruebas, el derecho a que la entidad ante la cual se sustancia el proceso emplee necesariamente el procedimiento preestablecido por la ley, la motivación de la resolución emitida, el derecho a un plazo razonable para la emisión de la resolución respectiva[80], entre otros.

3.3.4. Elementos diferenciales

Ahora bien, el debido proceso en sede administrativa posee ciertos elementos diferenciales respecto al debido proceso en sede judicial. En primer lugar, la

76 Constitución de 1993:
Artículo 148º.- Las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso-administrativa.

77 No obstante, la cosa juzgada no es absolutamente inmutable. En circunstancias muy especiales cabe la revisión de un proceso judicial, en particular mediante el empleo de dos mecanismos: la nulidad de cosa juzgada fraudulenta y el amparo contra resoluciones judiciales que no hayan emanado de un procedimiento regular.

78 Sobre el particular: SALCEDO CUADROS, Carlo Magno, "¿Qué es materia electoral? A propósito del control jurisdiccional de las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones", en *Actualidad Jurídica*, N.º 143, Lima, 2005, pp. 146 y ss.

79 LEDESMA NARVÁEZ, Marianella, "Resoluciones no revisables por el Poder Judicial", en AA.VV., *La Constitución Comentada*, Gaceta Jurídica, Lima, 2005, T. II, p. 662-663.

80 ESPINOSA SALDAÑA B., "Debido proceso en procedimientos administrativos, su viabilidad y las experiencias peruana y mundial sobre el particular", cit., p. 6.

posibilidad de impugnar judicialmente la resolución emitida por la autoridad administrativa, posibilidad a la cual hemos hecho referencia líneas arriba. Asimismo, es preciso tomar en cuenta la naturaleza reglada del accionar administrativo, la misma que genera un marco de acción más limitado respecto de la entidad que el que poseen en general los órganos jurisdiccionales.

Asimismo, no cabe necesariamente adoptar como elemento inherente al debido proceso en sede administrativa la garantía de la instancia plural, dado que no toda autoridad administrativa que se pronuncia en un procedimiento posee una instancia superior. Esto ocurre en muchos procedimientos administrativos, pero también en procedimientos institucionales en los cuales quien resuelve es la máxima autoridad administrativa. Claro, siempre es posible el recurso de reconsideración, el cual además es opcional, y es resuelto por la misma autoridad que emite el acto impugnado.

Finalmente, por regla general, las entidades administrativas carecen de la facultad de inaplicar una norma legal a un caso concreto, facultad que si posee la judicatura, denominada control difuso y que está contenida en el artículo 138º de la Constitución. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, en un discutible precedente[81], le ha otorgado dicha facultad a los tribunales administrativos y demás órganos colegiados que tramiten procedimientos trilaterales, vale decir, que efectúen actividad cuasi jurisdiccional. A esto nos vamos a referir de manera amplia en el capítulo relativo a estos procedimientos.

3.3.5. Limitaciones al debido proceso en sede administrativa

Finalmente, el Tribunal Constitucional, en discutibles pronunciamientos, ha limitado el alcance del debido procedimiento en sede administrativa, estableciendo supuestos en los cuales ha considerado que el mismo no es aplicable. Por ejemplo en el supuesto de procedimientos internos o institucionales, así como en el caso de procedimientos en los cuales se realiza una investigación, como es el caso del Ministerio Público[82].

Ello es evidentemente restrictivo del derecho al debido proceso, puesto que no existe razón alguna para limitar este derecho en estos supuestos. Los procedimientos institucionales generan en la práctica resultados que pueden afectar indirectamente a administrados y de manera directa a empleados públicos, los cuales también poseen derecho al debido proceso. A su vez, en el caso de procedimientos de investigación el resultado puede ser un acto administrativo (como es el caso de los procedimientos ante el Ministerio Público) con lo cual nos encontramos ante un verdadero procedimiento administrativo.

81 STC N.º 3741-2004-AA/TC, y su respectiva aclaración.

82 RUBIO CORREA, *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*, cit., pp. 331-332.

3.3.6. El componente sustantivo

Es evidente además que existe definitivamente un componente sustantivo en el debido proceso en sede administrativa. En sede administrativa es necesario también que se emita una resolución justa. Cuando hacemos referencia a una resolución justa, en particular queremos decir que esta decisión no podrá ser arbitraria. Ello implica, en consecuencia, que la citada decisión se sustente en una aplicación de la norma jurídica vigente a los supuestos de hecho del caso concreto[83].

Lo señalado en el párrafo precedente significa además que el acto administrativo se emite, no en uso de facultades discrecionales, sino en uso de facultades regladas y predeterminadas de la Administración Pública. Ello se encuentra corroborado inclusive por la propia jurisprudencia peruana, que ha señalado claramente que una decisión administrativa no puede responder a criterios absolutamente discrecionales, pues debe ponderarse contextos y situaciones al emitirse el acto resolutivo.

Ahora bien, cuando nos referimos a actividad discrecional describimos aquella que no depende de normas legislativas concretas y preexistentes que la regulen. Las facultades discrecionales le permiten al órgano administrativo cierta libertad para elegir entre uno u otro curso de acción, o para hacer una cosa de una u otra forma[84]. La necesidad de permitirle a la Administración Pública cierta actividad discrecional deriva, en principio, de la circunstancia de que es imposible para el legislador tener una visión exacta de los elementos concretos que, al menos en parte y en ciertos casos, condicionan la oportunidad de la decisión administrativa.

Sin embargo, el primer cuestionamiento a la existencia de dichas facultades, es que, por definición, las mismas se encontrarían libres de todo control, en especial, judicial. La razón de ser del principio de legalidad reside precisamente en el control de la arbitrariedad estatal. El reconocimiento del debido proceso sustantivo en sede administrativa permite conjurar en forma más eficiente el riesgo de un comportamiento de la Administración que puede resultar formalmente ajustado a derecho —con lo cual podríamos encontrarnos ante el cumplimiento de preceptos propios del debido proceso formal— pero que en realidad vulnera derechos fundamentales, que poseen una posición preferente respecto a intereses, principio o metas que no sean derechos constitucionalmente consagrados, tengan naturaleza individual o colectiva.

Por otro lado, al obedecer el acto discrecional a una decisión que no se encuentra regulada expresamente por la norma legal, la judicatura carecería de parámetros para determinar si la decisión de la administración resulta ser justa o no. La existencia del debido proceso sustantivo en sede administrativa —que

83 BUSTAMANTE ALARCÓN, "El derecho a una decisión justa como elemento esencial de un proceso Justo", cit., p. 42.

84 GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, cit., T. II, p. 444.

se encuentra reconocido por la doctrina y jurisprudencia peruana, como ya lo hemos indicado— permite a la judicatura tener parámetros más o menos objetivos para evaluar el comportamiento de la Administración Pública.

3.4. El principio de impulso de oficio

El principio de impulso de oficio —o de oficialidad, según parte de la doctrina[85]— implica que las autoridades administrativas deben dirigir e impulsar de oficio el procedimiento y ordenar la realización o práctica de los actos que resulten convenientes para el esclarecimiento y resolución de las cuestiones necesarias[86]. La continuidad del procedimiento no depende del administrado, sino de la autoridad administrativa.

Dicho principio, que es congruente con la doctrina y el derecho comparado[87], tiene su origen en el carácter inquisitorial o inquisitivo del procedimiento administrativo que a su vez se origina en la concepción de interés general que anima a la Administración Pública[88]. La satisfacción de dicho interés se da de manera directa a través de la tramitación del procedimiento[89], sea cual sea la naturaleza del mismo, y que siempre es dirigido por la autoridad administrativa.

La Ley del Procedimiento Administrativo General señala también que la autoridad competente, aun sin pedido de parte, debe promover toda actuación que fuese necesaria para su tramitación así como superar cualquier obstáculo que se oponga a la regular tramitación del procedimiento (artículo 145º de la Ley N.º 27444). Una disposición similar se encontraba en el artículo IV del Título Preliminar del Decreto Supremo N.º 02-94-JUS, el mismo que preceptuaba que cuando una autoridad advierta un error u omisión en el procedimiento deberá encausarlo de oficio o a pedido de parte.

Además, la Ley N.º 27444 señala que la autoridad administrativa deberá determinar la norma aplicable al caso aun cuando no haya sido invocada o fuere errónea la cita legal, de manera similar a lo que ocurre en sede judicial; así como evitar el entorpecimiento o demora a causa de diligencias innecesarias o meramente formales, adoptando las medidas oportunas para eliminar cualquier irregularidad producida.

3.4.1. Contenido del principio de impulso de oficio

En consecuencia, la autoridad administrativa a quien toca decidir sobre el trámite del recurso puede y debe adoptar las medidas que sean necesarias

85 LÓPEZ OLVERA, "Los principios del procedimiento administrativo", cit., p. 185.
86 Artículo IV, inciso 1, literal 1.3 del Título Preliminar de la Ley N.º 27444.
87 SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de derecho administrativo*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000, p. 81.
88 PAREJO ALFONSO, Luciano *et al.*, *Manual de derecho administrativo. Parte general*, Ariel, Barcelona, 1998, pp. 562-563.
89 MORÓN URBINA, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., p. 69.

para la adecuada impulsión del procedimiento, y para la averiguación de los hechos reales, sin necesidad de acción directa de los particulares más allá de la presentación de la solicitud inicial y el cumplimiento de las obligaciones propias del procedimiento. La Administración debe llegar a la resolución final sin necesidad del impulso de ninguno de los particulares involucrados en el procedimiento[90].

La autoridad administrativa debe también decidir la apertura a prueba del expediente en los casos en que ello sea oportuno y ordenar la actuación de las pruebas que considere pertinentes[91]. Por iguales razones deberá pedir los informes y dictámenes que sean convenientes para la resolución del caso. En general, los actos de instrucción dentro del procedimiento administrativo deben realizarse de oficio. Finalmente, deberá remover los obstáculos que impidan una tramitación debida del procedimiento.

Asimismo, el impulso de oficio es un componente esencial del debido proceso en sede administrativa, al permitir la tramitación adecuada y eficiente de los procedimientos, en beneficio de los administrados. Además, permite generar celeridad en la tramitación de los procedimientos, formando parte de la necesaria racionalización de la Administración Pública.

Finalmente es preciso tener en cuenta que existen ciertas actuaciones que dependen de la acción directa del administrado —como podrían ser los supuestos de abandono del procedimiento— y, a su vez, ciertas situaciones en las cuales la Administración no puede actuar de oficio, en especial si la iniciación del procedimiento opera por interés únicamente del administrado en el caso de los procedimientos iniciados a pedido de parte.

3.5. El principio de razonabilidad

El principio de razonabilidad implica que las decisiones de la autoridad administrativa, cuando crean obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados —es decir, respecto a los denominados actos de gravamen—, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido[92].

La razonabilidad, en sentido estricto, implica que los fines perseguidos por la limitación a los intereses de los administrados sean válidos y legítimos en un Estado de derecho[93]. Si los fines de dichos actos de gravamen tienen por

90 GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, cit., T. II, p. 463.

91 COMADIRA, Julio R., *Derecho administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 129.

92 Artículo IV, inciso 1, literal 1.4 del Título Preliminar de la Ley N.º 27444.

93 Sobre el particular: RUBIO CORREA, *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*, cit., pp. 241 y ss. También: INDACOCHEA PREVOST, Ursula, "Calle de las Pizzas y ponderación constitucional", en *Revista de Derecho Administrativo*, N.º 5, CDA, Lima, 2008, p. 293.

finalidad justificar un comportamiento arbitrario, autoritario o discriminatorio por parte de la Administración Pública, es evidente que la misma viola el principio de preferencia por los derechos fundamentales y deviene en inconstitucional.

3.5.1.El principio de proporcionalidad

Ahora bien, el principio de razonabilidad, tal como está definido por la Ley N.º27444, implica en su contenido al principio de proporcionalidad, que a su vez está conformado por tres criterios, idoneidad, necesidad y ponderación. En primer lugar, es necesario que la afectación a los intereses del administrado se encuentre dirigida al fin perseguido por la medida. Se requiere en segundo lugar que, ante varias posibilidades de limitación, la Administración Pública escoja aquella que sea menos gravosa respecto del derecho fundamental a limitar[94].

Es necesario, finalmente, que el grado de afectación al derecho se encuentre acorde con el nivel de obtención de la finalidad perseguida con la limitación[95]; concepción esta última que es enteramente consistente con el sustento racional del principio de preferencia por los derechos fundamentales, puesto que permite que el juzgador —que es el que define cuando nos encontramos ante una limitación válida— realice un análisis en términos de costo beneficio para verificar la referida proporcionalidad.

Lo que ocurre es que el principio de proporcionalidad debe cumplir con el principio del Óptimo de Pareto[96]. Wilfredo Pareto, economista italiano, ha definido la

94 MENDOZA ESCALANTE, Mijail, "Intensidad de la intervención o afectación de derechos fundamentales y principio de proporcionalidad", en *Revista Jurídica del Perú*, T. 80, Lima, 2007, p. 17.

95 Exp. N.º 2235-2004-AA/TC, Sentencia de fecha 18 de febrero de 2005: "(...) Por su parte, el principio de proporcionalidad exige, a su vez, que la medida limitativa satisfaga los subcriterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. El principio de idoneidad comporta que toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo, es decir, que exista una relación de medio a fin entre la medida limitativa y el objetivo constitucionalmente legítimo que se persigue alcanzar con aquel.

A su vez, en el Fund. Jur. N.º 109 de la STC N.º 0050-2004-AI/TC, este Tribunal afirmó que el principio de necesidad impone al legislador adoptar, entre las diversas alternativas existentes para alcanzar el fin perseguido, aquella que resulte menos gravosa para el derecho que se limita. Como tal, presupone la existencia de una diversidad de alternativas, todas aptas para conseguir el mismo fin, debiendo ser la escogida por el legislador aquella que genera menos aflicción sobre el derecho fundamental.

(...)

Asimismo, en la misma STC N.º 0050-2004-AI/TC, este Tribunal destacó que "(...) de acuerdo con el principio de proporcionalidad, *strictu sensu*, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de ésta debe ser, por lo menos, equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental, comparándose dos intensidades o grados: el de la realización del fin de la medida examinada y el de la afectación del derecho fundamental" (Fund. Jur. N.º 109).

(...)".

96 Sobre el particular: ALEXY, Robert, "Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional", en *Derecho y razón práctica*, Distribuciones Fontamara, México D.F., 1993, p. 10.

generación de una mejora en el bienestar social, y en consecuencia la obtención de eficiencia, como una situación que se origina si no se reduce el bienestar individual y por lo menos mejora un individuo, con relación a la situación inicial, mejorando la sociedad en su conjunto[97]. La eficiencia de Pareto recusa entonces el utilitarismo social, que permite la obtención de bienestar social mediando el sacrificio de determinados sujetos. La restricción del derecho fundamental por parte de la Administración Pública debe generar un bienestar mayor a la sociedad en su conjunto, sin perjudicar a ninguno de los individuos. Sobre esto vamos a tratar de manera reiterada en la presente obra.

3.5.2. La importancia los principios de razonabilidad y proporcionalidad

El principio de razonabilidad es en realidad un importante componente del derecho al debido proceso en sede administrativa, al nivel de lo que se denomina debido proceso sustantivo, como ya lo hemos indicado anteriormente. Este implica que las resoluciones que se emitan deben seguir criterios mínimos de proporcionalidad y razonabilidad, a fin de que la resolución que se emita sea intrínsecamente justa. Reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano ha establecido la aplicación de este principio al ámbito del procedimiento administrativo aun antes de haberse incorporado en la Ley de Procedimiento Administrativo General.

A su vez, el principio de razonabilidad en sentido estricto y el principio de proporcionalidad implican una restricción adicional a la discrecionalidad atribuible a la Administración Pública y evita, en consecuencia, la posibilidad de emisión de resoluciones arbitrarias o injustas, que puedan vulnerar derechos fundamentales del administrado[98]. Esto se hace evidente en los procedimientos administrativos sancionadores, en los cuales la autoridad administrativa goza de cierto margen de acción para poder determinar la sanción a aplicar ante una infracción determinada, margen que no debe implicar su uso indebido por las entidades administrativas.

3.6. El principio de imparcialidad

El principio de imparcialidad es un resultado directo de la aplicación en sede administrativa del mandato de igualdad material o de no discriminación, contenido en la norma constitucional[99]. Dicho mandato establece que únicamente puede

97 KAFKA, Folke, *Teoría económica*, Universidad del Pacífico, Lima, 1994, pp. 730-731.

98 MORÓN URBINA, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., p. 70.

99 Constitución de 1993:

Artículo 2º.- Toda persona tiene derecho:

(...)

2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.

(...).

establecerse diferencias entre las personas derivadas de criterios objetivos y motivos razonables. Evidentemente, la Administración solo puede establecer tratamientos desiguales en circunstancias objetivamente diferentes.

Dicho principio es también un evidente componente del Derecho al debido proceso en sede administrativa; y cuando es aplicado al procedimiento administrativo, establece que las autoridades administrativas actúan sin ninguna clase de discriminación entre los administrados, otorgándoles tratamiento y tutela igualitarios frente al procedimiento, resolviendo conforme al ordenamiento jurídico y con atención al interés general[100].

La Administración Pública, no obstante ser juez y parte en la mayoría de los casos, actúa objetivamente, resolviendo a favor del administrado cuando ello es procedente. Aun cuando la Administración es supuesta representante del interés general, ello no la autoriza a tener preponderancia procesal respecto del administrado. Este principio origina evidentes tensiones, las mismas que tienen diversa intensidad dependiendo del procedimiento del cual se trate[101]. Sin embargo, la aplicación del principio de imparcialidad debe ser la misma en cualquier procedimiento, sea este de oficio o a pedido de parte, sea general o especial.

Asimismo, la Administración Pública otorga el mismo tratamiento a todos los administrados, sin favorecer a alguno de ellos por encima de los otros, en particular si todos o algunos de ellos tienen intereses contrapuestos en el procedimiento administrativo. Esto se hace evidente en el ámbito de los procedimientos en los cuales la Administración realiza actividades de heterocomposición, y en particular, en el procedimiento trilateral, en el cual la imparcialidad de la Administración se enmarca en obtener, a través de la determinación de la verdad material, cual es el administrado que tiene la razón en la controversia suscitada, sin desconocer evidentemente el interés general.

3.6.1. Importancia del principio de imparcialidad

Además, es preciso señalar que el principio que venimos describiendo permite a su vez reducir la cantidad de pretensiones administrativas que llegan al ámbito jurisdiccional, al obligar a la Administración a emitir sus decisiones motivándolas sobre bases objetivas, respetando los derechos de los administrados que son parte del procedimiento. El principio de imparcialidad se convierte entonces en un principio de eficiencia en el funcionamiento de los entes administrativos.

Finalmente, el principio de imparcialidad es aplicable de manera directa también al funcionario público individualmente considerado, puesto que este no puede contraponer su interés personal al de los administrados ni al interés general. Como lo hemos señalado líneas arriba, el funcionario o servidor público sigue

100 Artículo IV, inciso 1, literal 1.5 del Título Preliminar de la Ley N.º 27444.

101 GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, cit., T. II, p. 467.

siendo un ser racional, que busca maximizar los beneficios de su cargo. Esta dimensión del principio de imparcialidad justifica instituciones como la abstención y su correlato —discutible en el derecho peruano pero existente en el derecho comparado— conocido como recusación[102].

3.7. El principio de informalismo

El principio de informalismo establece que las normas de procedimiento deben ser interpretadas en forma favorable a la admisión y decisión final de las pretensiones de los administrados, de modo que sus derechos e intereses no sean afectados por la exigencia de aspectos formales que puedan ser subsanados dentro del procedimiento[103].

Este principio establece en realidad una presunción a favor del administrado, para protegerlo de la mera forma o el rito, propia del procedimiento administrativo tradicional. En primer lugar, implica una aplicación el principio de *in dubio pro actione,* propio del derecho comparado, que establece la interpretación más favorable al ejercicio del derecho de petición administrativa por parte del administrado a fin de asegurar la decisión sobre el fondo del asunto[104]. Es decir, en caso de duda respecto a la procedencia de una solicitud del administrado, o respecto a la continuidad de un procedimiento determinado, la autoridad administrativa prefiere darle trámite. Puede considerarse incluso que el principio de informalismo surge de la concepción de administrado como colaborador de la Administración en la obtención del bien común[105].

Es claro, además, que este principio pretende que lo sustantivo prevalezca sobre las formas. Hoy en día el procedimiento administrativo no se concibe como un mecanismo que desincentive su seguimiento a fin de obtener la resolución final, sino más bien como un trámite organizado que permita obtener el resultado con el mayor respeto a los derechos de los administrados. Ejemplos de lo antes indicado los podemos encontrar en la existencia de requisitos mínimos para la presentación de escritos, la subsanación documental en general, la corrección de los errores cometidos por el administrado al calificar recursos realizada por la Administración, la posibilidad de presentar sucedáneos de medios probatorios, la necesidad de resolución expresa para establecer el abandono[106] y otros más en la Ley de Procedimiento Administrativo General.

Asimismo, un elemento de particular importancia que debemos tener en cuenta es que el principio que señalamos solo puede ser invocado a favor de los administrados, pero nunca a favor de la Administración, la misma que debe actuar ajustada a la Ley, al amparo de los principios de legalidad y de debido

102 MORÓN URBINA, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., p. 71.
103 Artículo IV, inciso 1, literal 1.6 del Título Preliminar de la Ley N.º 27444.
104 GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, cit., T. II, p. 461.
105 COMADIRA, *Derecho administrativo*, cit., p. 133.
106 OCHOA CARDICH, “Los principios generales del procedimiento administrativo”, cit., p. 46.

procedimiento[107]. Interpretación distinta permitiría a la autoridad administrativa eludir formalidades a fin de generar situaciones arbitrarias.

La limitación a este principio reside en que la excusa a la formalidad no afecte derechos de terceros o el interés general. El problema en este aspecto reside en el hecho de que la entidad encargada de determinar cuándo existiría afectación a los derechos de terceros, y en especial, al interés general, es la propia Administración, lo cual eleva su margen de discrecionalidad, pudiendo impedir el ejercicio del principio antes referido.

3.8. El principio de presunción de veracidad

El principio de presunción de veracidad señala que en la tramitación del procedimiento administrativo, se presume que los documentos presentados y las declaraciones formuladas por los administrados en la forma prescrita por la Ley, responden a la verdad de los hechos que ellos afirman[108]. Se presume entonces la veracidad de lo afirmado por el particular.

De esta manera, se traslada al administrado la responsabilidad respecto a la verificación previa de la veracidad de la documentación, se libera a la Administración de una parte sustancial de la carga que genera dicha verificación y a la vez se facilita a los particulares la interacción con la autoridad administrativa[109]. El efecto procesal generado consiste en la asignación de la carga de la prueba de la invalidez de la documentación a la Administración en favor del administrado. Se debe señalar, sin embargo, que esta presunción evidentemente admite prueba en contrario, configurándose como una presunción legal relativa.

Este principio es un componente de la denominada simplificación administrativa, por la cual se pretende que los trámites administrativos sean más sencillos para la Administración, y en especial, para el administrado y se le permita a este acceder con mayor facilidad a la obtención de pronunciamientos por parte de la Administración. A su vez, dicha facilidad se traduce en una mayor tutela de los derechos fundamentales de los administrados y en un mayor desarrollo económico. En tal sentido, el principio de presunción de veracidad no resulta ser ninguna novedad, pues ya se encontraba plasmada en el artículo 2º de la denominada Ley de Simplificación Administrativa, a su vez derogada por la Ley del Procedimiento Administrativo General, que la subsume.

Ahora bien, la manera como la Administración cautela el interés general es a través de la llamada fiscalización posterior, típico procedimiento de oficio, que opera al azar a través del sistema de muestreo y que es siempre posterior al propio procedimiento administrativo. Si el administrado ha empleado documen-

107 MORÓN URBINA, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., p. 74.

108 Artículo IV, inciso 1, literal 1.7 del Título Preliminar de la Ley N.º 27444.

109 INSTITUTO LIBERTAD Y DEMOCRACIA, *La simplificación administrativa: primer paso hacia la desburocratización*, ILD, Lima, 1990, p. 34.

tación falsa o fraudulenta se procederá a declarar la nulidad de la resolución emitida sin perjuicio de la imposición de la multa respectiva y de la comunicación al Ministerio Público para el inicio de la acción penal correspondiente. La fiscalización posterior también se encontraba regulada expresamente por la Ley de Simplificación Administrativa y permite generar mayor eficiencia en el accionar de la Administración Pública, como veremos más adelante.

3.9. El principio de conducta procedimental

El principio de conducta procedimental indica que los sujetos que intervienen en un procedimiento administrativo —sean los administrados, y la propia autoridad administrativa—, deben realizar sus respectivos actos procedimentales guiados por el respeto mutuo, la colaboración y, en especial, la buena fe[110]. Ello implica la existencia y reconocimiento de derechos a favor del administrado, pero también la imposición de deberes en relación con su actuación en el procedimiento.

En este punto, la Ley señala que ningún acto del procedimiento administrativo puede ser interpretado de modo tal que ampare alguna conducta contra la buena fe procesal. El principio de buena fe en las relaciones administrativas ha tenido cierto éxito en los últimos tiempos. De hecho, implica que la Administración no podrá exigirle al administrado más allá de lo estrictamente indispensable para la realización de los fines públicos[111].

El principio de conducta procedimental es en realidad un principio que resulta aplicable a gran parte del ordenamiento jurídico y que aparece para cautelar el adecuado funcionamiento de los procedimientos en general. A su vez, pretende asegurar la confianza de las partes en la conducta adecuada de la otra. Ello evidentemente incluye también a la Administración Pública, puesto que se permite al administrado confiar en que la Administración resolverá conforme a derecho.

3.10. El principio de celeridad en el procedimiento administrativo

El principio de celeridad establece que quienes participan en el procedimiento deben guiar su actuación en la tramitación con la máxima dinámica posible, evitando actuaciones procesales que dificulten su tramitación o constituyan meros formalismos, a fin de alcanzar una decisión en tiempo razonable[112]. A este nivel guarda íntima relación con el derecho al plazo razonable, elemento que forma parte del debido procedimiento administrativo, y en consecuencia, del debido proceso.

110 Artículo IV, inciso 1, literal 1.8 del Título Preliminar de la Ley N.º 27444.

111 PALOMAR OLMEDA, Álvaro, "Los principios de la actividad administrativa y las relaciones entre las Administraciones", en *Documentación Administrativa*, N.ºs 254 - 255, Ministerio para la Administraciones Públicas/Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1999, p. 63.

112 Artículo IV, inciso 1, literal 1.9 del Título Preliminar de la Ley N.º 27444.

El principio antes indicado se establece directamente a favor del administrado, a fin de asegurar la satisfacción del derecho de petición administrativa, constitucionalmente consagrado. Lo que ocurre es que la obligación de resolver en el plazo previamente establecido forma parte del derecho de petición, como fluye claramente de la norma constitucional[113] puesto que si la respuesta a lo solicitado no ocurre dentro del plazo dicho derecho se encontraría desvirtuado[114]. Es también por esta razón que, ante la inactividad de la autoridad administrativa, se establece un mecanismo paliativo que es el silencio administrativo.

A su vez, el principio de celeridad conforma un principio más amplio, el de economía procesal, es mismo que implica el ahorro de costos en términos de tiempo, dinero y esfuerzo en el trámite de los procedimientos administrativos. Si bien este último principio no se encuentra señalado expresamente en la Ley, su empleo no puede ser desconocido por los funcionarios administrativos.

Es necesario señalar que el citado principio de celeridad no releva a las autoridades administrativas de hacer efectivo respeto al debido procedimiento en las diversas actuaciones que se realicen —principio este último de medular importancia en el derecho administrativo, como ya hemos visto— ni le permite vulnerar el ordenamiento jurídico[115].

3.11. El principio de eficacia[116]

El principio de eficacia señala que los sujetos del procedimiento administrativo deben hacer prevalecer el cumplimiento de la finalidad del acto procedimental, sobre aquellos formalismos que no incidan en su validez, que no determinen aspectos importantes en la decisión final, que no disminuyan las garantías del procedimiento, ni causen indefensión en los administrados.

Por ello, este principio debe emplearse e invocarse de manera conjunta con el de informalismo, no obstante que este último es susceptible de aplicación de manera más inmediata. Al igual que dicho principio, el de eficacia pretende proteger al administrado de los excesivos formalismos del procedimiento, mejorar la

113 Constitución de 1993:
Artículo 2º.- Toda persona tiene derecho:
(...)
20. A formular peticiones, individual o colectivamente, por escrito ante la autoridad competente, la que está obligada a dar al interesado una respuesta también por escrito dentro del plazo legal, bajo responsabilidad.
Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional sólo pueden ejercer individualmente el derecho de petición.
(...).

114 LUNA CERVANTES, Eduardo, "El derecho de petición", en AA.VV., *La Constitución comentada*, T. I, Gaceta Jurídica, Lima, 2005, pp. 195-196.

115 MORÓN URBINA, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., p. 79.

116 Artículo IV, inciso 1, literal 1.10 del Título Preliminar de la Ley N.º 27444.

gestión administrativa y considerar al administrado como un colaborador dentro del procedimiento a fin de obtener el resultado más acorde con el bien común.

Como consecuencia directa de lo antes indicado es deber de las autoridades velar por la eficacia de las actuaciones procedimentales, procurando la simplificación en sus trámites, sin más formalidades que las esenciales para garantizar el respeto a los derechos de los administrados o propiciar certeza en las actuaciones (artículo 75º, inciso 7 de la Ley N.º 27444); lo cual implica que la eficacia puede configurarse también como un derecho de los administrados en el procedimiento administrativo.

Asimismo, el referido principio establece que en todos los supuestos de aplicación del mismo, la finalidad del acto que se privilegie sobre las formalidades no esenciales deberá ajustarse al marco normativo aplicable y su validez será una garantía de la finalidad pública que se busca satisfacer con la aplicación de este principio. Y es que, si bien el procedimiento administrativo no puede ser un obstáculo para la obtención de fines públicos; la ilegalidad del procedimiento, en buena cuenta, resulta ser abiertamente ineficaz[117], puesto que puede generar, en última instancia, la invalidez del acto final a emitirse.

3.12. El principio de verdad material

El principio de verdad material indica que en el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo para sus respectivas decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la Ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas[118].

Y es que la Administración no debe contentarse con lo aportado por el administrado, sino que debe actuar, aun de oficio, para obtener otras pruebas y para averiguar los hechos que hagan a la búsqueda de la verdad material u objetiva, ya que en materia de procedimiento administrativo la verdad material prima sobre la verdad formal. Ello conlleva un principio de especial importancia en el ámbito de la actividad probatoria que es la oficialidad de la prueba, por la cual la Administración posee la carga de la prueba de los hechos alegados o materia de controversia, a menos que considere que basta con las pruebas aportadas u ofrecidas por el administrado[119].

La verdad material implica que, en el momento de la correspondiente toma de decisiones, la Administración debe remitirse a los hechos, independientemente de lo alegado o probado por el particular[120]. Esto diferencia al procedimiento

117 COMADIRA, *Derecho administrativo*, cit., p. 139.
118 Artículo IV, inciso 1, literal 1.11 del Título Preliminar de la Ley N.º 27444.
119 MORÓN URBINA, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., pp. 453-454.
120 COMADIRA, *Derecho administrativo*, cit., p. 127.

administrativo del proceso civil, donde el juez debe ajustarse a las pruebas aportadas por las partes, siendo estas el único fundamento de la sentencia y tratándose, por tanto, de una verdad formal. En el proceso judicial, en consecuencia, el juez puede basarse en indicios o presunciones, atribución que no posee el funcionario administrativo.

El principio de verdad material parte de la concepción publicista o inquisitiva del procedimiento administrativo, considerando que la entidad administrativa no solo debe cautelar el interés de los administrados, sino también el interés común. Por ello se distingue claramente de la concepción de verdad formal, propia más bien del proceso judicial, en donde la búsqueda del interés general es indirecta, a través de la solución de conflicto o la corrección de la incertidumbre jurídica.

3.12.1. El caso particular de los procedimientos trilaterales

No obstante, lo indicado anteriormente, la Ley de Procedimiento Administrativo General señala que, en el caso de procedimientos trilaterales, la autoridad administrativa estará facultada a verificar por todos los medios disponibles la verdad de los hechos que le son propuestos por las partes, sin que ello signifique una sustitución del deber probatorio que corresponde a estas[121]. Ello implica que la carga de la prueba le corresponde en principio a las partes, dada la especial naturaleza híbrida del procedimiento trilateral, que a veces se muestra intermedia entre el proceso judicial y el procedimiento administrativo.

Una clara muestra de esto se encuentra en el artículo 235º de la Ley N.º27444, que señala que el reclamado deberá presentar la contestación de la reclamación dentro de los quince días posteriores a la notificación de esta; vencido este plazo, la Administración declarará en rebeldía al reclamado que no la hubiera presentado. La norma señala que las alegaciones y los hechos relevantes de la reclamación, salvo que hayan sido específicamente negadas en la contestación, se tendrán por aceptadas o merituadas como ciertas por la autoridad administrativa. Lo cual significa que, de manera análoga a lo que ocurre en el proceso judicial, la rebeldía generaría presunción legal relativa de verdad de los hechos alegados, que, en consecuencia, no requieren probanza.

Sin embargo, la autoridad administrativa estará obligada a ejercer dicha facultad cuando su pronunciamiento pudiera involucrar también al interés general. Pero, en la práctica podría resultar difícil discernir cuando nos encontramos ante un procedimiento trilateral que entrañe interés general, dadas las diversas interpretaciones que sobre dicho concepto existen en las diversas entidades públicas. Desafortunadamente, la ausencia de criterios materiales para determinar el grado de interés general involucrado podría dejar a discreción de la autoridad el empleo del principio de verdad material.

121 Artículo IV, inciso 1, literal 1.11, segundo párrafo, del Título Preliminar de la Ley N.º 27444.

3.13. El principio de participación

El principio de participación señala que las autoridades deben brindar las condiciones necesarias a todos los administrados para acceder a la información que administren, sin expresión de causa, a excepción de aquellas que afectan la intimidad personal, de las vinculadas a la seguridad nacional o las que expresamente sean excluidas por la ley. Este acceso permite a los administrados fiscalizar el funcionamiento de las entidades administrativas, de conformidad con lo establecido en la Constitución[122]; constituyendo un efectivo mecanismo de control ciudadano de la Administración Pública.

Las normas que regulan el derecho al acceso a la información pública tienen por finalidad asegurar la transparencia del funcionamiento de la Administración Pública, de lo que ha dado a llamar derecho a la transparencia en el derecho comparado[123]. Y es que detrás de la concepción de transparencia existen preocupaciones diversas, como una mejor garantía de las libertades públicas, en especial las relativas a la defensa del particular; la mejora de las relaciones entre administración y administrados[124]; el refuerzo del control de la administración por parte de los particulares y el Poder Judicial, entre otras.

Por otro lado, el principio de participación implica la extensión de las posibilidades de intervención de los administrados y de sus representantes en aquellas decisiones públicas que les puedan afectar, mediante cualquier sistema que permita la difusión, el servicio de acceso a la información y la presentación de opinión[125]. Esta es la justificación de mecanismos como las audiencias públicas o el periodo de información pública, regulados por la Ley del Procedimiento Administrativo General.

---

122 Constitución de 1993:
Artículo 2º.- Toda persona tiene derecho:
(...)
5. A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.
El secreto bancario y la reserva tributaria pueden levantarse a pedido del juez, del Fiscal de la Nación, o de una comisión investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado.
(...).

123 JEGOUZO, Ives, "El derecho a la transparencia administrativa: el acceso de los administrados a los documentos administrativos", en *Documentación Administrativa*, N.º 239, Ministerio para la Administraciones Públicas/Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1994, pp. 11 y ss. Para el caso portugués: CUETO PÉREZ, Miriam, "Los derechos de los ciudadanos en el Código de Procedimiento Administrativo portugués", en *Revista de Administración Pública*, N.º 140, Centros de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996, p. 362.

124 JEGOUZO, "El derecho a la transparencia administrativa: el acceso de los administrados a los documentos administrativos", cit., p. 12.

125 Artículo IV, inciso 1, literal 1.12 del Título Preliminar de la Ley N.º 27444.

Estos conceptos se originan en realidad en el derecho fundamental consagrado por el numeral 17 del artículo 2º de la Constitución Política, el mismo que preceptúa que toda persona tiene derecho a participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación, lo cual permite en buena cuenta participar también en las decisiones administrativas que correspondan[126].

3.13.1. La importancia de este principio

La amplia intervención del administrado en el procedimiento administrativo le permite influir de manera directa en el resultado del mismo, es decir, en la producción de actos administrativos[127]. En el caso de procedimientos administrativos en los cuales se involucren intereses difusos o colectivos la participación se amplía sustancialmente, permitiendo la actuación de aquellos administrados que lo consideren conveniente.

El principio de participación permite que sea posible una eficaz protección a los derechos de los administrados, dada su colaboración en los procedimientos, en especial los que implican interés directo. La regulación de la participación de los administrados, entonces, se convierte en un concepto fundamental del derecho del procedimiento administrativo[128]. La participación permite, en buena cuenta, la democratización de las decisiones públicas y la obtención de legitimidad de las mismas.

3.14. El principio de simplicidad

El principio de simplicidad indica que los trámites establecidos por la autoridad administrativa deberán ser sencillos, debiendo eliminarse toda complejidad innecesaria; es decir, los requisitos exigidos deberán ser racionales y proporcionales a los fines que se persigue cumplir[129]. Este principio es equivalente al de no agravación, que es propio de ordenamientos como el italiano o es español, por el cual no se debe imponer cargas superfluas a los administrados[130].

Este principio pretende también asegurar la simplificación de los trámites administrativos, a fin de cautelar el derecho de petición de los administrados, pero también para fomentar el desarrollo económico. Se dirige además a reducir

126 USLENGHI, Alejandro J., "Audiencias públicas", en *Procedimiento Administrativo*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral. Facultad de Derecho, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 1998, pp. 296-297; DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge, "La participación ciudadana en el ejercicio de funciones administrativas en el Perú", en *Estudios en Homenaje a Don Jorge Fernández Ruiz*, UNAM, México D.F., 2005, pp. 147-148.

127 OCHOA CARDICH, "Los principios generales del procedimiento administrativo", cit., p 56.

128 GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, cit., T. II, p. 439.

129 Artículo IV, inciso 1, literal 1.13 del Título Preliminar de la Ley N.º 27444.

130 MASUCCI, Alfonso, "Apuntes reconstructivos de la Ley sobre el Procedimiento Administrativo en Italia", en *Documentación Administrativa*, N.º 248-249, Ministerio para la Administraciones Públicas/Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1997, p. 315.

el costo que debe incurrir el administrado —en términos de tiempo, dinero y esfuerzo— para llevar adelante los procedimientos administrativos. A esto la doctrina denomina economía procesal.

Lo que ocurre es que la dificultad en la tramitación de los procedimientos genera dificultades innecesarias para el acceso de los particulares al mercado —denominadas barreras burocráticas—, las mismas que impiden un crecimiento económico adecuado. Elementos que hacen patente este principio estriba en la prohibición de solicitar documentos innecesarios por parte de la Administración, el establecimiento de reglas para la determinación de tasas, la existencia de parámetros para la actuación de medios probatorios, entre otros.

En consecuencia, toda complejidad innecesaria debe ser eliminada por parte de las entidades y el procedimiento debe orientarse a ser poco costoso, no solo para la Administración Pública sino para el ciudadano. El Estado ha incurrido reiteradamente en el error de considerar que los requisitos, en tanto exigidos al ciudadano, y por ende, sin irrogar gasto al Estado, son baratos. Dichos requisitos podrían estar incorporando gastos significativos a los ciudadanos, incluso mayores a los que el Estado pretende ahorrarse, sin tomar en cuenta que la existencia de trámites engorrosos genera también costos organizativos[131]. Además, los gastos que se trasladan a los ciudadanos deben ser racionales, es decir, que los medios utilizados como exigencia guarden proporcionalidad con los fines que se persigue cumplir con ellos[132].

3.15. El principio de uniformidad en el procedimiento administrativo

El principio de uniformidad, propio también de los mecanismos de simplificación administrativa, señala que la autoridad administrativa deberá establecer requisitos similares para trámites similares, garantizando que las excepciones a los principios generales no serán convertidas en regla general. El principio implica entonces que toda diferenciación deberá basarse en criterios objetivos debidamente sustentados[133].

Este principio es una evidente limitación a las facultades discrecionales de la Administración de crear procedimientos administrativos especiales a través del llamado Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA). Es claro, en consecuencia, que los TUPA deben ser usados para consolidar procedimientos y no para crear nuevos trámites, constituyendo fundamentalmente un instrumento informativo y no propiamente normativo.

Lo antes señalado está ligado al hecho ineludible de que el procedimiento general establecido por la Ley sirve de marco para la creación de dichos procedimientos, los mismos que deberán ceñirse a lo establecido por la

131 INSTITUTO LIBERTAD Y DEMOCRACIA, *La simplificación administrativa: primer paso hacia la desburocratización*, cit., p. 35.

132 MORÓN URBINA, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., p. 84.

133 Artículo IV, inciso 1, literal 1.14 del Título Preliminar de la Ley N.º 27444.

norma[134], a lo que debe agregarse que los procedimientos administrativos especiales solo pueden crearse por ley. De esta manera, el administrado puede tramitar de manera eficaz los procedimientos administrativos que estime pertinentes al menor costo posible, lo que redunda en una mejor tutela de sus derechos, como lo hemos señalado de manera reiterada en el presente trabajo.

Ahora bien, el principio de uniformidad no solamente beneficia al ciudadano sino al Estado mismo, pues supone una utilización más eficiente y racional de sus recursos, que son siempre escasos. En efecto, la unificación de trámites, la utilización de formularios únicos o de requisitos comunes, significan ahorro en tiempo, dinero y recursos humanos para las distintas entidades de la Administración Pública. Así, los beneficios para el ciudadano y para la Administración Pública son las dos caras de una misma moneda[135].

3.16. El principio de predictibilidad

El principio de predictibilidad, elemento de particular importancia para la simplificación de los trámites administrativos, establece que la autoridad administrativa deberá brindar a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada trámite, de modo tal que a su inicio el administrado pueda tener una conciencia bastante certera de cuál será el resultado final que se obtendrá.

Pero además se requiere que la Administración Pública arroje resultados predecibles, es decir consistentes entre sí. La Administración no debe hacer diferencias en razón de las personas —imparcialidad y neutralidad—, y los ciudadanos deberían, al iniciar un trámite, tener una expectativa certera de cuál será el resultado final que dicho procedimiento arrojará[136].

Es por ello que los actos administrativos deben sujetarse estrictamente al ordenamiento jurídico, incluso a las normas administrativas emitidas por autoridad. Asimismo los procedimientos administrativos deben someterse necesariamente al TUPA de la entidad. Es por ello que el TUPA configura no solo un medio para asegurar la legalidad del procedimiento administrativo, sino también constituye un mecanismo de simplificación administrativa normativa[137], que pretende a su vez mayor seguridad jurídica y transparencia[138].

134 MORÓN URBINA, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., p. 85.

135 INDECOPI. ÁREA DE ESTUDIOS ECONÓMICOS, "Impulsando la simplificación administrativa: un reto pendiente", Documento de Trabajo Nº 002-2000, publicado en el Diario Oficial *El Peruano*, Lima, 10 de abril del 2000, p. 23.

136 INDECOPI. ÁREA DE ESTUDIOS ECONÓMICOS, "Impulsando la simplificación administrativa: un reto pendiente", cit., p. 23.

137 MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, "De la simplificación de la administración pública", en *Revista de Administración Pública*, Nº 147, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1998, pp. 10 y ss.

138 CIERCO SEIRA, César, "La simplificación de los procedimientos administrativos en Italia",

Por otro lado, un elemento de particular importancia dentro de las fuentes del derecho administrativo son los precedentes, que son muy relevantes para asegurar el cumplimiento de este principio. Los precedentes administrativos se constituyen respecto a resoluciones que resuelven casos particulares interpretando de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación, sea sustantiva o adjetiva, aplicable al procedimiento empleado por la entidad. Ahora bien, dichos precedentes resultan de observancia obligatoria por la entidad donde se siga el respectivo trámite, mientras dicha interpretación no sea modificada. Dichos actos administrativos deben ser publicados conforme a las reglas establecidas en la Ley del Procedimiento Administrativo General[139].

3.16.1. Finalidad del principio de predictibilidad

El principio de predictibilidad tiene dos finalidades evidentes. La primera es la de permitirle al administrado poder determinar previamente el posible resultado de un procedimiento, lo cual le permitirá elaborar los mecanismos de defensa más adecuado para sus intereses. Ello evidentemente reduce los costos en los que debe incurrir el administrado en la tramitación de sus procedimientos e incentiva de manera inmediata el uso de mecanismos formales para la obtención de beneficios.

Pero, por otro lado, el principio de predictibilidad permitirá desincentivar la presentación de solicitudes sin mayor efectividad o legalidad, pues el administrado podrá conocer con cierta certeza la inviabilidad de su petición pudiendo decidirse por la abstención en el ejercicio de la misma. Esto a su vez redundará también en una evidente reducción de costos organizativos en favor de la Administración que tendrá que tramitar una menor cantidad de solicitudes.

3.17. El principio de privilegio de controles posteriores

El principio de privilegio de controles posteriores, correlato de los principios de simplificación administrativa que hemos venido describiendo, señala que la tramitación de los procedimientos administrativos se sustentará en la aplicación del llamado procedimiento de fiscalización posterior; reservándose la autoridad administrativa el derecho de comprobar la veracidad de la información presentada, el cumplimiento de la normatividad sustantiva y el hecho de aplicar las sanciones pertinentes en caso de que la información presentada no sea veraz[140]. El control posterior se privilegia respecto a otros mecanismos de fiscalización, sea esta previa o simultánea.

---

en *Revista de Administración Pública*, N.º 152, Centros de Estudios Constitucionales, Madrid, 2000, p. 405.

139 Artículo VI, inciso 1 del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

140 Artículo IV, inciso 1, literal 1.16 del Título Preliminar de la Ley N.º 27444.

Este principio es el resultado directo de la aplicación del principio de presunción de veracidad, dado que el control se aplicará en forma posterior a la realización del procedimiento. Ello implica además una reducción plausible de los procedimientos administrativos de evaluación previa sujetos a silencio administrativo negativo a favor de aquellos sujetos a silencio administrativo positivo e incluso respecto a aquellos sujetos a aprobación automática[141]. Asimismo, permite preferir el empleo de sucedáneos documentales.

3.17.1. Aplicación del principio

La fiscalización posterior es el comprensible correlato de la existencia de procedimientos de aprobación automática. Dado que se asume que la documentación es veraz y se establece la asignación inmediata del derecho, la Administración Pública, en mérito de consideraciones de interés general, debe establecer mecanismos de fiscalización de la documentación presentada. Ello permite además que el Estado no renuncie a su función fiscalizadora, sin que ello perjudique a los administrados en la tramitación de los procedimientos administrativos.

Lo indicado en el párrafo precedente no obsta para que no deba emplearse la fiscalización posterior respecto a los procedimientos de evaluación previa, en particular los sometidos a silencio administrativo positivo. Ello dado que la presentación de documentos y la información proporcionada por los administrados dentro de los procedimientos de evaluación previa, también gozan de presunción de veracidad, fundamentalmente cuando los mismos configuran sucedáneos documentales, como veremos más adelante.

141 MORÓN URBINA, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., p. 86.

Capítulo III

SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

SUMARIO: 1. Las disposiciones constitucionales. 1.1. La Constitución como fuente de Derecho. 1.2. Función articuladora de la Constitución. 1.3. Interpretación constitucional e interpretación conforme a la Constitución. 1.4. La supremacía constitucional. **2. Los tratados y convenios internacionales incorporados al ordenamiento jurídico nacional.** 2.1. El caso de los tratados de integración. **3. Las leyes y las disposiciones de jerarquía equivalente.** 3.1. Características de la norma con rango de ley. 3.2. Aplicación e importancia de la norma con rango de ley en el derecho administrativo. 3.3. Reserva de ley. 3.4. Los decretos legislativos. 3.5. Los decretos de urgencia. 3.5.1. Las limitaciones de los decretos de urgencia. 3.6. Las normas regionales y locales de alcance general. 3.7. El rol de la ley de procedimiento administrativo general. 3.7.1. Finalidad de la norma legal de naturaleza administrativa. **4. Los reglamentos administrativos.** 4.1. Características diferenciales de los reglamentos. 4.2. Reserva de ley y reserva reglamentaria. 4.3. La inderogabilidad singular. 4.4. Inaplicación de reglamentos. 4.5. Los reglamentos ejecutivos. 4.6. La regulación legal. 4.7. Los reglamentos autónomos. **5. Las normas administrativas en general. 6. Las fuentes delimitativas e interpretativas.** 6.1. La jurisprudencia. 6.1.1. Precedente jurisprudencial. 6.1.2. Los pronunciamientos vinculantes. 6.2. El empleo de los principios generales. **7. El precedente administrativo.** 7.1. Modificación del precedente administrativo. **8. Las disposiciones generales al interior de las entidades.** 8.1. Instrumentos de gestión, directivas y circulares. 9. Resolución en el ámbito administrativo ante la deficiencia de fuentes.

Toda rama del Derecho con vocación de autonomía, tal como lo hemos descrito en el capítulo precedente, posee un sistema de fuentes, necesario para determinar el insumo a partir del cual los operadores de dicha rama del Derecho pueden aplicar el mismo. Ello permite generar un subsistema organizado en el cual resulte difícil encontrar vacíos; y si los hay, cubrirlos con elementos provenientes del propio ordenamiento.

La Ley del Procedimiento Administrativo General, si bien constituye la norma que norma directamente el procedimiento administrativo, al establecer las fuentes de regulación de este[142], hace directa referencia a las fuentes del ordenamiento administrativo, razón por la cual emplearemos dicha norma como guía

142 Artículo V del Título Preliminar de la Ley.

para determinar los instrumentos normativos que se emplean para regular el funcionamiento de la Administración Pública y su relación con los particulares.

1. LAS DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES

La Constitución, en su dimensión de norma marco del derecho nacional —en el ámbito formal y el material—, es la principal fuente de derecho administrativo. Ello porque opera como norma que limita el poder estatal, estableciendo como resultado evidentes límites al accionar de la Administración Pública, sobre la base de principios, derechos e instituciones constitucionalmente garantizadas.

A la vez, la norma constitucional determina la organización el Estado, en particular, respecto a las atribuciones y funciones de los diversos entes que lo componen, de tal manera que el origen de la competencia administrativa se encuentra en la norma constitucional. Teniendo en cuenta, claro está, que no toda la Administración Pública se encuentra dentro del Estado.

1.1. La Constitución como fuente de Derecho

En este orden de ideas, la Constitución es fuente de derecho en el ámbito formal y en el ámbito material. En el ámbito formal en tanto define como es que el Estado puede válidamente crear el derecho, como nacen las expresiones normativas[143]. La constitución señala los órganos y organismos legítimos para gobernar, su estructura, la competencia, el procedimiento que deben seguir, Ergo, si una norma no es aprobada según la constitución, la misma es inválida. Para Kelsen, dicha norma no es en buena cuenta una norma jurídica[144].

Además, en un ámbito más bien material, la Constitución establece los parámetros o estándares respecto de los cuales debe encuadrarse las normas. La constitución contiene principios y derechos que no pueden ser vulnerados por normas de inferior jerarquía. Ejemplos de ello son conceptos como la familia, la salud, la educación, el Estado, la propiedad, la economía social de mercado y otras más. En general, dichos conceptos constituyen lo que se denomina instituciones constitucionalmente garantizadas.

1.2. Función articuladora de la Constitución

Asimismo, la Constitución es la base de la cual surgen todas las materias, así como los principios fundamentales de cada rama del Derecho. Por ello la norma constitucional desempeña un rol articulador del ordenamiento jurídico de una nación. Evidentemente, los principios más básicos del derecho en general se encuentran expresados en la norma constitucional.

143 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3.ª ed. (reimpr.), Civitas, Madrid, 1991, pp. 49-50.

144 RUBIO LLORENTE, Francisco, *La forma de poder: estudio sobre la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 81.

Sin embargo, muchos de los principios fundamentales del derecho Administrativo no se encuentran consagrados expresamente en la Constitución Política del Perú, puesto que la misma no establece definiciones ni contiene afirmaciones respecto a los principios a los cuales hemos hecho referencia en el capítulo precedente. Sin embargo, es justo señalar que principios como el de legalidad o el de debido procedimiento pueden deducirse del texto fundamental, tal como lo ha hecho el Tribunal Constitucional, en reiterada jurisprudencia.

Por otro lado, la existencia de derechos fundamentales claramente definidos por la norma constitucional configura un límite evidente al comportamiento de la Administración Pública, pues la misma no podría vulnerar los mismos, ni limitarlos a menos que exista ley expresa que lo permita en uso del principio de legalidad, el mismo que se ha expresado en importante jurisprudencia del Tribunal Constitucional[145].

Además, existen determinados conceptos que reciben protección jurídica a través del texto constitucional, y que conforman lo que se ha denominado en general *institución constitucionalmente garantizada* o simplemente *garantía institucional*. Ejemplos de ello son la familia, el trabajo, la educación, la autonomía universitaria, la autonomía municipal, la economía social de mercado o el principio de subsidiaridad.

Asimismo, la Constitución define la denominada estructura del Estado, por la cual se determinan las funciones y potestades asignadas a cada uno de los organismos que componen dicho Estado, configurando la base estructural del derecho administrativo[146]. En consecuencia, la Constitución establece la

145 Una sentencia de nuestro Tribunal Constitucional que resulta de particular importancia a este nivel es la emitida en la Acción de Amparo seguida por Editora Sport S.A. contra la Municipalidad Distrital de Lince (Exp. Nº 57-98-AA/TC), la cual señala entre otras cuestiones:

"(...)

5. Que, a este respecto, y aun cuando este Tribunal ya ha esbozado una primera aproximación en los fundamentos 9 y 10 de la Sentencia recaída en el Expediente N.º 1211-99-AA/TC, conviene recalcar aquí que cuando la Constitución deja abierta la posibilidad de que se regulen o reglamenten los derechos fundamentales o los ámbitos dentro de los cuales éstos puedan ejercerse, tal opción no puede entenderse sino como la necesidad de que el tratamiento regulativo a dispensar sea por principio igual en todas las circunstancias. *Para cumplir con dicho objetivo, es sólo la ley (o en casos excepcionales, el decreto legislativo) la única forma normativa que, como expresión de la voluntad general de toda la colectividad, puede asegurar por sus alcances universales, el cumplimiento de un principio tan elemental como el de igualdad.* No ocurre lo mismo con la ordenanza municipal o, en definitiva, con cualquier otra expresión normativa circunscrita sobre ámbitos territoriales más o menos amplios o reducidos, pues independientemente de que su jerarquía o rango sea el mismo que el de una ley, es un hecho inobjetable que sus efectos (los de la ordenanza u otras variables similares) no se aplican sobre todos los individuos que conforman la colectividad de un Estado, sino tan sólo sobre aquéllos que integran la respectiva repartición descentralizada.

(...)" (el subrayado es nuestro).

146 CASSAGNE, *Derecho administrativo I*, cit., p. 127.

existencia del Poder Legislativo o Parlamento, su composición, funciones y limitaciones; la existencia del Poder Ejecutivo, su composición y funciones, así como la organización del Poder Judicial. La Constitución además establece las funciones de los organismos constitucionales autónomos. Estos preceptos constitucionales funcionan no solo como normas fundantes de la Administración Pública, sino que además constituyen limitaciones evidentes a la actuación de la misma.

1.3. Interpretación constitucional e interpretación conforme a la Constitución

La interpretación constitucional ofrece interesantes materias de discusión, en especial si consideramos que la citada norma debe interpretarse de manera especial a fin de cautelar los derechos de los particulares y tutelar el Estado de derecho. En primer lugar, la Constitución debe interpretarse considerando que existe en su interior coherencia. No pueden existir normas constitucionales que se contradigan entre sí, aun cuando se muestren valores contrapuestos. La Constitución se muestra al ordenamiento jurídico entonces como una unidad[147].

Asimismo, la Constitución debe interpretarse de manera preferente al ser humano, no al Estado. Esta interpretación, denominada *favor homine*, se encuentra presente en todo el derecho público. En caso de duda sobre el alcance de una norma de derecho público, debe emplearse la interpretación que resulte ser más favorable al particular.

Por otro lado, las normas jurídicas, y en especial la Ley, máxime si las mismas se aplican a los particulares, deberán interpretarse en armonía con la Constitución. Si existen varias interpretaciones posibles de lo señalado por la ley debe escogerse la que resulte más consistente con lo señalado en el texto constitucional[148]. Ello significa que el control de constitucionalidad, y en particular el control concentrado, se ejercen una vez que dicha interpretación conforme no resulta posible.

1.4. La supremacía constitucional

La Constitución goza de la llamada supremacía, puesto que aquella es la norma más importante de las existentes al interior del Estado. Esta supremacía proviene de distintos orígenes. En primer lugar, debemos considerar la tradición constitucional norteamericana, a partir del célebre caso *Marbury vs. Madison*, en el cual se determinó no solo que la Constitución era norma suprema, sino además que los jueces podían inaplicar la norma legal al caso concreto cuando

147 GARCÍA BELAUNDE, Domingo, "La interpretación constitucional como problema", en *Pensamiento Constitucional*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1994, p. 31.

148 FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1992, pp. 79-80.

encontraran que la misma se encontraba en desacuerdo con la norma constitucional. Dicha facultad se denominó *judicial review* y conforma lo que se conoce como control difuso[149].

En el caso europeo, la evolución fue diferente, puesto que se determinó la existencia de un ente especializado que tutelara la constitucionalidad de las leyes, de tal forma que los jueces no pueden inaplicar por decisión propia una norma de rango legal[150]. La aparición de dicho mecanismo se dio con la Constitución austriaca de 1920, modificada en 1929 y luego se propagó a la mayor parte de Europa y de ahí a parte de Latinoamérica. El citado ente, que sería denominado Tribunal Constitucional, posee la facultad de derogar la norma en cuestión, a través del uso del denominado control concentrado.

En el caso peruano, es necesario señalar que poseemos ambos sistemas de control de constitucionalidad, por cual se considera que poseemos un sistema dual, poco común en el derecho constitucional comparado. En control difuso se encuentra consagrado por el artículo 138º de la norma constitucional y el control concentrado figura en los artículos 200º y 202º del citado cuerpo de leyes. De hecho, el Tribunal Constitucional puede también hacer uso del control difuso cuando resuelve en última instancia procesos constitucionales.

Este sistema dual ha generado no pocos inconvenientes, llegándose a considerar que su existencia es incluso contradictoria, puesto que mientras el control difuso tiene sentido en un contexto de amplia confianza en la jurisdicción, el control concentrado implica una limitada confianza en el Poder Judicial. De hecho, en los países de Europa, donde existe básicamente control concentrado, el control difuso incluso se encuentra proscrito. Cuando un juez se encuentra con una norma que el mismo considera que se encuentra en conflicto con la constitución dicho funcionario debe recurrir al Tribunal o Corte Constitucional a través de un mecanismo denominado cuestión de constitucionalidad[151].

2. LOS TRATADOS Y CONVENIOS INTERNACIONALES INCORPORADOS AL ORDENAMIENTO JURÍDICO NACIONAL

En cuanto a los tratados internacionales debe tenerse en cuenta en especial la denominada Convención de Viena, la misma que prescribe no solo que los tratados son obligatorios entre las partes que lo suscriben[152] —principio básico

149 GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, cit., pp. 54-55.

150 PARADA VÁSQUEZ, *Derecho administrativo*, cit., T. I, p. 46.

151 PESOLE, Luciana, "El acceso por vía incidental en la justicia constitucional italiana", en *Revista de Derecho*, vol. 12, N.º 1, Universidad Austral de Chile, Valdivia, 2001, pp. 261 y ss.; PAREJO ALFONSO, *Manual de derecho administrativo. Parte general*, cit., p. 203.

152 Convención de Viena sobre el derecho de los tratados:
26. "*Pacta sunt servanda*". Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

del derecho internacional público—, sino además la subordinación del derecho nacional a la normativa supranacional, al señalar que los Estados no pueden ampararse en su derecho interno para incumplir un tratado internacional[153].

Por lo antes señalado, la discusión respecto del rango de los tratados conforme a la Constitución ha caído en el terreno de la irrelevancia, puesto que el Estado en cuestión debe cumplir con el tratado no siendo importante para ello el rango que su constitución le otorgue al mismo[154]. Es necesario señalar en este sentido que la Ley de Procedimiento Administrativo General no se pronuncia respecto al rango de los tratados internacionales, puesto que se consideró que era un tema opinable en el ámbito de la Constitución de 1993[155].

En tal sentido, resulta de especial importancia lo señalado por la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, que señala que las normas sobre derechos y libertades reconocidas por la Constitución se interpretan de conformidad con los tratados internacionales de los cuales el Perú es parte. Asimismo, el artículo 55º de la Constitución de 1993 establece que los tratados internacionales en vigor se incorporan de manera inmediata al ordenamiento jurídico interno, pues forman parte del derecho nacional[156].

Ahora bien, los tratados internacionales sobre derechos humanos poseen una particular importancia para el derecho administrativo en tanto constituyen límites evidentes al comportamiento de la Administración Pública. Las entidades administrativas no pueden desplazar derechos fundamentales, ni limitarlos más allá de lo establecido por el tratado en mención.

Gran parte de las limitaciones establecidas para la Administración respecto a derechos fundamentales proviene de tratados sobre derechos humanos, en particular de la Convención Americana. Ejemplos de ello son las limitaciones impuestas en el caso de las libertades de conciencia y de religión, estableciéndose en su artículo 12º que nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar o de cambiar su religión o sus creencias. Asimismo, otro ejemplo de particular importancia es el referido a las libertades informativas, que no admiten censura previa, señaladas en el artículo 13º del citado acuerdo internacional.

153 Convención de Viena sobre el derecho de los tratados:

27. *El derecho interno y la observancia de los tratados.* Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

154 Para una posición distinta: PAREJO ALFONSO, *Manual de derecho administrativo. Parte general*, cit., pp. 252-253.

155 MORÓN URBINA, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., p. 50.

156 Constitución de 1993:

"**Artículo 55º.-** Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional".

2.1. El caso de los tratados de integración

Pero, por otro lado, existen tratados internacionales que tienen un efecto directo en la organización administrativa o que obligan a la autoridad administrativa a hacer algo[157], como pueden ser los tratados de integración. De hecho, la pertenencia del Perú a la Comunidad Andina genera efectos administrativos, en general en términos de las decisiones que forman parte del ordenamiento jurídico de la comunidad. Dichas decisiones tratan de los temas más diversos, desde libre competencia hasta medio ambiente, incluyendo evidentemente materia aduanera.

Un ejemplo sumamente interesante de la influencia del ordenamiento supranacional puede encontrarse en el derecho comunitario[158], que ya adquirió carta de autonomía y que contiene elementos del derecho constitucional, el derecho internacional y el derecho administrativo. Una importante cantidad de instituciones públicas de países europeos ha debido ser modificada, e incluso liquidadas —como es el caso de los bancos centrales de los países de la Zona Euro— a fin de que el ordenamiento administrativo de los Estados en cuestión guarde coherencia con la organización comunitaria.

3. LAS LEYES Y LAS DISPOSICIONES DE JERARQUÍA EQUIVALENTE

La Ley —sea en términos materiales o formales— es una norma jurídica de alcance general, que abarca a un número indeterminado de personas. La Ley en sentido propio debe entenderse como la norma jurídica emitida por el Parlamento[159]. Ahora bien, dentro de la categoría de ley en sentido formal debe incluirse no solo la ley ordinaria, sino también la llamada Ley Orgánica, la misma que regula la organización del Estado y es aprobada a través de una votación calificada en el Parlamento, así como las leyes presupuestarias, que poseen características propias y las leyes de reforma constitucional.

Asimismo, cuando la Ley habla de disposiciones de jerarquía equivalente debe incluirse a la mal llamada ley en sentido material. Es decir, aquellas normas que, sin ser leyes, se le otorga el rango de tales. En este orden de ideas, debe incluirse también los decretos legislativos, los decretos de urgencia, el Reglamento del Congreso y, con la debida reserva, a las normas regionales y locales de alcance general, a las cuales haremos referencia más adelante.

3.1. Características de la norma con rango de ley

La norma con rango de ley es una norma que goza de generalidad, en consecuencia, regula situaciones abstractas, impersonales y objetivas, aplicables

157 CASSAGNE, *Derecho administrativo I*, cit., p. 158.

158 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 2000, T. I, pp. 152 y ss.

159 COSCULLUELA MONTANER, *Manual de derecho administrativo*, cit., pp. 73-74.

a todo un conjunto de personas indeterminado[160]. Ello implica además que puede emitirse leyes especiales solo por la naturaleza de las cosas y no por la diferencia de personas, como lo señala la Constitución.

Por otro lado, la Ley es de cumplimiento obligatorio por parte de las entidades, así como los particulares, salvo inaplicación declarada expresamente por el órgano jurisdiccional, a través del empleo del control difuso, el mismo que también puede ser empleado por los órganos y organismos administrativos que realizan actividad cuasijurisdiccional, a través de un discutible precedente emanado del Tribunal Constitucional, al cual nos vamos a referir con detalle más adelante.

Asimismo, la publicidad es un elemento inmanente a la Ley, vale decir, se presume que las personas tienen conocimiento de la Ley no pudiendo ampararse en su desconocimiento para incumplirla; razón por la cual, la publicidad es esencial para la validez de la Ley[161]. Por ello las leyes son obligatorias desde el día siguiente al de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley, que pospone su vigencia en todo o en parte[162].

Por otro lado, la Ley no tiene efectos retroactivos, salvo en materia penal y cuando favorece al reo[163]. De la misma manera, similar efecto retroactivo posee la declaración de inconstitucionalidad de una norma legal en materia penal. En este orden de ideas, es necesario señalar que el artículo 230º de la Ley N.º 27444 establece que existe retroactividad en materia sancionadora y cuando la norma resulta más favorable al administrado, lo cual podría ser considerado inconstitucional ante un análisis superficial de dicho artículo.

3.2. Aplicación e importancia de la norma con rango de ley en el derecho administrativo

La Ley, sea en sentido formal o material, tiene una importancia fundamental en el derecho administrativo, en mérito al principio de legalidad. En primer lugar, la existencia de entidades públicas, su creación y extinción solo puede ser determinada a través de la Ley[164]. Asimismo, la regulación de las competencias y estructura de las instituciones se determina a través de la Ley; inclusive, si dicha competencia y estructura corresponde al Estado en su totalidad debe emplearse ley orgánica, como lo hemos señalado anteriormente.

Lo que ocurre es que la competencia administrativa tiene su fuente en la Constitución y en la Ley[165], y es reglamentada por las normas administrativas que son derivadas por ellas. Ello implica, de manera directa, que no podría crearse

160 CASSAGNE, *Derecho administrativo I*, cit., p. 129.
161 GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, cit., T. I, p. 120.
162 Artículo 109º de la Constitución de 1993.
163 Artículo 103º de la Constitución de 1993.
164 SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de derecho administrativo*, cit., p. 412.
165 BREWER-CARÍAS, Allan R., *Principios del régimen jurídico de la organización administrativa venezolana*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1994, p. 62.

competencias a través de normas reglamentarias[166], a diferencia de cierto sector de la legislación y doctrinas comparadas que señala que mediante reglamento podría ser posible establecer competencias[167].

Como resultado de lo antes señalado, las diversas potestades administrativas deben ser determinadas por la Ley, y con mayor razón si las mismas incluyen la posibilidad de aplicar sanciones[168]. En materia sancionadora, por ejemplo, la Ley adquiere una especial importancia, puesto que solo a través de norma con rango de ley pueden establecerse infracciones y las respectivas sanciones, en aplicación del denominado principio de tipicidad. Finalmente, y si bien es cierto la Administración Pública posee facultades normativas, las mismas debe haber sido expresamente señaladas por la ley y su ejercicio no debe transgredir las normas legales que regulan el sector al cual pertenece la entidad en cuestión.

3.3. Reserva de ley

Como lo hemos señalado, la Constitución establece ciertas materias cuya regulación se encuentra reservada a la ley en sentido formal, es decir, aquella emanada del Congreso[169]. En primer lugar, la limitación y restricción de derechos fundamentales solo puede determinarse a través de ley expresa, emanada del Congreso[170]. En general, la regulación de los mismos se encuentra destinada a la ley. Clara muestra de ello es la expropiación, que únicamente puede ser establecida por ley expresa, de conformidad con lo establecido por el artículo 70º de la norma constitucional.

Por otro lado, solo mediante ley expresa, el Estado puede desempeñar actividad empresarial, al amparo del segundo párrafo del artículo 60º de la Constitución y en aplicación del denominado principio de subsidiaridad. Una situación curiosa es la contenida en el artículo 4º del Decreto Legislativo N.º 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada[171], el mismo que establece la llamada *publicatio,* por la cual únicamente a través de una ley expresa puede configurarse una actividad económica como un servicio público. Y es una situación curiosa porque tenemos un decreto legislativo estableciendo una reserva legal, lo cual no resulta común en el derecho administrativo.

166 Artículo 61º, numeral 61.1 de la Ley N.º 27444.

167 DROMI, *Derecho administrativo*, cit., p. 311.

168 CASSAGNE, *Derecho administrativo I*, cit., pp. 117-118; GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, cit., T. I, pp. 433 y ss.

169 COSCULLUELA MONTANER, *Manual de derecho administrativo*, cit., p. 76.

170 CASSAGNE, *Derecho administrativo I*, cit., p. 135.

171 Decreto Legislativo N.º 757:
"Artículo 4º.- La libre competencia implica que los precios en la economía resultan de la oferta y la demanda, de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución y las Leyes.
Los únicos precios que pueden fijarse administrativamente son las tarifas de los servicios públicos, conforme a lo que se disponga expresamente por Ley del Congreso de la República".

Finalmente, las leyes orgánicas únicamente pueden ser emitidas por el Parlamento, dada su particular naturaleza y su aplicación a regular la estructura del Estado y ciertas materias establecidas por la Constitución, como son los procesos constitucionales[172]. En algunos casos, sin embargo, el Estado ha regulado entidades públicas establecidas en la Constitución a través de leyes comunes, e incluso, a través de decretos legislativos.

3.4. Los decretos legislativos

Los decretos legislativos son normas emitidas por el Poder Ejecutivo previa autorización por parte del Congreso. Dicha autorización expresa las materias a regular y el plazo durante el cual puede hacerse uso de la facultad delegada. A diferencia de la normatividad existente en el derecho comparado, en el Perú no resulta obligatorio que el Congreso determine parámetros adicionales para el ejercicio de la legislación delegada. Finalmente, no se establece la necesidad pública como un requisito adicional para el otorgamiento de la autorización legislativa, previsión que sí se encuentra consignada en el derecho comparado.

Los decretos legislativos fueron por primera vez regulados expresamente en nuestro país en la Constitución de 1979, no obstante encontrarse algunos antecedentes de los mismos en la aplicación de la Constitución de 1933, antecedentes que se configuraron como inconstitucionales. La Constitución de 1993 los consagró nuevamente de manera expresa, consignando ciertos parámetros adicionales a tener en cuenta. Y es que, a efectos de lo que venimos tratando, es preciso tomar en cuenta las limitaciones dentro de las cuales se ha encuadrado esta figura en la actualidad[173].

Lo que ocurre es que, como resultado del segundo párrafo del artículo 104º de la Constitución de 1993, existen determinadas materias que resultan ser indelegables a favor del Poder Ejecutivo. Estas materias son las mismas que no pueden delegarse a la Comisión Permanente[174], lo cual incluye la imposi-

172 Constitución de 1993:
"**Artículo 106º.-** Mediante leyes orgánicas se regulan la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución, así como también las otras materias cuya regulación por ley orgánica está establecida en la Constitución.
Los proyectos de ley orgánica se tramitan como cualquiera otra ley. Para su aprobación o modificación, se requiere el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso".

173 EGUIGUREN PRAELI, Francisco, "La legislación delegada y los decretos de urgencia", en *La Constitución de 1993: análisis y comentarios*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1994, p. 182.

174 De la Constitución de 1993:
Artículo 101º. Son atribuciones de la Comisión Permanente:
(...)
4. Ejercitar la delegación de facultades legislativas que el Congreso le otorgue.
No pueden delegarse a la Comisión Permanente materias relativas a reforma constitucional, ni a la aprobación de tratados internacionales, leyes orgánicas, Ley de Presupuesto y Ley de la Cuenta General de la República.
(...).

bilidad de aprobar reformas constitucionales, tratados internacionales, Leyes de Presupuesto, Leyes de Cuenta General de la República, y finalmente, la aprobación de leyes orgánicas. Esta última limitación, a diferencia de las otras antes reseñadas, las cuales de por sí resultan evidentes, adquiere una particular importancia que vale la pena resaltar para los temas que venimos tratando.

Como lo hemos señalado líneas arriba, leyes orgánicas son las que regulan la estructura y funcionamiento del Estado, así como otras materias cuya regulación, de conformidad con la propia Constitución, debe hacerse mediante dichas normas. A las leyes orgánicas se les asume de tal importancia que para su aprobación se requiere el voto de la mayoría absoluta del Congreso de conformidad con el artículo 106º de la Constitución de 1993.

Resulta claro entonces, que el Ejecutivo no puede regular dichas materias, ni siquiera mediante decretos legislativos y en consecuencia una ley autoritativa de esta posibilidad devendría en inconstitucional. Esta es pues una novedad respecto de la Constitución de 1979, a cuyo amparo se aprobaron varias leyes orgánicas mediante Decreto Legislativo, como fueron los casos de la derogada Ley Orgánica de Municipalidades, la Ley Orgánica del Poder judicial, y la del Ministerio Público, por solo citar algunos ejemplos[175].

Esto ocurría fundamentalmente porque la Carta de 1979 no definía a que debía considerarse leyes orgánicas, prescribiendo tan solo, requisito que también prescribe la actual norma constitucional sobre el particular, que las mismas debían de ser aprobadas mediante una mayoría calificada. Entonces, desde una perspectiva de igualdad formal entre Leyes Orgánicas y Leyes Ordinarias, era sencillo sustentar que cabía delegar la aprobación de leyes orgánicas. Sin embargo, puesto que debían aprobarse por el Congreso, pareciera, que aprobar o modificar leyes orgánicas a través de decretos legislativos era inconstitucional, opinión que suscribimos.

Sin embargo, la norma contenida en la Constitución actual es muy clara. No pueden aprobarse leyes orgánicas mediante Decreto Legislativo. La elaboración de estas es exclusiva facultad del Congreso Nacional. A efectos de las fuentes de Derecho Administrativo, esta previsión es de particular importancia, puesto que se ha reservado a la ley formal la organización de la Administración Pública y la determinación de la competencia de todos y cada uno de sus organismos.

3.5. Los decretos de urgencia

La legislación de urgencia implica la posibilidad que tiene el Gobierno de emitir normas con rango de Ley, sin necesidad de autorización alguna, y ante situaciones excepcionales. Dicha institución es relativamente común en el derecho

175 EGUIGUREN PRAELI, "La legislación delegada y los decretos de urgencia", cit., pp. 415-416.

comparado, en especial en el caso europeo[176]. La Constitución de 1979 no regulaba expresamente la existencia de los decretos de urgencia, pero el inciso 20) del artículo 211º de la misma señalaba la posibilidad de emitir normas extraordinarias en materia económica y financiera, norma que fue interpretada indebidamente como precepto habilitante para emitir los llamados decretos supremos extraordinarios, práctica que se hizo común durante la vigencia de dicha constitución.

La Carta de 1993, pretendiendo reparar el uso anómalo de lo previsto en la Constitución de 1979 respecto a los decretos de urgencia, prescribe que las medidas extraordinarias que el Jefe de Estado puede dictar, en materia económica o financiera, debían ser expedidas a través de dichos mecanismos normativos[177], con cargo de dar cuenta al Congreso y cuando lo requiera el interés nacional, previsión que desde ya resulta ser sumamente permisiva.

3.5.1. Las limitaciones de los decretos de urgencia

Es necesario señalar que la norma constitucional ha establecido indispensables limitaciones a institución a fin de evitar usos anómalos de la misma, los cuales no obstante se han dado en la realidad política concreta. Dichas limitaciones son las siguientes:

1) Los decretos de urgencia no pueden ser utilizados para facultar al Estado a la intervención en la actividad económica, tal como podía hacerse de conformidad con el artículo 132º de la Constitución de 1979[178]. Esto, debido a que no se encuentra artículo similar en la actual Constitución ni es posible que el Estado intervenga en la economía, dado el papel subsidiario que ahora tiene de resultas del régimen económico implantado en la Constitución de 1993[179].

176 En el caso español e italiano se habla de decretos leyes. Sobre el particular: PARADA VÁSQUEZ, *Derecho administrativo*, cit., T. I, p. 53; VERGOTTINI, Giuseppe, *Derecho constitucional comparado*, Espasa-Calpe, Madrid, 1983, p. 466.

177 De la Constitución de 1993:
"**Artículo 118º.** Corresponde al Presidente de la República:
(...)
19. Dictar medidas extraordinarias, mediante decretos de urgencia con fuerza de ley, en materia económica y financiera, cuando así lo requiera el interés nacional y con cargo de dar cuenta al Congreso. El Congreso puede modificar o derogar los referidos decretos de urgencia.
(...)".

178 El artículo 132º de la Constitución de 1979 facultaba al Ejecutivo a tomar medidas de intervención en la economía, medidas de carácter extraordinario y transitorio.

179 Esta es quizá una de las mayores incongruencias de la Carta de 1993, la coexistencia de un aparente régimen de libre mercado y una amplia enumeración de derechos fundamentales, mezclado con un sobredimensionado bagaje de atribuciones a favor del Estado en general y del Gobierno en particular.

Curiosamente, lo señalado en el párrafo anterior restringe la posibilidad de utilización de los decretos de urgencia a supuestos muy puntuales, situación que no se condice con lo ocurrido en la práctica concreta, en la cual los decretos antes aludidos, lejos de ser la excepción, han resultado de la regla general en la práctica política concreta.

2) El uso de los decretos de urgencia se restringe a materias económicas y financieras y solamente se produce cuando así lo requiera el interés nacional. Sin embargo, no queda muy claro cómo debe definirse el "interés nacional" ni tampoco como debemos conceptuar "materias económicas y financieras". Aun cuando dichos conceptos deberían aclarase como resultado de una posterior ley de desarrollo constitucional, sería oportuno no dejar pasar mucho tiempo más sin efectuar algunas necesarias precisiones, pues una definición muy amplia de estos conceptos podría convalidar la promulgación de decretos de urgencia sobre casi cualquier materia, como ha ocurrido en la práctica.

3) No es posible dictar decretos de urgencia en materia tributaria, al amparo del artículo 74º de la Constitución. Y es que, definitivamente, y de acuerdo con el Principio de Legalidad aplicable al derecho Tributario, solo puede crearse, regularse o suprimirse tributos por ley, sea esta expedida en forma directa o mediante decreto legislativo previa ley autoritativa[180]. Los tributos afectan a la generalidad de la población y su normatividad corresponde al ente del Estado que mejor representa la composición del electorado: el Congreso.

4) De acuerdo con el inciso 4 del artículo 200º de la Constitución de 1993, puede controlarse la constitucionalidad de los decretos de urgencia a través del Proceso de Inconstitucionalidad, a diferencia de lo que ocurría con la Carta de 1979, al amparo de la cual bastaba la acción popular. Sin embargo, y como es, obvio, en sus efectos y aplicación son susceptibles de un control difuso, en mérito a la obligación de los órganos jurisdiccionales de preferir a la Constitución sobre cualquier ley en caso de un conflicto entre dichas normas.

5) A su vez, a nivel del derecho administrativo, los decretos de urgencia poseen obvias limitaciones, en particular respecto al establecimiento de facultades a favor de instituciones públicas, la creación de las mismas y la regulación de los organismos del Estado[181]. Ello, dado que los decretos de urgencia están restringidos a materias económicas y financieras y no pueden referirse a conceptos sometidos a reserva de Ley.

180 ZOLEZZI MÖLLER, Armando, "El régimen tributario en la nueva Constitución", en *La Constitución de 1993: análisis y comentarios*. Comisión Andina de Juristas, Lima, 1994, p. 148.

181 PARADA VÁSQUEZ, *Derecho administrativo*, cit., T. I, p. 53.

Sin embargo, existen serias deficiencias en el tratamiento normativo de la legislación de urgencia en nuestro país. En primer lugar, la Constitución de 1993 señala que durante el interregno resultante de la disolución del Congreso, el Gobierno legisla mediante decretos de urgencia. Es decir, el Gobierno en dicho periodo solo podría legislar sobre materias económicas y financieras, estando imposibilitado de regular otros asuntos de enorme relevancia que pudieran presentarse mientras no exista un Congreso en funciones. A nuestro parecer, una posible solución a esta deficiencia podría encontrarse en la delegación automática de facultades legislativas a la Comisión Permanente, aun cuando esta idea pueda parecer muy discutible, dado el carácter definitivo de la disolución parlamentaria en el caso peruano.

Asimismo, la falta de verdadero control, sea este efectivo o legal, ha generado un gran abuso en la emisión de decretos de urgencia, los mismos que, en primer lugar, no incluían materia económica o financiera, y además, en la gran mayoría de los casos, no obedecían a una situación de urgencia. El decreto de urgencia, por definición, posee una vigencia temporal. Sin embargo, los decretos de urgencia en el Perú han tenido siempre una gran vocación de permanencia. Finalmente, la emisión de decretos de urgencia ha sido realmente excesiva, durante todo el periodo de tiempo en el que se han utilizado[182].

Por otro lado, el vigente Reglamento del Congreso de la República no corrige la situación que venimos describiendo. El inciso c) del artículo 91º del mismo hace referencia a la *"urgencia de normar situaciones extraordinarias e imprevisibles cuyo riesgo inminente de que se extiendan constituye un peligro para la economía nacional o las finanzas públicas"*, referencia que no crea parámetros adecuados a las facultades presidenciales respecto a la legislación de urgencia.

Similar disposición se encuentra contenida en el artículo 11º de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, el mismo que establece la aprobación por el Consejo de Ministros y el refrendo del presidente del Consejo de Ministros, que ya estaban contenidos en la Constitución; incorporando el refrendo del ministro de Economía y Finanzas y, en los casos que corresponda, el refrendo de los ministros a cuyo ámbito de competencia esté referido.

En primer lugar, las previsiones contenidas en el reglamento del Congreso y la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo deberían tener rango constitucional y no solamente legal. Además, dicha norma en realidad no permite un control adecuado por parte del Congreso. En el Derecho Comparado se da, por ejemplo, la obligatoriedad de la ratificación, por parte del Parlamento, del decreto expedido. Caso contrario, el mismo pierde vigencia[183].

182 Sobre el particular: GUZMÁN NAPURÍ, Christian, "¿Es realmente necesario que el Dobierno legisle?: apuntes acerca del uso de la legislación delegada y la legislación de urgencia en el Perú", en *Revista Jurídica del Perú*, Año 51, N.º 21, Trujillo, 2001, p. viii.

183 GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, cit., T. I, p. 148.

Asimismo, la norma legal antedicha no regula el tema de la temporalidad. En el derecho comparado, el decreto de urgencia posee una vigencia limitada, sometida a la aprobación parlamentaria. Un decreto de urgencia en el Perú, tal y como está diseñada la facultad en la Constitución, puede regir en forma indefinida. Como lo hemos indicado líneas arriba, la lógica de las atribuciones excepcionales es su vigencia durante el tiempo que dure la situación excepcional.

3.6. Las normas regionales y locales de alcance general

Asimismo, en el ámbito de los gobiernos regionales y locales y en mérito a la organización descentralizada del Estado peruano, existen normas que se reconocen de rango legal, como las ordenanzas regionales y las ordenanzas municipales, respectivamente. Dichas normas poseen rango de ley al interior de su ámbitox y resultan ser susceptibles de control jurídico a través de la acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional y el control difuso por parte del Poder Judicial, únicos controles normativos que el sistema jurídico provee en la actualidad. La atribución de facultades a los entes territoriales a fin de que puedan emitir normas generales procede de la autonomía normativa que se les concede[184].

Es necesario señalar que la relación que estas normas mantienen con las emitidas por el Gobierno central es una relación de coordinación y de distribución de competencias, mas no de jerarquía o de tutela. No es posible que una ordenanza regional o municipal derogue tácita o expresamente una norma con rango de ley emitida por el Gobierno nacional, de la misma forma que el Gobierno nacional no podría derogar una ordenanza, cualquiera fuera su origen. Sin embargo, las normas regionales y locales de alcance general deben emitirse de conformidad con la Constitución y la Ley, incluso la emanada por el Congreso.

Las normas locales y regionales de alcance general son de particular importancia para el derecho administrativo en tanto contienen regulaciones del funcionamiento de dichos gobiernos descentralizados y afectan a los particulares sometidos a su competencia. Sin embargo, y dada la reserva de ley existente respecto a ciertas materias, las ordenanzas adolecen de mayores limitaciones que las aplicables a las leyes propiamente dichas, pudiendo regular únicamente las materias contenidas en sus respectivas leyes orgánicas y dentro de los parámetros establecidos por estas.

3.7. El rol de la ley de procedimiento administrativo general

En primer término, la Ley regula las actuaciones de la función administrativa del Estado y el procedimiento administrativo común desarrollados en las entidades

184 Sobre el particular: ZAS FRIZ BURGA, Johnny, "La autonomía política y sus elementos. Una introducción conceptual para el estudio de los gobiernos subnacionales", en *Derecho-PUC*, N.º 52, Lima, 1999, p. 478.

administrativo[185]. Todo procedimiento administrativo de carácter general deberá regirse por la ley de materia de comentario, siempre y cuando no exista norma con rango de ley que regule dicho procedimiento de manera especial.

Ahora bien, los procedimientos especiales creados y regulados como tales por ley expresa, atendiendo a la singularidad de la materia, se rigen supletoriamente por la Ley en aquellos aspectos no previstos y en los que no son tratados expresamente de modo distinto[186]. Es necesario señalar que existen diversos criterios para el establecimiento de procedimientos especiales, no siendo posible que dicha previsión se realice de manera arbitraria[187].

Todo lo antes señalado implica, en primer lugar, que no cabe la creación de procedimientos especiales a través de reglamentos, sean estos ejecutivos o autónomos. Esto, que es resultado de la aplicación del principio de legalidad, impide que las entidades públicas, por decisión propia, puedan establecer mecanismos de tramitación no establecidos expresamente por la Ley.

En segundo lugar, la creación de procedimientos especiales únicamente se justificaría en situaciones singulares, que justifican una tramitación diferente a la general, establecida por la Ley. Además, debe tenerse claro que la Ley de Procedimiento Administrativo General regula necesariamente aquello no regulado por la norma especial. No obstante lo anteriormente señalado, existen ciertos procedimientos especiales que se encuentran regulados en reglamentos, incluso tipificados como autónomos, como el procedimiento registral regulado en el Reglamento General de Registros Públicos o los procedimientos al interior de los organismos reguladores. Es en consecuencia evidente que dichos reglamentos devendrían en ilegales.

Finalmente, la norma materia de estudio prescribe que las autoridades administrativas, al reglamentar los procedimientos especiales a través de las normas administrativas pertinentes, y al elaborar los denominados textos únicos de procedimientos administrativos (TUPA), cumplirán con seguir los principios administrativos, así como los derechos y deberes de los sujetos del procedimiento, establecidos en la Ley[188].

3.7.1. Finalidad de la norma legal de naturaleza administrativa

La finalidad de la Ley en materia de Derecho Administrativo estriba en establecer el régimen jurídico aplicable para que la actuación de la Administración Pública sirva para la protección del interés general, buscando de esta manera garantizar los derechos e intereses de los administrados y con sujeción al ordenamiento constitucional y jurídico en general[189].

185 Artículo II del Título Preliminar de la Ley.
186 Artículo II, inciso 2 del Título Preliminar de la Ley.
187 MORÓN URBINA, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., p. 22.
188 Artículo II, inciso 3 del Título Preliminar de la Ley.
189 Artículo III del Título Preliminar de la Ley N.º 27444.

En este aspecto, y como se ha señalado en la introducción del presente trabajo, la Ley pretende hacer posible el principal cometido del Derecho Administrativo, que es cautelar el adecuado equilibrio entre el interés de los administrados y el interés general. Y ello debe hacerse patente en todas las actividades, potestades y funciones de la autoridad administrativa. Dicho equilibrio permite que existan adecuados incentivos para que el administrado acceda a la Administración de manera adecuada a fin de obtener determinadas prestaciones. El procedimiento administrativo, tal como está regulado hoy en día, pretende reducir los costos en los que incurre el particular para hacer funcionar el aparato estatal.

El papel del derecho público, en general, y el del derecho administrativo, en particular está en conciliar el actuar racional de burócrata, accionar cuya existencia resulta ineludible, con la necesidad de la obtención de resultados eficientes que beneficien a la colectividad. Es decir, son necesarias normas legales que permitan que no obstante el funcionario público pretenda su beneficio, esta pretensión redunde en el *bienestar general*. Esas normas comienzan su accionar en la Constitución de los Estados[190] y prosigue el mismo con las diversas normas legales que regulan el comportamiento de los órganos del Estado.

4. LOS REGLAMENTOS ADMINISTRATIVOS

El reglamento puede emanar de diferentes órganos del Poder Ejecutivo. Los reglamentos constituyen una fuente cualitativa y cuantitativa del derecho administrativo; además son normas en sentido material y, en consecuencia, nunca tienen un alcance individual. La norma reglamentaria se define como el instrumento jurídico de alcance general emitido por la Administración Pública. En tanto dicha potestad se encuentra regulada por la Constitución y la Ley, no implica una declaración de voluntad, como lo señala erróneamente cierto sector de la doctrina comparada[191]. La emisión de un reglamento es siempre un acto cognitivo, resultado de un procedimiento previo, debidamente regulado.

Asimismo, constituyen normas reglamentarias las normas emitidas por los demás poderes del Estado, a fin de regular su funcionamiento y las relaciones jurídicas por ellos generadas. Ahora bien, es necesario señalar que el reglamento del Congreso posee rango legal, a fin de asegurar la autonomía de dicho organismo, razón por la cual cuando nos referimos a los otros poderes del Estado, la Ley de Procedimiento Administrativo General está haciendo mención particularmente al Poder Judicial, a los organismos constitucionales

190 Acerca de cómo las normas constitucionales pueden asegurar que el comportamiento racional del individuo se adecue al bien común, puede revisarse nuestro trabajo: GUZMÁN NAPURÍ, Christian, "Una aproximación a la aplicación del Análisis Económico del Derecho al Derecho constitucional", en *Derecho & Sociedad*, N.º 15, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2000.

191 DROMI, *Derecho administrativo*, cit., p. 309.

autónomos y a los reglamentos que pudiera emitir el Congreso de la República y que posean rango inferior al del reglamento en cuestión.

En la actualidad se está dando, en el ámbito de la organización administrativa incluso en el derecho comparado un conjunto de fenómenos que pueden resultar interesantes respecto a las normas que venimos describiendo. En primer lugar, debemos mencionar la gran producción normativa existente al nivel de la Administración Pública, la misma que no siempre es conocida debidamente incluso por las propias entidades.

Por otro lado, es importante mencionar el paulatino incremento de las remisiones de la Ley al reglamento, de tal manera que la primera tan solo establece principios generales, cediéndole al reglamento la regulación fundamental[192]. Un interesante ejemplo de lo antes señalado se encuentra en la relación entre la Ley de Contrataciones del Estado —el Decreto Legislativo N.º 1017— y su reglamento, en la cual este último regula lo sustancial de los procesos de selección a cargo de las entidades, mientras que la ley en cuestión establece previsiones más bien de naturaleza general, no obstante que esta situación se ha ido revirtiendo ligeramente en los sucesivos cambios en la normativa en materia de contratación administrativa. Ello podría ser discutible al nivel de lo dispuesto por la Ley de Procedimiento Administrativo General, en el sentido de que únicamente a través de la ley puede establecerse y regularse procedimientos administrativos especiales[193].

De hecho, poco a poco, por diversos motivos, la Administración Pública ha venido adquiriendo un importante papel en el ejercicio de funciones normativas legislativa. Amparada en las leyes de delegación legislativa —o leyes autoritativas—, de la deslegalización de ciertas materias y de los decretos de urgencia o sustentándose en una supuesta potestad reglamentaria autónoma, e incluso usando la iniciativa legislativa que le corresponde constitucionalmente, el Gobierno podría convertir al Parlamento en sumiso espectador de su producción normativa.

En algunos casos, no satisfecho con ejercer la función legislativa entre bastidores, o con la carga de tener que justificar su ejercicio directo en razones de necesidad o urgencia, reclamará y conseguirá, como ha tenido lugar en la Constitución francesa de 1958, que se le atribuya la titularidad de la función legislativa sobre determinadas materias con exclusión del Parlamento, materias que regulará el Gobierno a través de los llamados reglamentos independientes.

4.1. Características diferenciales de los reglamentos

Los reglamentos poseen ciertas características que los diferencian claramente de las demás normas jurídicas. En primer lugar, son normas de carácter secun-

192 SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de derecho administrativo*, cit., p. 325.
193 Artículo II, inciso 2 del Título Preliminar de la Ley.

dario, claramente subordinadas a la Ley y de naturaleza diferente a la misma. Ello nos permite discutir severamente las afirmaciones de cierto sector de la doctrina en el sentido de considerar que el reglamento es materialmente un acto legislativo, puesto que regula relaciones jurídicas[194].

En consecuencia, un reglamento no puede violar lo establecido por la norma con rango de ley, sea la que el mismo reglamenta o cualquier otra. En el Perú no existen, como resultado, los denominados reglamentos de necesidad y urgencia, que pueden dejar en suspenso normas legales, como sí existen en otras legislaciones, como podría ser la española, la alemana[195] o la argentina[196], aunque hay que reconocer que en este último caso dichos reglamentos de necesidad y urgencia se confunden con los decretos homónimos de la normativa comparada[197], dejando en claro que estos últimos son siempre normas con rango de ley.

Asimismo, el reglamento, en tanto norma vinculante, obliga a todos los poderes públicos, mientras no se derogue o declare su invalidez, sea por una ley, sea por otra norma reglamentaria[198]. Incluso, obliga a aquellos que se encuentran en posibilidad de emitir normas cuyo rango pueda ser superior, mientras no se derogue o se abrogue el reglamento[199].

4.2. Reserva de ley y reserva reglamentaria

Además, la ley posee una posición de primacía objetiva respecto del reglamento, de tal manera que existen, como lo hemos señalado líneas arriba, ciertas materias cuya regulación se ha encargado de manera exclusiva a la norma con rango de ley. A ello se le denomina reserva de ley y es aplicable a múltiples materias señaladas en la Constitución[200]. Demás está señalar, por otro lado, que aquello que no puede ser regulado legalmente, y que además no se haya señalado expresamente que puede regularse administrativamente en casos excepcionales —como veremos a continuación—, no puede ser regulado de manera alguna por el poder estatal.

Lo que ocurre es que, excepcionalmente, en la norma constitucional se ha establecido ciertas materias cuya regulación corresponde únicamente a la norma administrativa, como es el caso de la determinación de aranceles y tasas, de conformidad con el artículo 74º de la Constitución, la declaración de estado de

194 FRAGA, Gabino, *Derecho administrativo*, México D.F., Porrúa, 2003, p. 106; CASSAGNE, *Derecho administrativo I*, cit., p. 137.

195 SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de derecho administrativo*, cit., p. 328.

196 DROMI, *Derecho administrativo*, cit., p. 323.

197 CASSAGNE, *Derecho administrativo I*, cit., pp. 151 y ss.

198 GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Manual de procedimiento administrativo*, Civitas, Madrid, 2000, p. 450.

199 SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de derecho administrativo*, cit., pp. 320-321.

200 GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de procedimiento administrativo*, cit., pp. 115-116.

excepción, de conformidad con el artículo 137º, y la aprobación de los llamados tratados internacionales ejecutivos, de acuerdo con el artículo 57º de la norma constitucional. Varios de estos supuestos resultan ser seriamente discutibles, en especial respecto al control político y jurisdiccional[201] que debe efectuarse en cuanto a las decisiones y normas del Poder Ejecutivo.

4.3. La inderogabilidad singular

Por otro lado, no existe la llamada derogatoria particular o singular de los reglamentos, es decir, el fenómeno por el cual el funcionario público inaplica un reglamento al emitir una acto administrativo por el hecho de que el propio funcionario, o uno de inferior jerarquía, emitió el reglamento inaplicado[202]. El funcionario público resulta obligado incluso por la norma reglamentaria que el mismo ha emitido[203].

En consecuencia, el acto administrativo, de conformidad con lo establecido por la Ley, no puede infringir normas administrativas de carácter general provenientes de autoridad de igual, inferior o superior jerarquía, e incluso de la misma autoridad que dicte el acto[204]. Las razones de este precepto tienen su origen, en primer lugar, en la construcción del principio de legalidad[205], en la necesidad de asegurar la seguridad jurídica de los administrados, en el principio de imparcialidad por el cual no puede crearse privilegios a favor de ninguna persona o entidad[206], así como el principio de predictibilidad al que hemos hecho referencia en su momento[207].

4.4. Inaplicación de reglamentos

Finalmente, se discute si es posible que el funcionario administrativo inaplique una norma reglamentaria cuando la misma viola lo establecido en la Ley o la Constitución, al amparo del principio de legalidad y en mérito a la jerarquía de fuentes consagrada en el artículo 51º de la norma fundamental. A ello hay que agregar el hecho de que el reglamento necesariamente debe encontrarse de conformidad con la norma legal a la que se refiere.

---

201 Es necesario recordar, por ejemplo, que el Juez no puede pronunciarse respecto a validez o pertinencia de la declaración del estado de excepción, de conformidad con lo establecido en el párrafo final del artículo 200º de la Constitución.

202 COSCULLUELA MONTANER, *Manual de derecho administrativo*, cit., p. 124; GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de procedimiento administrativo*, cit., p. 451.

203 SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de derecho administrativo*, cit., p. 321; CASSAGNE, *Derecho administrativo I*, cit., p. 139.

204 Artículo 5º, inciso 5.3 de la Ley.

205 GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, cit., T. I, p. 206.

206 PARADA VÁSQUEZ, *Derecho administrativo*, cit., T. I, p. 71.

207 Sobre el particular: MORÓN URBINA, Juan Carlos, "El vicio de la derogación singular de las normas reglamentarias", en *Ius et Veritas*, N.º 26, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003.

Sin embargo, la posibilidad de inaplicación de reglamentos por parte del funcionario administrativo podría estar seriamente limitada por el hecho de que el funcionario público se obliga también al cumplimiento de los reglamentos, aun si los mismos son emitidos por el órgano que el mismo dirige. De hecho, interesante doctrina extranjera y nacional defiende la posibilidad incluso de inaplicación por parte de la Administración de normas con rango de ley que puedan ser inconstitucionales[208].

4.5. Los reglamentos ejecutivos

El llamado reglamento ejecutivo —*secundum legem*— normalmente cumple la función de reglamentar las normas con rango de ley, se dicta para posibilitar la aplicación de las mismas, completándolas y detallando lo necesario para asegurar su aplicación y cumplimiento, haciéndolas operativas[209]. La existencia de la potestad reglamentaria, a este nivel, no procede de una delegación legislativa expresa, sino de la norma constitucional[210], la misma que, en el caso peruano, establece dicha prerrogativa a favor del Presidente de la República.

El reglamento ejecutivo, en consecuencia, se dicta de conformidad con lo establecido por la Constitución, sin transgredir ni desnaturalizar las leyes que reglamenta. El vehículo jurídico de los reglamentos ejecutivos es el decreto supremo, en tanto norma de carácter general emanada del Poder Ejecutivo, pero también puede ser el decreto de alcaldía, si lo que se reglamenta es una ordenanza municipal[211], o el decreto regional, si lo que se reglamenta es una ordenanza regional[212], de conformidad con sus respectivas leyes orgánicas.

Sin embargo, existen normas que regulan situaciones con carácter general, emitidas por el Poder Ejecutivo mediante decretos supremos que no reglamentan ley alguna, por ejemplo cuando existe reserva reglamentaria, siendo posible entonces que el Poder Ejecutivo emita reglamentos autónomos, como veremos más adelante. Ello es pertinente, por otro lado, únicamente en los cuales no existe reserva de ley respecto de la situación dada.

Los reglamentos ejecutivos, o de ejecución implican la existencia de una ley previa a la que haya que reglamentar, lo cual ha sido señalado expresamente en el texto de la citada ley. De hecho, no toda ley es susceptible de ser reglamentada, puesto que muchas de ellas contienen en su texto los mecanismos para hacerla operativa. En la doctrina se ha discutido si es que la potestad

208 Sobre el particular: DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, "La inaplicación administrativa de reglamentos ilegales y leyes inconstitucionales", en *Revista de Administración Pública*, N.º155, Centros de Estudios Constitucionales, Madrid, 2001.

209 DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge, "El régimen de los reglamentos en el ordenamiento jurídico peruano", en *Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, UNAM, México D.F., 2008, p. 177; PAREJO ALFONSO, *Manual de derecho administrativo. Parte general*, cit., p. 257.

210 FRAGA, *Derecho administrativo*, cit., p. 111.

211 Artículo 42º de la Ley Orgánica de Municipalidades.

212 Artículo 40º de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales.

de emitir reglamentos ejecutivos pertenece a la órbita discrecional del Poder Ejecutivo o si más bien requiere de la invitación de la ley para que la misma pueda ser reglamentada[213].

Sin embargo, suponer que el Gobierno posea discrecionalidad para reglamentar todas las leyes sin que el Congreso pueda determinar si dicha ley requiere ser complementada supone una excesiva atribución de facultades, la misma que puede implicar comportamientos arbitrarios. Por otro lado, es necesario señalar que el reglamento solo podría aplicarse a aquellas leyes cuyo empleo corresponde al poder ejecutivo[214], como señala la doctrina, puesto que las leyes aplicables por otros poderes les otorgan potestades normativas a los mismos y las normas de derecho privado son aplicadas por los particulares.

Además, es la Ley la que debe determinar la regulación fundamental de la materia, dejando al reglamento los temas operativos o accesorios. En especial, es la ley la que debe establecer la asignación de competencias, la regulación de procedimientos administrativos especiales, la posibilidad de establecer derechos de tramitación, la prerrogativa de avocarse al conocimiento de un procedimiento, la posibilidad de imponer multas coercitivas, la posibilidad de ejercer compulsión, la potestad revocatoria de actos administrativos y la tipificación de infracciones y sanciones. En la práctica, sin embargo, ocurre muchas veces que la ley regula temas muy generales, dejando al reglamento la tarea de tratar enteramente la materia, hecho que podría incluso vulnerar la reserva de ley que pueda existir en el caso concreto, como lo hemos señalado líneas arriba.

4.6. La regulación legal

De hecho, la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo establece una importante regulación de los reglamentos ejecutivos[215]. Señala en primer término que el proyecto de norma reglamentaria es elaborado por la entidad competente, lo cual posee una evidente justificación técnica, puesto que dicha entidad es la que conoce la materia que se debe regular.

Además, se establece que el proyecto de reglamento se tramita acompañado de la exposición de motivos, los informes, estudios y consultas realizados. La finalidad de ello estriba en que el Presidente de la República conozca al detalle el proceso de elaboración del proyecto de reglamento, asegurando que el mismo se encuentre debidamente sustentado, en especial en lo que concierne al análisis costo beneficio de la norma, que es mucho más que simplemente indicar si la misma genera gasto presupuestal.

213 Dentro de las posiciones que se encuentran de acuerdo con considerar innecesaria la invitación a reglamentar encontramos: FRAGA, *Derecho administrativo*, cit., p. 112; DROMI, *Derecho administrativo*, cit., p. 317.

214 CASSAGNE, *Derecho administrativo I*, cit., p. 143.

215 Artículo 13º de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.

Asimismo, la norma preceptúa que los reglamentos se ajustan a los principios de competencia, transparencia y jerarquía. Debe entenderse que el primero de dichos principios hace referencia a que el Poder Ejecutivo ejerce sus competencias sin asumir funciones y atribuciones que son cumplidas por los otros niveles de gobierno; no pudiendo delegar ni transferir las funciones y atribuciones inherentes a sus competencias exclusivas[216]. Así, solo el Presidente de la República puede emitir reglamentos ejecutivos, conforme lo prescrito por la norma constitucional, facultad que sin embargo no puede ser ejercida individualmente, sino requiriendo del refrendo ministerial, o del acuerdo de Consejo de Ministros, en su caso[217].

En cuanto a la transparencia, la misma no se reduce a la publicación de la norma, la cual es obligatoria por mandato constitucional, sino que se refiere al proceso de elaboración del mismo, razón por la cual el proyecto de reglamento debe publicarse también. En este orden de ideas, la norma preceptúa que los proyectos de reglamento se publican en el portal electrónico respectivo y por no menos de cinco (5) días calendario, para recibir aportes de la ciudadanía, cuando así lo requiera la Ley.

Por otro lado, la jerarquía implica que el reglamento ejecutivo no puede trasgredir la Ley o la Constitución. En consecuencia, la norma preceptúa que los reglamentos ejecutivos no pueden transgredir ni desnaturalizar la ley, lo cual a su vez es consistente con la norma constitucional. Como ya lo hemos señalado, en el Perú no existen los reglamentos de necesidad o de urgencia. Los decretos de urgencia son normas con rango de ley.

Finalmente, los reglamentos ejecutivos se aprueban, dentro del plazo establecido, mediante decreto supremo, salvo disposición expresa con rango de ley. Esto último no resulta ser muy claro, puesto que no nos dice que otro instrumento normativo podría emplearse para aprobar un reglamento ejecutivo; puesto que por definición las resoluciones supremas se emplean para decisiones específicas y las resoluciones ministeriales no son emitidas por el Presidente de la República[218].

4.7. Los reglamentos autónomos

Configuran reglamentos autónomos o independientes, en general, los demás reglamentos del Poder Ejecutivo, los reglamentos de los otros poderes del Estado, los estatutos y reglamentos de las entidades, así como los reglamentos de alcance institucional o provenientes de los sistemas administrativos[219], que

216 Artículo VI del Título Preliminar de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.

217 DANÓS ORDÓÑEZ, "El régimen de los reglamentos en el ordenamiento jurídico peruano", cit., p. 186.

218 Artículo 11º de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.

219 Artículo V, inciso 2.5 del Título Preliminar de la Ley N.º 27444.

no reglamentan una ley, pero que son emitidos como muestra de la autonomía y potestad normativa del organismo en cuestión[220].

Es necesario señalar a este nivel que también los organismos constitucionales autónomos, organismos públicos descentralizados y los organismos reguladores pueden emitir normas reglamentarias, así como diversos entes que no pertenecen al poder ejecutivo. La doctrina administrativa y la Ley, en consecuencia, han incorporado en el caso peruano la figura de los reglamentos autónomos, que son aquellos que regulan una situación jurídica determinada sin que exista una norma legal a la que haya que reglamentar. El vehículo jurídico formal empleado para la emisión de reglamentos autónomos es la resolución administrativa, que como es obvio no siempre está constituida por un acto administrativo.

La existencia de reglamentos autónomos, *extra legem* o *praeter legem* sigue siendo una figura discutida en el ámbito del derecho administrativo moderno, siendo necesario establecer ciertos límites a su uso. A ello debemos agregar el hecho que dichos reglamentos no se encuentran regulados expresamente en nuestra Constitución. Es necesario señalar, en este orden de ideas, que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional[221] asume que es posible que la Constitución haya establecido facultades reglamentarias a favor de entes dis-

220 PAREJO ALFONSO, *Manual de derecho administrativo. Parte general*, cit., p. 259; DANÓS ORDÓÑEZ, "El régimen de los reglamentos en el ordenamiento jurídico peruano", cit., p. 178.

221 Sentencia de fecha 4 de julio de 2003, Expediente N.º 0001/0003-2003-AI/TC:

"(...)

15. La fuerza normativa de la que está investida la Administración se manifiesta por antonomasia en el ejercicio de su potestad reglamentaria. El reglamento es la norma que, subordinada directamente a las leyes e indirectamente a la Constitución, puede, de un lado, desarrollar la ley, sin transgredirla ni desnaturalizarla, y, de otro, hacer operativo el servicio que la Administración brinda a la comunidad. Los primeros son los llamados reglamentos *secundum legem*, de ejecución, o reglamentos ejecutivos de las leyes, los cuales están llamados a complementar y desarrollar la ley que los justifica y a la que se deben. En efecto, es frecuente que la ley se circunscriba a las reglas, principios y conceptos básicos de la materia que se quiere regular, dejando a la Administración la facultad de delimitar concretamente los alcances del marco general establecido en ella. Los segundos son los denominados reglamentos *extra legem*, independientes, organizativos o normativos, los que se encuentran destinados a reafirmar, mediante la autodisposición, la autonomía e independencia que la ley o la propia Constitución asignan a determinados entes de la Administración, o, incluso, a normar dentro los alcances que el ordenamiento legal les concede, pero sin que ello suponga desarrollar directamente una ley.
16. El inciso 8) del artículo 118º de la Constitución alude expresamente a la facultad de "reglamentar las leyes"; sin embargo, no reserva toda la potestad reglamentaria administrativa al primer mandatario, sino tan solo aquella vinculada a los reglamentos *secundum legem* o de ejecución. De otro lado, la garantía contenida en aquella disposición constitucional reserva al Presidente de la República la aprobación y consecuente expedición del reglamento, mas no necesariamente la creación de su contenido, pues, según puede desprenderse de lo ya establecido, el reglamento es elaborado por grupos técnicos sobre la materia de la que se trate.

(...)".

tintos al Presidente de la República, estableciendo claramente la existencia de reglamentos autónomos en nuestro ordenamiento jurídico, no obstante que los mismos no se encuentran claramente definidos en nuestra norma constitucional.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional restringe la emisión de reglamentos autónomos a la organización interna de los organismos públicos, en tanto aplicación de su autonomía, eliminando aparentemente la posibilidad de la emisión de reglamentos normativos propiamente dichos, como los reglamentos reguladores emitidos por los entes homónimos, como Osiptel u Osinergmin, los mismos que podrían devenir en inconstitucionales.

En el orden de ideas de lo que venimos reseñando, se hace indispensable establecer claros límites al ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma. En primer lugar, esta función normativa reglamentaria —o potestad reglamentaria— debe estar señalada expresamente en la ley y establecida como prerrogativa de una entidad administrativa determinada y de un órgano o conjunto de órganos al interior de la misma. No existen en consecuencia facultades normativas implícitas.

En segundo lugar, un reglamento autónomo no puede normar lo establecido como reserva de Ley, lo cual implica una limitación de naturaleza material[222]. Como resultado, el reglamento debe limitarse a aquellos ámbitos establecidos por la Ley, y a la vez, no cubiertos por otras normas. Entre las materias limitadas a la ley se encuentran la limitación y restricción de derechos fundamentales, así como la creación y regulación de organismos públicos y el establecimiento de facultades o prerrogativas a favor de determinada entidad o funcionario público.

5. LAS NORMAS ADMINISTRATIVAS EN GENERAL

En el ordenamiento administrativos existen normas generales que se reconocen de inferior jerarquía que los reglamentos, como las llamadas resoluciones normativas, que en general desarrollan a aquellos[223]. Todas estas normas, que son emitidas al interior de las entidades, poseen rango inferior al de los reglamentos y están subordinadas a los mismos, pero constituyen también fuentes del derecho administrativo, en tanto generadoras de efectos jurídicos generales. Pueden ser emitidas por entes inferiores a la Alta Dirección de la entidad, siempre que exista asignación de competencia expresa.

El caso típico de normas de esta naturaleza lo encontramos en los textos únicos de procedimientos administrativos o TUPA, que permiten ordenar los trámites que se realizan al interior de una entidad y que resultan de particular importancia en los mecanismos de simplificación administrativa, puesto que permiten facilitar los trámites a los particulares. Sectores de la doctrina señalan, sin embargo, que los textos únicos de procedimientos administrativos, se configuran más como

222 FRAGA, *Derecho administrativo*, cit., p. 107.
223 Artículo V, inciso 2.6 del Título Preliminar de la Ley.

medios informativos que como fuentes de derecho administrativo propiamente dichos, como veremos más adelante[224].

Otro ejemplo ilustrativo es el de los llamados Reglamentos de Organización y Funciones (ROF), propios de las entidades y que regulan el funcionamiento al interior de las mismas, pero que a la vez pueden contener normas que afectan a los particulares. En este caso hablamos de instrumentos de gestión, a los que aludiremos nuevamente más adelante.

6. LAS FUENTES DELIMITATIVAS E INTERPRETATIVAS

Por otro lado, existen ciertas fuentes de derecho administrativo, establecidas en la Ley, que a diferencia de las antes descritas, sirven para interpretar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento positivo al cual se refieren[225], siendo su aplicación más bien indirecta a las situaciones que se presentan. Como resultado, estas fuentes adquieren el rango de la norma que interpretan o delimitan.

En particular, constituye fuente de derecho administrativo las resoluciones emitidas por la Administración a través de sus tribunales o consejos regidos por leyes especiales, estableciendo criterios interpretativos de alcance general y debidamente publicadas. Estas decisiones generan precedente administrativo, agotan la vía administrativa y no pueden ser anuladas en esa sede, como veremos más adelante. A ellas nos referiremos en el acápite subsiguiente.

6.1. La jurisprudencia

La jurisprudencia se encuentra constituida por el conjunto ordenado de las decisiones emanadas de los órganos que forman parte del Poder Judicial. En consecuencia, constituye fuente de derecho administrativo la jurisprudencia proveniente de las autoridades jurisdiccionales que interpreten disposiciones administrativas[226].

En este orden de ideas, la jurisprudencia en materia administrativa cumple con las siguientes tres funciones:

- **Explicativa:** si la ley es oscura, su aplicación por los órganos judiciales supone aclarar y fijar su alcance, puesto que estable un criterio interpretativo que puede considerarse válido. Dicho criterio, por razones de coherencia e igualdad será aplicado por el resto de operadores del Derecho[227] y servirá, por lo menos, como mecanismo ilustrativo.

224 MORÓN URBINA, Juan Carlos, *Derecho procesal administrativo*, Rhodas, Lima, 1999, p. 63.
225 Artículo V, inciso 3 del Título Preliminar de la Ley.
226 Artículo V, inciso 2.7 del Título Preliminar de la Ley.
227 PARADA VÁSQUEZ, *Derecho administrativo*, cit., T. I, p. 86.

- **Supletoria:** la jurisprudencia debe dar solución a los casos que la ley no ha previsto, a través de la llamada integración jurídica y por medio de mecanismos como la analogía o el empleo de los principios generales del derecho administrativo. Ahora bien, se entiende en general que la analogía se encuentra proscrita en el derecho administrativo, razón por la cual para integrar deben emplearse únicamente los principios generales.
- **Renovadora:** la jurisprudencia prolonga la vigencia de la Ley, y hace flexibles y duraderos sus principios, puesto que permite interpretaciones acordes con la transformación de la sociedad. La jurisprudencia puede incluso generar mutaciones constitucionales, tal como lo ha efectuado el Tribunal Constitucional en reiteradas oportunidades.

6.1.1. Precedente jurisprudencial

Ahora bien, si las decisiones jurisprudenciales han sido emitidas en el marco de un proceso constitucional por parte del Tribunal Constitucional[228]; o se han emitido en el marco de un proceso contencioso administrativo[229], y se cumple con los requisitos establecidos en la normas respectivas; dichas decisiones constituyen precedente obligatorio para los órganos jurisdiccionales y en consecuencia, precedente obligatorio también para el órgano administrativo encargado de la aplicación de los preceptos que los organismos jurisdiccionales han interpretado.

De hecho, el Tribunal Constitucional ha emitido importante precedente en materia administrativa, en lo concerniente por ejemplo a la aplicación del control difuso por la Administración Pública los recursos administrativos, el empleo del proceso contencioso administrativo frente al proceso de amparo, entre otros; pronunciamientos algunos de ellos muy controversiales. A varios de ellos nos vamos a referir en la presente obra.

228 Artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

229 Texto Único Ordenado de la Ley N.º 27584:

Artículo 37.- *Principios jurisprudenciales*

Cuando la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema fije en sus resoluciones principios jurisprudenciales en materia contencioso administrativa, constituyen precedente vinculante.

Los órganos jurisdiccionales podrán apartarse de lo establecido en el precedente vinculante, siempre que se presenten circunstancias particulares en el caso que conocen y que motiven debidamente las razones por las cuales se apartan del precedente.

El texto íntegro de todas las sentencias expedidas por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República se publicarán en el diario oficial *El Peruano* y en la página web del Poder Judicial. La publicación se hace dentro de los sesenta días de expedidas, bajo responsabilidad.

6.1.2. Los pronunciamientos vinculantes

Constituye también fuente de derecho los pronunciamientos vinculantes de aquellas entidades facultadas expresamente para absolver consultas sobre la interpretación de normas administrativas que apliquen en su labor, debidamente difundidas[230], absolución que no implica un juzgamiento en un caso concreto. En estos casos dichas absoluciones generan efectos jurídicos, puesto que deben aplicarse de todas maneras en la interpretación que realice la entidad a la cual se absuelve la consulta[231].

Estos pronunciamientos vinculantes son especialmente comunes en el derecho comparado, donde se hace evidente la existencia de la denominada administración consultiva. En el caso español es de especial importancia el Consejo de Estado, configurado como el más importante órgano consultivo del Gobierno[232], sin perjuicio de la existencia de consejos sectoriales. En el Perú dicha competencia consultiva es desempeñada por diversos organismos técnicos, como el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), la Superintendencia de Bienes Nacionales, la Contraloría General de la República o la Dirección de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Justicia[233], como los entes rectores de los sistemas administrativos.

6.2. El empleo de los principios generales

Nos referimos a los principios generales del derecho administrativo, sean los contenidos en la Ley de Procedimiento Administrativo General, la Constitución u otras normas de carácter general[234]. Los principios generales, como lo hemos señalado en el capítulo precedente, sirven en especial para evitar que los entes administrativos dejen de resolver por defecto o deficiencia de la Ley, es decir, como mecanismo de integración jurídica; pero también funcionan como parámetros interpretativos de la norma que se va a aplicar en un procedimiento concreto.

7. EL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO

Los precedentes administrativos se constituyen respecto a resoluciones que resuelven casos particulares interpretando de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación, sea sustantiva o adjetiva, aplicable al procedimiento empleado por la entidad. Ahora bien, dichos precedentes resultan de observancia obligatoria por la entidad donde se siga el respectivo trámite,

230 Artículo V, inciso 2.9 del Título Preliminar de la Ley.

231 MORÓN URBINA, *Derecho procesal administrativo*, cit., [1999], p. 58.

232 MORELL OCAÑA, Luis, *Curso de derecho administrativo II*, Cizur Menor, Aranzadi, 1998, p. 375.

233 MORÓN URBINA, *Derecho procesal administrativo*, cit., [1999], p. 58.

234 Artículo V, inciso 2.10 del Título Preliminar de la Ley.

mientras dicha interpretación no sea modificada. Dichos actos administrativos deben ser publicados conforme a las reglas establecidas en la Ley[235].

La concepción del precedente administrativo pretende uniformizar la emisión de actos administrativos por parte de la entidad, a fin de permitir a los administrados una mayor facilidad para predecir el resultado de los procedimientos que inicien. Ello redunda en un mayor respeto a los derechos del administrado y reduce al mínimo el actuar arbitrario de la Administración Pública. Por ello, los tribunales administrativos, en ejercicio de su actividad cuasi jurisdiccional y en el marco del procedimiento trilateral emiten decisiones que generan precedente administrativo, y en consecuencia, de carácter vinculante.

A su vez, el precedente administrativo permite que a la Administración tener una guía de tramitación de casos parecidos, los que deberán ser resueltos de manera similar. En consecuencia, se convierte en un eficiente mecanismo de gestión. Casos comunes de empleo del precedente administrativo surgen de la Sala de la Competencia de Indecopi, que permiten la resolución de importantes casos a través de decisiones anteriores[236].

También constituyen precedentes importantes los generados por el Tribunal Fiscal en materia tributaria, los cuales resultan de observancia obligatoria para la totalidad de la Administración Tributaria[237]. Además, el Tribunal de Contrataciones del Estado, mediante acuerdos adoptados en Sala Plena, interpreta de modo expreso y con carácter general las normas establecidas en la Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento, constituyendo precedentes de observancia obligatoria[238].

7.1. Modificación del precedente administrativo

Ahora bien, los criterios interpretativos establecidos por las distintas entidades, podrán ser modificados si se considera que no es correcta la interpretación anterior o es contraria al interés general, con la evidente obligación por parte de la autoridad administrativa de motivar adecuadamente la razón del cambio del precedente[239]. Asimismo, la nueva interpretación no podrá aplicarse a situaciones anteriores, salvo que fuere más favorable a los administrados[240], en aplicación del principio *favor libertatis*, tan propio del derecho público. En dicho supuesto, podría ser posible que se emita un acto administrativo posterior, revocando un acto administrativo que perjudicó al administrado, al amparo del nuevo precedente[241].

235 Artículo VI, inciso 1 del Título Preliminar de la Ley.
236 Numeral 14.1 del artículo 14º del Decreto Legislativo N.º 1033.
237 Artículo 154º del Código Tributario.
238 Artículo 53º del Decreto Legislativo N.º 1017.
239 PARADA VÁSQUEZ, *Derecho administrativo*, cit., T. I, p. 77.
240 Artículo VI, inciso 2 del Título Preliminar de la Ley.
241 MORÓN URBINA, *Derecho procesal administrativo*, cit., [1999], p. 55.

Y es que, si bien es cierto no cabe que los actos administrativos declarativos o constitutivos de derechos o intereses legítimos puedan ser revocados, modificados o sustituidos de oficio por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, es posible efectuar dicha revocación cuando apreciando elementos de juicio sobrevinientes se favorezca legalmente a los destinatarios del acto y siempre que no se genere perjuicios a terceros[242].

En este orden de ideas, la norma es precisa en mencionar que la sola modificación de los criterios interpretativos no faculta a la revisión de oficio en sede administrativa de los actos firmes[243], aun cuando dicha revisión favorezca al administrado. Esta previsión se establece en evidente protección de la seguridad jurídica en el ámbito público; y no entra en conflicto con lo señalado en el párrafo precedente, puesto que los actos firmes son aquellos contra los cuales no se ha interpuesto recurso alguno.

8. LAS DISPOSICIONES GENERALES AL INTERIOR DE LAS ENTIDADES[244]

La doctrina y legislación comparadas establecen la existencia de disposiciones generales al interior de las entidades o reglamentos internos de la Administración[245], a través de los cuales las autoridades superiores pueden dirigir u orientar con carácter general la actividad de los subordinados a ellas mediante circulares, instrucciones, reglamentos organizativos y otros análogos[246]. Estas normas configuran una categoría jurídica propia, distinta a las que venimos describiendo; diferenciándolos en especial de los reglamentos, puesto que estos últimos sí generan efectos respecto de terceros.

Todos estos instrumentos normativos son empleados como marco de acción del funcionario público para la emisión de actos de administración interna. A su vez, constituyen parámetros aplicables a la emisión de actos administrativos, de tal manera que su inobservancia acarrearía necesariamente la nulidad del acto, puesto que dichos actos deben someterse incluso a normas administrativas de carácter general provenientes de autoridad de igual, inferior o superior jerarquía, e incluso de la misma autoridad que dicte el acto[247].

Las disposiciones al interior de la Administración Pública deben ser suficientemente difundidas, a fin de asegurar su conocimiento por parte de los propios servidores de la entidad y los administrados. Si su alcance fuera meramente institucional deben ser colocadas en lugar visible de la entidad. En caso de

242 Artículo 203º, inciso 203.2.3 de la Ley.
243 Artículo VI, inciso 3 del Título Preliminar de la Ley.
244 Artículo VII del Título Preliminar de la Ley.
245 CASSAGNE, *Derecho administrativo I*, cit., p. 157.
246 Artículo VII, inciso 1 del Título Preliminar de la Ley N.º 27444.
247 Numeral 5.3 del artículo 5º de la Ley N.º 27444.

que su alcance fuera de índole externa, deben publicarse de conformidad con lo establecido por la ley.

Si bien los particulares no pueden ser afectados por las citadas disposiciones, las cuales no pueden crear obligaciones nuevas a los mismos en mérito a su procedimiento de elaboración[248]; dichos particulares podrían invocar a su favor dichas normas, en cuanto establezcan obligaciones a los órganos administrativos en su relación con los administrados[249]. Incluso, podrían ser de aplicación por parte de los órganos jurisdiccionales, si es que favorecen al administrado, en un eventual proceso contencioso administrativo.

8.1. Instrumentos de gestión, directivas y circulares

Por un lado, existen los llamados instrumentos de gestión, que son documentos técnico normativos que regulan el funcionamiento de la entidad de manera integral, incluyendo entre ellas a los Reglamento de Organización y Funciones (ROF) los Manuales de Organización y Funciones (MOF), el llamado Cuadro para Asignación de Personal (CAP), así como el Presupuesto Analíticos de Personal. Asimismo, se consideran instrumentos de gestión el Manual de Procedimientos (MAPRO), el Reglamento Interno de Trabajo, los planes institucionales; e incluso, el Texto Único de Procedimientos Administrativos, así como el Plan Anual de Adquisiciones y Contrataciones de la entidad.

Demás está señalar que estas normas, en tanto sus efectos, no constituyen actos administrativos. A su vez, tampoco constituyen actos de administración interna, puesto que estos últimos tienen alcance particular[250], como veremos más adelante. Estas disposiciones generales configuran normas de organización interna, que no afectan derechos o intereses de los administrados y que se encuentran subordinadas a las fuentes descritas previamente en el presente trabajo.

Pero, por otro lado, ejemplos de estas normas o disposiciones al interior del organismo administrativo son las llamadas directivas y las circulares. Las directivas pueden ser sistémicas o institucionales. Las directivas sistémicas son aquellas emitidas por los entes rectores de los sistemas administrativos a fin de regular el funcionamiento de los mismos en la materia particular a la que corresponde el sistema, constituyendo una norma que proviene de fuera de la entidad.

Las directivas no constituyen normas reglamentarias —como erróneamente prescribe la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo— puesto que los reglamentos,

248 SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de derecho administrativo*, cit., pp. 319-320.

249 Artículo VII, inciso 3 del Título Preliminar de la Ley.

250 Para una opinión contraria: MORÓN URBINA, *Derecho procesal administrativo*, cit., [1999], p. 50.

por definición, tienen por destinatarios a administrados y no a la organización de la entidad que los emite.

Las directivas institucionales o internas son aquellas emitidas por la propia entidad, a fin de regular un aspecto específico de las competencias que le han sido asignadas a la misma. Esto las distingue claramente de los instrumentos de gestión, que se aplican de manera general a toda la entidad. A su vez, las directivas institucionales pueden ser generales o específicas, si es que son aplicables a toda la entidad, o a un conjunto determinado de unidades orgánicas de esta.

En cambio, las circulares contienen disposiciones puntuales, que son aplicables a un conjunto determinado de órganos de la entidad y a un aspecto de una tarea realizada por dicho órganos. Las mismas se distribuyen a través de un memorándum el cual es puesto en conocimiento de aquellos a los cuales se dirige. Las circulares entonces no requieren ser publicadas en el portal institucional de la entidad.

9. RESOLUCIÓN EN EL ÁMBITO ADMINISTRATIVO ANTE LA DEFICIENCIA DE FUENTES

El interés general que se encuentra detrás del procedimiento administrativo, así como la necesidad de tutelar los intereses de los administrados impiden que las autoridades administrativas puedan dejar de resolver las cuestiones que se les proponga, por deficiencia de sus fuentes; siendo que, en tales casos, deberán acudir a los principios del procedimiento administrativo previstos en la Ley de Procedimiento Administrativo General; de lo contrario, podrán utilizar otras fuentes supletorias del derecho administrativo; y solo subsidiariamente a las mencionadas, a las otras normas de otros ordenamientos que sean compatibles con su naturaleza y finalidad[251], normas que pueden incluir al derecho privado.

Un ejemplo de supletoriedad puede encontrase en el Código Procesal Civil, que resulta supletorio a todos los ordenamientos procedimentales. Por otro lado, resulta aplicable el Código Civil, que es supletorio a todo el ordenamiento jurídico por mandato de su propio título preliminar. Estas normas se aplican en tanto no sean incompatibles con la naturaleza del procedimiento administrativo y como lo hemos señalado, una vez agotadas las posibilidades de aplicación jurídica al interior de las fuentes propias del derecho administrativo.

Esta norma, similar a la contenida en el Título Preliminar del Código Civil, pretende que el administrado —o el interés general— no se vean perjudicados por la falta de normas que regulen una situación jurídica dada. En este orden de ideas, debe tenerse en cuenta la imposibilidad de emplear la analogía para restringir derechos fundamentales o establecer excepciones —muy comunes

251 Artículo VIII, inciso 1 del Título Preliminar de la Ley N.º 27444.

en el ámbito administrativo— y el límite impuesto por el principio de legalidad respecto a las facultades y potestades que la autoridad administrativa posee.

Por otro lado, y dada la necesidad de cubrir los vacíos normativos existentes; cuando la deficiencia de la normativa lo requiera —es decir, cuando la misma es muy importante—, y de manera complementaria a la resolución del caso, la autoridad administrativa elaborará y propondrá a quien competa, la emisión de la norma que supere esta situación de manera general, en el mismo sentido de la resolución dada al asunto sometido a su conocimiento[252]. Esta obligación no se establece respecto del juez, hecho que se justifica en la mayor oficialidad que rodea al procedimiento administrativo.

252 Artículo VIII, inciso 2 del Título Preliminar de la Ley N.º 27444.

Capítulo IV

LA ESTRUCTURA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

SUMARIO: 1. Elementos esenciales de la organización administrativa. 1.1. Las actividades de gestión administrativa. 1.1.1. La actividad organizativa. 1.1.2. Criterios para el diseño y estructura de la Administración Pública. 1.2. El organismo administrativo o entidad administrativa. 1.2.1. La definición reglamentaria de entidad administrativa. 1.3. El órgano administrativo. 1.3.1. Clases de órganos por su función genérica. 1.3.2. Clases de órganos por su función al interior de los organismos. a. Órganos de control. b. Órganos de asesoramiento y de apoyo. c. Órganos de línea o técnico normativos. 1.4. Las relaciones entre los órganos y organismos administrativos. 1.4.1. Jerarquía. 1.4.2. Relaciones de tutela. 1.4.3. Relaciones de coordinación. **2. El sistema en el derecho administrativo**. 2.1. Justificación de los sistemas al interior del Estado. 2.2. Los sistemas funcionales. 2.3. Los sistemas administrativos. 2.3.1. Gestión de Recursos Humanos. 2.3.2. Sistema Nacional de Abastecimiento. 2.3.3. La administración financiera del Estado. 2.3.4. El Sistema Nacional de Inversión Pública. 2.3.5. Sistema Nacional de Planeamiento Estratégico. 2.3.6. El Sistema de Defensa Judicial del Estado. 2.3.7. El Sistema Nacional de Control. 2.3.8. Sistema Nacional de Modernización de la Gestión Pública. 2.4. Los entes rectores. 2.4.1. Atribuciones de los entes rectores en los sistemas administrativos. **3. Órganos colegiados.** 3.1. Aplicación del régimen de los órganos colegiados. 3.2. Clases de órganos colegiados. 3.3. Organización interna de los órganos colegiados. 3.4. Atribuciones de los miembros de los órganos colegiados. 3.5. Régimen de sesiones. 3.5.1. Frecuencia de reunión de los miembros de los órganos colegiados. 3.5.2. Convocatoria para las sesiones. 3.5.3. Sesión universal. 3.5.4. Celebración de la sesión. 3.5.5. Quórum establecido para la instalación. 3.5.6. Orden del día. 3.5.7. Suspensión de la sesión. 3.5.8. Quórum establecido para las votaciones. 3.5.9. Miembros del órgano colegiado que votan distinto a la mayoría. 3.5.10. Prohibición de abstención. 3.5.11. Acta de sesión. 3.5.12. Trámite que se sigue respecto al acta de sesión.

Una vez definido lo que debe entenderse por función administrativa, y por ende la noción de Administración Pública, es necesario entender la organización de la misma, de tal manera que la definición funcional que hemos elaborado pueda plasmarse en un conjunto de instituciones que ejercen la función antes señalada. Dicha organización, en mérito al principio de legalidad, está definida por la Constitución y la Ley. En primer lugar, debe entenderse que configura Administración Pública toda entidad que desempeñe función administrativa.

Asimismo, debe entenderse que la Administración Pública no es propiamente una entidad pública única, sino más bien la reunión de varias entidades que interactúan entre sí a través de diversos mecanismos existentes en el ordenamiento jurídico administrativo. De hecho, como lo hemos señalado de manera reiterada, no solo el Estado realiza función administrativa, sino también diversas entidades públicas no estatales e incluso personas jurídicas privadas[253]. Entonces, el análisis que vamos a efectuar será eminentemente estructural en el presente capítulo, para realizar en el siguiente un estudio funcional del comportamiento de la autoridad administrativa.

1. ELEMENTOS ESENCIALES DE LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

La organización administrativa se conforma de ciertos elementos básicos, sin los cuales la misma no existiría. La existencia y alcance de dichos elementos, han sido legislativamente tratados pero también se deduce sus características a través de un estudio detallado de la gran cantidad de normas que regulan la estructura del Estado, en particular a través de leyes orgánicas. Por otro lado, al funcionamiento de dichos elementos debe aplicarse el concepto de competencia, al cual aludiremos más adelante en el presente trabajo.

1.1. Las actividades de gestión administrativa

La Administración Pública se gestiona de acuerdo a un conjunto de consideraciones que permitan hacer eficiente su labor. Ello implica la realización de cuatro actividades fundamentales. En primer lugar, la planificación o planeamiento, que implica la determinación de objetivos a obtener, lo cual a su vez requiere la elaboración de planes necesarios para la generación de dichos objetivos. Toda organización requiere de esta actividad, a fin de determinar adecuadamente el resto de actividades de gestión a ser realizadas.

Para ello es indispensable generar una estrategia o plan estratégico, que consiste en medidas de mediano plazo, necesarios para la generación de objetivos más bien generales. Ello distingue la planificación estratégica de la generación de planes operativos, que más bien componen los planes estratégicos y que funcionan en el corto plazo. A su vez, los planes estratégicos se enmarcan en una misión determinada y en la implementación de la visión que se tiene de la entidad y de la Administración Pública en su conjunto[254].

En el Perú esta labor se encuentra a cargo del Sistema Nacional de Planeamiento Estratégico, al cual haremos referencia más adelante. Demás está señalar que este planeamiento no implica limitar la libertad o iniciativa de los

253 GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de procedimiento administrativo*, cit., p. 111.

254 STONER, James A.F., FREEMAN, R. Edward y GILBERT, Daniel R., *Administración*, Prentice-Hall Hispanoamericana, México D.F., 1996, pp. 290 y ss.

particulares, con lo cual no debe confundirse planeamiento estratégico con planificación centralizada o con economía planificada.

En segundo lugar, la gestión administrativa requiere una organización, vale decir, una estructura adecuada para la obtención de sus objetivos; a lo cual haremos referencia seguidamente. Como tercera de las actividades que venimos reseñando, se encuentra la actividad de dirección, que consiste en guiar la gestión, una vez que se ha determinado la estructura organizativa. Finalmente, la gestión administrativa requiere de la actividad de control, por la cual se verifica que la gestión administrativa haya generado los resultados esperados, conforme los planes diseñados por la entidad.

1.1.1. La actividad organizativa

Como resultado de lo que venimos señalando, la Administración Pública se compone de organismos y órganos, que se diferencian entre sí en cuanto a su autonomía. Por otro lado, no debe omitirse la referencia a lo que actualmente se denomina sistema, que consiste en la coordinación de diversos entes que realizan funciones similares y complementarias entre sí, que funcionan a través de diversas relaciones, que veremos luego.

Ahora bien, la organización, como actividad de gestión administrativa, consiste en disponer las partes de un todo para la obtención de los resultados más adecuados[255]. Organizar implica determinar la forma en que se distribuyen las actividades a realizar. Al organizar se obtiene la organización que es el medio para coordinar los recursos y las acciones de una entidad determinada.

Una entidad administrativa requiere entonces un diseño organizacional determinado, que es el proceso de seleccionar una estructura organizacional apropiada para la empresa, en el contexto de una estrategia y ambientes dados. El diseño organizacional resulta entonces fundamental para toda organización y en especial para la Administración Pública.

El concepto de estructura organizacional o simplemente estructura es el concepto clave de la actividad administrativa de organización. Es el que le da sentido. La estructura es la forma en que las actividades de una organización se dividen, organizan y coordinan. En una entidad pública dicha estructura está definida por las normas legales del sector que corresponde, pero además se encuentra definida por el denominado Reglamento de Organización y Funciones (ROF), el mismo que establece de manera operativa los contenidos organizativos de la entidad, en mérito a la potestad organizatoria limitada que posee la Administración Pública[256].

255 VAL PARDO, Isabel de, *Administración de entidades públicas*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1999, p. 108.

256 Sobre el particular: SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de derecho administrativo*, cit., pp. 412 y ss.

Como resultado, la doctrina establece que es necesario aplicar cinco pasos para el establecimiento de la estructura idónea en una organización. En primer lugar, se divide el trabajo en actividades menores que son desempeñadas por individuos o grupos[257]. Ello es lo que se denomina genéricamente *división del trabajo*. Seguidamente, se debe combinar las actividades de la empresa de manera lógica y eficiente. Al agrupar empleados y actividades efectuamos lo que se denomina *departamentalización*, que a su vez permite la creación de direcciones, oficinas, jefaturas y gerencias al interior de un organismo público[258]. Al mismo tiempo, elaboramos el esquema de jerarquías y niveles de la entidad, que es denominado organigrama y que se constituye a partir de las denominadas líneas de mando. La línea o cadena de mando es el plan que especifica el número de subordinados que reportan directamente a un administrador determinado.

La línea de mando es de especial importancia para una organización eficiente. Es de rigor, entonces, determinar la línea de mando apropiada. Primero, para efectos de eficiencia. Una línea de mando muy ancha ocasiona poca dirección y control. Una línea muy angosta, por otro lado, puede generar un desperdicio del personal. Segundo, la línea de mando tiene que ver con la estructura. Líneas muy angostas crean las llamadas estructuras verticales. Estas estructuras pueden entorpecer la toma de decisiones. Líneas de mando anchas crean estructuras horizontales o planas con menos niveles y jerarquías. La tendencia actual es a utilizar estructuras horizontales[259]. A ello algunos autores llaman reducción de tamaño. La reducción de tamaño corrige la burocratización y permite dar flexibilidad a las relaciones laborales.

Asimismo, y como resultado del establecimiento de unidades especializadas, se establecen mecanismos de *integración* al interior del organismo. La citada integración de individuos, grupos y departamentos, facilita el logro de objetivos, no obstan que la misma puede ser más difícil conforme la entidad aumenta de tamaño, dificultad que puede corregirse a través de mecanismos de delegación y desconcentración que veremos más adelante. Finalmente, debe controlarse la efectividad de la organización realizada y ajustarlas a las necesidades, mecanismo que se hace efectivo a través del denominado control administrativo interno.

1.1.2. Criterios para el diseño y estructura de la Administración Pública[260]

Las normas legales, sustentadas en la doctrina sobre la materia, han establecido criterios para que los órganos y organismos de la Administración Pública

257 VAL PARDO, *Administración de entidades públicas*, cit., pp. 149-150.
258 STONER/FREEMAN/GILBERT, *Administración*, cit., pp. 346 y ss.
259 OLIAS DE LIMA GETE, Blanca (coord.), *La nueva gestión pública*, Pearson Educación, Madrid, 2001, pp. 13-14.
260 Artículo 6º de la Ley Marco de Modernización de la Gestión del Estado.

se estructuren debidamente. En primer lugar, las funciones y actividades que realice la Administración Pública, a través de sus dependencias, entidades y organismos, debe estar plenamente justificada y amparada en sus normas. Esta es una aplicación del principio de legalidad y uno de sus corolarios que es la reserva de ley en materia de asignación de competencia. La justificación es muy clara, y se basa en la necesidad de que la competencia administrativa sea establecida por un ente distinto a la misma, en este caso el Parlamento.

Asimismo, las dependencias, entidades, organismos e instancias de la Administración Pública no deben duplicar funciones o proveer servicios brindados por otras entidades ya existentes. La duplicidad de competencias es un problema muy serio de la Administración Pública peruana, y genera múltiples inconvenientes no solo respecto a la necesidad de un funcionamiento eficiente de la Administración, que implica obtener resultados a un costo razonable y sustentable, sino además respecto a los administrados, los cuales interactúan con la entidades administrativas a un costo muy alto, lo cual incrementa la informalidad que es desde ya bastante alta[261].

Además, en el diseño de la estructura orgánica pública prevalece el principio de especialidad, debiéndose integrar las funciones y competencias afines. Los órganos y entidades administrativas se diseñan de tal forma que en un órgano se incorporen tareas relacionadas entre sí, mientras que en un organismo se encuentran incluidos órganos que a su vez efectúen actividades que se encuentre íntimamente relacionadas.

Finalmente, y como resultado de todo lo antes señalado, toda entidad u organismo de la Administración Pública debe tener claramente asignadas sus competencias demanera que pueda determinarse la calidad de su desempeño y el grado de cumplimiento de sus funciones, sobre la base de una pluralidad de criterios de medición. La falta de claridad origina los conflictos de competencia, sean positivos o negativos, a los que vamos a aludir con mayor amplitud en los siguientes capítulos de este trabajo.

1.2. El organismo administrativo o entidad administrativa

Se define en general como organismo público a todo aquel ente que goza de autonomía, y que se encuentra encargado de una actividad administrativa o de varias actividades conexas entre sí, cuya regulación proviene del derecho público y cuya existencia se debe a la Constitución o la Ley. El organismo es el resultado de la división del trabajo al interior de la Administración Pública, estableciéndose un régimen especializado[262], conformado por actividades íntimamente relacionadas entre sí.

261 Sobre el particular: LOAYZA, Norman V. et al., *Informality in Latin American and the Caribbean*, The World Bank, Washington D.C., 2009.

262 COSCULLUELA MONTANER, *Manual de derecho administrativo*, cit., p. 172.

En términos generales, la autonomía que venimos señalando es variable, puesto que puede involucrar determinados niveles dependiendo en general de las actividades que el mismo realiza. Como resultado, el organismo público goza de personalidad jurídica pública[263], la misma que le otorga determinadas prerrogativas[264]. Finalmente, definimos como organismo administrativo aquel al cual se ha encargado fundamentalmente el ejercicio de función administrativa.

Ahora bien, dentro de los organismos públicos existen diversas modalidades de particular interés, como pueden ser los organismos constitucionales autónomos, los organismos públicos que se encuentran adscritos al Poder Ejecutivo o los llamados entes reguladores, cada cual con sus características propias y su régimen de autonomía. A todas estas modalidades aludiremos con mayor detalle más adelante.

1.2.1. La definición reglamentaria de entidad administrativa

En este orden de ideas, el Decreto Supremo N.º 043-2006-PCM, que aprueba los Lineamientos para la elaboración y aprobación del Reglamento de Organización y Funciones - ROF por parte de las entidades de la Administración Pública, define como entidad a las señaladas en los incisos 1 al 7 del artículo I del título preliminar de la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General; debiéndose entender por tales a aquellas organizaciones que cumplen con funciones de carácter permanente; es decir, que han sido creadas por norma con rango de Ley que les otorga personería jurídica[265].

Esta definición contenida en la norma legal permite distinguir al organismo del programa o del proyecto, que por definición son entes coyunturales. Sin embargo, no todas las entidades son creadas por norma con rango de ley, pudiendo ser creadas también por norma constitucional; a lo que debemos agregar que, en principio, una entidad solo puede ser creada por ley formal, es decir, ley emanada del Parlamento[266]. Finalmente, el concepto *personería jurídica* no es adecuado, es preferible emplear el de *personalidad jurídica*.

263 RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, *Derecho administrativo*, cit., pp. 37 y ss.

264 Como veremos más adelante, existe una importante controversia respecto a la asignación de personalidad jurídica a las entidades que conforman la Administración Pública. Se entiende que los derechos fundamentales solo resultan aplicables a los particulares (sean personas naturales o jurídicas), razón por la cual la personalidad jurídica de entidades públicas resulta ser un concepto sumamente discutible. Sin embargo, se reconoce la existencia de ciertos derechos a favor de las entidades públicas, como podría ser el derecho de propiedad o el debido proceso, lo cual nos hace pensar más bien en la existencia de una personalidad jurídica limitada.

265 Artículo 5º del Decreto Supremo N.º 043-2006-PCM.

266 BREWER-CARÍAS, *Principios del régimen jurídico de la organización administrativa venezolana*, cit., p. 62.

1.3. El órgano administrativo

A su vez, entendemos por órgano administrativo toda aquella repartición de un organismo encargado de una actividad determinada, al mando de una autoridad administrativa. Al órgano se le atribuye un conjunto de funciones para resolver o gestionar al interior del aparato organizativo[267], y constituye un conjunto de competencias y medios ordenados para realizar determinadas funciones[268]. En este orden de ideas, el Decreto Supremo N.º 043-2006-PCM define como órgano a las unidades de organización que conforman la estructura orgánica de la entidad; señalando además que los mismos se clasifican de acuerdo a lo establecido en los referidos lineamientos[269].

El órgano, en consecuencia, no goza de autonomía ni de personalidad jurídica propia. El típico ejemplo de órgano administrativo se encuentra en la relación entre los ministerios y las diversas direcciones que lo componen. Ninguna de dichas direcciones goza de autonomía y a su vez se encuentran subordinadas jerárquicamente a sus superiores, dentro de lo que se denomina un organigrama funcional.

El decreto supremo antes señalado distingue el órgano de la unidad orgánica, estableciendo que esta última constituye la unidad de organización que conforma los órganos contenidos en la estructura orgánica de la entidad; siendo que ambos conceptos en muchas normas legales se emplean como si fueran sinónimos. En consecuencia, un órgano se encuentra dividido en un conjunto de unidades orgánicas, conforme a las competencias que el correspondan.

1.3.1. Clases de órganos por su función genérica

Una importante clasificación de los órganos administrativos se basa en un criterio funcional y es bastante tradicional. De ahí surge la clasificación de órganos activos, deliberantes y consultivos[270]. Los órganos activos, que son la mayoría, emiten resoluciones, sin resolver conflictos. Ejemplos de estos órganos son la dirección de un ministerio, o de los organismos públicos descentralizados. Estos órganos pueden ser de dirección o de gestión, según su importancia relativa[271].

Los órganos deliberantes emiten decisiones resolviendo conflictos, como pueden ser los tribunales administrativos o las comisiones administrativas que existen al interior de los organismos administrativos. Estos órganos dirigen la actividad cuasijurisdiccional de la Administración, a través del empleo del procedimiento trilateral. Constituyen siempre órganos colegiados, es decir, conformados por una pluralidad de funcionarios.

267 COSCULLUELA MONTANER, *Manual de derecho administrativo*, cit., p. 179.
268 GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de procedimiento administrativo*, cit., p. 192.
269 Artículo 5º del Decreto Supremo N.º 043-2006-PCM.
270 MORELL OCAÑA, Luis, *Curso de derecho administrativo II*, Cizur Menor, Aranzadi, 1998, p. 329.
271 GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de procedimiento administrativo*, cit., p. 127.

Los llamados órganos consultivos emiten juicios, dictámenes e informes, los mismos que generan efectos jurídicos, sean directos o indirectos. Ejemplos de estos órganos pueden encontrarse en la oficina de asesoría legal o la oficina de planificación de alguna entidad pública. Los órganos consultivos pueden ser permanentes o transitorios, e incluso pueden estar conformados por particulares o entes representativos de intereses diversos, que asumen una función consultiva[272].

1.3.2. Clases de órganos por su función al interior de los organismos

a. Órganos de control

Conformados por lo que se denominaba órgano de auditoría interna u oficina de control interno, definida actualmente como Órgano de Control Institucional, el mismo que se encuentra especializado y es responsable de llevar a cabo el control gubernamental en la entidad[273], que mantiene relación funcional con la Contraloría General de la República, y forma parte del Sistema Nacional de Control[274]. De hecho, el jefe de dicho órgano mantiene una vinculación de dependencia funcional y administrativa con la Contraloría General, en su condición de ente técnico rector del Sistema, sujetándose a sus lineamientos y disposiciones[275].

De acuerdo con la Ley del Sistema Nacional de Control, estos órganos no son designados al interior del organismo público en cuestión, sino por parte de la Contraloría General de la República[276]. Como resultado, no constituyen propiamente parte de la estructura del organismo administrativo en el cual se encuentran, lo cual tiene evidente sustento en las atribuciones que dicho órgano de control posee, las mismas que requieren ejercerse con independencia. Sin embargo, el Decreto Supremo N.º 043-2006-PCM los incorpora erróneamente al interior de la Alta Dirección de la entidad[277], no obstante señalar la misma norma que el jefe del Órgano de Control Institucional guarda dependencia funcional y administrativa con la Contraloría General de la República[278].

b. Órganos de asesoramiento y de apoyo

También denominados órganos *staff*[279], son los que prestan servicios al interior de la entidad, haciendo posible la labor de los órganos de línea, orienta o

272 MORELL OCAÑA, *Curso de derecho administrativo II*, cit., p. 330.
273 Tercera disposición final de la Ley N.º 28716, Ley de Control Interno de las entidades del Estado.
274 Artículo 17º de la Ley N.º 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República.
275 Artículo 18º de la Ley N.º 27785.
276 Artículo 19º de la Ley N.º 27785.
277 Artículo 14º del Decreto Supremo N.º 043-2006-PCM.
278 Artículo 25º del Decreto Supremo N.º 043-2006-PCM.
279 COSCULLUELA MONTANER, *Manual de derecho administrativo*, cit., p. 173; STONER/FREEMAN/GILBERT, *Administración*, cit., p. 387.

administra; pudiendo no obstante realizar dicha función de soporte también de manera directa respecto a otros órganos *staff*. En el caso de los ministerios, la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo los llama órganos de administración interna[280], pero la definición es la misma.

Ejemplos de órganos de asesoramiento y apoyo son las oficinas de asesoría jurídica, de presupuesto, de planificación, de racionalización, de administración, de relaciones públicas, de comunicaciones, entre otras. Los órganos consultivos, según la clasificación que hemos visto previamente, son siempre órganos *staff*.

El Decreto Supremo N.º 043-2006-PCM, al cual hemos aludido anteriormente, define como órganos de asesoramiento aquellos que orientan la labor de la entidad y de sus distintos órganos mediante actividades tales como: planificación, presupuesto, organización, asesoría jurídica. La norma señala, en su artículo 18º, que en principio debe conformarse dos órganos, denominados oficinas, que desempeñen estas funciones. En primer lugar, en toda entidad administrativa existe una oficina de asesoría jurídica, encargada del asesoramiento legal de la entidad.

En segundo lugar, las tareas de planificación y presupuesto, que incluyen racionalización y cooperación técnica internacional, tareas que se encuentran íntimamente relacionadas entre sí. Las tareas señaladas muchas veces eran realizadas por órganos distintos, lo cual complicaba la labor conjunta, generando la necesidad de coordinar cuando bastaba con la subordinación jerárquica para la toma de decisión. La norma preceptúa, sin embargo, que atendiendo al volumen de trabajo, la naturaleza y el tamaño de la entidad, las funciones antes señaladas podrían ser desagregadas o asignadas a otro órgano, lo cual mediatiza lo positivo de esta disposición reglamentaria.

Asimismo, la norma materia de comentario define que los órganos de apoyo ejercen las actividades de administración interna que permiten el desempeño eficaz de la entidad y sus distintos órganos en el cumplimiento de las funciones sustantivas; incluyendo entre ellas las tareas de contabilidad, recursos humanos, sistemas de información y comunicación, gestión financiera, gestión de medios materiales así como de servicios auxiliares[281].

A su vez, el artículo 19º de la norma prescribe que las entidades contarán con una Oficina General de Administración como órgano de apoyo a cargo de por lo menos las siguientes materias: Contabilidad y Finanzas, Adquisiciones, Administración de Personal y Tecnología de la Información. En este caso, la norma también señala que, atendiendo al volumen de trabajo, la naturaleza y el tamaño de la entidad, las funciones correspondientes a estas materias podrán ser desagregadas o asignadas a otro órgano. De hecho, en general, las entidades poseen una oficina de informática o de sistemas encargada de las tareas relacionadas con la tecnología de la información. Adicionalmente,

280 Artículo 24º de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.
281 Artículo 11º del Decreto Supremo N.º 043-2006-PCM.

normalmente existe una oficina encargada de la información al interior de la entidad, así como de la imagen institucional.

Finalmente, la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo define a las funciones de los órganos de asesoramiento y apoyo como funciones de administración interna y establece que las mismas se ejercen en apoyo al cumplimiento de las funciones sustantivas[282], que son realizadas a su vez por los órganos de línea. La norma señala que las funciones de administración interna están referidas a la utilización eficiente de los medios y recursos materiales, económicos y humanos que sean asignados.

c. Órganos de línea o técnico normativos

Los órganos de línea (órganos *line*) ejecutan las tareas propias de los organismos, según las tareas de cada uno. Les compete velar por el cumplimiento de la norma en un ámbito particular y la ejecución de las tareas asignadas por la norma respectiva[283]. Los órganos de línea se encargan de formular, ejecutar y evaluar políticas públicas y en general realizar las actividades técnicas, normativas y de ejecución necesarias para cumplir con los objetivos de la entidad en el marco de las funciones que las normas sustantivas atribuyen a esta[284].

Ejemplos de estor órganos son las llamadas direcciones nacionales o direcciones generales de las entidades públicas; así como las gerencias, cuando estas existen. De hecho, en algunos ministerios, como Relaciones Exteriores o la Presidencia del Consejo de Ministros dichos órganos de línea se denominan secretarías, en particular porque el secretario general de dichos organismos posee rango de viceministro[285].

Finalmente, mientras que los órganos de asesoramiento y apoyo se dirigen hacia el interior de la entidad —emitiendo generalmente actos de administración interna—, los órganos de línea se dirigen hacia fuera de ella, realizando funciones sustantivas y emitiendo fundamentalmente actos administrativos, según la definición que de dichas actuaciones administrativas efectuaremos más adelante en el presente manual.

1.4. Las relaciones entre los órganos y organismos administrativos

En general, en la Administración Pública puede hablarse básicamente de tres categorías de relaciones entre los diversos órganos y organismos de la administración Pública, de acuerdo con el nivel de verticalidad de la relación y los efectos de la misma: jerarquía, tutela y coordinación. Dichas relaciones son de especial relevancia a efectos de la toma de decisión al interior de los

282 Artículo 3º de la Ley N.º 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.
283 MORELL OCAÑA, *Curso de derecho administrativo II*, cit., p. 365.
284 Artículo 11º del Decreto Supremo N.º 043-2006-PCM.
285 Artículo 21º del Decreto Supremo N.º 043-2006-PCM.

órganos y organismos públicos y su diseño se basa en las necesidades de la gestión administrativa.

1.4.1. Jerarquía

La jerarquía es la típica relación de naturaleza piramidal, vertical, caracterizada por la subordinación de los funcionarios de nivel inferior a los de nivel superior[286]. El resultado de la jerarquía es la existencia de un organigrama donde los diversos órganos están unidos por la materia, pero se distinguen por la diversa competencia que poseen respecto de dicha materia. Ello genera que la Administración se organice en niveles jerárquicos, en una suerte de departamentalización y mediante el empleo de la división del trabajo. La relación jerárquica se establece sobre la base de una distribución de funciones y poderes realizada de mayor a menor[287].

La jerarquía genera varias consecuencias en el ordenamiento administrativo. En primer término, el sometimiento al seguimiento de políticas determinadas por el superior jerárquico, en términos de poder de dirección[288], las mismas que configurarían actos de administración interna, en forma de órdenes, o más bien disposiciones internas, en forma de directivas, circulares o instrucciones.

La superioridad que venimos describiendo genera también que el superior pueda desempeñar labores de control respecto del inferior jerárquico[289], de tal manera que tramita, por ejemplo, la queja administrativa que pueda ser iniciada contra este último por parte del administrado. Además, y como veremos más adelante, el inferior no puede sostener su competencia respecto al superior jerárquico.

Asimismo, la jerarquía administrativa se da propiamente al interior de los organismos y no fuera de ellos. Por otro lado, el superior jerárquico resuelve los conflictos de competencia al interior de una misma entidad[290]. Además, decide la separación del inferior de la tramitación de los procedimientos administrativos respecto de los cuales se ha detectado la existencia de causales de abstención. Por otro lado, el superior jerárquico es el encargado de declarar la nulidad del acto emitido por el inferior[291]. Finalmente, y en mérito de la diferencia de nivel, el órgano jerárquico superior resuelve los recursos administrativos que se presenten respecto a las resoluciones emitidas por el órgano inferior, salvo el caso del recurso de reconsideración, que es resuelto por la misma autoridad que emite la resolución impugnada.

286 DROMI, *Derecho administrativo*, cit., p. 522.
287 MORELL OCAÑA, *Curso de derecho administrativo II*, cit., p. 335.
288 BREWER-CARÍAS, *Principios del régimen jurídico de la organización administrativa venezolana*, cit., p. 65.
289 PARADA VÁSQUEZ, *Derecho administrativo*, cit., T. I, p. 37.
290 Artículo 86º, inciso 86.1 de la Ley.
291 Artículo 11º, inciso 11.2 de la Ley.

Sin embargo, hoy en día la jerarquía propiamente dicha se encuentra en un periodo de reformulación, generada por el hecho de la existencia de múltiples organismos autónomos y la atenuación de los mecanismos de control directo y de intervención en el rol del funcionario inferior. La existencia de competencias desconcentradas y la excepcionalidad de la avocación, ligadas con la existencia de un procedimiento disciplinario sometido a las reglas del procedimiento sancionador —con todas las garantías que ello conlleva— y la diversidad de regímenes que regulan al personal al servicio de las entidades nos permiten sostener, como algunos autores lo hacen[292], que la jerarquía tradicionalmente entendida se encuentra en un sostenido periodo de evolución; que en nuestra opinión la acerca a esquemas similares a los que hoy en día se aplican a la administración privada.

1.4.2. Relaciones de tutela

Ahora bien, la tutela es más bien una relación de tipo mixto, que implica cierta influencia en el comportamiento de la entidad tutelada, pero que no implica subordinación entre unos y otros. Una relación de tutela típica se muestra entre los ministros y los organismos públicos descentralizados adscritos a su sector. La tutela, en este caso, se nos muestra a través de varios efectos. En primer lugar, el hecho de que el organismo que tutela debe resolver los conflictos de competencia que se dan respecto del organismo tutelado[293].

En segundo lugar, la responsabilidad del manejo presupuestario corresponde al ente tutelar, como titular del pliego. Asimismo, la responsabilidad política no puede ser asignada al ente tutelado sino al tutelar, por lo cual dicho rol se imputa al ministro del sector, razón por la cual este último desempeña un rol de supervisión ciertamente bastante laxo. De hecho, los organismos públicos que requieren de una mayor autonomía relativa se encuentran adscritos a la Presidencia del Consejo de Ministros[294], que funciona como un sector distinto, máxime si la norma constitucional permite que el Premier pueda ser un ministro sin cartera.

Finalmente, el organismo tutelar, en la generalidad de los casos, nombra al jefe del organismo tutelado o a los miembros del órgano colegiado que corresponda, influencia que podría ser importante en determinados casos, al fortalecer la dependencia entre uno y otro. En algunos casos, sin embargo, los miembros de la alta dirección del organismo público sometido a adscripción o tutela son designados por diversos sectores, lo cual permite una mayor autonomía.

292 PARADA VÁSQUEZ, *Derecho administrativo*, cit., T. I, p. 39.

293 Artículo 86º, inciso 86.2 de la Ley.

294 Interesantes casos son los organismos reguladores (Osiptel, Osinergmin, Sunass y Ositrán), así como organismos tan disímiles como el Consejo Nacional de Inteligencia o la Secretaría General de la Presidencia de la República.

1.4.3. Relaciones de coordinación

Finalmente, en la Administración Pública moderna se da un conjunto de situaciones en las cuales es necesaria la coordinación de determinados entes, sean estos organismos u órganos, que operan en una relación de naturaleza horizontal, sin que exista subordinación o tutela entre los entes involucrados. Esta coordinación es medular para que la Administración Pública pueda funcionar de manera adecuada, puesto que las actividades que la misma realiza requieren muchas veces del apoyo de otras entidades u órganos.

Esta coordinación se genera particularmente entre los entes que conforman un sistema, dado que los mismos deben funcionar coherentemente, al mando de un ente rector, como analizaremos seguidamente. Pero además, se da también respecto a entidades en general, de acuerdo con los mecanismos de colaboración y cooperación establecidos en la Ley, a los cuales también nos referiremos más adelante en el presente trabajo.

2. EL SISTEMA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

En general, se entiende por sistema en el derecho administrativo al conjunto de órganos u organismos que actúan de manera coordinada con la finalidad de obtener un fin común[295]. Un sistema constituye entonces una suma organizada de normas, órganos y procesos destinados a proveer a la administración de insumos para cumplir su labor de manera eficiente[296].

En este orden de ideas, conforme el artículo 43º de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (en adelante, la LOPE) los sistemas son los conjuntos de principios, normas, procedimientos, técnicas e instrumentos mediante los cuales se organizan las actividades de la Administración Pública que requieren ser realizadas por todas o por varias entidades de los poderes del estado, los organismos constitucionales y los niveles de Gobierno.

La norma establece que solo por ley se crea un sistema. Esta reserva de ley es fundamental a fin de evitar la creación arbitraria de sistemas, en especial en el caso de los sistemas administrativos, que se caracterizan por ser transversales y por establecer parámetros al margen de acción de las entidades, aun en el caso de aquellas que son autónomas. Para la creación de los sistemas, se debe contar con la opinión favorable de la Presidencia del Consejo de Ministros, ente encargado de coordinar el funcionamiento de la Administración Pública.

Ejemplos de sistemas, en el caso de los sistemas funcionales, puede encontrarse en el Sistema Electoral, conformado fundamentalmente por la Oficina

295 Es necesario efectuar esta salvedad porque en otras ramas del derecho el concepto de sistema puede significar otra cosa. Por ejemplo, en el ámbito del derecho electoral, un sistema electoral se define como el conjunto de mecanismos que se emplea para convertir votos en representación. En este sentido, se habla de sistemas electorales proporcionales, mayoritarios, etc., concepto que no es el que emplea el derecho administrativo.

296 RUBIO CORREA, Marcial, *El sistema jurídico: introducción al derecho*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2000, pp. 73-74.

Nacional de Procesos Electorales (ONPE) y el Jurado Nacional de Elecciones como entes rectores, pero en el cual participan también el Registro Nacional de Identidad y Estado Civil (Reniec), el propio Poder Ejecutivo, entre otros. Asimismo, en el denominado Sistema Nacional de Defensa Civil, cuyo ente rector es el Instituto Nacional de Defensa Civil, pero en el cual participan múltiples órganos y entidades, como los ministerios del Interior y Defensa o los gobiernos regionales y locales.

También se incluye, como un sistema administrativo, el Sistema Nacional de Control, cuyo ente rector es la Contraloría General de la República, sistema al cual aludiremos repetidamente en el presente trabajo. Es necesario señalar que los entes que conforman sistemas administrativos no necesariamente ejercen únicamente función administrativa, siendo posible el ejercicio de otras funciones en circunstancias diferentes.

2.1. Justificación de los sistemas al interior del Estado

Los sistemas tienen por función permitir que diversos órganos y organismos de la Administración Pública actúen de manera coordinada con la finalidad de obtener un resultado común. En una lógica de modernización del Estado, los sistemas cumplen un rol medular, al organizar de una manera más racional a las actividades públicas y permitir que las mismas se realicen de manera coherente.

Finalmente, desde el punto de vista de la gestión pública los sistemas se relacionan directamente con la actividad organizativa de la Administración Pública, que permite establecer una estructura eficiente para el cumplimiento de sus funciones públicas. La organización sistémica y la organización sectorial se han convertido en íconos de la gestión pública moderna, pero su ejercicio debe ser racional, dentro de ciertos límites, sin afectar la necesaria especialización y autonomía de las entidades.

2.2. Los sistemas funcionales

Ahora bien, conforme lo dispuesto por el artículo 45º de la LOPE, los sistemas funcionales tienen por finalidad asegurar el cumplimiento de políticas públicas que requieren la participación de todas o varias entidades del Estado, de manera coordinada. Ejemplos de ellos son el Sistema Nacional de Defensa Civil, el Sistema Nacional de Defensa, el Sistema Nacional de Atención Integral al

Niño y al Adolescente[297], el Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental[298], o el Sistema Electoral.

A diferencia de los sistemas administrativos, los sistemas funcionales no funcionan transversalmente a través de toda la Administración Pública y no necesariamente poseen una contraparte en organismos constitucionales autónomos o en gobiernos descentralizados. No están taxativamente enumerados y pueden ser creados por una ley ordinaria, sin que sea necesaria una ley orgánica que modifique la LOPE.

La norma establece que el Poder Ejecutivo es responsable de reglamentar y operar los sistemas funcionales. A su vez, las normas del sistema establecen las atribuciones del ente rector del mismo. Ahora bien, esto no es por completo exacto, puesto que existen sistemas funcionales que no son reglamentados u operados por el Poder Ejecutivo, como ocurre por ejemplo el Sistema Electoral, respecto del cual además no existe propiamente un ente rector, sino dos, que poseen la misma autonomía constitucional; teniendo en cuenta que el RENIEC no es propiamente un organismo electoral, puesto que desempeña funciones de carácter registral.

Esta situación es en cierta medida anómala, puesto que el Jurado Nacional de Elecciones es propiamente un ente jurisdiccional —imparte justicia electoral— y no administrativo, razón por la cual mal podría comportarse como ente rector de un sistema administrativo. Sin embargo, el ordenamiento le concede erróneamente al citado organismo ciertas atribuciones administrativas, complicando sobremanera la coherencia del sistema.

297 Código de los Niños y Adolescentes:
Artículo 27º.- *Definición*
El Sistema Nacional de Atención Integral al Niño y al Adolescente es el conjunto de órganos, entidades y servicios públicos y privados que formulan, coordinan, supervisan, evalúan y ejecutan los programas y acciones desarrollados para la protección y promoción de los derechos de los niños y adolescentes. El sistema funciona a través de un conjunto articulado de acciones interinstitucionales desarrolladas por instituciones públicas y privadas.

298 Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental:
Artículo 3º.- *Finalidad*
El Sistema tiene por finalidad asegurar el cumplimiento de la legislación ambiental por parte de todas las personas naturales o jurídicas, así como supervisar y garantizar que las funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, control y potestad sancionadora en materia ambiental, a cargo de las diversas entidades del Estado, se realicen de forma independiente, imparcial, ágil y eficiente, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley N.º 28245, Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental, en la Ley N.º 28611, Ley General del Ambiente, en la Política Nacional del Ambiente y demás normas, políticas, planes, estrategias, programas y acciones destinados a coadyuvar a la existencia de ecosistemas saludables, viables y funcionales, al desarrollo de las actividades productivas y el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales que contribuyan a una efectiva gestión y protección del ambiente.

2.3. Los sistemas administrativos

Los sistemas administrativos tienen por finalidad regular la utilización de los recursos en las entidades de la Administración Pública, promoviendo la eficacia y eficiencia en su uso, afectando directamente su gestión administrativa. Por ello, los sistemas administrativos están determinados taxativamente por la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, no pudiendo crearse otros sin que la citada norma sea modificada.

A su vez, el Decreto Supremo N.º 043-2006-PCM define los sistemas administrativos como los conjuntos de principios, normas, procedimientos, técnicas e instrumentos mediante los cuales se organizan las actividades de la Administración Pública, que tienen por finalidad asegurar el cumplimiento eficaz de los objetivos de las entidades a través de la utilización eficiente de los medios y recursos humanos, logísticos y financieros.

Cada entidad posee en su interior órganos que tienen atribuciones relativas al sistema administrativo en cuestión, y que son ejercidas en el ámbito de la entidad de que se trate. Por ejemplo, toda entidad posee una oficina de presupuesto, una oficina de contabilidad, así como una procuraduría pública. Sin embargo, conforme lo dispuesto por el artículo 48º de la LOPE, la existencia de sistemas funcionales o administrativos no obliga a la creación de unidades u oficinas dedicadas exclusivamente al cumplimiento de los requerimientos de cada uno de ellos, bastando con asignar la función al órgano que corresponda. Esta previsión tiene por finalidad evitar que la relación entre el Poder Ejecutivo y los entes descentralizados afecte la autonomía de estos, generando restricciones[299].

La norma establece que el Poder Ejecutivo es responsable de reglamentar y operar los Sistemas Administrativos, aplicables a todas las entidades de la Administración Pública —salvo el caso del Sistema Nacional de Control[300]—, independientemente de su nivel de gobierno y con arreglo a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Ello no afecta la autonomía de los organismos constitucionales, con arreglo a la Constitución Política del Perú y a sus respectivas leyes orgánicas.

---

299 Sobre el particular: PCM. PROGRAMA DE MODERNIZACIÓN Y DESCENTRALIZACIÓN DEL ESTADO, *Propuesta de Ley del Poder Ejecutivo*, Presidencia del Consejo de Ministros, Lima, 2006, p. 13.

300 Constitución Política del Perú:

Artículo 82º.- ***La Contraloría General de la República***

La Contraloría General de la República es una entidad descentralizada de Derecho Público que goza de autonomía conforme a su ley orgánica. Es el órgano superior del Sistema Nacional de Control. Supervisa la legalidad de la ejecución del Presupuesto del Estado, de las operaciones de la deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control.

El Contralor General es designado por el Congreso, a propuesta del Poder Ejecutivo, por siete años. Puede ser removido por el Congreso por falta grave.

El listado contenido en la LOPE excluye ciertos sistemas considerados en algún momento como sistemas administrativos. Uno de ellos, como veremos más adelante, es el sistema administrativo de contrataciones y adquisiciones del Estado. Otro de ellos es el Sistema Nacional de Archivos, creado por la Ley N.º 25323, con la finalidad de integrar estructural, normativa y funcionalmente los archivos de las entidades públicas existentes en el ámbito nacional, mediante la aplicación de principios, normas, técnicas y métodos de archivo; cuyo ente rector es el Archivo General de la Nación.

Finalmente, es necesario prestar atención a los Sistemas Nacionales de Estadística e Informática, regulados por el Decreto Legislativo N.º 604, los cuales tienen por finalidad asegurar que las actividades de los mismos se desarrollen en forma integrada, coordinada, racionalizada y bajo una normativa común, contando para ello con autonomía técnica y de gestión. El ente rector es el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), que es un organismo público descentralizado adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros. En este punto, es necesario señalar que, mediante Decreto Supremo Nº 066-2003-PCM (de 28 de junio de 2003), se ha fusionado la Subjefatura de Informática del Instituto Nacional de Estadística e Informática - INEI y la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM), a través de su Secretaría de Gestión Pública. Por lo tanto, el PCM es el ente rector de dicho sistema.

2.3.1. Gestión de Recursos Humanos

Así, conforman sistemas administrativos, en primer lugar, la Gestión de Recursos Humanos. De hecho, mediante Decreto Ley N.º 20316, Ley Orgánica del Instituto Nacional de Administración Pública, se creó el Sistema Nacional de Personal, al mando de la Dirección Nacional de Personal de dicha entidad. Posteriormente, mediante la Ley N.º 26507, se declaró en disolución al Instituto Nacional de Administración Pública, el cual hasta ese momento constituía el ente rector del sistema; siendo derivadas el grueso de sus competencias a la Presidencia del Consejo de Ministros.

Ahora bien, la Ley N.º 28175, Ley Marco de Empleo Público, establece que el Consejo Superior del Empleo Público - Cosep, organismo público descentralizado adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros y con calidad de pliego presupuestario, cuyo titular es el Presidente del Consejo Superior del Empleo Público es el ente rector del empleo público, conforme el artículo 23º de la norma antes citada. En tal sentido, entre las funciones de dicho ente rector se consignan vigilar el cumplimiento de la referida Ley, las normas de desarrollo, reglamentos y las directivas y procedimientos que establezca; así como emitir las directivas que regulen el sistema de personal del empleo público; supervisando su aplicación, cumplimiento y desarrollo, determinando las faltas y aplicando las sanciones correspondientes. Sin embargo, la norma dispone, en su Tercera Disposición Final, que la Secretaría de Gestión Pública de la Presidencia del

Consejo de Ministros asumirá determinadas funciones del Consejo Superior del Empleo Público, hasta que el mismo entre en funcionamiento.

Finalmente, el artículo 1º del Decreto Legislativo N.º 1023[301] preceptúa que el Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos establece, desarrolla y ejecuta la política de Estado respecto del servicio civil; y, comprende el conjunto de normas, principios, recursos, métodos, procedimientos y técnicas utilizados por las entidades del sector público en la gestión de los recursos humanos. Asimismo, el artículo 6º de la citada norma crea la Autoridad Nacional del Servicio Civil como Organismo Técnico Especializado, adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros, el cual asume la calidad de ente rector del sistema; reemplazando al Consejo Superior del Empleo Público para todos los efectos.

2.3.2. Sistema Nacional de Abastecimiento

El Sistema Nacional de Abastecimiento, creado mediante Decreto Ley N.º 22056, cuya Oficina Central Técnico Normativa era inicialmente la Dirección Nacional de Abastecimiento del Instituto Nacional de Administración Pública, y que poseía como órganos de ejecución, las Oficinas de Abastecimiento de los Ministerios, los organismos cuyo jefe tiene rango de ministro, los Organismos Públicos Descentralizados[302] y los Concejos Municipales. Ahora bien, como ya lo hemos señalado, mediante Ley N.º 26507 se declaró en disolución al Instituto Nacional de Administración Pública, quedando el sistema nacional de abastecimiento sin un ente rector determinado por la norma legal vigente.

En primera instancia, podría considerarse que el OSCE es el ente rector del sistema que venimos describiendo. Sin embargo, el denominado sistema administrativo de contrataciones del Estado, constituye solamente una porción del Sistema Nacional de Abastecimiento, siendo que este incluye además otros tópicos relativos a la administración de los bienes a ser empleados por la entidad, más allá de la adquisición de bienes y servicios. En puridad, el sistema materia de análisis carece de ente rector, a lo que hay que sumar que el sistema de contratación administrativa ya no debería ser tal, o por lo menos, ya no sería considerado como sistema administrativo, máxime si la regulación del mismo corresponde al Ministerio de Economía y Finanzas[303].

---

301 Decreto Legislativo emitido también al amparo de la Ley N.º 29157, que delega en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar sobre materias específicas, con la finalidad de facilitar la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos y su Protocolo de Enmienda.

302 Debemos recordar que este término ya no es empleado por la LOPE. La norma, en su artículo 28º, define los organismos públicos en general, distinguiendo los organismos públicos ejecutores de los organismos públicos especializados.

303 Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado:
Artículo 4º.- ***Competencias en materia de contrataciones del Estado***

Finalmente, el artículo 5º de la Ley N.º 29151 establece el Sistema Nacional de Bienes Estatales como el conjunto de organismos, garantías y normas que regulan, de manera integral y coherente, los bienes estatales, en sus niveles de Gobierno Nacional, Regional y Local, a fin de lograr una administración ordenada, simplificada y eficiente, teniendo a la Superintendencia Nacional de Bienes Estatales - SBN como ente rector. Este sistema no se encuentra incorporado al Sistema Nacional de Abastecimiento y constituye en realidad un sistema funcional, con su propio ente rector.

2.3.3. La administración financiera del Estado

La LOPE incluye los sistemas administrativos que conforman la administración financiera del Estado, que son presupuesto público, tesorería, endeudamiento público y contabilidad; conforme lo dispuesto por la Ley Marco de la Administración Financiera del Sector Público, Ley N.º 28112[304]. La Administración Financiera del Sector Público, según la antes citada norma, está orientada a viabilizar la gestión de los fondos públicos, conforme a las disposiciones del ordenamiento jurídico, promoviendo el adecuado funcionamiento de los sistemas que la conforman, en mérito de las medidas de política económica establecidas por el Estado. Cada uno de dichos sistemas posee su respectivo órgano rector, y la norma legal que los regula, estableciendo las atribuciones de cada uno de los componentes del sistema.

Asimismo, el artículo 8º de la norma antes citada establece la existencia de un comité de coordinación que se encuentra presidido por el viceministro de Hacienda e integrado por los titulares de los órganos rectores de cada uno de

---

Las normas sobre contrataciones del Estado establecidas en la Ley y el presente Reglamento son de ámbito nacional, siendo competencia exclusiva del Ministerio de Economía y Finanzas el diseño de políticas sobre dicha materia y su regulación. Corresponde al OSCE emitir directivas, lineamientos, manuales, instructivos, formatos y comunicados respecto a la aplicación de la Ley y su Reglamento, y aquellas que la normativa le asigne. Las actuaciones administrativas que aprueban las directivas y lineamientos deberán ser publicadas en el diario oficial *El Peruano*.

Es nulo de pleno derecho cualquier disposición o acto que se emita en contravención de lo dispuesto en el párrafo anterior.

304 **Artículo 5º.-** ***Organización en el nivel central***

5.1. La autoridad central de los sistemas conformantes de la Administración Financiera del Sector Público es el Ministerio de Economía y Finanzas, y es ejercida a través del Viceministro de Hacienda quien establece la política que orienta la normatividad propia de cada uno de los sistemas que lo conforman, sobre la base de las propuestas que formule el Comité de Coordinación a que se refiere el artículo 8 de la presente Ley.

5.2. Los sistemas integrantes de la Administración Financiera del Sector Público y sus respectivos órganos rectores, son los siguientes:

a. Sistema Nacional de Presupuesto: Dirección Nacional del Presupuesto Público.

b. Sistema Nacional de Tesorería: Dirección Nacional del Tesoro Público;

c. Sistema Nacional de Endeudamiento: Dirección Nacional del Endeudamiento Público, y

d. Sistema Nacional de Contabilidad: Dirección Nacional de Contabilidad Pública.

los sistemas que lo conforman, con el propósito de establecer condiciones que coadyuven a la permanente integración de su funcionamiento y operatividad, tanto en el nivel central, como en el nivel descentralizado de la Administración Financiera del Sector Público.

2.3.4. El Sistema Nacional de Inversión Pública

Además, la LOPE consigna como sistema administrativo al Sistema Nacional de Inversión Pública (SNIP), creado por Ley N.º 27293, que tiene la finalidad de optimizar el uso de los recursos públicos que se encuentran destinados a la inversión, mediante el establecimiento de principios, procesos, metodologías y normas técnicas relacionados con las diversas fases de los proyectos de inversión[305]. Este sistema cumple un rol medular, al asegurar el uso eficiente de los recursos públicos destinados a la inversión, de tal manera que la misma genere beneficios a la colectividad.

El ente rector del SNIP es la Dirección General de Programación Multianual del Sector Público, al interior del Ministerio de Economía y Finanzas; el mismo que emite las directivas respectivas; realiza el seguimiento de la inversión pública y de los proyectos de inversión; promoviendo además la generación de capacidades en los diferentes niveles de gobierno para la formulación y evaluación de los Proyectos de Inversión Pública y la propia Programación Multianual de la Inversión Pública[306].

Es preciso señalar que la atribución señalada en el párrafo precedente ha sido modificada por el Decreto Legislativo N.º 1091, que promueve los servicios especializados en elaboración de estudios de preinversión y evaluación de proyectos de inversión pública, preceptuando que dicha atribución incluye la facultad de acordar con entidades especializadas la evaluación de los Proyectos de Inversión Pública, las mismas que deben encontrarse inscritas en el Registro de Especialistas en Proyectos de Inversión Pública.

2.3.5. Sistema Nacional de Planeamiento Estratégico

El Sistema Nacional de Planeamiento Estratégico se orienta al desarrollo de la planificación estratégica como instrumento técnico de gobierno y gestión, dirigido al desarrollo armónico y sostenido del país y el fortalecimiento de la gobernabilidad democrática, en el marco del Estado constitucional de derecho; conforme a lo dispuesto por el artículo 1º el Decreto Legislativo N.º 1088, Ley del Sistema Nacional de Planeamiento Estratégico y del Centro Nacional de Planeamiento Estratégico (CEPLAN). Dicho decreto legislativo, emitido también en el ejercicio de las facultades delegadas al Gobierno a través de la Ley N.º 29157, derogó la Ley N.º 28522, la misma que regulaba el funcionamiento de este sistema con anterioridad.

305 Artículo 1º de la Ley N.º 27293.
306 Artículo 9º de la Ley N.º 27293.

La norma derogada establecía que los procesos de planificación estratégica del Poder Legislativo, de los órganos del Poder Judicial, organismos constitucionalmente autónomos y el sistema electoral guardan armonía con los objetivos estratégicos del desarrollo nacional, con salvaguarda de sus autonomías constitucionales[307], disposición que mediatizaba la influencia del sistema en dichas entidades, el mismo que no posee las atribuciones que sí existen en el caso de otros sistemas administrativos.

La norma vigente, sin embargo, establece que forman parte del sistema los órganos del Gobierno Nacional y, con salvaguarda de su autonomía, de los demás poderes del Estado, de los organismos constitucionales autónomos y de los gobiernos regionales y locales que tengan responsabilidades y competencias en el planeamiento estratégico; situación en la cual el sistema se encuentra conformado por el Estado en su conjunto, lo cual es más eficiente que lo señalado por la normativa derogada.

A su vez, se señala que el Centro Nacional de Planeamiento Estratégico es el ente rector del Sistema Nacional de Planeamiento Estratégico, siendo un organismo técnico especializado que se encuentra adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros[308]. Entre sus funciones se encuentran conducir el proceso de formulación y difusión de una visión compartida y concertada de futuro del país en sus diversos sectores y niveles de gobierno; así como apoyar al Presidente del Consejo de Ministros en el cumplimiento de la función de coordinación de la planificación estratégica concertada en el marco del Sistema Nacional de Planeamiento Estratégico y, en consecuencia, formular y actualizar el Plan Estratégico de Desarrollo Nacional, mediante la coordinación multisectorial, interinstitucional e intergubernamental, según las reglas establecidas por la directiva respectiva.

2.3.6. El Sistema de Defensa Judicial del Estado

Por otro lado, debemos incluir dentro de la nómina de sistemas administrativos al Sistema de Defensa Judicial del Estado, al mando del Sector Justicia. El ente rector es el Ministerio de Justicia, al cual pertenece el Consejo de Defensa Judicial del Estado, que fuera creado mediante el Decreto Ley N.º 17537, y cuya estructura actual es definida por el Decreto Legislativo N.º 1068, Decreto Legislativo del Sistema de Defensa Jurídica del Estado. La norma define a este sistema como el conjunto de principios, normas, procedimientos, técnicas e instrumentos, estructurados e integrados funcionalmente mediante los cuales los procuradores públicos ejercen la defensa jurídica del Estado[309]. El cambio de nomenclatura tiene por finalidad dejar claro que dicha defensa no se reduce a la defensa en los procesos judiciales, sino que incluye otros procedimientos y procesos, inclusive los arbitrales.

307 Artículo 4º de la Ley N.º 28522.
308 Artículo 5º del Decreto Legislativo N.º 1088.
309 Artículo 2º del Decreto Legislativo N.º 1068.

La norma legal derogada no hacía referencia de manera expresa a la existencia de un sistema administrativo, que fue una novedad de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, pero sí a las facultades del Consejo de Defensa Judicial del Estado, el mismo que en la práctica constituye un ente rector —y que están señaladas también en la Ley Orgánica del Sector Justicia[310]—, siendo evidente, no obstante ello, la necesidad de que las normas de dicho sistema se adecúen a lo establecido por la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, a fin de que el mismo se configure como un sistema administrativo en una norma específica, como ocurre en la actualidad.

Asimismo, de la norma derogada se deducía una de las características más importantes de este sistema administrativo que era que sus órganos conformantes —en este caso las procuradurías públicas de cada sector o entidad— no formaban parte, desde el punto de vista administrativo, de la estructura de la entidad, sino más bien del sector al cual pertenece el Consejo. Las procuradurías públicas, en consecuencia, eran autónomas y no estaban sometidas a subordinación jerárquica respecto a la Alta Dirección de la entidad[311]. Sin embargo, la norma actual señala expresamente la dependencia administrativa de los procuradores respecto a la entidad a la que representan, lo cual es aún más evidente en el caso de los procuradores públicos especializados, los cuales dependen administrativamente del Ministerio del Interior y del Ministerio de Justicia, según el caso[312].

Finalmente, existen entidades públicas que poseen representación judicial, por sí mismas, en especial en el caso de determinados organismos públicos al interior del Poder Ejecutivo, en particular en el caso de organismos públicos especializados, conforme lo señalado por nuestra jurisprudencia. Ello, porque la negativa a conceder a la entidad la posibilidad de participar por sí misma en un proceso judicial afectaría seriamente sus intereses y su ejercicio del principio de tutela jurisdiccional efectiva, el mismo que le corresponde también.

Además de que el hecho de que la representación de los intereses en juicio corresponda a los procuradores públicos no debería afectar intereses públi-

310 Ley Orgánica del Sector Justicia, Decreto Ley N.º 25993:
Artículo 26º.- El Consejo de Defensa Judicial del Estado, constituido por los Procuradores Públicos, emite opinión sobre las cuestiones legales de interés para la defensa judicial del Estado, absuelve las consultas que le plantee cualquier Procurador sobre asuntos a su cargo en vía de consulta, se pronuncia sobre la creación de nuevas Procuradurías Públicas y resuelve los problemas de competencia que pueden presentarse entre las mismas.
La defensa de los asuntos e intereses de los gobiernos regionales y su representación en juicio está a cargo de los Procuradores Públicos que integran el Sistema de Defensa Judicial del Estado.

311 Decreto Ley N.º 17537:
Artículo 4º.- Los Procuradores Generales de la República son independientes en el ejercicio de sus funciones, las que desempeñarán según su propio criterio y en la forma que estimen más arreglada a ley.

312 Artículo 15º del Decreto Legislativo N.º 1068.

cos en juego, cuando más bien la lógica de dicha representación se dirige a coadyuvar a la obtención del bien común, finalidad básica e intrínseca de la Administración Pública. En consecuencia, dichas entidades no requieren ser representadas por los procuradores públicos.

2.3.7. El Sistema Nacional de Control

El Sistema Nacional de Control constituye también un sistema administrativo, al mando de la Contraloría General de la República, conforme el artículo 82º de la Constitución, que ya hemos citado. A su vez, el artículo 12º de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, Ley N.º 27785 establece que el Sistema Nacional de Control es el conjunto de órganos de control, normas, métodos y procedimientos, estructurados e integrados funcionalmente, destinados a conducir y desarrollar el ejercicio del control gubernamental en forma descentralizada.

La norma descrita en el párrafo precedente preceptúa que la actuación del Sistema Nacional de Control comprende todas las actividades y acciones en los campos administrativo, presupuestal, operativo y financiero de las entidades y alcanza al personal que presta servicios en ellas, independientemente del régimen que las regule. A su vez, la Contraloría General de la República establece los lineamientos, disposiciones y procedimientos técnicos, en función de la naturaleza y/o especialización de las entidades de la Administración Pública, las modalidades de control aplicables y los objetivos trazados para su ejecución; organizando y desarrollando el control gubernamental en forma descentralizada y permanente.

Finalmente, una de las características más importantes de este sistema administrativo es que sus órganos conformantes —en este caso los órganos de control institucional al interior de cada entidad— no forman parte, desde el punto de vista administrativo y funcional, de la estructura de la entidad, sino más bien mantienen una relación de dependencia con la Contraloría General de la República[313]; sin que se encuentre sometido a subordinación alguna respecto a la Alta Dirección de la entidad respectiva; lo cual es una garantía de desempeño transparente y autónomo de sus competencias. Ahora bien, como lo hemos señalado líneas arriba, de manera errónea el Decreto Supremo N.º 043-2006-PCM incorpora estructuralmente al órgano de control dentro de la Alta Dirección, lo cual vulnera su autonomía.

313 Ley N.º 27785:

Artículo 18º.- ***Vinculación del Jefe del Órgano de Auditoría Interna con la Contraloría General***

El Jefe del Órgano de Auditoría Interna mantiene una vinculación de dependencia funcional y administrativa con la Contraloría General, en su condición de ente técnico rector del Sistema, sujetándose a sus lineamientos y disposiciones. En el desempeño de sus labores, actúa con independencia técnica dentro del ámbito de su competencia.

Ello se ha visto reforzado por la Ley N.º 29555, la misma que establece las normas que regulan la incorporación progresiva de las plazas y el presupuesto de los órganos de control institucional a la Contraloría General de la República, con la finalidad de consolidar la independencia y autonomía del órgano de control institucional en el ejercicio del control gubernamental en las entidades a su cargo.

La norma ha establecido un proceso gradual, el mismo que comienza con la incorporación de plazas de los jefes de los órganos de control institucional y continúa con la incorporación de plazas del personal auditor, especialista y administrativo[314]. Asimismo, el monto del presupuesto de los órganos de control institucional a ser incorporado a la Contraloría General de la República comprende el presupuesto de las remuneraciones, contraprestaciones, retribuciones y otros ingresos pagados, en el marco de las disposiciones legales vigentes[315].

2.3.8. Sistema Nacional de Modernización de la Gestión Pública

Finalmente, debemos incluir el Sistema Nacional de Modernización de la Gestión Pública, al mando de la Dirección General —ahora Secretaría— de Gestión Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros, conforme la Ley Marco de Modernización de la Gestión del Estado, Ley N.º 27658. Conforme a dicha norma, el proceso de modernización de la gestión del Estado tiene como finalidad fundamental la obtención de mayores niveles de eficiencia del aparato estatal, de manera que se logre una mejor atención a la ciudadanía, priorizando y optimizando el uso de los recursos públicos.

Y es que la modernización del Estado se ha convertido en una necesidad pública a fin de asegurar la satisfacción de los derechos e intereses de los administrados, en un marco de adecuado funcionamiento de la Administración Pública, para lo cual se han establecido un conjunto de acciones concretas. De hecho, la organización sistémica de la Administración Pública pretende asegurar un funcionamiento razonable de la misma. Sistemas correctamente diseñados llevan a comportamientos coherentes de los organismos y órganos que la componen.

En este orden de ideas, el artículo 1º de la norma señalada en el párrafo precedente preceptúa que el proceso de modernización de la gestión del Estado será desarrollado de manera coordinada entre el Poder Ejecutivo a través de la Dirección General de Gestión Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros y el Poder Legislativo a través de la Comisión de Modernización de la Gestión del Estado, con la participación de otras entidades cuando por la materia a desarrollar sea ello necesario. Ahora, ello no implica que nos encontremos propiamente ante un sistema administrativo a partir de la existencia de estas

314 Artículo 3º de la Ley N.º 29555.
315 Artículo 4º de la Ley N.º 29555.

atribuciones otorgadas a dichos órganos estatales, siendo que más bien la instauración de la modernización de la gestión pública como un sistema constituye una novedad de la LOPE, a la cual las normas respectivas deberán adecuarse.

2.4. Los entes rectores

Desde el punto de vista de la gestión pública, un sistema, sea funcional o administrativo, debe poseer un ente rector, el cual se encuentra encargado de la labor de coordinación y dirección al interior del sistema, a fin de que el mismo funcione coherentemente. Es el ente rector el que desempeña la función integradora del sistema, asegurando el logro de los objetivos públicos del mismo.

Así, conforme lo dispuesto por el artículo 44º de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, los sistemas en general están a cargo de un ente rector que se constituye en su autoridad técnico-normativa a nivel nacional; dicta las normas y establece los procedimientos relacionados con su ámbito; coordina su operación técnica y es responsable de su correcto funcionamiento en el marco de la referida Ley, sus leyes especiales y disposiciones complementarias.

2.4.1. Atribuciones de los entes rectores en los sistemas administrativos

Ahora bien, conforme el artículo 47º de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, los entes rectores de los sistemas administrativos poseen un conjunto de competencias o funciones necesarias para el manejo adecuado del sistema en cuestión. Estas competencias permiten organizar el sistema administrativo, asegurando una gestión adecuada del mismo, coordinando debidamente las acciones que realizan cada uno de los órganos que componen el sistema.

En primer lugar, los entes rectores deben programar, dirigir, coordinar, supervisar y evaluar la gestión del proceso que corresponde al sistema administrativo en cuestión. La intensidad de esta atribución depende de la conformación del sistema, desde aquellos sistemas administrativos en los cuales los órganos del sistema poseen dependencia directa con el ente rector, como es el caso del Sistema Nacional de Control, hasta aquellos en los cuales la actividad del ente rector es más laxa, como es el caso del Sistema Nacional de Planeamiento Estratégico.

Asimismo, los entes rectores deben expedir las normas reglamentarias que regulan el sistema. Ahora bien, no todas dichas normas son reglamentos, puesto que muchas son en realidad directivas, las mismas que no afectan directamente a los administrados sino a los órganos que componen el sistema. Más adelante estableceremos con claridad la distinción que existe entre ambos instrumentos normativos. Dichas normas son obligatorias para todos los órganos que componen el sistema en cuestión, independientemente de nivel de gobierno o de la autonomía del organismo al que pertenecen. Por ejemplo, la Dirección Nacional del Presupuesto Público posee entre otras atribuciones, la de emitir las directivas y normas complementarias pertinentes, en el marco de lo dispuesto por la Ley de Presupuesto. Asimismo, el Centro Nacional de

Planeamiento Estratégico (CEPLAN) tiene como función expedir las directivas que corresponde dentro de su competencia.

Adicionalmente, los entes rectores deben mantener actualizada y sistematizada la normativa del Sistema. Un sistema posee normativa que proviene en algunos casos de la propia Constitución, de la norma legal, de determinados reglamentos y de las directivas que emite el propio ente rector; la misma que puede ser muy profusa y compleja. Dicha información debe ser puesta en conocimiento de los órganos que conforman el sistema y los operadores del mismo.

Por otro lado, los entes rectores deben emitir opinión vinculante sobre la materia del sistema. Es necesario recordar que, conforme lo dispuesto por el artículo V del Título Preliminar de la Ley N.º 27444, constituyen fuentes del procedimiento administrativo los pronunciamientos vinculantes de aquellas entidades facultadas expresamente para absolver consultas sobre la interpretación de normas administrativas que apliquen en su labor, debidamente difundidas.

Asimismo, los entes rectores deben capacitar y difundir la normativa del sistema en la Administración Pública; con la finalidad de que las entidades posean el conocimiento necesario para interactuar en el sistema. Este rol es fundamental en el caso del Sistema Nacional de Inversión Pública, a fin de mejorar la capacidad de gasto de las entidades, en especial en el caso de los gobiernos locales y regionales.

Además, los entes rectores deben llevar registros y producir información relevante de manera actualizada y oportuna, datos que permiten un adecuado funcionamiento del sistema. Por ejemplo, la Dirección Nacional del Tesoro Público posee la atribución de elaborar y difundir información estadística sobre la ejecución de ingresos y egresos de los fondos públicos.

Por otro lado, es función del ente rector supervisar y dar seguimiento a la aplicación de la normativa de los procesos técnicos de los sistemas. Por ejemplo, la Dirección Nacional de Contabilidad Pública posee, entre otras atribuciones, la de evaluar la adecuada aplicación de las normas, procedimientos y sistemas de información contable aprobados.

Además, el ente rector debe promover el perfeccionamiento y simplificación permanente de los procesos técnicos del Sistema Administrativo; a fin de que el mismo funcione de manera cada vez más eficiente. Por ejemplo, el numeral 9.2 del artículo 9º de la Ley N.º 27293, Ley del Sistema Nacional de Inversión Pública, preceptúa que la Oficina de Inversiones, la Dirección Nacional del Presupuesto Público y el Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado (Fonafe) coordinarán sus normas y directivas para el correcto funcionamiento del Sistema Nacional de Inversión Pública, a fin de optimizar la asignación de recursos a los respectivos proyectos. Asimismo, es función del CEPLAN promover y orientar la formación y actualización profesional y técnica de especialistas en planeamiento estratégico, prospectiva y

formulación y evaluación de políticas públicas y planes, en los tres niveles de gobierno y en las instituciones de educación superior.

Finalmente, los entes rectores deben realizar las demás funciones que señalen las leyes correspondientes. Por ejemplo, entre las atribuciones de la Dirección Nacional del Presupuesto Público se encuentran elaborar el anteproyecto de la Ley de Presupuesto del Sector Público; así como regular la programación mensual del Presupuesto de Ingresos y Gastos del sector público.

3. ÓRGANOS COLEGIADOS

Son órganos colegiados aquellos que se encuentran conformados por una pluralidad de personas, de tal manera que la toma de decisiones requiere de un acuerdo de naturaleza colectiva entre los miembros que conforman dichos órganos, a diferencia de los órganos unipersonales que como su nombre lo indica se encuentran conformados por una sola persona. Son ejemplos de órganos colegiados aquellos de nivel directivo, como los consejos directivos de diversos organismos públicos, los órganos dictaminadores o asesores, los órganos colegiados considerados de línea (como las diversas comisiones), así como los tribunales administrativos.

La razón de ser de los órganos colectivos estriba en la necesidad de una mayor deliberación en la toma de decisiones, y en algunos casos, en la necesidad de cierta representación de intereses de la colectividad. Es por ello que, en general, los órganos que resuelven conflictos en la Administración Pública tienen naturaleza colegiada. A su vez, también poseen dicha naturaleza aquellos órganos que incluyen miembros provenientes de la sociedad civil.

Ahora bien, la organización de los órganos unipersonales no genera mayores problemas. Sin embargo, los órganos colegiados plantean problemas de estructura y funcionamiento, a fin de hacer posible una decisión conjunta, que lejos de ser un acto complejo es un solo acto administrativo[316]. La decisión, en consecuencia, se conforma de la concurrencia de las decisiones o pareceres de los miembros[317]. Por ello, resulta una novedad en el ordenamiento jurídico peruano la regulación general de órganos colegiados; que además es de necesidad ineludible, dada la cantidad cada vez mayor de organismos conformados por órganos directivos colegiados.

3.1. Aplicación del régimen de los órganos colegiados

De acuerdo con la Ley, se sujetan al régimen de los órganos colegiados el funcionamiento interno de los órganos colegiados, permanentes o temporales de las entidades administrativas, en las que se incluyen aquellos en los que

316 GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de procedimiento administrativo*, cit., p. 134; COSCULLUELA MONTANER, *Manual de derecho administrativo*, cit., pp. 180-181.

317 MORELL OCAÑA, *Curso de derecho administrativo II*, cit., p. 328.

participen representantes de organizaciones gremiales, sociales o económicas no estatales[318]. Ello se sustenta en el hecho de que una vez que los representantes de organizaciones no estatales participan del colegiado, convierten a este en autoridad administrativa.

3.2. Clases de órganos colegiados

La doctrina reconoce en general cuatro tipos de órganos colegiados, clasificados según su rango y la labor que desempeñan[319]:

a. Órganos colegiados directivos, los cuales, como su nombre lo indica, se encuentran encargados de las labores de dirección de un organismo administrativo. Los órganos colegiados directivos resuelven en última instancia administrativa y, salvo contadas excepciones, agotan la vía respectiva. Dentro de esta categoría no están incluidos los órganos colegiados que forman parte del os gobiernos regionales o locales, sean los consejos municipales o los consejos regionales, toda vez que los mismos desempeñan funciones de naturaleza política o normativa, mas no administrativa. De hecho, en el caso de los concejos municipales, la nueva Ley Orgánica de Municipalidades despojó a los concejos municipales de la facultad de resolver apelaciones a actos administrativos emitidos por el alcalde respectivo, previsión que refuerza la adecuada distribución de funciones en la organización bipolar de los gobiernos locales.

b. Órganos colegiados consultivos o informantes; encargados de emitir informes o dictámenes al interior de la Administración, razón por la cual se configuran como órganos *staff*. No deciden por sí mismos, aun cuando su opinión o informe podrían resultar medulares para la emisión de la resolución final. Muchas veces estos órganos poseen representantes provenientes de la sociedad civil.

c. Órganos colegiados de línea; que conforman las entidades sin poseer rango directivo, cumpliendo funciones propias de la misma. Si bien toman decisiones, no agotan la vía administrativa y si resuelven conflictos la resolución que emitan es susceptible de impugnación en la vía administrativa.

d. Comisiones; que son creadas para determinadas funciones específicas, pudiendo ser temporales o permanentes. Las comisiones pueden estar conformadas por miembros provenientes de distintas entidades públicas, sean estas de ámbito nacional, regional o local, así como pueden estar conformadas por miembros provenientes también de la sociedad civil, desempeñando funciones de representación.

318 Artículo 95º de la Ley.

319 MORÓN URBINA, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., p. 243.

3.3. Organización interna de los órganos colegiados

Cada órgano colegiado de las entidades es representado por un presidente, funcionario que se encuentra a cargo de asegurar la regularidad de las deliberaciones y ejecutar los acuerdos del órgano. el presidente es además el representante legal del órgano colegiado, para efectos administrativos e incluso judiciales[320]. Preside y convoca las sesiones, y como veremos más adelante, goza de voto dirimente en caso de empate[321]. Ello le otorga a dicho funcionario un conjunto de atribuciones que no pueden soslayarse y que deben ser ejercidas de manera responsable, a fin de evitar que el órgano colegiado se desvirtúe como tal.

El órgano colegiado cuenta además con un secretario, a cargo de preparar la agenda, llevar, actualizar y conservar las actas de las sesiones, comunicar los acuerdos, otorgar copias y demás actos propios de la naturaleza del cargo[322]. El secretario es el funcionario operativo del órgano colegiado, puesto que cumple funciones de gestión y ejecución de las decisiones del órgano colegiado[323].

A falta de nominación expresa en la forma prescrita por el ordenamiento, los cargos indicados son elegidos por el propio órgano colegiado entre sus integrantes, por mayoría absoluta de votos[324]. Ello implica que el secretario necesariamente es miembro del órgano colegiado, a diferencia de alguna normatividad que establecía que el mismo era un funcionario administrativo que carecía de voz y de voto en las sesiones.

Solo en caso de ausencia justificada, dichos cargos pueden ser sustituidos con carácter provisional por los suplentes o, en su defecto, por quien el colegiado elija entre sus miembros[325] a fin de mantener la continuidad del funcionamiento del órgano en cuestión.

3.4. Atribuciones de los miembros de los órganos colegiados

A fin de hacer posible un funcionamiento adecuado, la Ley establece un conjunto de atribuciones a favor de los miembros de los órganos colegiados, algunas de las cuales se configuran también como deberes públicos. En tal sentido, corresponde a los miembros de los órganos colegiados:

1. Recibir con la antelación prudencial, la convocatoria a las sesiones, con la agenda que contiene el orden del día y la información suficiente sobre cada tema, de manera que puedan conocer las cuestiones que

320 COSCULLUELA MONTANER, *Manual de derecho administrativo*, cit., p. 181; MORÓN URBINA, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., p. 244.

321 GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de procedimiento administrativo*, cit., p. 135.

322 Artículo 96º, numeral 96.1 de la Ley.

323 COSCULLUELA MONTANER, *Manual de derecho administrativo*, cit., p. 182; MORÓN URBINA, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., pp. 244-245.

324 Artículo 96º, numeral 96.2 de la Ley.

325 Artículo 96º, numeral 96.3 de la Ley.

deban ser debatidas[326]. Esta prerrogativa resulta ser fundamental para la eficacia de las facultades de deliberar y votar, las mismas que se configuran también como deberes[327].

2. Participar en los debates de las sesiones del órgano colegiado[328]. Esta prerrogativa es fundamental para el funcionamiento de los órganos colegiados, generando claramente su razón de ser[329]. Además, al igual que el derecho de voto, debe considerarse como un deber público del miembro del órgano colegiado[330]. Si bien la Ley no hace referencia expresa al régimen de suplencia en los órganos colegiados, debemos remitirnos al régimen general establecido en la norma[331], situación en la cual el suplente goza de las mismas prerrogativas que aquel a quien reemplaza.
3. Ejercer su derecho al voto, así como formular cuando lo considere necesario su voto singular, así como expresar los motivos que lo justifiquen. Dicho derecho de voto se configura además como un deber[332], dada la prohibición de la abstención. La norma señala además que la fundamentación de un voto singular puede ser efectuada en el momento de la realización de la sesión o entregarse por escrito hasta el día siguiente[333], lo cual permite que la posición particular del miembro disidente se consigne en el acta de la sesión.
4. Formular peticiones de cualquier clase, en particular para incluir temas en la agenda, y formular preguntas durante los debates[334]; peticiones que no pueden afectar decisiones ya tomadas, como es evidente. La intervención del miembro, en consecuencia, no se agota en la deliberación y toma de decisión, sino que también implica la participación en la decisión respecto a los puntos a discutir. Ello incluye además el pedido de información, la cual es indispensable para la deliberación y posterior toma de decisión[335].
5. Recibir y obtener copia de cualquier documento o acta de las sesiones del órgano colegiado[336]. Esta facultad permite que todo miembro del colegiado pueda tener constancia formal de las sesiones, pudiendo fiscalizar el control que se lleva de las mismas.

326 Artículo 97º, inciso 1 de la Ley.
327 PARADA VÁSQUEZ, Ramón, *Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2002, T. II, p. 29.
328 Artículo 97º, inciso 2 de la Ley.
329 COSCULLUELA MONTANER, *Manual de derecho administrativo*, cit., p. 182.
330 MORÓN URBINA, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., p. 245.
331 MORÓN URBINA, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., p. 245.
332 PARADA VÁSQUEZ, *Derecho administrativo*, cit., T. II, p. 29.
333 Artículo 97º, inciso 3 de la Ley.
334 Artículo 97º, inciso 4 de la Ley.
335 PARADA VÁSQUEZ, *Derecho administrativo*, cit., T. II, p. 30.
336 Artículo 97º, inciso 5 de la Ley.

3.5. Régimen de sesiones

Las sesiones son la actividad más importante de los órganos colegiados, pues en los mismos se delibera a fin de tomar decisiones propias de la competencia de los mismos. Dado que el acto administrativo resultante es un acto simple, requiere la obtención de una decisión conjunta, conformada por la sumatoria de las decisiones individuales de los miembros que componen el órgano colegiado. En consecuencia, el acto administrativo en cuestión se encuentra sometido a elementos especiales de validez, que incluyen la celebración de la sesión, la existencia del quórum y la deliberación efectiva[337], sin las cuales el acto en cuestión deviene en nulo[338]. Por todo ello resulta indispensable establecer una regulación adecuada y uniforme del ejercicio de dicha actividad.

3.5.1. Frecuencia de reunión de los miembros de los órganos colegiados

Todo órgano colegiado se reúne ordinariamente con la frecuencia y en el día que indique su ordenamiento; y, a falta de ambos, cuando él lo acuerde[339]. Esta norma permite que, a falta de ordenamiento expreso, el órgano colegiado pueda definir su propio régimen de sesiones a través de un acuerdo. Habría sido adecuado, sin embargo, que la Ley estableciera parámetros dentro de los que debería adoptarse dicho acuerdo, debiendo entenderse que las reuniones deben realizarse cada vez que sea necesario llegar a un acuerdo dentro del plazo del respectivo procedimiento administrativo.

3.5.2. Convocatoria para las sesiones

La convocatoria es el acto por el cual se pone en conocimiento de los miembros la realización de una sesión determinada, en término de lugar, fecha y hora[340]. La ausencia de convocatoria genera evidentemente la invalidez de la sesión que se realice y, en consecuencia, la nulidad del acto administrativo que se emita. La convocatoria corresponde al presidente y debe ser notificada conjuntamente con la agenda del orden del día con una antelación prudencial. La Ley no define los parámetros de dicha antelación, la misma que se ha dejado a discrecionalidad del presidente del órgano colegiado.

Ahora bien, en las sesiones de urgencia o periódicas en fecha fija, podrá obviarse la convocatoria[341], dado que las mismas requieren una reunión inmediata, o más bien, ya se conoce la fecha de realización de la misma. De la misma manera, se deja al presidente la determinación respecto a la existencia de la urgencia, lo cual puede generar no pocos problemas de toma de decisiones.

337 Artículo 3º, inciso 1 de la Ley.
338 MORÓN URBINA, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., p. 247.
339 Artículo 98º, numeral 98.1 de la Ley.
340 GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de procedimiento administrativo*, cit., p. 137.
341 Artículo 98º, numeral 98.2 de la Ley.

Ahora bien, en ninguno de los casos antes señalados puede prescindirse del establecimiento del orden del día, como veremos más adelante.

3.5.3. Sesión universal

Queda válidamente constituida una sesión, sin cumplir los requisitos de convocatoria o de orden del día señalados en la Ley, cuando se reúnan todos sus miembros y acuerden por unanimidad iniciar la misma[342]. Esta norma —que tiene su obvio correlato en el derecho comparado[343]— y que recuerda a previsiones equivalentes en el derecho civil y societario, tiene una justificación común con dichas disciplinas, puesto que pretende permitir que la decisión colectiva y unánime del órgano genere la iniciación de una sesión, así como la legitimidad del tema a tratar, sin necesidad de un acuerdo previo. La exigencia de la unanimidad, a su vez, tiene por finalidad impedir que se tome alguna decisión afectando a aquellos que por alguna razón no hayan participado de la sesión o no estaban presentes al momento de que se efectuara la decisión de sesionar.

3.5.4. Celebración de la sesión

La sesión se convierte en el requisito de validez por excelencia del acto administrativo emitido por un órgano colegiado. En mérito de dicha constatación, la Ley de Procedimiento Administrativo General, innovando en la materia, y siguiendo los lineamientos de la doctrina y jurisprudencia comparadas, ha establecido regulaciones específicas para el manejo de las sesiones al interior de los órganos colegiados.

3.5.5. Quórum establecido para la instalación

En primer lugar, debe establecerse un quórum para la instalación y sesión válida del órgano colegiado, que implica un número mínimo de miembros, el mismo que debe mantenerse durante toda la sesión[344]. La Ley establece que dicho quórum es la mayoría absoluta de los componentes de dicho órgano[345]. La mayoría absoluta otorga legitimidad a la sesión. En el Perú no ocurre, como en determinados ámbitos del derecho comparado[346], que dicho quórum se atenúe cuando los órganos colegiados son de carácter representativo.

Sin embargo, puede ocurrir que dicha mayoría no se alcance. Si no existiera quórum para la primera sesión, el órgano se constituye en segunda convocatoria el día siguiente de la señalada para la primera, con un quórum de la tercera pare del número legal de sus miembros, y en todo caso, en número no inferior

342 Artículo 98º, numeral 98.3 de la Ley.
343 COSCULLUELA MONTANER, *Manual de derecho administrativo*, cit., pp. 182-183.
344 GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de procedimiento administrativo*, cit., p. 138.
345 Artículo 99º, numeral 99.1 de la Ley.
346 PARADA VÁSQUEZ, *Derecho administrativo*, cit., T. II, p. 32; COSCULLUELA MONTANER, *Manual de derecho administrativo*, cit., p. 183.

a tres[347]. El quórum reducido en segunda convocatoria se basa en el hecho de no permitir que la ausencia de ciertos miembros del colegiado —que pueden estar actuando indebidamente— afecte la posibilidad de tomar acuerdos. Por otro lado, sin embargo, dicho quórum permite que ciertos miembros del órgano puedan eximirse de participar de la deliberación del asunto sin que exista mecanismo alguno para conminarlos a ellos.

3.5.6. Orden del día

En principio y una vez iniciada una sesión, no puede ser objeto de acuerdo ningún asunto fuera del orden del día[348]. La inclusión de algún asunto que no cumpla con dicho requisito puede darse únicamente en el caso de que estén presentes todos los integrantes del órgano colegiado y aprueben mediante su voto unánime la inclusión de dicho asunto, en razón de la urgencia de adoptar acuerdo sobre ello[349].

La justificación de esta norma y la necesidad de la unanimidad provienen de las mismas razones que exponemos en lo referido a la sesión universal. La norma impide además que se tomen decisiones en contextos en los cuales los miembros del colegiado no se encuentren debidamente preparados para tratar el tema respectivo.

3.5.7. Suspensión de la sesión

En principio, las sesiones de los órganos colegiados deben ser continuas, a fin de evitar resultados incorrectos, que afecten el interés general. En consecuencia, una vez instalada una sesión, la misma puede ser suspendida solo por fuerza mayor, con cargo a continuarla en la fecha y lugar que se indique al momento de suspenderla. De no ser posible indicar dicha fecha en la misma sesión, la presidencia convoca la fecha de reinicio notificando a todos los miembros del órgano con antelación prudencial[350]. La Ley no establece cuál es el plazo prudencial que debe aplicarse, dejando el mismo al arbitrio de la presidencia, lo cual puede generar no pocos problemas.

3.5.8. Quórum establecido para las votaciones

Los acuerdos son adoptados por los votos de la mayoría de asistentes al tiempo de la votación en la sesión respectiva, salvo que la ley expresamente establezca una regla distinta. En determinados casos, es necesaria mayoría absoluta, es decir, la mitad más uno del número legal de miembros. En casos

347 Artículo 99º, numeral 99.2 de la Ley.
348 PARADA VÁSQUEZ, *Derecho administrativo*, cit., T. II, p. 32.
349 Artículo 98º, numeral 98.4 de la Ley.
350 Artículo 99º, numeral 99.3 de la Ley.

especiales se requieren mayorías calificadas a fin de darle mayor consenso a la decisión que se toma al interior del órgano.

Cuando los órganos colegiados poseen un número par de miembros, y dada la prohibición de abstención, se establece en la Ley que corresponde a la presidencia voto dirimente en caso de empate[351]. En buena cuenta, el voto del presidente tiene doble valor en caso de un empate al interior del órgano colegiado.

3.5.9. Miembros del órgano colegiado que votan distinto a la mayoría

Evidentemente, los miembros de un órgano colegiado pueden no votar conforme a la mayoría. En consecuencia, los miembros del órgano colegiado que expresen votación distinta a la mayoría deben hacer constar en acta su posición y los motivos que la justifiquen, por lo cual se prevé que la fundamentación se realice en dicho momento o se entregue el día siguiente. El secretario hará constar este voto en el acta junto con la decisión adoptada. Esta norma pretende no solo que se haga de conocimiento el voto de cada miembro del colegiado, sino además permite definir claramente las respectivas responsabilidades[352].

Sin embargo, en el caso de órganos colegiados consultivos o informantes, al acuerdo mayoritario se acompaña el voto singular que hubiere[353]. Ello tiene por finalidad hacer conocer al generador de la consulta la opinión disidente, a fin de que pueda tener información completa respecto a lo que es materia de informe y pueda tomar una decisión más certera[354], en especial si el informe emitido no es vinculante.

3.5.10. Prohibición de abstención

Salvo disposición legal en contrario, los integrantes de órganos colegiados asistentes a la sesión y no impedidos legalmente de intervenir, deben afirmar su posición sobre la propuesta en debate, estando prohibido inhibirse de votar. Ello está relacionado con la obligación de toda autoridad administrativa de resolver en un procedimiento determinado, obligación que evidentemente se mantiene en el caso de los órganos colegiados.

Ahora bien, cuando la abstención de voto sea facultada por ley —situación que resulta ser excepcional—, tal posición deberá ser fundamentada por escrito[355], a fin de que en el acta se establezca las razones por las cuales el miembro en cuestión se abstiene de votar. Ello permite determinar si es que las razones esgrimidas por el miembro que se abstiene son válidas o no, para una eventual impugnación.

351 Artículo 100º, numeral 100.1 de la Ley N.º 27444.
352 Artículo 100º, numeral 100.2 de la Ley N.º 27444.
353 Artículo 100º, numeral 100.3 de la Ley N.º 27444.
354 MORÓN URBINA, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., p. 343.
355 Artículo 101º, numeral 101.1 y 101.2 de la Ley N.º 27444.

3.5.11. Acta de sesión

Las actuaciones administrativas requieren de la existencia de una constancia de su ocurrencia. El carácter fundamentalmente escrito del procedimiento administrativo y la existencia de un expediente como presupuesto para ello exigen la elaboración de un acta que contenga dicha constancia. Las sesiones de los órganos colegiados son un ejemplo de ello. De hecho, de cada sesión del órgano colegiado es levantada un acta, que contiene la indicación de los asistentes, así como del lugar y tiempo en que ha sido efectuada, los puntos de deliberación, cada acuerdo por separado, con indicación de la forma y sentido de los votos de todos los participantes. El acuerdo expresa claramente el sentido de la decisión adoptada y su fundamento[356].

3.5.12. Trámite que se sigue respecto al acta de sesión

El acta es leída y sometida a la aprobación de los miembros del órgano colegiado al final de la misma sesión o al inicio de la siguiente[357], pudiendo no obstante el secretario certificar los acuerdos específicos ya aprobados, así como el pleno autorizar la ejecución inmediata de lo acordado[358]. Esta previsión permite darle celeridad a la tramitación de las decisiones de los órganos colegiados, y no tener que esperar a la aprobación expresa del acta.

Cada acta, luego de aprobada, es firmada por el secretario, el presidente, por quienes hayan votado singularmente y por quienes así lo soliciten[359]. En consecuencia, no se requiere la suscripción del acta por todos los que intervienen en la sesión.

356 Artículo 102º, numeral 102.1 de la Ley.
357 GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de procedimiento administrativo*, cit., p. 139.
358 Artículo 102º, numeral 102.2 de la Ley.
359 Artículo 102º, numeral 102.3 de la Ley.

Capítulo V

LA ORGANIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. ORGANIZACIÓN NACIONAL

SUMARIO: 1. El Poder Ejecutivo o Gobierno. 1.1. El régimen presidencial: el caso peruano. 1.2. Los ministerios. 1.2.1. Los ministros. 1.2.2. El rol del presidente del Consejo de Ministros. 1.2.3. Estructura general de los ministerios. 1.3. Los organismos públicos. 1.3.1. Organismos públicos ejecutores. 1.3.2. Los organismos técnicos especializados. 1.3.3. Los organismos reguladores. 1.4. Programas y proyectos. **2. El Poder Legislativo o Parlamento.** 2.1. Funciones del Parlamento. 2.2. La función administrativa en el Parlamento. **3. El Poder Judicial.** 3.1. El rol de control del Poder Judicial. **4. Los organismos constitucionales autónomos.** 4.1. El caso del sistema electoral. **5. Las demás entidades y organismos del Estado. 6. La actividad empresarial del Estado.** 6.1. Las limitaciones a la actividad empresarial del Estado. El principio de subsidiaridad. 6.2. Regulación actual de la actividad empresarial del Estado. 6.2.1. Ámbito. 6.2.2. Estados financieros. 6.2.3. ¿Se abre las puertas a la privatización de empresas públicas? 6.4. ¿Existe algún mecanismo de control del principio de subsidiaridad? 6.5. El precedente del Tribunal Constitucional. **7. Las entidades de derecho privado que se encuentran sujetas al derecho público.** 7.1. Las denominadas personas jurídicas no estatales de derecho público interno.

Como ya se ha señalado de manera reiterada, no debe confundirse Estado con Administración Pública. Existen entidades estatales que no desempeñan primordialmente funciones administrativas, existiendo a su vez personas jurídicas no estatales que forman parte de la Administración Pública. Estas últimas ejercen función administrativa a través de una autorización otorgada por el Estado, la misma que los somete en determinados ámbitos a regulaciones provenientes del derecho administrativo.

En consecuencia, el estudio de la organización de la Administración Pública que realizaremos a continuación no se reduce al Estado, sino que deberá tomar en cuenta también a dichas personas jurídicas no estatales. A su vez, en lo que corresponde al Estado, procederemos a analizar los diversos estamentos del mismo en tanto desempeñan función administrativa, considerando que prácticamente toda entidad del Estado ejerce, por lo menos residualmente, dicha función. En el presente capítulo nos centraremos en la Organización Nacional del Estado, mientras que en el siguiente trataremos la organización descentralizada.

1. EL PODER EJECUTIVO O GOBIERNO

En la tradicional División de Poderes, que como se ha señalado es la base del actual Estado de Derecho, se entiende por Poder Ejecutivo al organismo del Estado encargado de la ejecución de las leyes y en consecuencia, la encargada en forma directa de la administración del aparato estatal gubernativo[360]. En términos genéricos, el Poder Ejecutivo o Gobierno se encarga de la dirección de la política general de gobierno.

El Poder Ejecutivo, en tanto Administración Pública por excelencia[361], es el típico ente emisor de actos administrativos a través de los diversos organismos que lo componen. Sin embargo, debe quedar en claro que el Poder Ejecutivo no es el único que se encarga de dicha emisión, puesto que también emiten actos administrativos el resto de entidades señaladas en la Ley de Procedimiento Administrativo General. Asimismo, el Poder Ejecutivo no efectúa únicamente función administrativa, sino que se encarga también de la función política o gubernativa, e incluso, realiza función legislativa dentro de determinados parámetros, como lo hemos descrito anteriormente en este mismo manual.

Por otro lado, dada la amplitud de sus funciones, en la actualidad se prefiere emplear el término Gobierno para referirse la institución que venimos describiendo. El término Poder Ejecutivo no permite definir adecuadamente el amplio bagaje de atribuciones que el Gobierno moderno posee y puede conducir a equívocos, amplio bagaje que incluye facultades legislativas, administrativas, gubernativas e incluso jurisdiccionales y electorales.

Ahora bien, a fin de asegurar un mejor funcionamiento de los servicios y actividades estatales, el Poder Ejecutivo, y en consecuencia, la actividad pública nacional se subdivide en sectores especializados, cada uno conteniendo un conjunto de actividades y servicios que se consideran afines entre sí. A ello se le denomina organización sectorial y permite un manejo eficiente de las actividades administrativas[362]. Esta organización, sin embargo, resulta insuficiente para definir a la totalidad de la estructura administrativa, puesto que no incorpora la gran cantidad de organismos que operan fuera de dichos sectores, como pueden ser los organismos constitucionales autónomos o los gobiernos locales y regionales.

1.1. El régimen presidencial. El caso peruano

El Poder Ejecutivo, en el Perú, está al mando del Presidente de la República, quien es a la vez Jefe de Estado y Jefe de Gobierno, en el contexto de un sistema de gobierno eminentemente presidencial, que en el Perú posee fuertes incrus-

360 DUVERGER, Maurice, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, Ariel, Barcelona, 1962, p. 178.

361 Artículo I, inciso 1 del Título Preliminar de la Ley N.º 27444.

362 RUBIO CORREA, *El sistema jurídico: introducción al derecho*, cit., pp. 72-73.

taciones provenientes del sistema parlamentario. Este sistema se caracteriza en primer lugar por tener un ejecutivo monista y monocrático, formado por un Presidente que se caracteriza por ser Jefe de Estado y Jefe de Gobierno a la vez[363]. Las decisiones son tomadas de manera discrecional por el Presidente, siendo los ministros, en la práctica, meros colaboradores del Jefe de Estado. En el caso peruano, como ocurre en varios países de América Latina[364], las decisiones del presidente son autorizadas por el ministro que corresponda a través del refrendo.

Asimismo, el régimen presidencial se caracteriza por la elección, mediante voto popular, del Gobierno y de Congreso, en forma independiente. En algunos casos, la elección del presidente es indirecta, a través del empleo de colegios electorales, como ocurre por ejemplo en los Estados Unidos. En el caso peruano, la elección presidencial es directa, se realiza de manera simultánea con la elección parlamentaria, existiendo además lo que se denomina segunda vuelta.

Por otro lado, en el sistema presidencial muestra una limitada existencia de mecanismos políticos de control interórganos. Los controles entre poderes son fundamentalmente jurídicos. En particular, en el presidencialismo puro el control político directo no existe. En los modelos híbridos de presidencialismo —como lo es el peruano—, la operatividad de los mecanismos de control político directo, como por ejemplo la censura o el voto de confianza, se encuentra muy limitada. Definimos control político directo como los mecanismos que se basan en la responsabilidad política de los miembros del Poder Ejecutivo —los ministros o secretarios— y las facultades del Congreso de hacer efectiva la citada responsabilidad. Es claro que dicho control político directo es más bien propio del régimen parlamentario.

Finalmente, en el régimen presidencial resulta muy difícil que cualquiera de los órganos del Estado pueda revocar el mandato del otro mediante el uso de mecanismos políticos[365]. La supervivencia del Congreso no depende del Poder Ejecutivo y viceversa. La existencia de esquemas de disolución parlamentaria en determinados países de Latinoamérica no modifica sustancialmente esta apreciación, toda vez que el Parlamento no puede hacer cesar el mandato del Presidente —que es Jefe de Estado y Jefe de Gobierno a la vez— si es que no es a través de un juicio político o una declaración de vacancia, siendo esta última muy discutida en especial cuando se habla de incapacidad moral. Además, la posibilidad de una disolución parlamentaria se encuentra muy limitada donde la misma existe[366].

363 BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo, *Introducción al derecho constitucional comparado*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1997, pp. 168 y ss.

364 Para el caso mexicano: FRAGA, *Derecho administrativo*, cit., 176.

365 DUVERGER, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, cit., p. 210.

366 MAINWARING, Scott y Matthew S. SHUGART (comps.), *Presidencialismo y democracia en América Latina*, Paidós, Buenos Aires, 2002, p. 25. Estos autores efectúan, sin embargo, dos afirmaciones que consideramos erróneas. En primer lugar, señalan que en el Perú

1.2. Los ministerios[367]

Se denomina ministerios a las reparticiones de la Administración Pública a nivel del Gobierno central, que se encuentran encargadas del manejo y administración del alguno de los sectores en los cuales se divide la actividad pública. Los ministerios diseñan, establecen, ejecutan y supervisan políticas nacionales y sectoriales, asumiendo la rectoría respecto de ellas[368]. Los ministerios son organismos que pertenecen al Poder Ejecutivo, siendo su estructura y funciones las que se encuentran determinadas en la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo y las respectivas leyes orgánicas que regulan cada sector.

Los ministerios configuran la entidad administrativa por excelencia, puesto que en los mismos se realizan los más diversos procedimientos administrativos y se emiten actos administrativos de los más variados. Sin embargo, son también la parte de la Administración Pública que adolece con mayor intensidad de los defectos que se le imputan a la misma.

1.2.1. Los ministros

Los ministros son los titulares del ministerio y del sector a su cargo. Los ministros de Estado orientan, formulan, dirigen, coordinan, determinan, ejecutan, supervisan y evalúan las políticas nacionales y sectoriales a su cargo; asimismo, asumen la responsabilidad inherente a dicha gestión en el marco de la política general del Gobierno[369]. Son nombrados por el Presidente de la República a propuesta del presidente del Consejo de Ministros.

El nombramiento presidencial y las propias normas constitucionales someten a los ministros a determinadas limitaciones, puesto que no pueden dictar decretos supremos por si mismos ni puede emitir reglamentos de manera propia, salvo que la ley los faculte a ello. Sin embargo, el ministro puede expedir resoluciones ministeriales en materias que le competen, las mismas que en algunos casos poseen incluso contenido normativo.

El ministro es el responsable político del ministerio así como del sector a su cargo, no obstante que su actividad en la práctica se encuentra dirigida por el Gobierno[370]. Dicha responsabilidad política surge del hecho de que es el ministro el que autoriza los actos presidenciales a través del refrendo ministerial, sin la cual el acto es nulo. La responsabilidad política del ministro es de particular importancia para hacer efectivos los mecanismos de control político directo por

existe disolución parlamentaria desde la Constitución de 1933, lo cual no es cierto. En segundo lugar, afirman que la existencia de disolución parlamentaria en el caso peruano lo desvía sustancialmente del modelo. Ello también es inexacto, toda vez que la disolución parlamentaria está tan limitada que es poco probable que se haga efectiva en la práctica.

367 Artículo I, inciso 1 del Título Preliminar de la Ley N.º 27444.

368 Artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.

369 Artículo 25 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.

370 COSCULLUELA MONTANER, *Manual de derecho administrativo*, cit., p. 209.

parte del Congreso. Esto configura un muy importante mecanismo de control externo de la Administración Pública.

Por otro lado, el ministro es el titular del pliego presupuestal, y es el responsable de que la ejecución de mismo se realice de manera adecuada, con sujeción a la legalidad. Ello es de especial importancia a efectos del control externo que realiza la propia Administración Pública, a través de la Contraloría General de la República y los órganos de control al interior de los ministerios, que forman parte del Sistema Nacional de Control.

Los ministros, que conforman además el Consejo de Ministros, no poseen facultades solamente administrativas, sino también políticas[371]. De hecho, el ministro es un funcionario administrativo en tanto encargado de un sector, pero es a la vez un funcionario político, pues toma decisiones de manejo estatal de manera colegiada con el Consejo de Ministros y conjuntamente con el Presidente de la República cuando refrenda sus actos. Asimismo, los ministros constituyen Comisiones de Coordinación bajo la conducción del Presidente del Consejo de Ministros, que son la Comisión Interministerial de Asuntos Económicos y Financieros (CIAEF) y la Comisión Interministerial de Asuntos Sociales (CIAS), ambos consagrados en la actual Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.

Es necesario señalar, sin embargo, que las facultades políticas de los ministros se encuentran seriamente limitadas por la norma constitucional. En nuestro país, en la práctica y en la norma constitucional, la dirección de la política general de gobierno corresponde al Presidente de la República y no a los ministros o al Gabinete Ministerial, dada la absoluta libertad del mismo para nombrar y remover a los ministros.

1.2.2. El rol del presidente del Consejo de Ministros

En primer lugar, la Constitución Política del Perú del año 1993 aparentemente ha fortalecido la figura del Presidente del Consejo de Ministros, respecto de constituciones anteriores. Ello, porque lo convierte en el portavoz autorizado del Gobierno y le otorga la atribución de coordinar las funciones de los demás ministros, conforme al artículo 123º de la norma constitucional. Si bien esto implica un evidente fortalecimiento de la figura del Primer Ministro en el ámbito de un régimen que sigue siendo presidencial como el nuestro, el mismo ocurre en un ámbito más bien administrativo que político, puesto que dicho funcionario tiene la misma importancia relativa frente al Presidente de la República que en constituciones anteriores. En suma, el Poder Ejecutivo peruano sigue siendo monista, vale decir, el Presidente es Jefe de Estado y Jefe de Gobierno a la vez, rasgo indiscutible del régimen presidencial o presidencialista[372].

371 RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, *Derecho administrativo*, cit., p. 70.

372 Ver sobre el particular: SARTORI, Giovanni, *Ingeniería constitucional comparada*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1996, pp. 98-99; FERRANDO BADÍA, Juan, *Regímenes políticos actuales*, Tecnos, Madrid, 2001, pp. 549 y ss.

En segundo lugar, este fortalecimiento administrativo se evidencia en un hecho al cual no se le había otorgado suficiente importancia inicialmente. Ello es que el Presidente del Consejo de Ministros pueda carecer de cartera. De hecho, ninguno de los presidentes del Consejo de Ministros del gobierno de Alberto Fujimori carecía de cartera. Es decir, desempeñaban el cargo y a su vez otro ministerio más. Si bien podíamos considerar que esto consistía en un mecanismo para que el Primer Ministro no ejerciera ninguna sombra a un gobierno autoritario como el de Fujimori; dicha situación se mantuvo en el llamado Gobierno de Transición cuando más bien lo razonable en términos de gestión pública es emplear la facultad que la Constitución le otorgaba al Gobierno. De hecho, ello ha sido empleado por los sucesivos gobiernos, en los cuales el Presidente del Consejo de Ministros ha asumido únicamente dicha cartera.

La razón que se encuentra detrás de esta decisión, y que la Presidencia del Consejo de Ministros por si misma ya constituye un sector[373]. En primer lugar, porque se encarga precisamente de la coordinación de las funciones del resto de ministros, lo cual es evidentemente una labor aparte. Pero a ello hay que agregar un conjunto de atribuciones administrativas del Poder Ejecutivo que son intersectoriales, vale decir, que involucran a varios o a todos los demás sectores, como son las funciones que ejercen la Secretaría de Gestión Pública o la de Descentralización. Finalmente, existen múltiples organismos públicos que por distintas razones no pueden ser adscritos a un sector determinado distinto a la Presidencia del Consejo de Ministros, situación en la cual esta última asume la responsabilidad política y administrativa sobre los mismos.

En este orden de ideas, la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo preceptúa que la presidencia del Consejo de ministros es el Ministerio responsable de la coordinación de las políticas nacionales y sectoriales del Poder Ejecutivo. La norma señala que la PCM coordina las relaciones con los demás poderes del Estado, los organismos constitucionales, gobiernos regionales, gobiernos locales y la sociedad civil. Ello convierte al Presidente del Consejo de Ministros no solo en el coordinador de la Administración Pública que funciona al interior del Poder Ejecutivo; sino además quien dirige las relaciones con el resto de la Administración Pública.

Ahora bien, conforme lo dispuesto por el artículo 19º de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo corresponde a la Presidencia del Consejo de Ministros formular, aprobar y ejecutar las políticas nacionales de modernización de la Administración Pública y las relacionadas con la estructura y organización del Estado, así como coordinar y dirigir la modernización del Estado. Ello significa que las políticas sectoriales en materia de la organización de la totalidad de la Administración Pública, como no puede ser de otra manera, provienen de

373 Sobre el particular: SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge, "Atribuciones del presidente del Consejo de Ministros", en AA.VV., *La Constitución comentada*, Gaceta Jurídica, Lima, 2005, T. II, pp. 340-341.

la Presidencia del Consejo de Ministros. Ello sin perjuicio de la existencia de atribuciones autónomas al interior de los organismos constitucionales o los gobiernos regionales y locales, atribuciones que sin embargo deben ejercerse de manera coordinada.

1.2.3. Estructura general de los ministerios

Todo ministerio posee un órgano denominado Alta Dirección, en cuya cabeza se encuentra el ministro. Asimismo, existen uno o más viceministros, dependiendo de la existencia de varios subsectores al interior de un mismo sector de la Administración. El viceministro es entonces la más alta autoridad ejecutiva de un ministerio, se encuentra encargado de las labores operativas del mismo y en mérito de ello expide resoluciones viceministeriales en materias de su competencia.

En algunos países el término que se usa es el de subsecretario[374], debido a la antigua denominación de secretario para definir al ministro[375], e incluso la de secretarios de Estado en algunos casos. En los países latinoamericanos se ha hecho común el uso en la llamada Alta Dirección del ministerio, del denominado Secretario General, funcionario que colabora con el ministro en labores de naturaleza operativa[376]. Finalmente, es de particular importancia el Gabinete de Asesores, al mando de un Jefe de Gabinete y que facilita la toma de decisiones por parte de la Alta Dirección.

Asimismo, en un ministerio existen órganos denominados direcciones generales, encargadas de las labores propias de la función del ministerio, configurándose como órganos de línea[377], dado que dirigen y gestionan servicios y resuelven sobre asuntos propios de la entidad[378]. Asimismo, existen diversas oficinas, las mismas que pueden constituir órganos de control u órganos de administración interna, de acuerdo con la clasificación que hemos realizado líneas arriba.

1.3. Los organismos públicos[379]

Los antes denominados organismos públicos descentralizados (OPD), son instituciones estatales, pertenecientes al Poder Ejecutivo, adscritas a un determinado sector de la Administración Pública y que se encargan de actividades —sean de ejecución o gestión— o servicios determinados que requieren de

374 MORELL OCAÑA, *Curso de derecho administrativo II*, cit., p. 373-374.
375 COSCULLUELA MONTANER, *Manual de derecho administrativo*, cit., p. 211.
376 RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, *Derecho administrativo*, cit., p. 12.
377 Artículo 24º de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.
378 Organización que no resulta ser invención nuestra, sino que se encuentra en la organización administrativa europea. Sobre el particular: COSCULLUELA MONTANER, *Manual de derecho administrativo*, cit., p. 212; MORELL OCAÑA, *Curso de derecho administrativo II*, cit., p. 372.
379 Artículo I, inciso 1 del Título Preliminar de la Ley.

un tratamiento especializado. De hecho, cada sector de la Administración Pública al interior del Poder Ejecutivo posee un conjunto de organismos públicos, encargados de determinadas actividades propias de aquel.

En consecuencia, la relación entre los ministerios y dichos organismos son relaciones de tutela, mas no de jerarquía, como veremos más adelante. El ministro es el titular del pliego, pero no establece controles directos sobre los organismos de su sector, sino tan solo mecanismos de supervisión, de tal manera que los procedimientos administrativos, en principio, se agotan al interior del organismo[380]. Sin embargo, el ministro es responsable del funcionamiento adecuado de dichos organismos, en tanto responsable político de su sector.

Asimismo, muchos organismos públicos funcionan con un esquema de organización que se asemeja cada vez más a la administración privada, en particular respecto a la contratación de personal —puesto que se aplican normas laborales provenientes del régimen de la actividad privada— y la organización administrativa interna, puesto que poseen gerencias e incluso directorios.

1.3.1. Organismos públicos ejecutores[381]

Una modalidad de estos organismos lo constituyen los llamados Organismos Públicos Ejecutores, los cuales ejercen funciones de ámbito nacional. La Ley Orgánica del Poder Ejecutivo establece que los mismos se crean cuando se requiera una entidad con administración propia, debido a que la magnitud de sus operaciones es significativa o cuando se requiera una entidad dedicada a la prestación de servicios específicos. Estas entidades constituyen gran parte de los organismos al interior del Poder Ejecutivo y poseen un menor grado de autonomía.

Están sujetos a los lineamientos técnicos del sector del que dependen; y la formulación de sus objetivos y estrategias es coordinada con estos. Asimismo, su política de gasto es aprobada por la entidad de la que dependen, en el marco de la política general de gobierno. No tienen funciones normativas —carecen de potestad reglamentaria—, salvo que estén previstas expresamente en su norma de creación, o le fueran delegadas expresamente por el ministerio del cual dependen.

Finalmente, estos organismos están dirigidos por un jefe, cuyo cargo es de confianza, por lo cual es removido libremente. La norma señala que, por excepción, los organismos públicos ejecutores podrán contar con un Consejo Directivo, cuando atiendan asuntos de carácter multisectorial. En estos casos,

380 Las únicas excepciones a esta afirmación se encuentran en el ámbito de los procedimientos tributarios, en los cuales la vía administrativa se agota en el Tribunal Fiscal; así como en los procedimientos de selección, en los cuales la vía administrativa se agota en el Tribunal de Contrataciones del Estado dependiendo de la cuantía, conforme el Decreto Legislativo N.º 1017.

381 Artículo 30º de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.

su Consejo Directivo estará integrado solo por los ministros o los representantes de los sectores correspondientes.

Sin embargo existen varios organismos públicos ejecutores que poseen un Consejo Directivo. Un ejemplo interesante es de la Agencia de Promoción de la Inversión Privada - Proinversion, cuyo consejo directivo es presidido por el Presidente del Consejo de Ministros y está conformado por los ministros de Economía y Finanzas, de Transportes y Comunicaciones, de Energía y Minas, de Vivienda, Construcción y Saneamiento y de Agricultura. Otro ejemplo es el de la Comisión Nacional para el Desarrollo y Vida sin Drogas - Devida, donde el consejo directivo está conformado por diversos representantes de ministerios, así como por el Presidente de Enaco S.A. o su representante y el representante de los presidentes regionales donde se ubican las zonas de influencia de la coca.

1.3.2. Los organismos técnicos especializados[382]

Se crean, por excepción, cuando existe la necesidad de planificar y supervisar, o ejecutar y controlar políticas de Estado de largo plazo, de carácter multisectorial o intergubernamental que requieren un alto grado de independencia funcional. Ejemplos de esto son la Autoridad Portuaria Nacional, adscrito al sector Transportes y Comunicaciones, de discutible existencia; así como el Instituto del Mar del Perú (Imarpe), adscrito al sector producción.

Un ejemplo interesante es el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE, que constituye un organismo técnico especializado[383], mientras que su antecesor inmediato, Consucode, constituía un organismo ejecutor[384]. En este caso es evidente que nos encontramos ante una política de estado que debe controlarse y ejecutarse, que es la realización eficiente de la contratación administrativa.

Asimismo, se crea un organismo técnico especializado cuando se requiere establecer instancias funcionalmente independientes que otorgan o reconocen derechos de los particulares, para el ingreso a mercados o el desarrollo de actividades económicas; que resulten oponibles a otros sujetos de los sectores público o privado. El ejemplo más evidente de esto es el Indecopi —que constituye nuestra agencia de competencia— o la Oficina de Normalización Previsional - ONP.

Estos organismos, que gozan de independencia para ejercer sus funciones, están dirigidos por un Consejo Directivo. Asimismo, se sujetan a los lineamien-

382 Artículo 33º de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.

383 ROF del OSCE (R.M. N.º 789-2011-EF/10):
"Artículo 4º.- ***Del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE***
El OSCE es un organismo técnico especializado adscrito al Ministerio de Economía y Finanzas, con personería jurídica de derecho público y constituye un pliego presupuestal".

384 Decreto Supremo N.º 034-2008-PCM, el mismo que califica los organismos públicos.

tos técnicos del sector correspondiente con quien coordinan sus objetivos y estrategias. Finalmente, su política de gasto es aprobada por el sector al que están adscritos, en el marco de la política general de gobierno.

1.3.3. Los organismos reguladores

Los entes reguladores son propiamente organismos públicos, que gozan de personería de derecho público interno y con amplia autonomía para la realización de sus fines. Es un organismo o varios organismos, creados para el marco regulatorio y por lo tanto deberán regular y/o controlar aspectos jurídicos y técnicos, y atender las relaciones entre los usuarios-consumidores y las empresas privadas prestadoras.

Según la Ley Marco de Organismos Reguladores, los entes reguladores gozan de autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera, que se muestra relativamente más amplia que la del común de los organismos públicos descentralizados. Esta autonomía tiene por finalidad asegurar que los citados entes no sean afectados por las empresas reguladas, el poder político o los grupos de interés. Ello implica que no exista vinculación alguna o interés alguno del ente regulador o sus miembros en la actividad regulada[385].

Los organismos reguladores surgen de la necesidad de descentralizar las funciones fiscalizadoras que realiza el Estado respecto a determinadas actividades. Asimismo, surgen para supervisar la prestación de servicios públicos por parte de la actividad privada, una vez que su prestación ha sido autorizada, lo cual incluye la fiscalización de la ejecución de los contratos de concesión. Los organismos reguladores funcionan ahí donde la solución del mercado no es posible. En esta medida reemplazan al mercado y simulan la solución que el mismo daría de aplicarse en caso los mecanismos de mercado no fuesen suficientes para asegurar la idoneidad del servicio.

1.4. Programas y proyectos

Conforme a la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, los programas son estructuras funcionales creadas para atender un problema o situación crítica, o implementar una política pública específica, en el ámbito de competencia de la entidad a la que pertenecen. Solo por excepción, la creación de un programa conlleva a la formación de un órgano o unidad orgánica en una entidad. Esta definición es idéntica a la contenida en el Decreto Supremo Nº 043-2004-PCM, que como lo hemos señalado es la norma que regula la elaboración del Reglamento de Organización y Funciones de las entidades del Estado.

Asimismo, los proyectos especiales son un conjunto articulado y coherente de actividades orientadas a alcanzar uno o varios objetivos en un periodo

385 PÉREZ HUALDE, Alejandro, “Constitución Nacional y control de los servicios públicos”, en *Revista Jurídica del Perú*, N.º 32, Trujillo, 2002, p. 71.

limitado de tiempo, siguiendo una metodología definida. Solo se crean para atender actividades de carácter temporal. Una vez cumplidos los objetivos, sus actividades, en caso de ser necesario, se integran en órganos de línea de una entidad nacional o, por transferencia, a una entidad regional o local, según corresponda. En este caso también nos encontramos ante una regulación similar a la contenida en el decreto supremo señalado en el párrafo precedente.

2. EL PODER LEGISLATIVO O PARLAMENTO

Tradicionalmente, se define como Poder Legislativo al órgano colegiado encargado fundamentalmente de la emisión de las leyes, que son normas jurídicas de alcance general, de cumplimiento obligatorio y que se encuentran dirigidas a un número indeterminado o indeterminable de personas. El Parlamento, que es el término que resulta más acorde para identificar dicho organismo, surge como resultado de la necesidad de representar a las fuerzas políticas y sociales existentes en la población; adquiriendo una importancia inusitada en Europa como resultado del paulatino traslado de las facultades del monarca hacia el Gabinete Ministerial y de este al Parlamento así como la victoria de este último en la pugna por el poder político[386].

2.1. Funciones del Parlamento

El término empleado originalmente para definir a dicho organismo se encuentra actualmente en revisión, puesto que el Poder Legislativo no es el único ente que emite normas con rango de Ley, pudiendo hacerlo también el Gobierno, en supuesto determinados, como por ejemplo a través de decretos legislativos —previa autorización del Congreso— o mediante los denominados decretos de urgencia.

Además, las funciones de un Parlamento moderno no se agotan en la función legislativa, sino que incluyen funciones tan importantes como las de control y fiscalización del Gobierno, a través de mecanismos de control directo, como las interpelaciones, el rechazo de la cuestión de confianza o la censura ministerial. Por otro lado, el Congreso emplea mecanismos de control indirecto, como la estación de preguntas, el pedido de información, las invitaciones para informar y las comisiones investigadoras[387].

Asimismo, el Parlamento posee funciones presupuestarias, por las cuales aprueba el presupuesto del Estado; se encarga del nombramiento o la ratificación de ciertos altos funcionarios públicos; así como posee funciones cuasijurisdiccionales, que implican la conducción de los llamados juicios políticos. De hecho, es más propio el empleo de términos como Parlamento o Congreso

386 PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, "Reflexiones sobre el Parlamento", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, 1986, pp. 210-211.

387 DUVERGER, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, cit., pp. 185 y ss.

—este último término, usado sobretodo en el caso particular de los países latinoamericanos— para referirse a este organismo.

2.2. La función administrativa en el Parlamento

Es necesario señalar entonces que el Congreso, además de emitir leyes, emite ciertos actos administrativos, en general respecto a sus relaciones con los particulares. En ese sentido se pronuncia la Ley Nº 27444, al establecer que la misma se aplica también al Poder Legislativo[388]. Ello ocurre por ejemplo en el ámbito de la contratación administrativa, puesto que el Congreso requiere también contratar bienes y servicios.

Sin embargo, la Ley de Procedimiento Administrativo General no puede ser aplicable a los procedimientos legislativos ni a los procedimientos típicamente parlamentarios o de control, los cuales se sujetan a sus propias normas, establecidas en la Constitución y el Reglamento del Congreso, sino a los procedimientos en los cuales el Congreso o sus servidores se relacionan con los particulares[389].

3. EL PODER JUDICIAL

Es el ente encargado de impartir justicia, resolviendo controversias y/o definiendo situaciones jurídicas inciertas. El Poder Judicial es el organismo en el cual se tramitan los procesos judiciales, los mismos que se caracterizan por resolver los conflictos y situaciones de manera definitiva, es decir, con autoridad de cosa juzgada. La garantía de la cosa juzgada es inmutable, salvo contadas excepciones y la posibilidad de impugnación a través el empleo de la jurisdicción internacional.

El Poder Judicial tiene una organización que no prescinde de la existencia de órganos administrativos, encargados de la administración de bienes y servicios al interior del mismo. De hecho, existen órganos jurisdiccionales que a la vez ejercen funciones administrativas y órganos de apoyo, que ejercen funciones meramente administrativas, como las gerencias o las secretarías.

De manera similar a lo señalado en el acápite precedente, debemos señalar que, no obstante que la Ley de Procedimiento Administrativo General establece que la misma se le aplica al Poder Judicial[390], las leyes administrativas no pueden aplicarse a procedimientos jurisdiccionales, sino a las relaciones entre dicho organismo y los particulares, en tanto administrados. De hecho, existe un cúmulo de procedimientos administrativos que se tramitan ante el Poder

388 Artículo I, inciso 2 del Título Preliminar de la Ley N.º 27444.

389 MORÓN URBINA, Juan Carlos, *Comentarios a la nueva Ley del Procedimiento Administrativo General*, Gaceta Jurídica, Lima, 2001, p. 18.

390 Artículo I, inciso 3 del Título Preliminar de la Ley N.º 27444.

Judicial, los mismos que se encuentran debidamente determinados en su texto único de procedimientos administrativos.

3.1. El rol de control del Poder Judicial

Como veremos más adelante, el Poder Judicial desempeña un rol de particular importancia en el funcionamiento de la Administración Pública, puesto que permite un control muy diverso sobre las actuaciones de la misma, a través del empleo del proceso contencioso administrativo, así como sobre su producción normativa, a través de la acción popular. El citado control, hoy en día, se ha convertido en una institución fundamental del Estado de derecho, sin la cual no sería posible asegurar un comportamiento adecuado de la Administración[391]. Es necesario resaltar, en este orden de ideas, que el actual proceso contencioso administrativo, a diferencia de la regulación precedente, hace posible impugnar incluso actuaciones materiales de la Administración Pública, las mismas que difícilmente podían ser discutidas con la normatividad derogada por la ley vigente.

Asimismo, los procesos constitucionales de tutela de derechos fundamentales —hábeas corpus, hábeas data, acción de cumplimiento— generan control de la actuación administrativa si es que es el Estado el que ha vulnerado o amenazado dichos derechos. Los procesos constitucionales tendrán por finalidad corregir dicha amenaza o vulneración, generando que la situación jurídica retorne a la situación anterior a la de los hechos en cuestión. Es necesario recordar que en dichas instancias es posible controlar incluso la producción normativa, a través del empleo por parte del juez del control difuso consagrado por la norma constitucional.

4. LOS ORGANISMOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS

La Constitución otorga amplia autonomía a ciertos entes, a fin de garantizar su adecuado funcionamiento. La razón de ser de los entes constitucionales autónomos estriba en la dificultad de que los organismos tradicionales del Estado —Poder Judicial, Gobierno, Parlamento— realicen ciertas funciones estatales de manera independiente y eficiente. Ahora bien, dichos entes se encuentran sometidos a regulación por parte de la norma de procedimiento administrativo en tanto efectúen función administrativa[392].

El primero de dichos organismos constitucionales autónomos que aparece en el constitucionalismo moderno fue el Tribunal Constitucional, ente encargado de controlar la constitucionalidad de las normas legales. La aparición de dicho organismo permite establecer una más amplia definición de los principios del Estado de derecho, puesto que al sometimiento del Estado a la Ley —en par-

391 LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, cit., pp. 305 y ss.
392 Artículo I, inciso 6 del Título Preliminar de la Ley N.º 27444.

ticular del Poder Ejecutivo—, hay que agregar el sometimiento del legislador a la Constitución[393].

La aparición del Tribunal Constitucional fue una de las primeras muestras de la desconfianza del propio ordenamiento jurídico ante el axioma del interés general, puesto que se verificaba la posibilidad de que el Estado, supuesto guardián de la validez de las normas, emitiera normas inconstitucionales, en especial, el Parlamento[394]. Por otro lado, y dada la existencia de un principio democrático en tanto la emisión de las leyes, principio que hemos referido líneas arriba, fue necesario que dicho organismo estuviese separado de la organización propia del Poder Judicial y actuase siempre a pedido de parte[395]. Como resultado, el Tribunal Constitucional fue dotado de la facultad de declarar la inconstitucionalidad de normas de rango de ley y eliminarlas del ordenamiento jurídico.

Posteriormente surgieron organismos autónomos de especial importancia. Uno de los más importantes, en gran parte del planeta, es el organismo encargado de participar en el nombramiento de jueces y fiscales, denominado muchas veces Consejo de la Magistratura o Consejo Judicial. Ello tiene especial importancia considerando que no resulta eficiente asignar este rol al Parlamento —ente eminentemente político— ni al Gobierno, muchas veces interesados en controlar a los órganos jurisdiccionales.

Relacionado también con las tareas judiciales encontramos también al ministerio fiscal o ministerio público, encargado de representar a la sociedad en juicio. El ministerio público se convierte, entonces, en un defensor de la legalidad y de los "intereses públicos" protegidos por el derecho, a partir de la promoción de la acción de la Justicia[396]. Sobre la base de la importancia de dicha misión, era necesario separar a los fiscales de la organización del propio Poder Judicial, para asegurar la imparcialidad de quienes participan en los procesos judiciales actuando como mandatarios del denominado interés general.

Para efectos administrativos, un organismo de particular importancia es la Contraloría General de la República, ente encargado del control administrativo externo de la actividad administrativa. La Contraloría, a través de su acción directa, a través de los llamados órganos de control interno o a través de las sociedades de auditoría —que conforman el Sistema Nacional de Control— supervisa la legalidad de la ejecución del presupuesto, las operaciones de la deuda pública de los actos de las entidades sujetas a dicho control.

393 RAINER, Arnold, "El derecho constitucional europeo a fines del siglo XX", en PALOMINO MANCHEGO, José F. (comp.), *Derechos humanos y Constitución en Iberoamérica. Libro homenaje a Germán J. Bidart Campos*, Grijley, Lima, 2002, p. 30.

394 LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, cit., pp. 317 y ss.

395 LIJPHART, Arend, *Modelos de democracia*, Ariel, Barcelona, 2000, p. 210.

396 Sobre el particular: SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho procesal penal*, Grijley, Lima, 1999, vol. I, pp. 163 y ss.

Por otro lado, no debe perderse de vista el rol de ciertos organismos constitucionales autónomos encargados de mecanismos de regulación económica. Nos referimos concretamente a la Superintendencia de Banca y Seguros, encargada de la supervisión de las empresas bancarias, financieras y de seguros; así como el Banco Central de Reserva, ente encargado de la emisión monetaria y de mantener en su nivel debido la cantidad de dinero que circula en la economía, y a través de ello, verificar el orden en las tasas de interés.

Finalmente, en muchos países del mundo existe el denominado *Ombusdman* o Defensor del Pueblo, encargado de proteger los intereses de los particulares frente a la Administración Pública y de labor muy destacada en los últimos años en el país. De hecho, el papel del Defensor del Pueblo es de particular importancia en democracias en transición[397], y su rol es de especial aplicación en el control de la Administración Pública y respecto de los mecanismos de acceso a la justicia por parte de los particulares[398].

Por otro lado, y como ya lo hemos anotado líneas arriba, la aparición de esta entidad es una prueba adicional del fenecimiento del dogma del interés general, pues se pretende proteger al administrado de quien debería ser el primer ente encargado de hacer efectivos sus derechos, en este caso, el Estado en general y la Administración Pública en particular. A esta continua pugna entre el denominado interés general y el interés particular de los administrados nos vamos a referir reiteradamente en el presente trabajo.

4.1. El caso del sistema electoral

El denominado sistema electoral requiere también organismos autónomos. Resulta indispensable establecer organismos y mecanismos adecuados a fin de asegurar imparcialidad en la determinación de quienes deben dirigir los destinos de la Nación. En tal sentido, el sistema electoral requiere autonomía funcional e independencia orgánica[399]. Asignar la tarea de dirigir los procesos electorales, así como la de resolver las controversias que se susciten, a entes políticos no otorga ninguna garantía de que los mismos se llevan de manera adecuada. Si consideramos que el político pretende maximizar la cuota de poder de la que goza, es evidente que podrá verse forzado a intervenir en la determinación de los resultados electorales[400].

397 Sobre el particular: BIZJAK, Iván, "Características especiales del papel del Defensor del Pueblo en países en transición", en *Debate Defensorial*, Nº 3, Defensoría del Pueblo, Lima, 2001, pp. 31 y ss.

398 ALBÁN PERALTA, Walter, "El *Ombudsman* como canal de acceso a la justicia", en *Debate Defensorial*, N.º 3, Defensoría del Pueblo, Lima, 2001, pp. 47 y ss.

399 Sobre el particular: PANIAGUA CORAZAO, Valentín, "Sistema electoral", en *La Constitución de 1993: análisis y comentarios*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1995, p. 231.

400 Esquemas de control del poder político sobre los procesos electorales son corrientes en los regímenes autocráticos y autoritarios, pero no son raros en las democracias. Sobre el particular: LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, cit., pp. 335-337.

Sin embargo, el diseño de organismos electorales que posee el Perú no es la regla general en el mundo. Lo más adecuado, y también lo más común en el derecho comparado es que la función jurisdiccional y la función administrativa en materia electoral se encuentren asignadas a organismos distintos, por evidente aplicación del principio de separación de poderes al cual hemos aludido de manera reiterada. Pero no existe uniformidad en el derecho comparado respecto a cuál es el organismo al cual se le asignan cada una de dichas funciones.

En algunos casos la función administrativa es asignada a organismos autónomos (como es el caso de la Oficina Nacional de Procesos Electorales), pero en muchos casos dicha función es atribuida a algunos de los poderes del Estado, en general a algún organismo del Poder Ejecutivo. Asimismo, en general no existe un organismo autónomo encargado de resolver las controversias en materia electoral, sino que dicha función es asignada al Poder Judicial como ocurre con gran parte de las demás controversias jurídicas[401]. Aun es controvertido si es que resulta más conveniente que dicha función corresponda a un ente autónomo (el Jurado Nacional de Elecciones) o más bien debería asignársele a una sala de la Corte Suprema.

5. LAS DEMÁS ENTIDADES Y ORGANISMOS DEL ESTADO

Esta precisión de la Ley N.º 27444 es en realidad una cláusula abierta, puesto que hace referencia a aquellas instituciones que, sin ser parte de los organismos señalados en los acápites precedentes, se consideran como parte del Estado[402]. De hecho, existe un conjunto de organismos estatales que no constituyen organismos públicos descentralizados u organismos constitucionales autónomos. Ejemplo de ello lo encontramos en las llamadas personas jurídicas estatales de derecho público interno —como las Universidades Públicas—, o en las denominadas empresas del Estado, las mismas que en general configuran personas jurídicas estatales regidas por el derecho privado.

Estas instituciones estarían sujetas a la Ley de Procedimiento Administrativo General cuando sus actividades se realizan en virtud de potestades administrativas y, por tanto se consideran sujetas a las normas comunes de derecho público. Ello, salvo mandato expreso de ley que las refiera a otro régimen. Como lo hemos señalado, un ejemplo interesante de lo antes indicado se encuentra en las empresas públicas, que si bien es cierto en algunos aspectos están sujetas al derecho privado (como en cuanto a su organización interna y su régimen laboral), en otros aspectos están sujetas al derecho administrativo, como en su régimen de contratación de bienes y servicios —contratación

401 SALCEDO CUADROS, Carlo Magno, "El modelo de administración electoral según la Constitución de 1993: la reforma deformada", en *La Administración Electoral en el Perú. Funciones, competencias y organismos electorales*, ONPE, Lima, 2004, pp. 43 y ss.

402 Artículo I, inciso 7 del Título Preliminar de la Ley N.º 27444.

administrativa— en su régimen de prestación de servicios o en el régimen de control administrativo aplicable a las mismas.

6. LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO

A fin de desarrollar determinadas actividades económicas, el Estado consideró por conveniente crear determinadas entidades que hicieran posible ello y que no mantuvieran la rígida organización tradicional de la Administración Pública. Fue de esta manera que surgen las llamadas empresas del Estado, y en general, la denominada actividad empresarial del Estado. Dentro de dicha actividad del Estado existen diversos tipos de empresas:

- **Empresa estatal de derecho público:** Nace por ley y tiene atributos propios de la administración, conformando remanentes de las que existían antiguamente, siendo actualmente la excepción; gozando de potestades administrativas. Ejemplos de estas empresas son Fonafe, el Banco de la Nación o las empresas municipales de servicios.
- **Empresa estatal de derecho privado:** Que son las más comunes, son aquellas que se constituyen como sociedades según la Ley General de Sociedades, constituidas por Decreto Supremo en Sociedades Anónimas. El Estado es accionista del 100%, no requiere del mínimo de dos accionistas y no goza de atribuciones públicas. Si bien es cierto se rigen mayormente por el derecho privado, existen ciertas áreas que continúan siendo regidas por el derecho administrativo, como pueden ser los mecanismos de contratación o el control administrativo[403]. Ejemplos de estas empresas son la gran mayoría de empresas públicas privatizadas y las que actualmente subsisten.
- **Empresa mixta o de economía mixta:** Son empresas que se rigen por el derecho privado, los accionistas son dos o más. El Estado maneja la empresa con más del 50% de las acciones o menos pero manteniendo el control de la misma a través de un "pacto de control", que no debe confundirse con las denominadas acciones doradas. Un ejemplo de estas empresas es Popular y Porvenir o, en su momento, el Banco Continental.

Finalmente, y a diferencia de lo que ocurría con la norma previa, el Decreto Legislativo N.º 1031 dispone que el accionariado estatal minoritario en empresas privadas no constituye actividad empresarial del Estado, y se sujeta a las disposiciones de la Ley General de Sociedades y demás normas aplicables a tales empresas. Esto es por completo razonable, puesto que no existe razón alguna para tratar al Estado que es accionista minoritario de una empresa privada de manera distinta al tratamiento de cualquier otro accionista.

403 RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, *Derecho administrativo*, cit., p. 98.

6.1. Las limitaciones a la actividad empresarial del Estado. El principio de subsidiaridad

La actividad empresarial del Estado se encuentra fuertemente limitada por el denominado principio de subsidiaridad. De acuerdo con la doctrina, se entiende por principio de subsidiaridad la obligación que posee el Estado de realizar actividad empresarial únicamente ante la ausencia de inversión privada en el rubro respectivo[404]. A fin de hacer efectivo dicho principio se debe cumplir con tres requisitos:

a. Autorización por ley expresa, es decir, emitida por el Congreso. Ello implica, en primer lugar, que la autorización para desempeñar actividad empresarial debe estar ligada de manera directa a la necesaria discusión entre las diversas fuerzas políticas representadas en el Parlamento. En segundo lugar, no cabe autorización alguna a través de decretos legislativos, decretos de urgencia, u ordenanzas. En tercer lugar debe entenderse que estamos hablando de una ley cuya aprobación sigue el trámite normal, a diferencia del caso chileno, en el cual se requiere quórum calificado[405].

b. Por razón de alto interés público —como señala la Constitución— o de manifiesta conveniencia nacional, es decir, cuando no exista ningún mecanismo alternativo que pueda corregir la situación que genera la necesidad de desempeñar actividad empresarial por parte del Estado, como el empleo de las agencias de competencia o los mecanismos de regulación. El empleo de la actividad empresarial del Estado, en tanto constituye intervención directa en la economía, debe ser *última ratio*.

c. Ante la ausencia de actividad privada en el sector del cual se trata. El Estado interviene desempeñando actividad empresarial si es que los particulares no pueden hacerlo, puesto que si existe actividad privada la actividad estatal deviene e innecesaria[406]. A su vez, cuando no es posible que la actividad privada cubra la deficiencia en la inversión, es necesario que se establezcan mecanismos que cubran la misma.

---

404 Constitución de 1993:
Artículo 60º.- El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa.
Solo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.
La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal.

405 OCHOA CARDICH, César, "Bases fundamentales de la Constitución económica de 1993", en *La Constitución de 1993, análisis y comentarios*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1995, pp. 88-89.

406 KRESALJA R., Baldo, "El rol del Estado y la gestión de los servicios públicos", en *Thémis*, N.º 39, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999, p. 60.

> Sin embargo, incluso en estos supuestos existen mecanismos que permiten cubrir deficiencias y que no implican la creación o empleo de empresas públicas, como por ejemplo la asignación de cuotas de inversión a las empresas privadas que prestan servicios públicos.

El principio de subsidiaridad tiene sentido en el hecho de que la actividad empresarial del Estado debe encontrarse fuertemente limitada. No solo por el hecho de que el Estado es un empresario ineficiente, sino además porque la existencia de empresas públicas es *per se* indebida desde el punto de vista económico. Las empresas públicas no solo generan competencia desleal respecto a las empresas privadas que concurren en el mercado, sino que además favorecen la corrupción y desincentivan la inversión en el mercado de servicios públicos y en la economía en general. Como resultado, la economía de un país debe propender a la privatización de las empresas públicas y a la sustitución del régimen de control estatal a un esquema de competencia[407].

6.2. Regulación actual de la actividad empresarial del Estado

Como ya lo hemos adelantado, la regulación actual de la actividad empresarial del Estado se encuentra contenida en el Decreto Legislativo N.º 1031, Decreto Legislativo que promueve la eficiencia de la actividad empresarial del Estado, emitido en aplicación de la Ley N.º 29157, la misma que delega en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar sobre diversas materias relacionadas con la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos de América.

Curiosamente, la referida norma ha sido objeto de críticas por parte de sectores diversos, sea porque se ha considerado que no se encuentra en consonancia con el principio de subsidiaridad, sea porque se ha considerado que debilita la actividad empresarial del Estado y abre las puertas a la privatización de empresas públicas. En el primer caso, se señala que se ha desperdiciado la oportunidad de establecer mecanismos para que las empresas del Estado sean realmente subsidiarias, definiendo debidamente cuando nos encontramos ante dicha situación y los mecanismos a emplear cuando ello no ocurra. Asimismo se discute mucho el mecanismo de designación de los directores de las empresas, no debiendo el mismo ser efectuado por el Poder Ejecutivo, sino más bien a través de un proceso de selección. Esperemos que dicha situación se aclare a través del respectivo reglamento.

A su vez, en el segundo caso, se argumenta que la norma permite privatizar las empresas públicas a través de participaciones de las mismas a la actividad privada, pudiendo incluso cotizar en la bolsa de valores. Diversos sindicatos, por ejemplo, acusaron en su momento al Gobierno de pretender facilitar los

407 Para un análisis de las ventajas de la privatización a partir de las deficiencias de las empresas públicas véase: VICKERS, John y YARROW, George, *Un análisis económico de la privatización*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1991, pp. 44 y ss.

mecanismos de transferencia al sector privado del control de las empresas estatales[408], en especial si las mismas son estratégicas; concepto por completo discutible, en especial si consideramos que los diversos autores no tienen claro que debe entenderse por dicho término.

6.2.1. Ámbito

La norma establece que la Actividad Empresarial del Estado se desarrolla en forma subsidiaria, autorizada por Ley del Congreso de la República y sustentada en razón del alto interés público o manifiesta conveniencia nacional, en cualquier sector económico, sin que ello implique una reserva exclusiva a favor del Estado o se impida el acceso de la inversión privada. Esto define legalmente el principio de subsidiaridad establecida en la Ley, sin establecer debidamente cuando nos encontramos ante la violación de dicho principio y el mecanismo que habría de emplear para revertirlo. Es preciso tener en cuenta que este decreto legislativo es anterior a la Ley de Represión de la Competencia Desleal, que sí establece el mecanismo de control respectivo.

Asimismo, se señala que las Empresas del Estado se rigen por las normas de la Actividad Empresarial del Estado y de los Sistemas Administrativos del Estado, en cuanto sean aplicables, y supletoriamente por las normas que rigen la actividad empresarial privada, principalmente por la Ley General de Sociedades y el Código Civil. Ello implica que el régimen de dichos entes es mixto, a mitad de camino entre la regulación proveniente del derecho administrativo y la que corresponde al derecho privado.

6.2.2. Estados financieros

La norma prescribe que el Fonafe está facultado a suscribir con las empresas bajo su ámbito acuerdos o convenios que establezcan metas empresariales, a través de ratios de gestión y otras herramientas que se desarrollarán en el Reglamento. Estos acuerdos o convenios requieren ser aprobados por acuerdo de Directorio de Fonafe. Este precepto tiende evidentemente a generar eficiencia en la gestión de las empresas.

Por otro lado, la designación de los Jefes de los Órganos de Control Institucional encargados del control de la gestión administrativa, económica y financiera de los recursos y bienes de las empresas del Estado, se efectúa de conformidad con las normas del Sistema Nacional de Control. Es obvio que dichos jefes realizan sus funciones conforme lo señalado por las normas pertinentes, sin que exista razón alguna para una regulación distinta.

Los estados financieros de las empresas del Estado son auditados anualmente por auditores externos independientes designados por la Junta General de Accionistas, conforme lo dispone la Ley General de Sociedades, en base de

408 *La República*, ediciones de 10 de julio y 17 de agosto de 2008.

concurso. Dado lo señalado en el párrafo anterior, esto no obsta para la realización de las auditorias que correspondan por parte del Sistema Nacional de Control, a despecho de lo señalado por la Contraloría General de la República sobre el particular[409].

6.2.3. ¿Se abre las puertas a la privatización de empresas públicas?

El artículo 12º de la norma materia de comentario establece que, por acuerdo del Directorio de Fonafe, se determinará las empresas del Estado que deben inscribir un mínimo de 20% de su capital social en el Registro Público del Mercado de Valores, sujetándose a las disposiciones emitidas por la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores - Conasev, hoy Superintendencia del Mercado de Valores. La finalidad de este precepto se dirige a otorgarle eficiencia a las empresas estatales, permitiendo que sea el mercado el que establezca los parámetros de aquella. Este mecanismo es más eficiente que el control administrativo sobre las empresas y permite además la participación de la actividad privada en las empresas estatales, dotándolas de capital fresco.

A su vez, la tercera disposición complementaria del decreto legislativo preceptúa que las empresas del Estado podrán recibir nuevos aportes de capital de inversionistas privados, los mismos que se sujetarán a las disposiciones y garantías de la Ley General de Sociedades y demás normas aplicables a las empresas privadas. La norma establece que es el reglamento el que establecerá las disposiciones que permitan fomentar la participación de capitales privados.

La norma establece a su vez que los recursos provenientes de dichos aumentos constituyen recursos propios de las empresas y serán destinados para el financiamiento de sus actividades. En el marco de los supuestos de esta disposición, las empresas del Estado quedan facultadas a constituir subsidiarias, previo acuerdo de su Junta General de Accionistas y acuerdo aprobatorio del Directorio de Fonafe.

El análisis de ambos preceptos nos llevaría a primera vista a contestar la pregunta que da inicio a este acápite de forma afirmativa. En primer lugar, ello no es algo indebido, desde el punto de vista jurídico y desde el punto de vista económico. Desde el punto de vista jurídico nada obsta para que el Estado pueda invertir conjuntamente con los particulares. La Norma Constitucional habilita la inversión conjunta del Estado y los particulares, en especial en el contexto de una economía social de mercado y de la aplicación constitucional del principio de subsidiaridad.

Pero además, desde el punto de vista económico, es un mecanismo eficiente. De hecho, permite que la empresa sea fiscalizada por el mercado y por los propios accionistas, a la vez que genera mayor eficiencia de las mismas y permite una paulatina administración de las mismas por particulares. Esto a su

409 *La República*, Lima, 9 de julio de 2008.

vez otorga transparencia a su manejo, e impide que las cifras sean corregidas por los directivos de las empresas públicas, situación que es muy común en las mismas[410].

Se ha utilizado para justificar esto el ejemplo de Petrobras, la empresa petrolera brasileña, que se ha adquirido una gran eficiencia y un valor de mercado muy alto desde que su manejo ha sido compartido por el Estado con la actividad privada. Sin embargo, si bien esto puede constituir un interesante ejemplo de lo que puede pasar cuando una empresa estatal se comparte con los particulares, la misma no deja de ser tal, con las distorsiones que hemos señalado líneas arriba. Es decir, si Petrobras obtiene los resultados antes señalados con la participación de la actividad privada, dicha situación se incrementaría sustancialmente si la empresa fuese dirigida por la actividad privada de manera integral o por lo menos mayoritaria; generando un obvio beneficio para el propio Estado en impuestos y regalías.

A eso debemos agregar el hecho de que una de las razones por las cuales el mercado no puede regular de manera adecuada el precio de los hidrocarburos en el ámbito mundial se enfoca en la existencia de carteles formados por empresas estatales. Si las empresas fuesen privadas, los precios se determinarían a través de la oferta y la demanda y no como resultado de intereses políticos.

6.4. ¿Existe algún mecanismo de control del principio de subsidiaridad?

La respuesta es afirmativa, desde la emisión del Decreto Legislativo N.º 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal, el mismo que define como acto de competencia desleal, en la modalidad de violación de normas, la actividad empresarial desarrollada por una entidad pública o empresa estatal con infracción al artículo 60º de la Constitución, el cual hemos descrito líneas arriba[411]. Esta es una novedad, puesto que la norma precedente no consignaba precepto alguno sobre el particular

Como resultado, este precepto permite al Indecopi o a Osiptel, en su caso, controlar la actividad empresarial del Estado, impidiendo que la misma vulnere la libre y leal competencia. En primer lugar, resultaba indispensable la existencia de un real mecanismo de control, más allá de los informes que dicha entidad emitía, que carecían de efecto jurídico real. En segundo lugar, dicho control no podría ser asignado al Fonafe —que sería juez y parte en este contexto— ni tampoco al sector al que pertenece la empresa estatal en cuestión.

Una cuestión a dilucidar se encuentra relacionada a la competencia de la autoridad administrativa respectiva para cuestionar la ley que faculta el ejercicio de la actividad empresarial. Es claro que no debiera existir impedimento para ello,

410 ARIÑO ORTIZ, *Principios de derecho público económico*, cit., p. 423.
411 Artículo 14º del Decreto Legislativo N.º 1044.

dadas las atribuciones otorgadas a favor de la Administración Pública por parte del Tribunal Constitucional para aplicar el control difuso de constitucionalidad de las leyes, que sin embargo es muy discutible. Se ha señalado además que la aplicación del principio de subsidiaridad debería ser progresivo[412], conforme lo dispuesto por la Décima Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución[413]. Ello sin embargo es discutible, puesto que en realidad la privatización de empresas públicas tiene por finalidad, entre otras consideraciones, generar competencia y reducir el gasto público

Finalmente, es evidente que en este caso no se requiere acreditar la adquisición de una ventaja significativa por quien desarrolla dicha actividad empresarial, requisito exigido para encontrarnos ante un acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, puesto que se asume que toda actividad empresarial del Estado que viole el principio de subsidiaridad genera por sí misma una ventaja indebida a favor de dicha empresa en el mercado.

6.5. El precedente del Tribunal de Indecopi

Finalmente, para comprender el principio de subsidiaridad es necesario analizar el precedente recaído en la Resolución N.º 3134-2010/SC1-INDECOPI, la misma que define como se interpreta lo dispuesto en el artículo 14º del Decreto Legislativo N.º 1044, en tanto control de la actividad empresarial del Estado; considerándola un caso de competencia desleal en tanto actos de violación de normas, situación en la cual evidentemente dichas empresas gozan de una ventaja indebida en el mercado, como ya lo hemos señalado.

De hecho, en el precedente que es materia de estudio, la Sala de Defensa de la Competencia señala que el principio de subsidiariedad estatal establece el grado de intervención del Estado en la vida económica del país, constituyendo un límite al campo de acción estatal respecto de la libertad de los ciudadanos para hacer empresa. Con ello, el precedente deja en claro que nos encontramos ante un mecanismo de intervención en la economía que debe estar sometido a evidentes parámetros a fin de que el mismo no perjudique al mercado.

Asimismo, el precedente establece que la limitación establecida en la Constitución se aplica a toda actuación estatal que consista en la producción, distribución, desarrollo o intercambio de productos o servicios de cualquier índole, con independencia de la existencia o no de ánimo lucrativo y de la forma jurídica que adopte el Estado para prestar el bien o servicio. Con lo cual, conforme

412 HUAPAYA NAVA, Mario y TERRAZOS POVES, Juana Rosa, "Principio de subsidiariedad: consideraciones respecto a la aplicación constitucional del numeral 14.3 del D. Leg. N.º 1044 en materia de actividad empresarial del Estado", en *Derecho & Sociedad*, N.º 31, D&S, Lima, 2008, pp. 281-282.

413 "**Undécima**.- ***Aplicación progresiva de Disposiciones de la Constitución***
Las disposiciones de la Constitución que exijan nuevos o mayores gastos públicos se aplican progresivamente".

al precedente, el principio de subsidiaridad no es aplicable únicamente a empresas estatales, como ha ocurrido en el caso que generó el precedente que estamos estudiando, en el cual quien vulnera el principio antes señalado es una universidad y no una empresa.

Además, el precedente establece que no constituye actividad empresarial y se excluye de la limitación constitucional el ejercicio de potestades de ius imperium y la prestación de servicios asistenciales. En el primer caso nos encontramos ante una relación propiamente de derecho público, que no es la naturaleza de la relación entre consumidor y proveedor. En el segundo caso, no es de aplicación el principio de subsidiaridad puesto que no existe competencia alguna con la actividad privada, puesto que constituyen actividades destinadas a corregir desigualdades.

En cuanto a los parámetros de la actividad empresarial del Estado, el precedente materia de análisis establece que, para ser lícita, la actividad empresarial estatal debe, en primer lugar, contar con una ley expresa aprobada por el Congreso de la República que autorice su desarrollo. Asimismo, señala el precedente, la ley debe establecer de manera clara y patente que la empresa o entidad estatal se encuentra habilitada para producir, distribuir, desarrollar o intercambiar bienes y servicios en determinada actividad, no admitiéndose autorizaciones tácitas ni interpretaciones analógicas o extensivas de la habilitación. Este criterio de la Sala es de particular importancia para determinar que efectivamente la universidad se encontraba violando el principio de subsidiaridad, como veremos más adelante.

El precedente señala, en efecto, que la actividad empresarial del Estado debe cumplir un objetivo de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. Sin embargo, establece que la autoridad de competencia no puede discutir si la actividad empresarial satisface un objetivo de tal naturaleza. En tal sentido, se limitará a comprobar que la ley que autoriza la actividad señala la razón de interés público o conveniencia nacional que sustentó su aprobación. Solo si la ley no precisa la justificación se incumplirá este requisito.

El precedente explica porque el Indecopi no se puede pronunciar respecto a este requisito, señalando que ello ocurre porque es el Congreso el que debe determinar si se verifica dicho parámetro, lo cual nos parece discutible. De hecho, la ausencia de este requisito implica una vulneración al principio que venimos analizando, razón suficiente para considerar que nos encontramos ante una empresa estatal que está generando competencia desleal. En consecuencia, este requisito debería ser analizado también por la Comisión, señalando que la empresa o entidad se encuentra violando el principio de subsidiaridad.

6.5.1. El precedente de la Sala en cuanto a la existencia de oferta privada suficiente

En primer lugar, debe tenerse encuentra el concepto de mercado relevante. Para ello, señala la resolución que debe recurrirse a lo dispuesto por el artículo

6º del Decreto Legislativo N.º 1034, el mismo que lo define como aquel compuesto a su vez por dos elementos. Primero, el mercado de producto relevante que es, por lo general, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Asimismo, el mercado geográfico relevante es el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante.

Ahora bien, señala el precedente que un primer supuesto es aquel en el cual concurren con la empresa o entidad estatal dos o más empresas privadas no vinculadas: En este escenario se presume que las condiciones de competencia son las adecuadas y la oferta privada es suficiente. Por ello, la entidad o empresa estatal denunciada tiene la carga de probar, de un lado, que los privados establecidos no pueden absorber la demanda que liberaría en caso se retire y, de otro lado, que existen altas barreras a la entrada que impiden el ingreso de nuevos proveedores con capacidad de satisfacer la demanda que se liberaría.

Debe entenderse que ambos requisitos son concurrentes, puesto que el hecho de que los proveedores existentes no puedan absorber la demanda se resolvería a través del ingreso de nuevos competidores una vez que la intervención en dicho mercado se hubiera reducido. Señala la resolución que el primero de dichos requisitos requiere un análisis que pasa por determinar la capacidad instalada de las empresas, lo cual no es fácil de verificar. Asimismo, el segundo implica un conjunto de supuestos, que incluyen evidentemente las barreras burocráticas a las que nos referiremos más adelante.

Si es que no se cumplen ambos requisitos es evidente que la entidad o empresa se encuentra violando el principio de subsidiaridad. En este caso, además, la resolución nos recuerda que este criterio se encuentra establecido legalmente en el Decreto Supremo N.º 034-2001-PCM, en particular en el artículo 3º del mismo, en el cual también se asigna la carga de la prueba, la misma que como se ha señalado corresponde a la entidad denunciada.

Segundo supuesto, que en el mercado relevante participen una empresa privada y una empresa estatal. En este escenario no opera la presunción de oferta privada suficiente, por lo que para concluir que la intervención estatal no es subsidiaria la autoridad – a partir de sus actuaciones de instrucción y las pruebas aportadas por el denunciante – deberá constatar o que la empresa privada cuenta con las condiciones para satisfacer la demanda que eventualmente se libere o que, en caso la oferta establecida no sea suficiente, no existen barreras que limiten la entrada de competidores potenciales

Porque, si dichas barreras no existen, siempre será posible que a ese mercado ingresen nuevos competidores, a fin de satisfacer la demanda liberada. Asimismo, es claro que la carga de la prueba en este caso corresponde a la autoridad, en aplicación del propio Decreto Legislativo N.º 1044, la cual se encontraría en mejor capacidad para probar. Los mecanismos para evaluar ello son equivalentes a los empleados en el supuesto anterior.

Tercer supuesto, que en dicho mercado solo participe la empresa o entidad estatal: Aquí no existe oferta privada, por lo que se evaluará la presencia de barreras a la entrada. Si no existen barreras, señala el precedente que lo más probable es que el sector privado no se encuentra interesado en incursionar en dicho mercado, concluyéndose –a diferencia de lo que ocurre en los dos primeros escenarios– que la empresa estatal cumple un rol subsidiario.

Continua la Sala señalando que, en caso se determine que existen barreras a la entrada significativas la participación también será subsidiaria, salvo que se defina que la presencia de la empresa o entidad estatal debe cesar al ser la barrera que desincentiva la entrada de los privados. Es preciso señalar que esto ocurre en muchos casos, puesto que la inversión privada se retrae cuando se encuentra al interior de un mercado muy regulado, como aquel en el cual participa una empresa estatal, la misma que posee mecanismos para disuadir la participación de los privados.

6.5.2. Barreras burocráticas

De una lectura superficial del precedente se podría llegar a la conclusión que la empresa estatal materia de análisis satisface el principio de subsidiaridad cuando existen barreras de entrada que impiden a la actividad privada satisfacer la demanda de los consumidores. Ello en realidad es cierto, pero solo a medias. De hecho, podría ocurrir que la responsabilidad de dichas barreras le corresponda al propio Estado, con lo cual nos encontramos ante una barrera burocrática. A este concepto nos vamos a referir con detalle más adelante en el presente tratado.

En este orden de ideas, el precedente materia de análisis señala entonces que, si al realizar el análisis de subsidiariedad se detecta que las barreras a la entrada se encuentran contenidas en instrumentos normativos que la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas se encuentra facultada a remover, la autoridad deberá remitir los actuados a la referida Comisión para que analice la pertinencia de iniciar un procedimiento de oficio por imposición de presuntas barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad.

Finalmente, señala el precedente, si la barrera que impide el acceso al mercado se encuentra contemplada en una disposición que la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas no se encuentra facultada a analizar, la función que debe asumir la autoridad consiste en ejercer la “abogacía de la competencia” o “promoción de la competencia”, que le permite emitir opinión, exhortar o recomendar a las autoridades legislativas, políticas o administrativas sobre la implementación de medidas que aseguren la leal competencia, conforme al artículo 25 literal g) del Decreto Legislativo N.º 1044.

6.5.3. El sentido de la resolución de la Sala

Es evidente que el Indecopi se ha pronunciado en el precedente que venimos señalando en aplicación de esta norma y de sus alcances. Básicamente,

el análisis de la Sala se ha centrado en definir si la universidad denunciada cumple con el requisito de autorización a través de ley expresa para efectos de la realización de la actividad empresarial, que se encuentra debidamente probada. En este sentido, es evidente que dicha actividad debe tener directa relación con los fines de la universidad, como lo es formar profesionalmente a los estudiantes, lo cual claramente no es el caso.

De hecho, la Sala ha señalado que la venta de pollos a la brasa realizada por "Pollería y Parrillería Universitaria" del CIS Frigorífico no se ajusta a la habilitación expresa contemplada en la Ley N.º 23733, ley universitaria, incumpliendo como resultado el requisito previsto en el artículo 60º de la Constitución, confirmando la resolución que declaraba fundada la denuncia contra la Universidad Nacional del Altiplano.

7. LAS ENTIDADES DE DERECHO PRIVADO QUE SE ENCUENTRAN SUJETAS AL DERECHO PÚBLICO

En primer lugar, cuando las mismas prestan servicios públicos, en especial a través de concesión o autorización del Estado[414]. En este caso, las entidades privadas se convierten en las gestoras directas del servicio, el mismo respecto del cual se entiende que el Estado mantiene la titularidad. Sin embargo, este último concepto se encuentra en revisión, dadas las concepciones modernas existentes respecto a la gestión de los servicios públicos. El sometimiento de las entidades que venimos reseñando al derecho público se hace patente a través de su relación con los usuarios y la aplicación del denominado procedimiento administrativo trilateral.

En segundo lugar, las entidades privadas se encuentran sujetas a la normativa de derecho público cuando ejercen función administrativa, a través de una delegación o autorización expresa realizada por la Administración. La delegación se da en el marco de la necesaria colaboración que debe haber entre los privados y el Estado. Ejemplos de lo antes precisado los podemos encontrar en los centros de conciliación o en las Cámaras de Comercio. Es necesario aclarar en este punto que los colegios profesionales son más bien personas jurídicas de derecho público, como lo hemos referido líneas arriba.

La autorización se da en tanto el ejercicio de actividades privadas cuyo objeto es el desempeño de una función pública o que llevan anexa el ejercicio de función administrativa[415]. Un ejemplo interesante de lo antes indicado son los notarios, en tanto depositarios de la fe pública. La autorización a favor de los mismos se obtiene a través de un concurso dirigido por el consejo del notariado, órgano dependiente del Sector Justicia.

414 Artículo I, inciso 8 del Título Preliminar de la Ley N.º 27444.
415 SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de derecho administrativo*, cit., p. 465.

7.1. Las denominadas personas jurídicas no estatales de derecho público interno

En el complejo ámbito administrativo peruano existe un conjunto de organismos que gozan de personalidad jurídica de derecho público, pero que no constituyen propiamente parte del Estado. Es decir, se encuentra sujetos a derecho público, ejercen función administrativa, pero no forman parte del Gobierno nacional. En cuanto constituyen organismos públicos, gozan de autonomía. Por otro lado, es obvio que no pueden considerarse entidades privadas, puesto que no se sujetan fundamentalmente al derecho privado.

Estas entidades son en general de naturaleza corporativa formadas por un conjunto de empresas o entidades que realizan una misma actividad, siendo la Ley —y en ocasiones, la Constitución— quien le otorga la personalidad jurídica de derecho público.

Un primer ejemplo interesante se encuentra constituido por los colegios profesionales, los mismos que agrupan a todos los profesionales que ejercen una misma profesión. Los colegios profesionales, por mandato constitucional, poseen personalidad pública[416]. En consecuencia, en su interior se ejerce función administrativa. Es necesario señalar que ello ha sido corroborado por el Tribunal Constitucional, el mismo que ha señalado que el mecanismo para impugnar decisiones de colegios profesionales es el proceso contencioso administrativo[417], siendo de aplicación supletoria a los procedimientos disciplinarios de dichas entidades, la Ley N.º 27444.

Otro ejemplo de importancia lo constituye la Asamblea Nacional de Rectores, la misma que como su nombre lo indica está conformada por los rectores de todas las universidades del país, sean públicas o privadas. La Asamblea Nacional de Rectores goza de ciertas competencias otorgadas por la ley universitaria y sus atribuciones incluyen el ejercicio de función administrativa.

416 Constitución de 1993:
"**Artículo 20º**. Los colegios profesionales son instituciones autónomas con personalidad de derecho público. La ley señala los casos en que la colegiación es obligatoria".

417 STC N.º 05691-2008-PA/TC, de 5 de junio de 2009.

Capítulo VI

ORGANIZACIÓN DESCENTRALIZADA

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Ventajas y desventajas de la descentralización. 3. Las normas regionales y locales de alcance general. 4. Los gobiernos regionales. 4.1. Competencias constitucionales. 4.1.1. Bienes y rentas. 4.2. Conformación de regiones. 4.3. Organización. 4.4. Transferencia de competencias. 4.5. Revocatoria y vacancia. **5. Los gobiernos locales.** 5.1. Competencias constitucionales. 5.1.1. Bienes y rentas. 5.1.2. Administración tributaria. 5.2. Organización. 5.3. Revocación y vacancia.

1. INTRODUCCIÓN

La organización descentralizada implica transferir cuotas de poder político a organismos públicos determinados, de tal manera que se les confiera determinadas competencias sobre la base de determinado nivel de autonomía[418]. Esta descentralización puede elaborarse con un criterio funcional o, más bien, con un criterio de distribución territorial. De hecho, la organización descentralizada, adecuadamente implementada, puede generar determinados beneficios al funcionamiento administrativo.

La autonomía se define como la capacidad del Gobierno en sus tres niveles, de normar, regular y administrar los asuntos públicos de su competencia[419]. Dicha autonomía posee diversas dimensiones[420]. Se habla de autonomía política que es la facultad de adoptar y concordar las políticas, planes y normas en los asuntos de su competencia, aprobar y expedir sus normas, decidir a través de sus órganos de gobierno y desarrollar las funciones que le son inherentes por sí mismo. Ello implica que los gobiernos locales y regionales ejercen parta de la función gubernativa asignada al Estado. Esta autonomía se encuentra asegurada por la norma constitucional, así como por el hecho de que las au-

418 BREWER-CARÍAS, *Principios del régimen jurídico de la organización administrativa venezolana*, cit., p. 68.

419 Artículo 8º de la Ley N.º 27783, Ley de Bases de la Descentralización.

420 Artículo 9º de la Ley N.º 27783, Ley de Bases de la Descentralización.

toridades descentralizadas son elegidas por sufragio directo, razón por la cual no reconocen autoridad superior[421].

Por otro lado, autonomía administrativa consiste en la facultad de organizarse internamente, determinar y reglamentar los servicios públicos de su responsabilidad. A la potestad organizativa propia de todo ente administrativo debe sumarse la gestión de los servicios que le corresponde, tramitando los procedimientos que sean necesarios para ello, sean procedimientos institucionales o procedimientos administrativos. Salvo puntuales excepciones, estos organismos agotan la vía administrativa.

Asimismo, la autonomía económica implica la facultad de crear, recaudar y administrar sus rentas e ingresos propios y aprobar sus presupuestos institucionales conforme a las normas pertinentes. La asignación de autonomía económica es medular para el cumplimiento de las competencias asignadas por las normas legales, en particular en un contexto de transferencia de atribuciones. Esta autonomía, sin embargo, muestra limitaciones, en particular en el caso de los impuestos, que solo pueden ser creados por el Gobierno Nacional.

2. VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LA DESCENTRALIZACIÓN

La existencia de mecanismos a través de los cuales se pueda decantar los poderes del Estado permite un adecuado control del poder estatal, en términos específicos de control vertical[422], a través de la atribución de poder político. Ahora bien, conforme se atribuye, se pasa de un esquema de centralización a otro de descentralización. El descentralizar implica que existen núcleos de autoridad, básicamente en las distintas zonas geográficamente consideradas en un país determinado, que implica una división de poder garantizada por el ordenamiento jurídico[423]. Una organización estatal establecida mediante divisiones geográficas, con autonomía política y administrativa, implica entonces la existencia de una descentralización muy amplia.

Por un lado, la idea de descentralizar implica proporcionar alivio a la dirección estatal central —denominada en general, Gobierno Nacional o Gobierno Central—, permite generar mejores decisiones, y adquirir una mayor velocidad para tomar dichas decisiones. En suma, la descentralización, sea esta política o administrativa, reduce el costo de la toma de decisiones al interior del Estado. Ello implica, además, la necesidad de una construcción delicada de las competencias que les corresponde a cada uno de los entes que componen la organización descentralizada[424].

421 FRAGA, *Derecho administrativo*, cit., pp. 222-223.
422 LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, cit., pp. 353 y ss.
423 LIJPHART, *Modelos de democracia*, cit., p. 178.
424 STONER/FREEMAN/GILBERT, *Administración*, cit., pp. 394-395.

Por otro lado, la descentralización acerca el poder estatal al particular, proporcionándole mecanismos más eficientes de control político y de acercamiento a los que detentan dicho poder. Mientras más descentralizado se encuentre el poder, le resultará más sencillo al ente descentralizado el conocer las opciones y preferencias que manejan los pobladores sometidos a su jurisdicción. De hecho, los mecanismos de descentralización democratizan el acceso de dichos particulares al Estado en general, puesto que facilitan la realización de mecanismos de participación política propios de la democracia directa[425].

Asimismo, la existencia de entes descentralizados con cierta cuota de autonomía permite que los mismos controlen el poder que ejerce el Estado central o nacional. Esta interacción mutua genera que ambos morigeren el uso que hacen de las facultades que el ordenamiento les provee. Todas las ventajas antes referidas pueden observarse en el análisis de los sistemas políticos que muestran tendencias hacia la descentralización, sea que consideremos en el análisis a las autonomías españolas, los *länders* alemanes, los cantones suizos, los estados norteamericanos o las regiones italianas, por citar algunos ejemplos. De hecho, los llamados esquemas de democracia consensual tienen una relación muy amplia con regímenes altamente descentralizados[426].

Es necesario tener claro, sin embargo, hasta donde puede descentralizarse. En primer lugar, existen ciertas ventajas de la propia centralización a tomar en cuenta. Por un lado, ciertas cuestiones especializadas no son susceptibles de ser descentralizadas. Puede darse como resultado un indebido incremento de los costos administrativos: la coordinación administrativa puede ser costosa, haciéndose difícil la toma de decisiones. Por otro lado, la tecnología actual facilita las comunicaciones y el transporte, lo cual genera que ciertas decisiones puedan manejarse de manera centralizada.

Pero, además, la propia descentralización admite límites[427], derivados precisamente del costo de la toma de decisiones. No puede pretenderse descentralizar todas las decisiones estatales, puesto que se requiere ciertas consideraciones uniformes en el manejo estatal. Paradójicamente, una administración descentralizada puede resultar siendo más grande que una organización centralizada, al existir la necesidad de la creación de organismos encargados de efectuar mecanismos de coordinación.

Si bien no es materia del presente trabajo determinar las ventajas y desventajas de esta importante técnica, es cierto que debe establecerse la existencia

425 Un ejemplo interesante, nuevamente, es el modelo suizo, en el cual se complementan una organización muy descentralizada con el recurrente empleo de mecanismos de democracia directa como el referéndum. Sobre el particular: LIJPHART, *Modelos de democracia*, cit., p. 216.

426 LIJPHART, *Modelos de democracia*, cit., p. 49.

427 Sobre los costos de la descentralización: POSNER, Richard A., *El análisis económico del derecho*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1998, p. 594.

de, en principio, tres niveles de descentralización, uno central, otro regional o provincial, y finalmente, un régimen en el ámbito local o municipal[428]. Estos tres niveles se relacionan entre sí a través del principio de subsidiaridad, por el cual el Gobierno que se encuentre más cerca a la población debe gozar de las respectivas competencias estatales.

3. LAS NORMAS REGIONALES Y LOCALES DE ALCANCE GENERAL

Asimismo, en el ámbito de los gobiernos regionales y locales y en mérito a la organización descentralizada del Estado peruano, existen normas que se reconocen de rango legal, como las ordenanzas regionales y las ordenanzas municipales, respectivamente. Dichas normas poseen rango de ley al interior de su ámbito y resultan ser susceptibles de control jurídico a través de la acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional y el control difuso por parte del Poder Judicial, únicos controles normativos que el sistema jurídico provee en la actualidad. La atribución de facultades a los entes territoriales a fin de que puedan emitir normas generales procede de la autonomía normativa que se les concede[429].

Es necesario señalar que la relación que estas normas mantienen con las emitidas por el Gobierno Central es una relación de coordinación y de distribución de competencias, mas no de jerarquía o de tutela. No es posible que una ordenanza regional o municipal derogue tácita o expresamente una norma con rango de ley emitida por el Gobierno Nacional, de la misma forma que el este no podría derogar una ordenanza, cualquiera fuera su origen. Sin embargo, las normas regionales y locales de alcance general deben emitirse de conformidad con la Constitución y la Ley, incluso la emanada por el Congreso.

Las normas locales y regionales de alcance general son de particular importancia para el derecho administrativo en tanto contienen regulaciones del funcionamiento de dichos gobiernos descentralizados y afectan a los particulares sometidos a su competencia. Sin embargo, y dada la reserva de ley existente respecto a ciertas materias, las ordenanzas adolecen de mayores limitaciones que las aplicables a las leyes propiamente dichas, pudiendo regular únicamente las materias contenidas en sus respectivas leyes orgánicas y dentro de los parámetros establecidos por estas.

428 En el caso peruano existen más bien cuatro niveles, puesto que en el ámbito local existen municipios provinciales y distritales. Este diseño, rarísimo en el derecho comparado, genera no pocos problemas de distribución de competencia y altos costos en la toma de decisiones.

429 Sobre el particular: ZAS FRIZ BURGA, "La autonomía política y sus elementos. Una introducción conceptual para el estudio de los gobiernos subnacionales", cit., p. 478.

4. LOS GOBIERNOS REGIONALES

En el ámbito constitucional peruano, se entiende por Gobierno Regional aquel conformado para el gobierno de cada una de las regiones en las que debe subdividirse territorial y administrativamente el Perú, de acuerdo a lo señalado por la Constitución. Dichos gobiernos regionales gozan de autonomía política, económica y administrativa. Como resultado, los gobiernos regionales ejercen función administrativa, son componentes por excelencia de la Administración Pública y en consecuencia, les resultan aplicables todas las normas sobre procedimiento administrativo[430], siempre que no entren en conflicto con la norma especial que los regula.

Las regiones configuran el segundo nivel del esquema de descentralización consagrado por la Carta Magna, luego del Gobierno Central. Las regiones gozan de autonomía en sus respectivos ámbitos y manejan determinados bienes y servicios públicos, de conformidad con lo establecido en la Constitución[431]. A su vez poseen ciertas facultades que son ejercidas, sea concurrentemente, subsidiariamente o exclusivamente.

4.1. Competencias constitucionales

La Constitución establece, de manera enumerativa, un conjunto de atribuciones que corresponden a los gobiernos regionales. En primer lugar, deben aprobar su organización interna y su presupuesto. Esta atribución es un importante componente de su autonomía, que le otorga no solo potestad organizativa, sino que además le otorga autonomía presupuestal, constituyéndose en un pliego.

Asimismo, deben formular y aprobar el Plan de Desarrollo Regional Concertado con las municipalidades y la sociedad civil. Lo que ocurre es que la gestión de Gobierno Regional se rige por el Plan de Desarrollo Regional Concertado de mediano y largo plazo, que además debe ser concordante con el Plan Nacional de Desarrollo y buscando la articulación entre zonas urbanas y rurales, concertadas con el Consejo de Coordinación Regional. Asimismo, en el Plan de Desarrollo Concertado se definen, aprueban y ejecutan las prioridades, vocaciones productivas y lineamientos estratégicos para la potenciación y mejor desempeño de la economía regional[432].

Por otro lado, estos gobiernos regulan y otorgan las autorizaciones, licencias y derechos sobre los servicios de su responsabilidad. Por ejemplo, los gobiernos regionales otorgan las autorizaciones portuarias, licencias y permisos para la prestación de los servicios portuarios marítimos, fluviales y lacustres de alcance

430 Artículo I, inciso 4 del Título Preliminar de la Ley N.º 27444.

431 ZAS FRIZ BURGA, Johnny, "Autonomía y organización de los gobiernos regionales", en AA.VV., *La Constitución comentada*, Gaceta Jurídica, Lima, 2005, T. II, pp. 972 y ss.

432 Artículo 4º de la Ley N.º 28059, Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada.

regional. Además, otorgan permisos, autorizaciones y concesiones forestales, en áreas al interior de la región.

Corresponde además a los gobiernos regionales promover el desarrollo socioeconómico regional y ejecutar los planes y programas correspondientes. Esta es una finalidad básica de la descentralización, puesto que implica generar polos de desarrollo. En ese orden de ideas se establece[433] que el desarrollo regional comprende la aplicación coherente y eficaz de las políticas e instrumentos de desarrollo económico social, poblacional, cultural y ambiental, a través de planes, programas y proyectos. Estos están orientados a generar condiciones que permitan el crecimiento económico armonizado con la dinámica demográfica, el desarrollo social equitativo y la conservación de los recursos naturales y el ambiente en el territorio regional, orientado hacia el ejercicio pleno de los derechos de hombres y mujeres en igualdad de oportunidades.

Asimismo, dictan las normas inherentes a la gestión regional. Como ya lo hemos señalado las normas y disposiciones del Gobierno Regional se adecuan al ordenamiento jurídico nacional, no pueden invalidar ni dejar sin efecto normas de otro Gobierno Regional ni de los otros niveles de gobierno[434]. En este orden de ideas, el Consejo Regional emite ordenanzas regionales —que poseen rango de ley— y Acuerdos del Consejo Regional; y la Presidencia Regional dicta decretos regionales y resoluciones regionales, encargándose estas últimas de normar asuntos de carácter administrativo.

Además, los gobiernos regionales se encargan de promover y regular actividades y/o servicios en materia de agricultura, pesquería, industria, agroindustria, comercio, turismo, energía, minería, vialidad, comunicaciones, educación, salud y medio ambiente, conforme a ley. Ello implica el ejercicio de actividad limitadora de derechos o actividad de policía, pero también el empleo de la actividad de fomento, por la cual se incentivan actividades privadas de interés general.

Asimismo, fomentan la competitividad, las inversiones y el financiamiento para la ejecución de proyectos y obras de infraestructura de alcance e impacto regional. Debe tenerse en cuenta que los gobiernos regionales deben crear mecanismos para promover la inversión privada nacional y extranjera dirigidos a lograr el crecimiento económico regional conforme a ley. La norma establece que dichos gobiernos otorgan concesiones y celebran cualquier otra modalidad contractual, siempre que se contribuya al desarrollo sostenible local y regional, se asegure una mayor eficiencia social y se garantice el cumplimiento de las normas legales establecidas.

Los gobiernos regionales además son competentes para presentar iniciativas legislativas en materias y asuntos de su competencia, atribución que le corresponde al Consejo Regional, a propuesta del Presidente Regional. Esta

433 Artículo 6º de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales.
434 Artículo 36º de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales.

competencia le permite a estos entes iniciar el procedimiento de generación leyes cuya aprobación sea de interés general.

4.1.1. Bienes y rentas

Además, los gobiernos regionales administran sus bienes y rentas. Estas están compuestas[435] por los bienes muebles e inmuebles de su propiedad; las transferencias específicas que les asigne la Ley Anual de Presupuesto; los tributos creados por ley a su favor; así como los derechos económicos que generen por las privatizaciones, concesiones y servicios que otorguen, conforme a ley.

Asimismo, los gobiernos regionales reciben los recursos asignados del Fondo de Compensación Regional, que tiene carácter redistributivo, conforme a ley. El Fondo de Compensación Regional (FONCOR), según la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, se constituye inicialmente con el 30% de los recursos generados por la privatización y concesiones. Los fondos son íntegramente utilizados para financiar proyectos de inversión regional que hayan cumplido con las normas establecidas por el Sistema Nacional de Inversión Pública[436].

Además, corresponde a los gobiernos regionales los recursos asignados por concepto de canon, que se encuentra constituido por parte de los fondos obtenidos por el Estado, resultantes de la explotación de los recursos naturales[437]; administran los recursos provenientes de sus operaciones financieras, incluyendo aquellas que realicen con el aval del Estado, conforme a ley[438]; así como todos aquellos que determine la ley.

4.2. Conformación de regiones

En el caso peruano, sin embargo, dichas regiones no se han conformado aun, siendo que los gobiernos regionales se encuentran en el territorio correspondiente a los departamentos, los mismos que aún no se han fusionado entre sí. De hecho, el único proceso electoral de referéndum que se ha realizado para

435 Artículo 193º de la Constitución de 1993.

436 Artículo 73º de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales.

437 Ley de Canon, N.º 27506:
Artículo 1.- *Definición*
El canon es la participación efectiva y adecuada de la que gozan los gobiernos regionales y locales del total de los ingresos y rentas obtenidos por el Estado por la explotación económica de los recursos naturales.

438 Ley Orgánica de Gobiernos Regionales:
Artículo 74.- *Operaciones de endeudamiento*
Los Gobiernos Regionales pueden concertar y celebrar operaciones de endeudamiento. Asimismo, solo podrán celebrar operaciones de endeudamiento externo, emisión de bonos y titulación de cuentas, con aval o garantía del Estado, previa aprobación del Gobierno Nacional. Las referidas operaciones deben sujetarse a los procedimientos y normas que regula la Ley del Sistema Nacional de Endeudamiento y los límites establecidos en la Ley de Prudencia y Transparencia Fiscal y la norma que se emita sobre descentralización fiscal.

estos efectos no generó resultado alguno, no obstante la existencia de varios proyectos para la conformación de regiones.

El paso previo son las Juntas de Coordinación Interregional que están integradas por dos o más gobiernos regionales y gobiernos locales provinciales de los departamentos integrantes, y su objetivo es la gestión estratégica de integración para la conformación de regiones sostenidas y la materialización de acuerdos de articulación macrorregional, mediante convenios de cooperación dirigidos a conducir los proyectos productivos y de servicios[439]. A su vez las normas legales establecen diversos incentivos para la conformación de estas juntas, cuya actuación se considera más eficiente que la de los gobiernos regionales por separado.

El siguiente paso es la aprobación de un expediente técnico que contendrá la fundamentación de la viabilidad de la Región que se propone sustentado en un conjunto de consideraciones. Poseen iniciativa los presidentes de los Gobiernos Regionales involucrados, los partidos políticos nacionales o movimientos regionales debidamente inscritos, los ciudadanos de cada uno de los departamentos a integrarse, así como las Juntas de Coordinación Interregional, siempre que cumplan con los requisitos establecidos por la norma[440]. Una vez aprobado dicho expediente por la Presidencia del Consejo de Ministros —que ha asumido las funciones del Consejo Nacional de Descentralización—, se procede a someterlo a referéndum.

Sin embargo, la experiencia nos ha mostrado que este procedimiento no es el más adecuado. Es poco probable que las poblaciones de los departamentos involucrados decidan integrarse a departamentos contiguos. Como resultado, los gobiernos regionales van a seguir asentados en los territorios de los departamentos, con lo cual solo queda asegurar que los mismos se desarrollen debidamente a través de los mecanismos previstos legalmente.

4.3. Organización

Los gobiernos regionales se organizan a través de un diseño bipolar. Cada uno de dichos organismos es competente para emitir determinadas normas jurídicas, así como para generar los actos administrativos que sean necesarios, de acuerdo con sus facultades. Sin embargo, dichos entes no pueden desempeñar atribuciones que son privativas del Gobierno Nacional. En particular, en el ámbito regional no existen competencias jurisdiccionales, siendo que el Poder Judicial es uno solo en todo el país; lo cual es una característica de los estados unitarios, como el Perú.

439 Artículo 3º de la Ley N.º 28274, Ley de incentivos para la integración y conformación de regiones.

440 Artículo 16º de la Ley N.º 28274.

En consecuencia, existe un órgano ejecutivo denominado Presidente Regional, quien es la máxima autoridad de su jurisdicción, representante legal y titular del pliego presupuestal del Gobierno Regional[441]; encargado fundamentalmente de dirigir y supervisar la marcha del Gobierno Regional y de sus órganos ejecutivos, administrativos y técnicos, además de otras múltiples funciones administrativas y gubernativas. Ahora bien, el Presidente Regional ejecuta sus actos de gobierno mediante decretos regionales, los mismos que poseen rango secundario respecto de las normas con rango de ley, y en especial, de las ordenanzas.

Asimismo, existe un organismo deliberativo, denominado Consejo Regional y que desempeña funciones normativas y fiscalizadoras, elegido también a través de mecanismos de elección directa. Está conformado por el Presidente Regional, el Vicepresidente Regional y los Consejeros Regionales elegidos en cada región. Aprueba, modifica o deroga las normas que regulen o reglamenten los asuntos y materias de competencia y funciones del Gobierno Regional; aprueba los planes, el presupuesto, los estados financieros, los programas; autoriza operaciones de endeudamiento y de transferencia de bienes; entre otras importantes competencias.

Adicionalmente, debemos hacer mención al denominado Consejo de Coordinación Regional que es un órgano consultivo y de coordinación con las municipalidades, integrado por los alcaldes provinciales y por los representantes de la sociedad civil, sin ejercer atribuciones de gobierno. Emite opinión sobre el Plan Anual y el Presupuesto Participativo Anual, el Plan de Desarrollo Regional Concertado, la visión general y los lineamientos estratégicos de los programas componentes del Plan de Desarrollo Regional Concertado; así como las que le encargue o solicite el Consejo Regional.

4.4. Transferencia de competencias

Asimismo, las atribuciones sectoriales de la Administración Pública se encuentran distribuidas, de tal manera que las gerencias regionales respectivas se encargan de la tramitación de los procedimientos administrativos mientras que los ministerios se encargan se definir las políticas sectoriales. Así, los actos administrativos que correspondan, son suscritos con el Gerente General Regional y/o los Gerentes Regionales.

Ello, en aplicación del principio de subsidiaridad al cual ya nos hemos referido. Pero también es preciso tomar en cuenta el llamado criterio de selectividad y proporcionalidad[442], por el cual la transferencia de competencias tomará en cuenta la capacidad de gestión efectiva, que será determinada por un procedimiento con criterios técnicos y objetivos. A este procedimiento se le denomina acreditación y se encuentra regulado también por las respectivas normas legales.

441 Artículo 20º de la Ley N.º 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales.
442 Artículo 9º de la Ley N.º 27783, Ley de Bases de la Descentralización.

Los beneficios de esto son múltiples, permitiendo que los gobiernos regionales funcionen de manera autónoma, actuando más cerca de los ciudadanos, generando mayor eficiencia[443], no solo como entes autónomos sino además como quienes aplican las políticas definidas por el Estado[444]. Para ello es necesario que se generen los recursos para la tramitación de los procedimientos, de tal forma que se transfieran competencias con el financiamiento que se requiere para ejercerlas.

Además, la transferencia de competencias sectoriales asegura que los procedimientos administrativos concluyan sin que los administrados tengan que venir a la capital, con lo cual los respectivos procesos contenciosos administrativos que se inicien se tramitarán en el distrito judicial correspondiente, dado que la vía administrativa se agota en la administración pública regional.

4.5. Revocatoria y vacancia

Finalmente, a diferencia de lo que ocurre con las autoridades elegidas en el ámbito del Gobierno Nacional, las autoridades regionales pueden ser revocadas, a través del procedimiento establecido legalmente, el mismo que configura un proceso electoral puesto que son los ciudadanos del respectivo departamento lo que deciden la pérdida del cargo. La justificación de la revocatoria de autoridades regionales proviene del origen electoral de las mismas y de su cercanía a los ciudadanos. Es por ello que la revocatoria no requiere causal, pero si cumplir con los requisitos establecidos en la norma para su procedencia.

Asimismo, puede ser declarada la vacancia de las autoridades regionales por parte del Consejo Regional, decisión que es revisada por el Jurado Nacional de Elecciones, comportándose en este caso como un tribunal administrativo. A diferencia de la revocatoria, la vacancia requiere que se verifique una causal específica que impida la continuidad del ejercicio del cargo. Dichas causales van desde del muerte, hasta la inasistencia injustificada al Consejo Regional.

5. LOS GOBIERNOS LOCALES

Los gobiernos locales están conformados por las municipalidades, sean estas provinciales, distritales o delegadas. Las municipalidades configuran entonces el tercer y cuarto niveles en el diseño descentralizado del Estado peruano, el mismo que se encuentra consagrado por la Constitución. Dichos gobiernos locales gozan también de autonomía política, económica y administrativa, la misma que se encuentra garantizada por la norma constitucional y su legitimi-

443 Sobre el particular: POLASTRI, Rossana y ROJAS, Fernando, “Descentralización”, en *Perú: La oportunidad de un país diferente: prospero, equitativo y gobernable*, Banco Mundial, Lima, 2006, pp. 760 y ss.

444 FINOT, Iván, “Descentralización, transferencias territoriales y desarrollo local”, en *Revista de la Cepal*, N.º 86, CEPAL, Santiago de Chile, 2006, p. 31.

dad proviene del mecanismo popular de elección de los miembros de dichos gobiernos[445].

Ahora bien, es necesario señalar que las municipales son típicas entidades administrativas, a las que se aplica en forma directa la Ley materia de análisis, dado que efectúan función administrativa[446]. Al interior de los gobiernos locales se realizan múltiples procedimientos administrativos, cuya regulación corresponde a la Ley de Procedimiento Administrativo General y la Ley Orgánica de Municipalidades.

5.1. Competencias constitucionales

El artículo 195º de la Constitución define, de manera enumerativa, un conjunto de atribuciones reconocidas a favor de las municipalidades. En primer lugar, les corresponde a los gobiernos locales aprobar su organización interna y su presupuesto. Como ya lo hemos señalado esta atribución es un importante componente de la autonomía municipal, que le otorga no solo potestad organizativa, sino que además le otorga autonomía presupuestal, constituyéndose en un pliego.

Asimismo, les corresponde aprobar el plan de Desarrollo Local Concertado con la sociedad civil. Es el Consejo de Coordinación Local Provincial el que procede a coordinar, concertar y proponer el Plan de Desarrollo Municipal Provincial Concertado y su Presupuesto Participativo, el cual luego de aprobado es elevado al Consejo de Coordinación Regional para su integración a todos los planes de desarrollo municipal provincial concertados de la región y la formulación del Plan de Desarrollo Regional Concertado.

A su vez, estos planes se elaboran basándose en los Planes de Desarrollo Municipal Distritales Concertados y sus Presupuestos Participativos. El Consejo de Coordinación Local Distrital se reúne en sesión ordinaria, una vez al año, para coordinar, concertar y proponer el referido plan así como el Presupuesto Participativo Distrital en cada distrito. La aprobación les corresponde a los respectivos concejos municipales.

La norma preceptúa que estos planes deben responder fundamentalmente a los principios de participación, transparencia, gestión moderna y rendición de cuentas, inclusión, eficacia, eficiencia, equidad, sostenibilidad, imparcialidad y neutralidad, subsidiaridad, consistencia de las políticas locales, especialización de las funciones, competitividad e integración.

Asimismo, las municipalidades organizan, reglamentan y administran los servicios públicos locales de su responsabilidad. Los servicios públicos locales pueden ser de gestión directa y de gestión indirecta, siempre que sea permitido

445 Acerca de la relación entre las municipalidades y la democracia: KLEIN, Harald, "Gobiernos locales y democracia", en *Boletín*, N.º 12, Instituto del Ciudadano, Lima, 1995.

446 Artículo I, inciso 5 del Título Preliminar de la Ley N.º 27444.

por ley y que se asegure el interés de los vecinos, la eficiencia y eficacia del servicio y el adecuado control municipal[447]; pudiendo otorgarse en concesión. Entre dichos servicios encontramos el saneamiento ambiental, salubridad y salud; tránsito, circulación y transporte público; seguridad ciudadana; así como la promoción del desarrollo económico local para la generación de empleo[448].

Corresponde a los gobiernos locales también planificar el desarrollo urbano y rural de sus circunscripciones, incluyendo la zonificación, urbanismo y el acondicionamiento territorial. La regulación del uso del suelo es medular, puesto que permite reducir costos de transacción ante la imposibilidad de que los administrados se puedan poner de acuerdo sobre los diversos usos. En este orden de ideas, las municipalidades provinciales se encargan de aprobar el Plan de Acondicionamiento Territorial de nivel provincial, que identifique las áreas urbanas y de expansión urbana, así como las áreas de protección o de seguridad por riesgos naturales; las áreas agrícolas y las áreas de conservación ambiental.

Las municipalidades fomentan además la competitividad, las inversiones y el financiamiento para la ejecución de proyectos y obras de infraestructura local. En este contexto, las municipalidades distritales ejecutan actividades de apoyo directo e indirecto a la actividad empresarial en su jurisdicción sobre información, capacitación, acceso a mercados, tecnología, financiamiento y otros campos a fin de mejorar la competitividad. Asimismo, los Concejos Municipales se encargan de aprobar la entrega de construcciones de infraestructura y servicios públicos municipales al sector privado a través de concesiones o cualquier otra forma de participación de la inversión privada permitida por ley[449].

Corresponde entonces a los gobiernos locales, entre otras importantes tareas, ejercer la gestión estratégica de la competitividad y la productividad conforme a los principios de gestión local señalados por ley; supervisar en su ámbito el cumplimiento de las políticas y estrategias de promoción de la inversión privada; así como concertar con el sector privado la orientación de la inversión pública necesaria para la promoción de la inversión privada[450].

Por otro lado, los gobiernos locales desarrollan y regulan actividades y/o servicios en materia de educación, salud, vivienda, saneamiento, medio ambiente, sustentabilidad de los recursos naturales, transporte colectivo, circulación y tránsito, turismo, conservación de monumentos arqueológicos e históricos, cultura, recreación y deporte, conforme a ley. Ello, producto del proceso de transferencia de atribuciones sectoriales del Gobierno Nacional a las municipalidades, como resultado del proceso de acreditación. Esta atribución también implica el ejercicio de actividad limitadora de derechos o actividad de policía,

447 Artículo 32º de la Ley Orgánica de Municipalidades.
448 Artículo 73º de la Ley Orgánica de Municipalidades.
449 Artículo 9º de la Ley Orgánica de Municipalidades.
450 Artículo 5º de la Ley N.º 28059, Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada.

considerando que las municipalidades se convierten en una de las fuentes más importantes de limitación de varios derechos económicos, como son la libertad de empresa o la propiedad privada; pero también el empleo de la actividad de fomento.

Finalmente, a las municipalidades pueden presentar iniciativas legislativas en materias y asuntos de su competencia. En este orden de ideas corresponde a los concejos municipales aprobar los proyectos de ley que en materia de su competencia sean propuestos al Congreso de la República. Además, las relaciones que mantienen las municipalidades con el Gobierno Nacional, los gobiernos regionales y los poderes del Estado tienen por finalidad garantizar el ejercicio del derecho de iniciativa legislativa, la coordinación de las acciones de competencia de cada uno, así como el derecho de propuesta o petición de normas reglamentarias de alcance nacional[451].

5.1.1. Bienes y rentas

Corresponde a las municipalidades, como parte del ejercicio de su autonomía, administrar sus bienes y rentas. Entre ellos encontramos[452] los bienes muebles e inmuebles de su propiedad; así como los tributos creados por ley a su favor, señalados en la norma aplicable. Estos son el Impuesto Predial, el Impuesto de Alcabala, el Impuesto al Patrimonio Vehicular, el Impuesto a las Apuestas, el Impuesto a los Juegos, así como el Impuesto a los Espectáculos Públicos no Deportivos.

Asimismo, constituyen bienes y rentas de las municipalidades las contribuciones, tasas, arbitrios, licencias y derechos creados por ordenanzas municipales, como veremos más adelante; así como los derechos económicos que generen por las privatizaciones, concesiones y servicios que otorguen, conforme a ley. En consecuencia, son rentas municipales el íntegro de los recursos provenientes de la privatización de sus empresas.

También corresponde a los gobiernos locales los recursos asignados del Fondo de Compensación Municipal, que tiene carácter redistributivo, conforme a ley. El Fondo de Compensación Municipal se distribuye entre todas las municipalidades distritales y provinciales del país con criterios de equidad y compensación y tiene por finalidad asegurar el funcionamiento de todas las municipalidades[453]. Dicho fondo se constituye con el rendimiento del Impuesto de Promoción Municipal, del Impuesto al Rodaje y con el Impuesto a las Embarcaciones de Recreo.

Por otro lado, corresponde a las municipalidades las transferencias específicas que les asigne la Ley Anual de Presupuesto; así como los recursos asignados por concepto de canon, a lo cual ya nos hemos referido cuando hemos tratado

451 Artículo 123º de la Ley Orgánica de Municipalidades.
452 Artículo 196º de la Constitución de 1993.
453 Artículo 87º del Texto Único Ordenado de la Ley de Tributación Municipal.

los gobiernos regionales. Finalmente, corresponde a los gobiernos locales los recursos provenientes de sus operaciones financieras, incluyendo aquellas que requieran el aval del Estado, conforme a ley. Los recursos obtenidos a través de operaciones de endeudamiento externo o interno se destinarán única y exclusivamente, a financiar proyectos de inversión pública que deberán ser aprobados, previamente, dentro del marco del Sistema Nacional de Inversión Pública y su reglamento[454].

5.1.2. Administración tributaria

Como lo hemos señalado líneas arriba, los gobiernos municipales pueden crear, modificar y suprimir contribuciones, tasas, arbitrios, licencias y derechos municipales, conforme a ley. Sin embargo, las municipalidades no podrán imponer ningún tipo de tasa o contribución que grave la entrada, salida o tránsito de personas, bienes, mercadería, productos y animales en el territorio nacional o que limiten el libre acceso al mercado[455].

Por otro lado, las tasas municipales son los tributos creados por los Concejos Municipales, cuya obligación tiene como hecho generador la prestación efectiva por la municipalidad de un servicio público o administrativo, reservado a las municipalidades; no siendo tasa el pago que se recibe por un servicio de índole contractual[456]. Las tasas no deben exceder el costo de prestación del servicio.

5.2. Organización

Los gobiernos locales se organizan también a través de un esquema bipolar. Cada uno de dichos organismos es también competente para emitir determinadas normas jurídicas, así como determinados actos administrativos, de acuerdo con sus facultades. Ello no implica que las municipalidades puedan oponerse al Gobierno Nacional, puesto que nuestra forma de Estado es unitaria. Las normas legales establecen una distribución de competencias que los gobiernos locales evidentemente deben acatar.

Tenemos entonces un órgano ejecutivo denominado Alcalde, encargado de la función administrativa y gubernativa en el Gobierno Local. Las atribuciones de un alcalde son de las más variadas[457], puesto que incluyen desde defender y cautelar los derechos e intereses de la municipalidad y los vecinos, ejecutar los acuerdos del Concejo Municipal, proponer a este la creación, modificación, supresión o exoneración de contribuciones, tasas, arbitrios, derechos y licencias; hasta celebrar los matrimonios civiles de los vecinos, conforme lo dispuesto por

454 Artículo 25º del Decreto Legislativo N.º 955, que regula la Descentralización Fiscal.
455 Artículo 61º del Texto Único Ordenado de la Ley de Tributación Municipal.
456 Artículo 66º del Texto Único Ordenado de la Ley de Tributación Municipal.
457 Artículo 20º de la Ley Orgánica de Municipalidades.

el Código Civil. Asimismo, el alcalde dicta decretos y resoluciones de alcaldía, con sujeción a las leyes y ordenanzas

Asimismo, los gobiernos locales poseen un órgano deliberativo, denominado Concejo Municipal y que desempeña funciones normativas y fiscalizadoras. El Concejo Municipal, sea provincial o distrital, está conformado por el alcalde y el número de regidores que establece el Jurado Nacional de Elecciones, conforme a la Ley de Elecciones Municipales. Son facultades de los concejos municipales aprobar las ordenanzas, los planes, los proyectos de ley que presenta el alcalde, así como los balances y la memoria del Gobierno Local; crear, modificar, suprimir o exonerar de contribuciones, tasas, arbitrios, licencias y derechos; fiscalizar la gestión municipal, entre otras atribuciones.

La organización administrativa municipal se asienta en una estructura gerencial sustentándose en principios de programación, dirección, ejecución, supervisión, control concurrente y posterior[458]. Estos principios se aplican en particular en el ámbito presupuestal y deben interpretarse y emplearse con la intención de asegurar que los servicios municipales se presten de manera eficiente. Es interesante anotar que se privilegia el control concurrente y posterior, frente al control previo.

Asimismo, dicha organización se rige por los principios de legalidad, economía, transparencia, simplicidad, eficacia, eficiencia, participación y seguridad ciudadana; varios de los cuales ya se encuentran definidos en las normas administrativas generales. En particular, el principio de seguridad ciudadana implica que los gobiernos locales aseguran la protección de la integridad y los bienes de los ciudadanos, en tanto servicio público local. Sobre esto existe sin embargo una interesante controversia, puesto que se considera por otro lado que esta debería ser una atribución del Gobierno Nacional, a través de la policía nacional.

5.3. Revocación y vacancia

Finalmente, al igual de lo que ocurre con las autoridades elegidas en el ámbito del Gobierno Regional, las autoridades municipales pueden ser revocadas, a través del procedimiento establecido legalmente. La justificación es la misma que la que hemos señalado en el caso de los gobiernos regionales. Asimismo, puede ser declarada la vacancia de las autoridades locales por parte del Concejo Municipal, por las causales establecidas en la Ley Orgánica y que están basadas en la imposibilidad de seguir ejerciendo el cargo, decisión que también es revisada por el Jurado Nacional de Elecciones.

458 Artículo 26º de la Ley Orgánica de Municipalidades.

Capítulo VII

LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA O LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO SUJETO DE RELACIONES JURÍDICAS PROCESALES

SUMARIO: 1. Principios generales. 1.1. La autotutela administrativa. 1.1.1. Efectos de la autotutela. 1.2. Las potestades administrativas en general. 1.2.1. Potestades discrecionales. 1.3. Los deberes de las autoridades en el procedimiento administrativo. **2. La competencia administrativa.** 2.1. Competencia administrativa. Generalidades. 2.1.1. Alcances de la competencia administrativa. 2.1.2. Caracteres de la competencia administrativa. 2.1.3. Competencia desconcentrada. 2.2. Ejercicio de la competencia administrativa. 2.2.1. Competencia de las entidades consagradas en la Constitución. 2.2.2. Cambio de la competencia administrativa. 2.3. Delegación. 2.3.1. Atribuciones indelegables. 2.3.2. Deber de vigilancia del delegante. 2.3.3. Extinción de la delegación de la competencia administrativa. 2.4. Avocación de competencia de una autoridad administrativa. 2.4.1. Características y requisitos de la avocación de la competencia administrativa. 2.5. Encargo de gestión. 2.5.1. Formalización del encargo de gestión. 2.5.2. Responsabilidades que asume la entidad que realiza el encargo de gestión. 2.5.3. Encargos de gestión a personas jurídicas no estatales. 2.6. Delegación de firma. 2.6.1. Límites a la delegación de firma. 2.7. Suplencia. 2.7.1. Funciones del suplente de un cargo administrativo. 2.8. Desconcentración de la titularidad de la competencia. 2.8.1. Impugnación contra actos administrativos emitidos en el ejercicio de la competencia administrativa desconcentrada. **3. Conflictos de competencia.** 3.1. Control de la competencia administrativa. 3.2. Criterios y oportunidad del control de la competencia administrativa. 3.3. Incompetencia administrativa. 3.4. Declinación de competencia. 3.5. Presentación de escritos ante organismo incompetente. 3.6. Conflictos de competencia. 3.6.1. Conflicto negativo de competencia. 3.6.2. Conflicto positivo de competencia. 3.7. Resolución de los conflictos de competencia. 3.7.1. Plazo para que se emita la resolución de conflicto de competencia. 3.7.2. Continuación del procedimiento. 3.7.3. Autoridades que se encuentran facultadas para resolver los conflictos de competencia. 3.7.4. Autoridades que se encuentran facultadas para resolver los conflictos de competencia fuera de una misma entidad. 3.7.5. Conflictos de competencia entre otras entidades. 3.7.6. Impugnación de la resolución de un conflicto de competencia. **4. Abstención.** 4.1. Causales de abstención de la autoridad administrativa. 4.2. Promoción y resolución de la abstención. 4.2.1. Formalidad para la promoción de la abstención. 4.2.2. Trámite de la abstención. 4.2.3. Abstención de la autoridad administrativa por disposición superior. 4.2.4. Impugnación de la resolución que ordena la abstención de una autoridad administrativa. 4.2.5. Rol de la autoridad administrativa que fue motivo de abstención. 4.3. Efectos de la falta de abstención. 4.3.1. Consecuencias que se originan producto de la falta de abstención. **5. Las relaciones entre el Poder Judicial y la Administración Pública.** 5.1. El problema de los actos políticos o de direccionalidad política. 5.2. El control judicial de la Administración Pública. 5.2.1. El proceso contencioso administrativo.

La autoridad administrativa se define como el agente de las entidades de la Administración Pública que bajo, cualquier régimen jurídico, ejerce potestades públicas y conduce el inicio, la instrucción, la sustanciación, la resolución, la ejecución, o que de cualquier otro modo participa en la gestión de los procedimientos administrativos o los procedimientos institucionales.

Como resultado, la autoridad administrativa es quien constituye el sujeto de las relaciones procesales de la Administración Pública, en especial el procedimiento administrativo, constituyéndose en parte procesal del mismo. La autoridad administrativa es en buena cuenta la parte operativa de la Administración Pública y la que hace efectivas las funciones de esta.

1. PRINCIPIOS GENERALES

La actuación administrativa en sí misma se encuentra regida por un conjunto de principios y caracteres que no deben de soslayarse y que se encuentran enfocados a su funcionamiento y potestades. En primer lugar, la Administración Pública, como parte del Estado, goza de personalidad jurídica, la misma que sin embargo se encuentra limitada en lo concerniente a la asignación de derechos por parte del ordenamiento.

En segundo lugar, y no obstante lo anteriormente señalado, las entidades administrativas se rigen por el principio de legalidad, al cual nos hemos ya referido, con lo cual su actuación se encuentra limitada. Finalmente, la Administración se encuentra en una evidente situación de preponderancia respeto del administrado, la misma que debe equilibrarse a través de la asignación de potestades y derechos a favor del mismo.

1.1. La autotutela administrativa

Una potestad de importancia capital al nivel de la autoridad administrativa es la denominada autotutela, que consiste en la capacidad de la Administración Pública de efectuar la protección de sus intereses sin necesidad de recurrir al Poder Judicial ni a órgano estatal alguno. La Administración está capacitada, entonces, para tutelar por sí misma sus propias situaciones jurídicas[459]. De hecho, la autotutela proviene de la particular misión asignada a la Administración, consistente en el manejo de bienes públicos y servicios a prestar por el Estado.

Por otro lado, la independencia de la Administración respecto de los tribunales se garantiza positivamente haciendo que aquella no tenga necesidad de estos para asegurar la eficacia de sus resoluciones y mandatos, lo que se alcanza con el reconocimiento de poderes de ejecución a los propios órganos de la Administración[460]. En este sentido, la jurisprudencia que elabora la Jurisdic-

459 GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, cit., T. I, p. 505.

460 TIRADO BARRERA, José Antonio, "La ejecución forzosa de los actos administrativos en la Ley N.º 27444", en AA.VV., *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Ley N.º 27444*, ARA, Lima, 2003, pp. 344 y ss.

ción administrativa durante el siglo XIX y algunas normas reglamentarias van a reconocer que los actos administrativos ostentan presunción de validez y el privilegio de ejecutoriedad, de tal forma que pueden llevarse directamente a ejecución sobre los particulares por la propia Administración sin que su efectividad se paralice por la interposición de recursos, salvo las circunstancias establecidas en la Ley. Sin embargo, la ley puede determinar que determinados actos administrativos sean ejecutados a través del Poder Judicial, como lo hemos señalado en su momento.

Es necesario señalar que la autotutela administrativa surge de la tradición europeo continental del derecho administrativo, la misma que se diferencia claramente de la tradición anglosajona, en la cual no existe propiamente la facultad que venimos describiendo. En el derecho anglosajón incluso la Administración debe recurrir al Poder Judicial para la tutela de sus intereses. Los actos de las agencias no son ejecutorios por sí mismos, siendo necesario pedirle al juez que los haga cumplir coercitivamente. Ello genera incluso la posibilidad de que el afectado u obligado pueda defenderse en el proceso ejecutorio[461].

Por otro lado y desde un punto de vista material, la autotutela puede ser conservativa o agresiva. La autotutela conservativa protege una situación jurídica establecida previamente a fin de evitar su modificación por parte de una tercero. La autotutela agresiva o activa configura más bien una conducta positiva a fin de modificar el estado de cosas existente[462].

1.1.1. Efectos de la autotutela

A su vez, la autotutela administrativa genera que los actos administrativos gocen de ejecutividad y ejecutoriedad, caracteres a los cuales nos referiremos ampliamente en el capítulo respectivo, así como el hecho de que estos sean revisados judicialmente con posterioridad a su emisión. Como resultado, los actos administrativos generan sus efectos aun cuando fuesen impugnados en sede administrativa o aun cuando fuesen impugnados judicialmente mediante el contencioso administrativo.

Por otro lado, la Administración posee la potestad de anular sus propios actos de manera unilateral, e incluso, de recurrir al poder judicial para obtener dicha anulación si es que ha transcurrido el plazo establecido por la Ley para la obtención de la nulidad de oficio. En circunstancias especiales, incluso, la autoridad administrativa puede revocar sus propios actos, basado en el interés general[463].

Para algunos, existen efectos de la llamada autotutela reduplicativa, que incluyen para algunos efectos tan importantes como la obligación de agotamiento

461 VÉLEZ GARCÍA, Jorge, *Los dos sistemas de derecho administrativo*, Institución Universitaria Sergio Arboleda, Santa Fe de Bogotá, 1996, p. 323.

462 GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, cit., T. I, p. 508.

463 MORELL OCAÑA, *Curso de derecho administrativo II*, cit., p. 141.

de la vía administrativa a través de la interposición de recursos administrativos, la existencia de facultades sancionadoras a favor de la Administración Pública, así como la vieja regla del *solve et repete*, que consiste en la obligación, imputable al administrado, de verificar el pago de manera previa al recurso que se presente contra la resolución que lo ordena[464].

1.2. Las potestades administrativas en general

No obstante el reconocimiento de una particular personalidad jurídica a favor de la Administración Pública y los entes que la conforman, se reconoce que la misma carece propiamente de derechos fundamentales, los mismos que son susceptibles de imputarse únicamente a particulares, sean personas naturales o jurídicas. Ello salvo ciertas excepciones, como podría ser el debido proceso o el derecho de propiedad, como lo ha señalado el Tribunal Constitucional en importante jurisprudencia. Sin embargo, a la Administración debe reconocerse un cúmulo de potestades, las mismas que permiten hacer efectiva su misión de tutelar el bien común. Dichas potestades conforman, de manera genérica, la competencia de las entidades de la Administración, conforme lo veremos más adelante.

Como lo hemos señalado anteriormente, entendemos como potestad, en general, aquella situación de poder atribuida por el ordenamiento jurídico previo —en particular, por la ley—, que habilita a su titular para imponer conductas a terceros[465], con la posibilidad de que el sujeto pasivo deba soportar las consecuencias de dicho poder, que podrían no ser ventajosas[466]. Dicho sujeto pasivo posee entonces una relación de sujeción respecto a la entidad en cuestión.

Sin embargo, en determinadas circunstancias, las potestades de la Administración Pública muestran una conformación mixta, puesto que se mezclan con deberes públicos o con obligaciones de las entidades, conformando potestades de ejercicio obligatorio, definidas como aquellas que no son de ejercicio facultativo para su titular[467].

A la Administración Pública se le reconocen un conjunto de potestades. En primer lugar, la autotutela a la cual ya nos hemos referido líneas arriba. Asimismo, la potestad reglamentaria, que implica la capacidad de emitir normas, la cual también hemos analizado al referirnos a los reglamentos como fuentes del derecho administrativo. Tenemos también la potestad organizativa, por la cual las entidades definen su estructura, dentro de los parámetros establecidos por la ley, tratado por nosotros en el capítulo dedicado a la estructura de la Administración Pública.

464 García de Enterría/Fernández, *Curso de derecho administrativo*, cit., T. I, p. 513.
465 Santamaría Pastor, *Principios de derecho administrativo*, cit., p. 394.
466 García de Enterría/Fernández, *Curso de derecho administrativo*, cit., T. II, p. 31.
467 Santamaría Pastor, *Principios de derecho administrativo*, cit., p. 406.

Asimismo, casi al terminar el presente libro analizaremos la potestad sancionadora y la potestad cuasijurisdiccional, de particular importancia en los procedimientos especiales. Finalmente, algunos autores le reconocen a la Administración la potestad expropiatoria[468], por la cual la misma puede despojar al administrado de la propiedad de un bien. Sin embargo, en el caso peruano la potestad expropiatoria no le pertenece a la Administración Pública, sino al Parlamento, quien decide la misma, en cada caso concreto, a través de una ley[469].

1.2.1. Potestades discrecionales

No obstante la necesidad de reglar las potestades administrativas, en muchos casos se hace efectiva la inclusión de una estimación subjetiva, por parte de la Administración, en el proceso de aplicación de la Ley[470]. A ello se denomina potestades discrecionales. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que dicha estimación no es una facultad extralegal, sino que está plenamente determinada por la Ley. Además, la discrecionalidad no es una característica global de una potestad, sino más bien de algunos de sus elementos o condiciones[471], de tal manera que una potestad determinada tiene, en el peor de los casos, elementos discrecionales y elementos reglados.

En tal sentido, son por lo menos cuatro los elementos reglados por la ley en toda potestad discrecional: la existencia misma de la potestad, la extensión de la misma, la competencia para actuarla y el fin público de la citada potestad[472]. Finalmente, la discrecionalidad no debe confundirse con la existencia en las normas legales de los llamados conceptos jurídicos indeterminados, los mismos que requieren ser llenados de contenido por la doctrina y la jurisprudencia.

Es necesario reiterar que la tendencia en el derecho administrativo moderno está enfocada en limitar dicha discrecionalidad dentro de márgenes lo suficientemente estrechos como para impedir la emisión de decisiones arbitrarias. A ello debe agregarse que la doctrina y la jurisprudencia comparada han establecido la posibilidad de establecer control jurídico incluso de las decisiones administrativas en las cuales se ha dejado cierto margen de acción al órgano administrativo en términos de elementos discrecionales, lo

468 ARIÑO ORTIZ, *Principios de derecho público económico*, cit., p. 377. También: MIR PUIGPELAT, "El concepto de derecho administrativo desde una perspectiva lingüística y constitucional", cit., p. 72.

469 Constitución de 1993:
Artículo 70º.- El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio.

470 GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, cit., T. I, p. 453.

471 SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de derecho administrativo*, cit., p. 398.

472 GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, cit., T. I, p. 454.

cual se hace efectivo a través de diversos mecanismos, como la interdicción de la arbitrariedad[473] —que también se encuentra presente en la legislación peruana— y la aplicación de los principios generales del Derecho[474].

1.3. Los deberes de las autoridades en el procedimiento administrativo

Tal como lo hemos hecho en el caso de los administrados, debemos distinguir claramente entre el deber propiamente dicho o deber público y la obligación en el ámbito de la Administración Pública. La obligación posee un contenido determinado y concreto, mientras que el deber aparece descrito de modo abstracto y genérico. Asimismo, el deber público es una conducta impuesta en interés general o de la colectividad. Finalmente, y a diferencia del deber, la obligación de la autoridad administrativa se contrapone al respectivo derecho subjetivo del administrado[475].

Los deberes de las autoridades administrativas se encuentran señalados en la Ley de Procedimiento Administrativo General de manera genérica, sin que la citada norma distinga si es que se habla de deberes públicos o de obligaciones. Dada esa condición, estos deberes se establecen enumerativamente, en primer lugar, al tener las obligaciones siempre un correlato respecto a los derechos de los administrados y además, en vista de que los deberes públicos surgen de la utilidad pública derivada a su vez de las actividades de la Administración Pública. En tal sentido, son deberes de las autoridades respecto del procedimiento administrativo y de sus partícipes, los siguientes[476]:

1. *Actuar dentro del ámbito de su competencia y conforme a los fines para los que les fueron conferidas sus atribuciones*[477].

   Este es un típico deber público, puesto que se encuentra establecido de manera genérica, e implica la obligación de las autoridades de respetar la competencia que les ha sido asignada. Asimismo, el ejercicio de la competencia debe realizarse respetando las reglas establecidas en la Ley y el resto del ordenamiento jurídico para la misma, las cuales serán materia de análisis más adelante.

   Por otro lado, la actuación administrativa debe adecuarse a los fines que generaron el otorgamiento de las atribuciones respectivas, en términos de razonabilidad y proporcionalidad, de tal manera que dicha actuación guarde relación con los fines a perseguir. Como veremos más adelante, un deber público imputable a la autoridad administrativa, que no está expresamente consagrado, consiste en

473 GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, cit., T. I, pp. 455 y ss.
474 COSCULLUELA MONTANER, *Manual de derecho administrativo*, cit., pp. 165-166.
475 SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de derecho administrativo*, cit., p. 406.
476 Artículo 75º de la Ley N.º 27444.
477 Artículo 75º, inciso 1 de la Ley N.º 27444.

asegurar el mantenimiento del delicado equilibrio existente entre los intereses de los particulares y el interés general, con las dificultades que ello conlleva. Asimismo, el empleo de las facultades otorgadas por la Ley a favor de una autoridad administrativa para fines distintos a los establecidos por la Ley genera la denominada desviación de poder y la nulidad del acto administrativo que se hubiera emitido.

2. *Desempeñar sus funciones siguiendo los principios del procedimiento administrativo previstos en el Título Preliminar de la Ley*[478].

   Esta previsión establecida de manera genérica y considerada, en consecuencia, también un deber público, deja en claro y refuerza la naturaleza obligatoria de los principios contenidos en el título preliminar de la Ley[479]. Este hecho permite usar esta norma como una cláusula implícita, a fin de deducir deberes y obligaciones que no se encuentren señalados de manera expresa en la legislación, e incluso, que no tienen un correlato directo con principios señalados de manera expresa en la Ley, sino que provienen de otros que se consideren propios del derecho administrativo, dado que los principios antes citados, a su vez, no se encuentran enumerados taxativamente en la norma.

3. *Oficialidad del procedimiento.*

   La autoridad administrativa debe encausar de oficio el procedimiento, cuando advierta cualquier error u omisión de los administrados, sin perjuicio de la actuación que les corresponde a ellos[480]. Este deber es la concretización del principio de impulso de oficio, señalado en el Título Preliminar de la Ley y referido en gran parte de la norma materia de estudio, que permite satisfacer la utilidad pública subyacente a todo procedimiento administrativo, sea esta mediata o inmediata[481]. Es por ello que no puede dejarse la tramitación de un procedimiento administrativo a la exclusiva potestad del administrado, aun cuando el trámite haya sido iniciado por interés personal del mismo[482].

4. *Abstención de exigencias indebidas*[483].

   Según esta previsión, la autoridad administrativa debe abstenerse de exigir a los administrados el cumplimiento de requisitos, la realización de trámites, el suministro de información o la realización de pagos

478 Artículo 75º, inciso 2 de la Ley N.º 27444.

479 MORÓN URBINA, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., p. 218.

480 Artículo 75º, inciso 3 de la Ley N.º 27444.

481 Para algunos casos estamos empleando el término *utilidad social*, el mismo que nos parece mucho más determinable que el nulo concepto de *interés público*. A su vez, el término "utilidad social" pretendemos ligarlo no con la concepción utilitarista del mismo sino con su correlato a nivel del bienestar social paretiano, al cual hemos referido reiteradamente.

482 MORÓN URBINA, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., p. 218.

483 Artículo 75º, inciso 4 de la Ley N.º 27444.

que no se encuentren previstos legalmente. Esta obligación opera al amparo de las normas previstas en la Ley sobre simplificación administrativa, a las cuales nos hemos referido con anterioridad y tiene como correlato diversos derechos de los administrados relacionados con el debido proceso administrativo y que las actuaciones sean llevadas de la forma menos gravosa posible.

5. *Realizar las actuaciones a su cargo en tiempo hábil*[484]

De acuerdo con la Ley, este deber se configura para facilitar a los administrados el ejercicio oportuno de los actos procedimentales que les corresponde y pretende asegurar que las autoridades no afecten a los administrados con actuaciones prematuras o extemporáneas[485]. Esta obligación se configura sin perjuicio del régimen de silencio administrativo establecido en la Ley, lo cual permite confirmar que la Administración posee siempre la obligación de resolver.

A su vez, el deber genérico antes señalado resulta ser la contraparte del derecho de los administrados al cumplimiento de los plazos determinados para cada servicio o actuación, así como el derecho al debido proceso en sede administrativa, en términos del llamado plazo razonable para resolver. En tal sentido, este deber funciona propiamente como una obligación de origen legal.

6. *Resolver explícitamente todas las solicitudes presentadas*[486].

La autoridad administrativa, como se ha señalado, posee el deber de resolver sobre el asunto que ha sido sometido a su conocimiento. Como resultado, en primer lugar, el funcionario administrativo no puede dejar de resolver aun cuando exista vacío o deficiencia de la Ley, debiendo emplear en todo caso los principios generales del derecho administrativo. Por otro lado, el silencio administrativo, sea positivo o negativo, resulta ser una garantía a favor del administrado y nunca un mecanismo que exima a la Administración del cumplimiento de sus responsabilidades, cuyo incumplimiento generaría las sanciones respectivas. El administrado, entonces, tiene la potestad de esperar el pronunciamiento expreso de la autoridad administrativa. Asimismo, debemos considerar que este deber es resultado de la puesta en práctica del derecho de petición administrativa, al margen que el resulta de sea favorable al administrado o no.

Finalmente, el deber que estamos describiendo es aplicable salvo en los procedimientos de aprobación automática, en los cuales no se requiere resolución explícita por parte del órgano administrativo. Como correlato, sin embargo, el funcionario administrativo debe

484 Artículo 75º, inciso 5 de la Ley N.º 27444.
485 MORÓN URBINA, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., p. 219.
486 Artículo 75º, inciso 6 de la Ley N.º 27444.

actuar en consideración de la obtención del derecho por parte del particular una vez obtenida la aprobación automática.

7. *Velar por la eficacia de las actuaciones procedimentales*[487]

   Este deber opera procurando la simplificación en los trámites, sin que existan mayores formalidades que las esenciales para garantizar el respeto a los derechos de los administrados o para propiciar certeza en las actuaciones que se realizan en el procedimiento. Por otro lado, el deber que estamos comentando se muestra de naturaleza mixta, pues por un lado se configura como una obligación, al aplicarse a cada procedimiento individualmente considerado; pero además es un deber genérico —deber público— impuesto en interés de la colectividad.

8. *Interpretar las normas administrativas de forma que mejor atienda en fin público al cual se dirigen, preservando razonablemente los derechos de los administrados*[488]

   Este deber merece un comentario aparte. La norma señala que la interpretación de las normas administrativas debe realizarse, de entre varias opciones posibles, de tal manera que se favorezca de mejor manera al fin público que les da origen, sin que ello signifique desconocer los derechos de los administrados. Esta previsión pretende asegurar que la Administración procure el equilibrio entre el interés general y los derechos de los administrados. Y es que existe un principio de *favor libertatis* que anima el comportamiento de la Administración Pública, que está incluso por encima de la interpretación favorable al interés general abstracto, principio contenido en el artículo 1º de la Constitución Política del Perú. En consecuencia, en caso de conflicto entre la interpretación finalista concebida por la Ley y la interpretación *pro libertatis* deberá preferirse la segunda.

9. *Cláusula implícita*[489].

   La Ley señala que los deberes de las autoridades incluyen aquellos otros previstos en la Ley o derivados del deber de proteger, conservar y brindar asistencia a los derechos de los administrados, con la finalidad de preservar su eficacia. Esta es una cláusula abierta, que permite incluir obligaciones implícitas, relacionadas a su vez con los derechos de los administrados en el procedimiento administrativo que establece la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico; así como deberes públicos implícitos, derivados del deber genérico de la Administración Pública de tutelar el bien común.

487 Artículo 75º, inciso 7 de la Ley N.º 27444.
488 Artículo 75º, inciso 8 de la Ley N.º 27444.
489 Artículo 75º, inciso 9 de la Ley N.º 27444.

2. LA COMPETENCIA ADMINISTRATIVA

La autoridad administrativa actúa en una situación de privilegio respecto del administrado, haciendo efectiva una situación de subordinación respecto a él. En consecuencia, la Administración posee un conjunto de potestades que de las cuales puede hacer respecto del administrado a fin de asegurar el cumplimiento de sus finalidades.

Para ello, debe tenerse en cuenta un conjunto de principios de la actuación administrativa, a fin de asegurar que dicha actuación se ajuste a derecho. La Ley establece fundamentalmente cuáles son las atribuciones de las que goza la entidad respectiva, lo cual se conoce en el ámbito administrativo como competencia.

2.1. Competencia administrativa. Generalidades

La competencia administrativa es la aptitud legal expresa que tiene un órgano para actuar, en razón del lugar (o territorio), la materia, el grado, la cuantía y/o el tiempo. Se entiende por competencia, entonces, el conjunto de atribuciones de los órganos y entes que componen la Administración Pública, las mismas que son precisadas por el ordenamiento jurídico[490]. La importancia de la competencia es tal, que sin ella el acto administrativo deviene en nulo.

2.1.1. Alcances de la competencia administrativa

Por una lado, la competencia administrativa es, además de una legitimación jurídica de su actuación, un mecanismo de integración de las titularidades activas y pasivas asignadas a la actividad determinada[491], sean estas potestades —típica titularidad activa— o sean más bien deberes públicos y obligaciones.

Asimismo, toda entidad es competente para realizar las tareas materiales internas necesarias para el eficiente cumplimiento de su misión y objetivos, así como para la distribución de las atribuciones que se encuentran comprendidas dentro de su competencia, distribución que es realizada entre los diversos órganos que componen a aquella[492].

2.1.2. Caracteres de la competencia administrativa

La competencia administrativa está sometida a determinados caracteres que la distinguen de otras instituciones del derecho administrativo, así como de ciertos conceptos provenientes del derecho privado, que pueden ser definidos de la siguiente manera:

490 DROMI, *Derecho administrativo*, cit., p. 522; GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de procedimiento administrativo*, cit., p. 129.

491 MORELL OCAÑA, *Curso de derecho administrativo II*, cit., p. 144.

492 Artículo 61º, numeral 61.2 de la Ley N.º 27444.

1. *Legalidad*

La competencia administrativa tiene su fuente en la Constitución y en la Ley[493], y es reglamentada por las normas administrativas que son derivadas por ellas. Ello implica, de manera directa, que no podría crearse competencias a través de normas reglamentarias[494], a diferencia de cierto sector de la legislación y doctrinas comparadas que señala que mediante reglamento podría ser posible establecer competencias[495]. Asimismo, la Administración solo podría ejercer aquellas facultades que se encuentren señaladas expresamente en la Ley.

Además, y como resultado directo de lo que venimos diciendo, la Administración no puede, unilateralmente, crear entidades —aun cuando las mismas sean empresas públicas o entidades subsidiarias— ni asignarles competencias que no estén expresamente señaladas en la Ley, aun cuando se encuentren sometidas a su tutela. Como ya se ha señalado, no es posible crear entidades públicas a través de un decreto legislativo, salvo que la ley autoritativa lo establezca de manera expresa.

Finalmente, consideramos que no es posible la asignación de competencias por instrumento distinto a la ley formalmente considerada, es decir, por la ley emitida por el Congreso. En nuestra opinión, el principio de legalidad a nivel del concepto de competencia estriba en impedir que la Administración Pública establezca su propia competencia[496], situación que se haría posible de permitirse el establecimiento de competencias vía decreto legislativo, de urgencia o través de normas generales —ordenanzas— emitidas por los gobiernos locales y regionales. La posibilidad de que la Administración establezca su propia competencia implica permitir comportamientos arbitrarios de las entidades que las conforman. Es por ello que solo un ente imparcial, denominado Parlamento, puede establecer las competencias que se asignarán a determinado ente público.

2. *Inalienabilidad*

La autoridad administrativa no puede renunciar a la titularidad de la competencia, ni tampoco puede abstenerse del ejercicio de las atribuciones conferidas a algún órgano administrativo[497]. La Ley

493 BREWER-CARÍAS, *Principios del régimen jurídico de la organización administrativa venezolana*, cit., p. 62.

494 Artículo 61º, numeral 61.1 de la Ley N.º 27444.

495 DROMI, *Derecho administrativo*, cit., p. 311.

496 MORELL OCAÑA, *Curso de derecho administrativo II*, cit., p. 143; MORÓN URBINA, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., p. 196.

497 GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de procedimiento administrativo*, cit., p. 129; BREWER-CARÍAS, *Principios del régimen jurídico de la organización administrativa venezolana*, cit., p. 57.

señala que es nulo todo acto administrativo o contrato que pretenda cualquiera de estas situaciones[498]. Los mecanismos de ejercicio alterno de competencia, a los cuales nos referiremos más adelante, no afectan este principio general, puesto que permiten que la entidad conserve su competencia.

Solo por Ley, o mediante mandato judicial expreso en un caso concreto, se le puede exigir a una autoridad no ejercer alguna atribución administrativa. Esto refuerza la naturaleza indisponible e inalienable de la competencia administrativa[499]. Es evidente, por otro lado, que mediante una norma de rango inferior no puede modificarse la competencia asignada mediante una norma de rango superior. Esta afirmación, sin embargo, vuelve a colocar en discusión la posibilidad de que la autoridad administrativa pueda evitar ejercer la competencia signada indebidamente.

3. *Responsabilidad*

La demora o negligencia en el ejercicio de la competencia o la falta de su ejercicio, cuando ello corresponda, constituye falta disciplinaria imputable a la autoridad respectiva[500], configurándose el ejercicio de la competencia como un deber público. Ello implica también responsabilidad imputable a la Administración como tal, si es que origina un daño a los particulares, así como a la autoridad administrativa propiamente dicha, ya que esta última no depende del régimen laboral al que esté sometido el funcionario público respectivo[501].

4. *Esencialidad*

La competencia es elemento esencial del acto administrativo, y en consecuencia, constituye un requisito de validez del mismo[502]. Evidentemente, la ausencia de competencia, sea respecto al lugar (o territorio), la materia, el grado, la cuantía o el tiempo, acarrearía la nulidad del acto administrativo[503], teniendo en cuenta que en nuestra legislación no existe el concepto de anulabilidad del acto administrativo, extraído indebidamente de la teoría general del acto jurídico, propia del derecho civil.

Asimismo, la incompetencia, por constituir un vicio trascendente, no es susceptible de ser subsanada a través de un acto en enmienda en aplicación del principio de conservación del acto administrativo, al cual nos vamos a referir más adelante al tratar la nulidad del mismo.

498 Artículo 63º, numeral 63.1 de la Ley N.º 27444.
499 Artículo 63º numeral 63.2 de la Ley N.º 27444.
500 Artículo 63º numeral 63.3 de la Ley N.º 27444.
501 Artículo 239º de la Ley N.º 27444.
502 Artículo 3º, numeral 1 de la Ley N.º 27444.
503 GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de procedimiento administrativo*, cit., p. 129.

5. *Fin público*

La competencia administrativa está enfocada a una finalidad de interés común o, en todo caso, de utilidad pública. La autoridad administrativa ejerce su competencia en función del fin público que le da origen a la misma. Situación contraria genera la llamada desviación de poder, que ocurre cuando el acto administrativo se ha dictado con un fin distinto al previsto por el legislador[504].

Para que ocurra la denominada desviación de poder —tan mentada por la doctrina europea— debe haber una autoridad administrativa con competencia, que haga uso de poder para un fin distinto del conferido por la ley[505]. Este concepto constituye un requisito de validez del acto administrativo, razón por la cual la desviación de poder origina la nulidad del mismo.

6. *Jerarquía*

La competencia administrativa opera en términos de jerarquía entre los órganos administrativos que componen la Administración Pública. La competencia asignada a un ente administrativo le corresponde en un nivel determinado dentro del organigrama del mismo, en términos de materia, grado y territorio. Sin embargo, y como veremos a continuación, se presume la desconcentración de la competencia en los órganos de inferior jerarquía al interior de una entidad.

A su vez, se encuentra proscrita, en principio, la posibilidad de intervención de una autoridad administrativa en la competencia de otra, aun cuando aquella sea superior jerárquico de la primera, salvo que se haya autorizado legalmente la avocación.

2.1.3. Competencia desconcentrada

La presunción de competencia desconcentrada se presenta cuando una norma —entiéndase norma con rango de Ley— atribuye a una determinada entidad alguna competencia o facultad sin especificar qué órgano a su interior debe ejercerla. Tradicionalmente, en el derecho administrativo se consideraba que al asignar legalmente atribuciones a un organismo, estas correspondían a su titular, el cual podía delegar dichas atribuciones a órganos jerárquicamente inferiores, si es que lo consideraba conveniente.

Sobre el particular, la Ley señala más bien el principio inverso, que es el que se aplica en la organización de la Administración Pública moderna. Es decir, deberá entenderse que dicha competencia o facultad, cuando se otorga a una entidad determinada, debe corresponderle al órgano de inferior jerarquía de

504 BREWER-CARÍAS, *Principios del régimen jurídico de la organización administrativa venezolana*, cit., p. 62.

505 MORELL OCAÑA, *Curso de derecho administrativo II*, cit., p. 143.

función más similar vinculada a ella en razón de la materia y de territorio, y, en caso de existir varios órganos posibles, al superior jerárquico común[506]. Esta disposición es una novedad en el ordenamiento jurídico peruano, no obstante que podemos encontrar algún antecedente de la misma en el Reglamento de la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada[507].

Es preciso señalar que la desconcentración que venimos señalando opera de manera automática, sin necesidad de norma o acto administrativo alguno que la establezca[508]. Si a ello le agregamos el hecho de que la competencia está señalada en la Ley, podremos concluir que las atribuciones de los órganos inferiores se encuentran plenamente determinadas. Ello además permite acelerar los procedimientos administrativos, propendiendo a una tramitación más eficiente de los expedientes administrativos. Finalmente, la competencia desconcentrada funciona como una regla para determinar la competencia en sentido vertical o competencia jerárquica, es decir, por razón de grado[509].

1. *Competencia de los órganos específicos*

   Particularmente compete a estos órganos desconcentrados resolver los asuntos que consistan en la simple confrontación de hechos con normas expresas o asuntos tales como: certificaciones, inscripciones, remisiones al archivo, notificaciones, expedición de copias certificadas de documentos, comunicaciones o la devolución de documentos[510]. Ello implica que estos asuntos no son, de manera alguna, competencia o atribución del titular de la entidad, al cual se le reserva más bien facultades de dirección, gestión y control.

2. *Competencia de cada entidad*[511]

   Ahora bien, es necesario señalar que cada entidad es competente para realizar las tareas materiales internas que fuesen necesarias para el eficiente cumplimiento de su misión y objetivos, lo cual no resulta ser en absoluto incongruente con los principios de desconcentración que venimos describiendo, puesto que debe entenderse que dichas tareas materiales se encuentran incluidas en las competencias legalmente asignadas. La norma en cuestión resulta ser una copia de la que hemos comentado líneas arriba.

506 Artículo 62º, numeral 62.1 de la Ley N.º 27444.

507 Sin embargo, podemos encontrar un antecedente importante en el artículo 12.3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común española.

508 MORÓN URBINA, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., p. 197.

509 GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de procedimiento administrativo*, cit., p. 130.

510 Artículo 62º, numeral 62.2 de la Ley N.º 27444.

511 Artículo 62º, numeral 62.3 de la Ley N.º 27444.

2.2. Ejercicio de la competencia administrativa

El ejercicio de la competencia es una obligación directa —más propiamente un deber público— del órgano administrativo que la tenga atribuida como propia, salvo el cambio de competencia por motivos de delegación o avocación, según lo previsto en la Ley[512], cambio de competencia que no implica pérdida de la misma por parte de quien delega o quien resulta afectado por la avocación. Ello significa que el ejercicio de la competencia no es una potestad discrecional de la autoridad administrativa, sino una carga directa respecto de los funcionarios públicos[513], la misma que debe ser ejercida de conformidad con el ordenamiento.

Por otro lado, se establece claramente que el encargo de gestión, la delegación de firma y la suplencia —conceptos a los que haremos referencia más adelante— no son supuestos de alteración de la titularidad de la competencia, sino más bien constituyen mecanismos de ejercicio alterno de la misma[514].

2.2.1. Competencia de las entidades consagradas en la Constitución

La competencia de las entidades consagradas en la Constitución no puede ser cambiada, alterada o modificada, bajo ninguna forma jurídica, en mérito del principio de supremacía constitucional. Evidentemente, cualquier disposición en tal sentido resultaría inconstitucional y por ende, inválida[515]. Si bien es cierto esta disposición se nos muestra evidente, debemos tomar en cuenta el hecho de que en muchas oportunidades se ha modificado indebidamente la competencia de organismos constitucionalmente consagrados, razón por lo cual resulta plausible su indicación en la Ley. Se configura entonces como un mecanismo de protección respecto de los organismos constitucionales autónomos frente al poder político.

Sobre el particular, algunos autores suponen que esta previsión podría facultar a una entidad cuyas facultades están consagradas constitucionalmente a negarse a ejercer aquellas consagradas en una norma inconstitucional. Sin embargo, ello supondría asignarle a la Administración Pública la facultad de ejercer control difuso, prerrogativa que evidentemente no posee.

2.2.2. Cambio de la competencia administrativa

El cambio de competencia, sea esta interna o externa, solo procede por motivos organizacionales, dentro del margen de organización interna que posee la entidad en cuestión, y que le proporciona la Ley. Ahora bien este resulta ser un fenómeno poco eficiente, puesto que genera el entorpecimiento de los procedimientos administrativos tramitados al interior de la entidad. Es necesario, en

512 Artículo 65º, numeral 65.1 de la Ley N.º 27444.
513 MORÓN URBINA, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., p. 205.
514 Artículo 65º, numeral 65.2 de la Ley N.º 27444.
515 Artículo 65º, numeral 65.3 de la Ley N.º 27444.

consecuencia, establecer mecanismos para evitar la interrupción de la actividad procesal en cuestión. En efecto , si durante la tramitación de un procedimiento administrativo, la competencia para conocerlo es transferida a otro órgano o entidad administrativa por motivos organizacionales, será este último órgano o entidad el que continuará el procedimiento, sin retrotraer etapas —cuando existan, teniendo en cuenta el principio de unidad de vista— y sin suspender los plazos establecidos[516].

2.3. Delegación

La delegación es el mecanismo de transferencia de competencia por excelencia, mediante el cual un órgano u organismo administrativo determinado traslada parte de su competencia a otro ente u órgano de naturaleza pública. La delegación implica traslación del ejercicio de la competencia, reteniendo el delegante la titularidad de la misma[517]; a diferencia de la descentralización, que implica la pérdida de la competencia de aquel ente respecto del cual se ha extraído dicha competencia, para ser atribuida de manera permanente al ente descentralizado.

La regulación expresa de la delegación era una novedad en el ordenamiento peruano. Si bien el artículo 86º del Texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos hacía referencia a las resoluciones expedidas por delegación, no regulaba como debía establecerse esta, ni las limitaciones existentes para su ejercicio. Evidentemente, debía entenderse que dichas facultades de delegación deben estar expresamente conferidas por la ley para cada caso concreto.

En este orden de ideas, y de acuerdo con la legislación peruana, las entidades públicas pueden delegar el ejercicio de competencia conferida a sus órganos a otras entidades, siempre y cuando existan circunstancias de índole técnica, económica, social o territorial que así lo ameriten[518]. Ahora bien, solo cabe delegación propiamente dicha entre entidades distintas de la Administración Pública. Cuando se transfiere competencia al interior de una entidad administrativa se habla más bien de desconcentración[519] y no de delegación[520].

516 Artículo 66º de la Ley N.º 27444.

517 SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de derecho administrativo*, cit., p. 421.

518 Artículo 67º, numeral 67.1 de la Ley N.º 27444.

519 BREWER-CARÍAS, *Principios del régimen jurídico de la organización administrativa venezolana*, cit., pp. 59-60.

520 Algún sector de la doctrina no resulta tener esta misma posición. Sobre el particular: MORÓN URBINA, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., p. 207. En el caso español: GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de procedimiento administrativo*, cit., p. 131; PARADA VÁSQUEZ, *Derecho administrativo*, cit., T. II, p. 53. En el caso español ello ocurre porque ellos distinguen claramente entre delegación intersubjetiva y delegación interorgánica.

Por otro lado, de la norma en cuestión no se deduce que sea posible la delegación a favor de personas jurídicas que no sean públicas. Sin embargo, la propia Ley, en el artículo I del Título Preliminar, permite deducir que es posible ejercer función administrativa a través de la delegación efectuada por el Estado, conforme a lo establecido por leyes especiales. De hecho, y como lo hemos señalado en su momento, existen convenios celebrados entre el Estado y determinadas instituciones a través de las cuales se delegan determinadas facultades administrativas. Una vez efectuada la delegación, y en mérito del ejercicio de la función administrativa, las entidades no estatales a las que se les ha delegado dichas funciones son consideradas entidades públicas para determinados efectos administrativos.

Como resultado, los actos administrativos emitidos por delegación indican expresamente esta circunstancia y son considerados emitidos por la entidad delegante y no por la entidad delegada[521], previsión que resulta de especial importancia a efectos de la impugnación, sea administrativa o judicial. Por otro lado, y mientras dure la delegación, el delegante no podrá ejercer la competencia que hubiese delegado, salvo los supuestos en que la Ley permita la avocación, a la que haremos referencia posteriormente[522].

Asimismo, dicha decisión del cambio de competencia deberá ser notificada a los administrados comprendidos en el procedimiento en curso con anterioridad a la resolución que se dicte. Ello dado que el cambio de competencia puede afectar en forma peyorativa al administrado y el mismo debe estar debidamente preparado para ello. Si es que el cambio de competencia afecta negativamente los intereses del administrado, este último se encontraría facultado para la interposición de los recursos respectivos.

Finalmente, los cambios de competencia por delegación son temporales, puesto que operan por un plazo o pueden estar sometidos a una condición determinada; deben de ser motivados, basándose en los supuestos establecidos por la Ley; y su contenido debe estar referido a una serie de actos o procedimientos señalados en el acto que lo origina[523]. Esto último implica, para el caso de la delegación, que la misma debe ser objetiva y no estar referida a situaciones particulares o a casos específicos[524].

2.3.1. Atribuciones indelegables

De conformidad con la Ley, existen ciertas facultades indelegables, que son las siguientes[525]:

521 Artículo 67º, numeral 67.4 de la Ley N.º 27444.
522 Artículo 67º, numeral 67.3 de la Ley N.º 27444.
523 Artículo 70º de la Ley N.º 27444.
524 MORÓN URBINA, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., p. 210.
525 Artículo 67º, numeral 67.2 de la Ley N.º 27444.

1. Las atribuciones esenciales del órgano, las cuales justifican su existencia. Entre ellas podemos encontrar, por ejemplo, las potestades sancionadoras o de resolución de conflictos entre particulares —a través del procedimiento trilateral— conferidas expresamente a la entidad por la legislación.
2. Las atribuciones para emitir normas generales, como los reglamentos u otras normas correspondientes a su jerarquía[526]. Es necesario recordar que los reglamentos o las normas administrativas no son actos administrativos y en consecuencia no forman parte de la actividad procesal de la entidad pero sí pueden regular la misma.
3. Las atribuciones para resolver recursos administrativos en los órganos que hayan dictado los actos objeto de recurso[527]. Caso contrario se generaría, en la práctica, que el mismo órgano que lo emitió resuelva un recurso jerárquico, lo cual desnaturalizaría el mismo.
4. Las atribuciones que a su vez fueron recibidas en delegación, a fin de evitar una indebida cadena de delegaciones, con el consiguiente riesgo de inseguridad jurídica.

La existencia de atribuciones indelegables es una obvia limitación a la discrecionalidad en el empleo de facultades de delegación que puedan ejercer las entidades, no obstante que estén expresamente autorizadas para ello.

2.3.2. Deber de vigilancia del delegante

El delegante tendrá siempre la obligación de vigilar la gestión del delegado, y podrá ser responsable con este por la llamada culpa en la vigilancia. La previsión deberá entenderse, a nuestro parecer, en términos de responsabilidad solidaria, a efectos de la responsabilidad administrativa corporativa y también respecto de la responsabilidad que pueda imputarse a los funcionarios responsables[528]. Es decir, deberá ser posible que los particulares puedan optar entre hacer efectiva la responsabilidad de la entidad que ejercía la delegación, hacer efectiva la responsabilidad de la entidad delegante, o de ambas a la vez; a fin de cautelar debidamente su derecho. Ello, sin perjuicio de la facultad de la autoridad administrativa de repetir contra quien resulte directamente responsable del daño originado.

2.3.3. Extinción de la delegación de la competencia administrativa

La delegación de la competencia administrativa no es permanente. En mérito de ello, es susceptible de extinguirse, lo cual genera que la entidad delegante recupere el ejercicio directo de la competencia que le había sido asignada por

526 GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de procedimiento administrativo*, cit., p. 132.
527 GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de procedimiento administrativo*, cit., p. 132.
528 Artículo 68º de la Ley N.º 27444.

el ordenamiento jurídico. Ahora bien, existen ciertas situaciones que generan la extinción de la delegación[529], que son las siguientes:

1. Por revocación o avocación[530]. Es decir, la entidad delegante puede, en circunstancias determinadas, revocar el acto administrativo por el cual otorgó la delegación; o sino, avocarse al conocimiento de las atribuciones que fueron delegadas, cuando lo permite la Ley[531]. Ello ocurre porque la entidad delegante no ha perdido de manera alguna la porción de competencia que ha transferido a la autoridad delegada.
2. Por el cumplimiento del plazo o la condición previstos en el acto de delegación[532]. Si bien es cierto, la Ley no expresa que deba señalarse el plazo de delegación, debe entenderse que el mismo constituye un requisito de validez de la misma. Ello es congruente a la vez con la naturaleza temporal de la delegación, a la cual hemos hecho referencia. Sin embargo, el acto de delegación puede expresar también una condición resolutiva, cumplida la cual se extingue la delegación. Esto puede darse, por ejemplo, cuando se otorga la delegación para un conjunto de funciones cuya necesidad se agota en un momento determinado.

2.4. Avocación de competencia de una autoridad administrativa

La avocación consiste en la adquisición de competencia de un órgano por parte de otro por decisión unilateral de este último. En principio, no es posible que dicha situación se dé respecto de órganos que corresponden a entidades distintas de la Administración Pública. Sin embargo, la Ley de Procedimiento Administrativo general preceptúa que la legislación puede establecer casos excepcionales de avocación de conocimiento, por parte de los superiores, en razón de la materia, o de la particular estructura de cada entidad[533]. Ello implica que la avocación del superior jerárquico respecto a su subordinado no es una potestad intrínseca, sino que debe ser establecida por la ley de manera expresa[534].

Este primer supuesto ocurre en el caso de que la competencia del órgano inferior sea originaria, es decir, no sea resultado de delegación alguna. En este caso se da un supuesto de adquisición de competencia por parte del órgano superior. Esta es la razón por la cual los supuestos son excepcionales, puesto que las competencias se asignan también por razón de grado, de tal manera

529 Artículo 67º, numeral 67.5 de la Ley N.º 27444.
530 GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de procedimiento administrativo*, cit., p. 133.
531 MORÓN URBINA, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., p. 208.
532 GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de procedimiento administrativo*, cit., p. 133.
533 Artículo 69º, numeral 69.1 de la Ley N.º 27444.
534 MORÓN URBINA, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., p. 209. Para el caso venezolano: BREWER-CARÍAS, *Principios del régimen jurídico de la organización administrativa venezolana*, cit., p. 61.

que, en principio, una autoridad no puede invadir competencias de otra aun cuando esta última sea inferior jerárquicamente respecto de aquella. Por otro lado, debe entenderse que la avocación no puede ser genérica, sino que se da respecto a casos particulares, considerados excepcionales[535]. Es por ello precisamente que se exige autorización legislativa para ejercer la avocación a fin de evitar tratos discriminatorios o aquellos en los cuales se genere una indebida intervención política[536].

Ahora bien, cuando existe delegación expresa, la autoridad delegante podrá avocarse al conocimiento y decisión de cualquier asunto concreto que corresponda decidir a otra en virtud de la delegación[537]; dándose en este caso más bien un supuesto de readquisición de competencia administrativa como resultado de la decisión de la entidad delegante. Ello debería implicar, sin embargo, el cumplimiento de determinados requisitos establecidos por ley, puesto que en principio no cabe que el delegante asuma la competencia que ha delegado[538], salvo que se autorice la avocación. Si la avocación en caso de delegación pudiera darse siempre, la previsión antes indicada carecería por completo de sentido.

2.4.1. Características y requisitos de la avocación de la competencia administrativa

Al igual que en el caso de la delegación, la Ley señala que el cambio de competencia por avocación es temporal —salvo evidentemente el caso de la readquisición de competencia por parte de la entidad delegante—; debe de ser motivado basándose en los supuestos establecidos por la Ley; y su contenido debe estar referido a una serie de actos o procedimientos que a su vez sean señalados en el acto que origina la citada avocación[539]. En el caso de la avocación, esto último implica que la misma también debe ser objetiva y no estar referida a situaciones particulares de los administrados, de tal manera que se generen situaciones discriminatorias. A diferencia de la delegación, la avocación puede referirse a casos específicos, estableciéndose de manera expresa las razones de la adquisición de competencia.

Asimismo, dicha decisión deberá ser notificada a los administrados comprendidos en el procedimiento en curso con anterioridad a la resolución que se dicte. El cambio de competencia puede afectar en forma peyorativa al administrado y el mismo debe estar debidamente preparado para ello. Si es que el cambio de competencia afecta negativamente los intereses del administrado, este último se encontraría facultado para la interposición de los recursos respectivos[540], en

535 SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de derecho administrativo*, cit., p. 433.
536 PARADA VÁSQUEZ, *Derecho administrativo*, cit., T. II, p. 58.
537 Artículo 69º, numeral 69.2 de la Ley N.º 27444.
538 Artículo 67º, numeral 67.3 de la Ley N.º 27444.
539 Artículo 70º de la Ley N.º 27444.
540 Ello ocurre a diferencia de la legislación de otros países, como por ejemplo la española. Sobre el particular: GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de procedimiento administrativo*, cit., p. 133.

ejercicio de su derecho de contradicción. En caso contrario, la avocación realizada de manera indebida podría emplearse como parte del sustento del recurso que se interponga contra la resolución final que se emita en el procedimiento[541].

2.5. Encargo de gestión

En muchos casos se requiere que un órgano administrativo traslade ciertas facultades operativas a otros órganos a fin de realizar de manera más eficiente su labor. Para ello se emplea el encargo de gestión, que consiste en la posibilidad que la realización de actividades con carácter material, técnico o de servicios de competencia de un órgano sea encargado a otros órganos o entidades. Como hemos señalado, dicho traslado se da por razones de eficacia, o cuando la entidad —u órgano— encargada posea los medios idóneos para su desempeño por sí misma[542], medios idóneos que no posee el órgano que efectúa el encargo.

El encargo de gestión, al igual que la delegación, se da entre entidades distintas de la Administración Pública, puesto que cuando se transfieren competencias o facultades operativas al interior de una entidad se habla propiamente de desconcentración, como veremos más adelante[543]. Como resultado, el encargo de gestión es un importante mecanismo de colaboración administrativa.

Esta institución se regula de manera genérica por primera vez en nuestra legislación, puesto que no la encontrábamos en ninguna de las normas de procedimiento precedentes, no obstante que ha sido común observar convenios en los cuales se ha encargado determinadas actividades a determinados órganos o entes de la Administración por parte de otros. Dichos convenios eran regulados por normas específicas, diseminadas por el ordenamiento jurídico administrativo, siendo necesario que se genere un tratamiento unificado de la institución, como ocurre en la doctrina y el derecho comparado.

Ahora bien, encontramos importantes diferencias entre el encargo de gestión y la delegación. En primer lugar, el encargo de gestión no implica transferencia de competencia, la misma que es conservada por el órgano delegante[544]. Asimismo, el encargo de gestión se confiere para la realización de actividades operativas o materiales, a diferencia de la delegación, que implica además la transferencia de facultades decisorias[545]; lo cual genera la imposibilidad de que

541 MORELL OCAÑA, *Curso de derecho administrativo II*, cit., p. 352.

542 Artículo 71º, numeral 71.1 de la Ley N.º 27444.

543 Y es que resulta un despropósito extender el encargo de gestión a órganos de una misma entidad, puesto que el deber de colaboración entre órganos basta para hacer efectiva la realización de actividades operativas. Sobre el particular: PARADA VÁSQUEZ, *Derecho administrativo*, cit., T. I, p. 57. A mayor abundamiento, resulta imposible la celebración de *convenios* —en la definición técnica del término— al interior de un organismo público, conformado por órganos, que por definición carecen de autonomía.

544 MORÓN URBINA, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., p. 212.

545 SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de derecho administrativo*, cit., pp. 427-428.

el órgano encargado emita actos administrativos. Finalmente, la delegación se hace efectiva mediante un acto administrativo, mientras que el encargo de gestión, por ser un mecanismo de colaboración administrativa, se formaliza mediante convenio, como veremos seguidamente.

2.5.1. Formalización del encargo de gestión

El encargo de gestión es formalizado mediante convenio, en el cual deberá señalarse en forma expresa la mención de la actividad o actividades a las que se afecte, el plazo de vigencia del encargo, la naturaleza y su alcance[546]. Ello implica que el encargo de gestión, en primer lugar, debe estar definido materialmente. Asimismo, el encargo de gestión es por definición temporal y no puede exceder el plazo señalado en la resolución que lo establece. Finalmente, el convenio debe definir el tipo de encargo que se está realizando, y cuál es el alcance de dicho encargo en términos de atribuciones y facultades.

El convenio es una figura particular dentro del derecho administrativo moderno. La figura aparece solamente tres veces en la Ley del Procedimiento Administrativo General, en dos de los casos referidos a mecanismos de cooperación y en uno de ellos a la posibilidad de que se celebren entre particulares en el ámbito de los procedimientos trilaterales. Ello demuestra un tratamiento poco orgánico de la institución, puesto que el ordenamiento jurídico peruano no define de una manera adecuada qué debe entenderse por convenio. De acuerdo con la generalidad de la doctrina, debe entenderse por convenio todo acuerdo en el cual participa la Administración Pública. En primera instancia, el convenio tiene una relación de género a especie con el contrato público, puesto que este último tiene naturaleza patrimonial. Sin embargo, cuando se habla de convenio, debe entenderse que es el acuerdo de la Administración que a su vez no configura contrato, y además, en principio, celebrado entre distintos entes de la misma[547]. En tal sentido, el acuerdo que genera el encargo de gestión carecería, en principio, de contenido patrimonial.

2.5.2. Responsabilidades que asume la entidad que realiza el encargo de gestión

En el encargo de gestión no nos encontramos ante un supuesto de transferencia o traslación de competencia, sino ante un caso de ejercicio alterno de la misma. En consecuencia, el órgano que encarga la gestión mantiene de manera integral la titularidad de la competencia —situación que distingue claramente el encargo de gestión de la delegación— y mantiene la responsabilidad por

546 Artículo 71º, numeral 71.2 de la Ley N.º 27444.

547 En este caso, se convertirá en un acuerdo no contractual, puesto que no existen finalidades distintas entre las partes, situación que sí se da respecto del contratista en el marco de los contratos administrativos. Sobre el particular: DROMI, *Derecho administrativo*, cit., pp. 346-347.

ella, debiendo supervisar de manera directa la actividad que se va a realizar[548]. Nos encontramos nuevamente ante supuestos de responsabilidad objetiva de la Administración Pública, la misma que debe considerarse compartida con el órgano que se encarga de manera directa de la gestión. La ley, sin embargo, no hace referencia alguna a la existencia de solidaridad respecto a quien ejerce el encargo y la entidad que encarga las funciones en cuestión.

2.5.3. Encargos de gestión a personas jurídicas no estatales

La necesidad de establecer mecanismos de colaboración entre la Administración Pública y la actividad privada permite establecer la posibilidad de que puedan hacerse efectivos encargos de gestión a personas jurídicas no estatales. Dicho mecanismo requiere sin embargo algunos requisitos[549]. En primer lugar, la entidad debe estar facultada mediante norma con rango de Ley a efectuar el encargo de gestión, sin que baste la autorización genérica establecida por la Ley. Como un requisito material, además, se requiere que dicho encargo se sustente en razones de índole técnico y presupuestal[550], es decir, cuando la entidad no estatal posea medios más idóneos o cuando el costo de la realización de la actividad por parte de la entidad resulte más oneroso que el costo generado por el ente encargado.

Debe tenerse en cuenta que dicho encargo —que se hace efectivo mediante convenios— deberá realizarse con sujeción al derecho administrativo y no en mérito del derecho privado[551]. En consecuencia, el convenio que se suscriba se regula mediante normas provenientes del régimen exorbitante que favorece a la Administración Pública y no del régimen común establecido en las normas civiles o comerciales. A diferencia de los contratos de concesión, el encargo de gestión implica un mecanismo de gestión mixta, lo cual le otorga una regulación distinta.

2.6. Delegación de firma

La delegación de firma es la facultad que tienen los titulares de los órganos administrativos de delegar, mediante comunicación escrita, la firma de actos y

548 Artículo 71º, numeral 71.2 de la Ley N.º 27444.

549 Artículo 71º, numeral 71.4 de la Ley N.º 27444.

550 Debe entenderse que existe un error material en la redacción de la norma, puesto que el anteproyecto de la misma indicaba el término *presupuestal*, mientras el texto señala *presupuestado*. Es obvio que el primero es el término correcto, dado el contexto de lo que se regula.

551 Previsión importante que impide precisamente que pueda burlarse la aplicación del derecho administrativo en el encargo de gestión. En el derecho español, por ejemplo, se encuentra prohibido el encargo de gestión a favor de entidades sometidas al derecho privado, lo cual incluye a las empresas públicas. Sobre el particular: PARADA VÁSQUEZ, *Derecho administrativo*, cit., T. II, p. 57; SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de derecho administrativo*, cit., p. 428.

decisiones de su competencia. Esta figura puede ejercerse en sus inmediatos subalternos, o respecto a los titulares de los órganos o unidades administrativas que de ellos dependan, lo cual incluye las relaciones de jerarquía, resultando discutible su aplicación a algunos casos de relaciones de tutela[552]. La delegación de firma, como es obvio, no es un mecanismo de traslación de competencias, ni de asignación de facultades operativas[553], sino tan solo un medio de ejercicio de competencia de naturaleza instrumental[554], que permite hacer operativo el procedimiento administrativo.

En este supuesto, el delegante es el único responsable y el delegado solo se limita a firmar lo que ha sido resuelto por aquel[555]. Ello implica que esta figura permite tan solo la suscripción del acto de manera operativa, sin que el funcionario delegado pueda tomar decisión alguna respecto a las cuestiones de fondo relativas a aquel[556]. Por ello, el delegado debe suscribir los actos con la anotación *"por"*, seguido del nombre y cargo del delegante[557], a fin de establecer con claridad en mérito de qué condición se suscribe el acto en cuestión. El mecanismo que venimos describiendo permite no solo el conocimiento de la autoridad competente por parte del administrado, sino también por parte de las propias entidades.

2.6.1. Límites a la delegación de firma

Este mecanismo no puede emplearse en el caso de resoluciones de procedimientos sancionadores[558] ni en aquellas que agoten la vía administrativa[559]. En el primer caso, la necesidad de dotar al procedimiento sancionador de la mayor cantidad de garantías posibles genera la necesidad de que sea necesariamente la autoridad a la que le corresponde resolver la que suscriba la resolución en cuestión, máxime si en el procedimiento sancionador la regla general es la de diferenciar la autoridad instructora de la que decide la aplicación de la sanción[560]. En el segundo caso, se pretende evitar que la delegación de firma pueda implicar la emisión de resoluciones que agotan la vía administrativa por parte

552 La doctrina restringe la delegación de firma a órganos jerárquicamente subordinados: MORÓN URBINA, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., p. 213. Para el caso venezolano: BREWER-CARÍAS, *Principios del régimen jurídico de la organización administrativa venezolana*, cit., p. 58.

553 SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de derecho administrativo*, cit., p. 426.

554 MORÓN URBINA, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., p. 213.

555 Artículo 72º, numeral 72.2 de la Ley N.º 27444.

556 MORELL OCAÑA, *Curso de derecho administrativo II*, cit., p. 352. Para el caso venezolano: BREWER-CARÍAS, *Principios del régimen jurídico de la organización administrativa venezolana*, cit., p. 58.

557 Artículo 72º, numeral 72.3 de la Ley N.º 27444.

558 PARADA VÁSQUEZ, *Derecho administrativo*, cit., T. II, p. 56.

559 Artículo 72º, numeral 72.1 de la Ley N.º 27444.

560 Artículo 234º, inciso 1 de la Ley N.º 27444.

de quienes emitieron la resolución que fuera impugnada, con el consiguiente conflicto de interés que ello pueda generar.

Por otro lado, es obvio que a la delegación de firma le afectan los mismos límites materiales que a la delegación propiamente dicha. Esta previsión, si bien no se encuentra señalada en el derecho peruano, está claramente definida en el derecho comparado[561]. Ahora bien, podría pensarse que solo tiene sentido la precisión cuando se encuentra autorizada la delegación al interior de las entidades administrativas; sin embargo, debe tenerse en cuenta que, si un órgano no puede delegar ciertas facultades en órganos fuera de la entidad, se debe a la necesidad de crear garantías de ejercicio de competencia a favor del administrado y la gestión administrativa. Las mismas garantías son aplicables a la delegación de firma, máxime si esta última se da al interior de la entidad.

2.7. Suplencia

Ciertos principios administrativos, como los de debido procedimiento, celeridad y predictibilidad generan que el procedimiento administrativo deba seguir una secuencia continua, aun cuando el cargo instructor no posea titular temporalmente. En consecuencia, el desempeño de los cargos de los titulares de los órganos administrativos puede ser suplido temporalmente en caso de vacancia o ausencia justificada, por quien designe la autoridad competente para efectuar el nombramiento de aquellos[562]. Dicha autoridad competente normalmente resulta ser el superior jerárquico.

La suplencia permite garantizar la continuidad del procedimiento que venimos señalando. Dicha institución impide la dilación o detención indebida de los procedimientos administrativos, que pueda ser generada por la falta o ausencia de la autoridad que debe tramitar y/o resolver el procedimiento. Dicha falta o ausencia puede ser temporal, y darse como resultado de vacaciones del titular, enfermedad, cumplimiento de comisiones de trabajo u otras situaciones justificadas. La suplencia puede darse también en situaciones de vacancia del titular del cargo y mientras se nombra a un nuevo funcionario para que desempeñe el cargo, proceso este último que puede demandar algún tiempo y que requiere una solución, por lo menos provisional.

2.7.1. Funciones del suplente de un cargo administrativo

El suplente sustituye al titular para todo efecto legal, ejerciendo las funciones del órgano con la plenitud de los poderes y deberes que dichas funciones contienen[563], lo cual implica no solo la realización de actividades operativas, sino también las de índole decisoria o formal, lo cual implica la emisión de actos

561 PARADA VÁSQUEZ, *Derecho administrativo*, cit., T. II, p. 56; SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de derecho administrativo*, cit., p. 426.

562 Artículo 73º, numeral 73.1 de la Ley N.º 27444.

563 Artículo 73º, numeral 73.2 de la Ley N.º 27444.

administrativos[564]. Ello no implica que se haya generado una transferencia de competencia, sino más bien que la misma sea asumida temporalmente por otra persona, ocurriendo más bien el traslado temporal de la titularidad del cargo[565].

Si no es designado titular o suplente, el cargo es asumido transitoriamente por quien le sigue en jerarquía en dicha unidad. Si existe más de uno con igual nivel, desempeñará el cargo quien tenga mayor vinculación a la gestión del área que suplirá. Ahora bien, de persistir la equivalencia, desempeñará el cargo quien posea mayor antigüedad. En todos los supuestos mencionados, el desempeño del cargo será de forma interina[566].

2.8. Desconcentración de la titularidad de la competencia

Dado que el encargo de gestión y la delegación se generan entre órganos de distintas entidades, es necesario establecer mecanismos que generen transmisión de titularidad al interior de las mismas. A ello se denomina en general desconcentración[567]. En consecuencia, la titularidad, así como el ejercicio de competencia, que haya sido asignada a los órganos administrativos, se debe desconcentrar en otros órganos jerárquicamente dependientes de aquellos[568]. Esta previsión es enteramente concordante además con la presunción de competencia desconcentrada[569], a la cual hemos referido anteriormente, puesto que debe suponerse que la competencia se encuentra asignada al órgano de inferior jerarquía de función más similar en mérito de la materia y el territorio.

Los órganos de dirección de las entidades se encuentran, en consecuencia, ampliamente descongestionados, liberados de cualquier rutina de ejecución, de emitir comunicaciones ordinarias y de las tareas de formalización de actos administrativos, con el objeto de que dichos órganos puedan concentrarse en actividades de planeamiento, supervisión, coordinación, control interno de su nivel y en la evaluación de resultados[570].

Esta previsión, compatible con las disposiciones existentes sobre simplificación administrativa, permite un funcionamiento eficiente de la Administración Pública, estableciendo un mecanismo de racionalización de las actividades y de adecuada distribución de labores[571]. A la vez, pertenece a conceptos avanzados

564 El ordenamiento jurídico peruano no parece haber determinado la posibilidad de limitaciones al ejercicio de las facultades en cuestión, como podría establecerse en el derecho comparado. Sobre el particular: MORELL OCAÑA, *Curso de derecho administrativo II*, cit., p. 353.

565 MORÓN URBINA, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., p. 214; PARADA VÁSQUEZ, *Derecho administrativo*, cit., T. II, p. 56.

566 Artículo 73º, numeral 73.3 de la Ley N.º 27444.

567 PAREJO ALFONSO, *Manual de derecho administrativo. Parte general*, cit., p. 317.

568 Artículo 74º, numeral 74.1 de la Ley N.º 27444.

569 Artículo 62º, numeral 62.1 de la Ley N.º 27444.

570 Artículo 74º, numeral 74.2 de la Ley N.º 27444.

571 INSTITUTO LIBERTAD Y DEMOCRACIA, *La simplificación administrativa: primer paso hacia la desburocratización*, cit., pp. 42-43.

de organización funcional, en la cual la incluso la autoridad tiende a decantarse entre unidades que desempeñan determinadas actividades concretas[572].

Como resultado, a los órganos jerárquicamente dependientes se les transfiere competencia para emitir resoluciones, con el objeto de aproximar a los administrados las facultades administrativas que conciernen a sus intereses[573], permitiendo un acercamiento de los mismos a la entidad en cuestión[574]; operación que les permite además un amplio margen de acción en materia de gestión. Dicha transferencia no es propiamente una delegación, sino más bien un mecanismo de ejercicio eficiente de la labor de la emisión de actos administrativos al interior de una entidad, máxime si la desconcentración tiene carácter permanente. La desconcentración permite entonces que los funcionarios de menor rango acepten responsabilidad y apliquen su juicio. No solo sirve para capacitar, sino que mejora la confianza. Finalmente, la desconcentración funcional conduce a mejores decisiones y en forma más rápida. Para ello, se debe proporcionar los recursos que sean necesarios y suficientes. Estos recursos pueden ser financieros, administrativos, humanos o de tiempo. Sin ellos, es imposible que el funcionario administrativo de rango inferior pueda realizar la tarea asignada como resultado de la desconcentración administrativa.

2.8.1. Impugnación contra actos administrativos emitidos en el ejercicio de la competencia administrativa desconcentrada

El órgano que ha transferido la competencia en mérito de la desconcentración mantiene las facultades de supervisión propias de la relación de jerarquía existente, que incluyen las previsiones de revisión de actos administrativos[575]; relación de jerarquía que en definitiva muestra la diferencia sustancial existente entre la desconcentración administrativa y la descentralización[576]. En consecuencia, cuando proceda la impugnación contra actos administrativos emitidos en ejercicio de la competencia desconcentrada, corresponderá resolver dicha impugnación a quien haya transferido la misma, salvo evidentemente disposición legal en contrario[577]. Esta previsión pretende evitar además que la desconcentración se convierta en un mecanismo a través del cual la autoridad que transfiere se exima de su obligación de resolver la controversia.

3. CONFLICTOS DE COMPETENCIA

En la lógica de las relaciones entre entidades u órganos de la Administración Pública, queda claro que en el ejercicio de la competencia administrativa también puede

572 VAL PARDO, *Administración de entidades públicas*, cit., pp. 150-151.
573 Artículo 74º, numeral 74.3 de la Ley N.º 27444.
574 PARADA VÁSQUEZ, *Derecho administrativo*, cit., T. II, p. 46.
575 Para una posición distinta: MORELL OCAÑA, *Curso de derecho administrativo II*, cit., p. 347.
576 Sobre el particular: ABUGATTAS GIADALAH, Gattas, "Descentralización y desconcentración como modelos posibles de organización estatal", en *Foro Jurídico*, N.º 2, Lima, 2003, p. 182.
577 Artículo 74º, numeral 74.4 de la Ley N.º 27444.

darse un conjunto de eventos que pueden generar controversia en el ejercicio de la misma. El más importante de ellos es el denominado conflicto de competencia, al cual haremos referencia a continuación.

3.1. Control de la competencia administrativa

A fin de asegurar la tramitación válida de los procedimientos administrativos, así como la validez de los actos administrativos que se emiten, la Ley establece que las autoridades, de oficio, deben asegurarse de la idoneidad de su propia competencia para proseguir con el normal desarrollo del procedimiento[578]. Si la autoridad determina su incompetencia, deberá remitir el expediente a aquella que la misma considere competente[579]. Cuando la autoridad a la que se remite la documentación tampoco se considera competente, se genera el conflicto negativo de competencia, al cual aludiremos más adelante.

Esta disposición tiene por finalidad evitar posteriores declaraciones de nulidad del procedimiento o de la resolución que le pone término, así como las declinatorias de competencia una vez efectuado un importante avance en la tramitación del expediente; o los conflictos de competencia que puedan generarse en adelante, hechos que afectan la eficiencia en la tramitación de los procedimientos administrativos y el derecho de los administrados a un seguimiento adecuado de los mismos.

Como veremos más adelante, la generación de conflictos de competencia o la nulidad de los procedimientos afecta no solo a los administrados, sino además a la utilidad pública que es la materia que debe priorizar la actuación administrativa. El conflicto de competencia es en buena cuenta un problema de gestión, que, sin embargo, resulta funcional a la tramitación de los procedimientos en tanto permita corregir situaciones ineficientes al interior de la entidad al emplearse los mecanismos adecuados para corregir los conflictos.

3.2. Criterios y oportunidad del control de la competencia administrativa

Para hacer efectivo el control de la competencia administrativa, las entidades deberán tener en cuenta los criterios aplicables al caso concreto de la materia, el territorio, el tiempo, el grado o la cuantía, conceptos que en su momento hemos cumplido con definir en el presente trabajo. Para ello debe verificarse además el objeto del procedimiento en cuestión.

La verificación de la competencia, por otro lado, deberá ser realizada inmediatamente después de recibida la solicitud o en el momento de la disposición de la autoridad superior que ordena la iniciación del procedimiento, en el caso de

578 Artículo 80º de la Ley.

579 Concepción adoptada incluso por la doctrina y jurisprudencia comparadas. Sobre el particular: GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de procedimiento administrativo*, cit., p. 129.

los procedimientos de oficio[580]. Es importante señalar que la falta de verificación en la debida oportunidad puede generar responsabilidad administrativa de la autoridad respectiva.

3.3. Incompetencia administrativa

La incompetencia administrativa es la situación que se genera cuando la autoridad administrativa carece de las atribuciones o la aptitud legal para la tramitación del procedimiento en cuestión. Dicha incompetencia puede ser declarada de oficio, una vez apreciada conforme al artículo 80º de la Ley, antes referido y comentado; o a instancia de los administrados, sea por el órgano que conoce del asunto, o por el superior jerárquico del mismo[581]. En este último caso, como resultado de la relación de jerarquía, el superior jerárquico posee, por mandato de la Ley, la posibilidad de determinar la incompetencia de sus subordinados.

A lo indicado en el párrafo precedente debe agregarse que en ningún caso los niveles inferiores pueden sostener competencia con un superior jerárquico, estando facultados únicamente para exponer las razones de su discrepancia, en mérito del principio de jerarquía administrativa[582]. Cuando hablamos de sostenimiento de competencia, nos referimos al hecho de que una autoridad establezca su competencia para el trámite en cuestión, no obstante que el superior jerárquico ha indicado, en su caso, la competencia o incompetencia del mismo. En consecuencia, no cabe el conflicto de competencia entre órganos jerárquicamente relacionados, puesto que prevalecerá la decisión del superior[583].

3.4. Declinación de competencia

Como resultado de la obligación de verificar su propia competencia, el órgano administrativo que se estime incompetente para la tramitación o resolución de un asunto, sea ello a solicitud de parte o de oficio, remite directamente las actuaciones al órgano que la autoridad considere competente[584]. Dicha actuación debe ser conocida por el administrado[585], a fin de que el mismo pueda ejercer su derecho de defensa, dada la posibilidad de que la decisión origine indefensión[586].

Por otro lado, el órgano que declina su competencia puede adoptar, las medidas cautelares necesarias para evitar daños graves o irreparables a la entidad

580 MORÓN URBINA, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., p. 226.

581 Artículo 81º, numeral 81.1 de la Ley N.º 27444.

582 Artículo 81º, numeral 81.2 de la Ley N.º 27444.

583 GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de procedimiento administrativo*, cit., p. 145.

584 De igual manera se pronuncia el derecho comparado: PARADA VÁSQUEZ, *Derecho administrativo*, cit., T. II, p. 63.

585 Artículo 82º, numeral 82.1 de la Ley.

586 Posición contraria a la expuesta puede encontrarse en: MORÓN URBINA, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., p. 228.

o a los administrados, siempre y cuando la solicitud en cuestión haya sido presentada por alguna de las partes, y solo podrán adoptarse dichas medidas hasta que otro órgano asuma la competencia. Dicha medida debe ser necesariamente comunicada al órgano que se considera competente[587], a fin de que este mantenga la medida o la revoque si es que la misma ya no es pertinente.

3.5. Presentación de escritos ante organismo incompetente

Cuando sea ingresada una solicitud que se estima competencia de otra entidad, la institución receptora —la autoridad a la cual va dirigida la solicitud, nunca la unidad de trámite documentario, la misma que se encuentra encargada únicamente de labores de recepción— debe remitir la misma a aquella entidad que considere competente, comunicando dicha decisión al administrado[588], sin que pueda declarar inadmisible o improcedente la solicitud presentada[589]; en este caso, el cómputo del plazo para resolver se iniciará en la fecha que la entidad competente recibe la solicitud[590]. Si esta última a su vez se considera incompetente, nos encontraríamos ante un conflicto negativo de competencia, el cual deberá resolverse de acuerdo a las normas contenidas en la Ley.

Por otro lado, si la entidad aprecia su incompetencia pero no reúne certeza acerca de la entidad competente, situación que resulta común en la compleja Administración Pública peruana, notificará dicha situación al administrado para que adopte la decisión más conveniente a su derecho[591]. Ello, sin embargo, no resulta suficientemente garantista, puesto que la autoridad administrativa siempre estará en mejor condición que el administrado de poder conocer la entidad u órgano competente para la tramitación de su solicitud; razón por la cual dicha situación debe ser considerada excepcional. Ello muestra una vez más la necesidad de establecer mecanismos de modernización de la Administración Pública tendientes a reducir el tamaño de la misma y mejorar los esquemas de gestión.

3.6. Conflictos de competencia

Si bien es cierto, la competencia debe estar definida claramente por el ordenamiento jurídico y no obstante la obligación de las autoridades de verificar su propia competencia, es posible que se generen controversias respecto al ejercicio de la misma. En la práctica, las normas legales no establecen con total especificidad las atribuciones que posee cada órgano estatal, razón por la cual resulta posible que más de un órgano se considere competente para

587 Artículo 82º, numeral 82.2 de la Ley.
588 Artículo 130º, numeral 130.1 de la Ley.
589 MORÓN URBINA, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., p. 292.
590 Reforma generada por el Decreto Legislativo N.º 1029.
591 Artículo 130º, numeral 130.2 de la Ley.

la tramitación de un procedimiento determinado, o que más de un órgano se considere incompetente para dicha tramitación[592].

Los conflictos de competencia generan importantes perjuicios a la tramitación de los procedimientos administrativos. En primer lugar, complica los procedimientos administrativos, pues el administrado desconoce la entidad o la autoridad que finalmente será la encargada de tramitar su procedimiento administrativo. En segundo lugar, afecta la celeridad de los procedimientos, puesto que somete los mismos a indefiniciones de tramitación. Finalmente, la existencia de conflictos de competencia perjudica la gestión de los organismos públicos, al impedirles funcionar eficientemente.

3.6.1. Conflicto negativo de competencia

El conflicto negativo de competencia se presenta cuando varios órganos administrativos simultáneamente se consideran incompetentes para la tramitación de un procedimiento administrativo determinado. Ello ocurre cuando el órgano que declina su competencia envía la solicitud a quien considera competente, y este último tampoco considera ser competente para conocer del caso en cuestión.

En caso de suscitarse un conflicto negativo de competencia, la Ley señala que el expediente se elevará al superior inmediato para que resuelva el conflicto[593]. Este determinará a cuál de los órganos corresponde tramitar el procedimiento. Esta previsión sin embargo es aplicable únicamente a conflictos generados al interior de la entidad, puesto que en otros casos debe recurrirse a las reglas que discutiremos más adelante.

3.6.2. Conflicto positivo de competencia

El conflicto positivo de competencia se presenta cuando varios órganos administrativos simultáneamente se consideran competentes para conocer la tramitación de un procedimiento administrativo. Esta es una situación que se da cuando las competencias no se encuentran claras y se asume la existencia de competencias concurrentes o excluyentes entre diversos órganos u organismos administrativos. A su vez, puede ocurrir la existencia de duplicidad de funciones en las normas que regulan el funcionamiento de los órganos u organismos en cuestión.

El órgano que se considere competente debe requerir de inhibición al órgano que está conociendo del asunto. Si este último se encuentra conforme con lo solicitado, envía lo actuado al órgano requirente para que este continúe con el trámite[594]. Esta situación evita el conflicto de manera inmediata, puesto que

592 SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de derecho administrativo*, cit., p. 433.
593 Artículo 83º de la Ley.
594 Artículo 84º, numeral 84.1 de la Ley.

el órgano solicitado inmediatamente deja de conocer el trámite y reconoce su incompetencia.

En caso de sostener su competencia la autoridad requerida, deberá remitir lo actuado al inmediato superior para que dirima el conflicto[595]. La remisión al superior jerárquico resulta ser, en principio, la norma base para la resolución de los conflictos de competencia al interior de la Administración Pública, no obstante el establecimiento de preceptos adicionales en el caso de que los órganos que se encuentra en conflicto no pertenezcan a la misma entidad, como veremos a continuación.

3.7. Resolución de los conflictos de competencia

La Ley de Procedimiento General, a diferencia de sus antecesoras, ha establecido una importante regulación de los mecanismos que deben emplearse para resolver los conflictos de competencia, que incluye no solo el plazo para hacer efectuar dicha resolución, sino además la precisión respecto a la continuación del procedimiento, la indicación respecto a las autoridades competentes a su vez para corregir dichos conflictos así como la imposibilidad de recurrir a la resolución a través de la cual se resuelva el conflicto antes señalado. La regulación que venimos describiendo resulta ser más eficiente y adecuada a los fines públicos que se entiende la Administración Pública debe tutelar.

3.7.1. Plazo para que se emita la resolución de conflicto de competencia

La Ley señala que el plazo establecido para la emisión de la resolución de conflicto de competencia es de cuatro (4) días[596]. La brevedad del plazo se basa en la necesidad de una resolución sumaria del conflicto, sin que sea posible articulación adicional. Asimismo, dicho plazo se cuenta desde el momento en que el órgano encargado de la resolución conoce del caso. El transcurso del plazo sin que se haya emitido resolución genera la respectiva responsabilidad administrativa, sin que pueda aplicarse régimen de silencio administrativo alguno.

3.7.2. Continuación del procedimiento

Luego de resuelto el conflicto de competencia, el órgano que resulte competente para conocer el asunto continúa el procedimiento según su estado, conservando de esta manera todo lo actuado[597]. La excepción a esta regla se encuentra referida a los casos en que no sea jurídicamente posible continuar el procedimiento, por ejemplo en los casos en los cuales se genera la nulidad del mismo por la incompetencia del órgano que inició la tramitación del citado procedimiento.

595 Artículo 84º, numeral 84.2 de la Ley.
596 Artículo 85º de la Ley.
597 Artículo 87º de la Ley.

3.7.3. Autoridades que se encuentran facultadas para resolver los conflictos de competencia

Si bien la Ley no establece criterios materiales o sustantivos para resolver los conflictos de competencia, sean estos positivos o negativos, que se generan al interior de la Administración Pública, sí establece reglas para determinar la autoridad o autoridades competentes para resolver los conflictos en cuestión. En este orden de ideas, se señala que la competencia para resolver los conflictos antes indicados, al interior de una misma entidad, le corresponde al superior jerárquico común, y, si no lo hubiere, al titular de la entidad[598]. La norma base es entonces la resolución del conflicto por parte del superior jerárquico, sea este el común o sea el titular de la entidad. La resolución de los conflictos de competencia es consecuencia por excelencia de las relaciones de jerarquía al interior de la Administración, razón por la cual, como se ha indicado, el inferior no puede sostener competencia frente al superior.

3.7.4. Autoridades que se encuentran facultadas para resolver los conflictos de competencia fuera de una misma entidad

Los conflictos de competencia entre autoridades de un mismo sector son resueltos por el responsable de este[599]. En principio, el titular de un sector es el ministro del ramo, dentro del Poder Ejecutivo. La razón de ser de esta facultad surge de la relación de tutela existente entre el ministro de un sector y los organismos públicos descentralizados que de él dependen. Sin embargo, esta relación de tutela puede convertir al ministro en juez y parte, en especial cuando en el conflicto de competencia se encuentra involucrado el propio ministerio o alguno de sus órganos. Esta es una de las razones por las cuales los organismos reguladores, por ejemplo, se encuentran adscritos a la Presidencia del Consejo de Ministros y no al ministerio del sector que corresponde a la actividad regulada. Ello dota de una mayor autonomía al organismo regulador en cuestión.

Por otro lado, los conflictos entre autoridades de los organismos del Poder Ejecutivo, correspondientes a distintos sectores, son resueltos por la Presidencia del Consejo de Ministros, en su calidad de ente coordinador de la labor de los diversos sectores del Poder Ejecutivo. Esta labor es enteramente concordante con la intención de la Ley de fortalecer el rol de la Presidencia del Consejo de Ministros en la aplicación de la misma.

La resolución que resuelve el conflicto en ambos casos posee ciertas características diferenciales. En primer lugar, será inmotivada, lo cual resulta ser discutible si consideramos que todo acto administrativo debe ser motivado. Una razón que puede argüirse para ello es que la asignación de competencias

598 Artículo 86º, numeral 86.1 de la Ley.
599 Artículo 86º, numeral 86.2 de la Ley.

intersectoriales o intrasectoriales es un asunto político y no jurídico[600]; justificación que no puede sostenerse toda vez que las competencias son asignadas por norma legal y no a través de una norma reglamentaria, por lo cual quien resuelve el conflicto no toma una decisión política sino que resuelve un conflicto empleando la norma legal aplicable, a través de una análisis jurídico que excluye la oportunidad o el mérito.

En segundo lugar, la citada resolución no puede ser llevada a los tribunales en ningún caso por parte de las autoridades[601]. Si bien es cierto esta previsión podría vulnerar el principio de impugnabilidad de las resoluciones judiciales, también es cierto el hecho de que dicha impugnación no se encuentra vedada de manera directa a los administrados que puedan haber sido afectados por la misma. Por otro lado, la resolución indebida del conflicto de competencia puede ser empleada como argumento de defensa del administrado en la eventual impugnación que haga efectiva contra la resolución final del procedimiento.

3.7.5. Conflictos de competencia entre otras entidades

Los conflictos de competencia entre entidades pertenecientes a los distintos poderes del Estado o generados con organismos autónomos se resuelven conforme a lo que disponen la Constitución y las Leyes[602], sin que exista propiamente un ente que goce de una posición de jerarquía o tutela en dicho sentido.

En general, la entidad encargada de corregir los conflictos de competencia es el Tribunal Constitucional, a través del denominado proceso de resolución de conflictos de competencia, el mismo que se encuentra regulado en su ley orgánica y que proviene incluso de las facultades consagradas constitucionalmente a favor de dicho organismo. Sin embargo, en determinadas circunstancias se asigna esta competencia a otros entes administrativos que gozan de facultades de tutela, e incluso, al Poder Judicial, como es el caso de ciertos conflictos de naturaleza municipal.

3.7.6. Impugnación de la resolución de un conflicto de competencia

De acuerdo con lo señalado por la ley, la resolución que resuelve un conflicto de competencia no resulta susceptible de recurso alguno[603]. Sin embargo, la citada disposición puede estar violando principios de particular importancia, como la posibilidad de impugnación de resoluciones administrativas —derecho establecido en la propia Constitución—, o el principio de debido proceso administrativo. Además, y como lo hemos señalado anteriormente, la resolución indebida del conflicto de competencia puede ser empleada como argumento de

600 MORÓN URBINA, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., p. 231.
601 Artículo 86º, numeral 86.2 de la Ley N.º 27444.
602 Artículo 86º, numeral 86.3 de la Ley N.º 27444.
603 Artículo 85º de la Ley N.º 27444.

defensa del administrado en la eventual impugnación que haga efectiva contra la resolución final del procedimiento.

4. ABSTENCIÓN

Otra importante situación que genera controversia respecto del ejercicio de la competencia administrativa es la abstención, que se genera cuando la autoridad administrativa se inhibe del conocimiento de un trámite al encontrarse en discusión su imparcialidad en el mismo. A diferencia del conflicto de competencia, la abstención implica controversia al interior del órgano en cuestión, sin que exista discusión respecto a quién le corresponde la citada competencia, sin más bien respecto a la idoneidad o imparcialidad de quien la ejerce debido a determinadas condiciones. Como obvia consecuencia, la abstención no desplaza o transfiere la competencia del órgano, sino que produce el efecto de desplazar a la persona que conforma el mismo[604]. La abstención es entonces la separación de la tramitación de un proceso administrativo por parte de la propia autoridad, no obstante poseer competencia administrativa, cuando existen causales objetivas para ello. La abstención permite asegurar la imparcialidad y objetividad de la autoridad administrativa al momento de resolver, la misma que debe ser cautelada por los poderes públicos.

4.1. Causales de abstención de la autoridad administrativa

El ordenamiento jurídico, en consecuencia, establece ciertas causales que a su vez justifican dudas respecto a la objetividad o imparcialidad de la autoridad que tramita el procedimiento. La Ley señala que la autoridad que tenga facultad resolutiva o cuyas opiniones sobre el fondo del procedimiento puedan influir en el sentido de la resolución —lo cual incluye a quienes emiten informes—, debe abstenerse de participar en los asuntos cuya competencia le esté atribuida —deber que se configura como una obligación—, en determinados casos. De acuerdo con la doctrina, dichas causales tienen relación con los sujetos o con el objeto del procedimiento[605].

- En relación con los sujetos:
    1. Si es pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, con cualquiera de los administrados o con sus representantes, mandatarios, con los administradores de sus empresas, o con quienes les preste servicio[606]. Esta vinculación es probablemente la de mayor incidencia en la objetividad del funcionario administrativo, puesto que permite que el funcionario

604 MORÓN URBINA, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., p. 233.

605 GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de procedimiento administrativo*, cit., pp. 145 y ss.; MORÓN URBINA, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., p. 233.

606 Artículo 88º, inciso 1 de la Ley N.º 27444.

se parcialice a favor del administrado, generándose desviación de poder.

2. Cuando la autoridad tuviera amistad íntima, enemistad manifiesta o más bien conflicto de intereses objetivo con cualquiera de los administrados intervinientes en el procedimiento[607]. La amistad íntima es un supuesto que implica la posibilidad de parcialización del funcionario a favor del administrado, de manera similar a la causal antes descrita. Las demás implican lo contrario, es decir, que el funcionario resuelva en contra del administrado aun cuando este tenga la razón. A la vez, la enemistad manifiesta posee naturaleza subjetiva, de probanza más difícil, no obstante la necesidad de que la misma se muestre evidente[608]; mientras que el conflicto de intereses tiene base objetiva, pudiendo determinarse a través de hechos o circunstancias patentes.

   Estas causales requieren además que dichas condiciones se hagan patentes mediante actitudes o hechos evidentes en el procedimiento, por parte de uno u otro. No basta, en consecuencia, que los sujetos del procedimiento señalen la existencia de dichas condiciones, que no siempre son susceptibles de constatar fácilmente.

3. Cuando la autoridad tuviere o hubiese tenido, en los últimos dos años, relación de servicio o de subordinación con cualquiera de los administrados o terceros directamente interesados en el asunto, o si tuviera en proyecto una concertación de negocios con alguna de las partes, aun cuando no se concrete posteriormente[609]. La relación de servicio debe entenderse en el ámbito eminentemente civil o mercantil, puesto que la subordinación implicará relación laboral o administrativa.

- En relación con el objeto:

  1. Si el funcionario ha tenido intervención como asesor, perito o testigo en el mismo procedimiento, o si como autoridad hubiere manifestado previamente su parecer sobre el mismo, de modo que pudiera entenderse que se ha pronunciado sobre el asunto, salvo los casos de la rectificación de errores o la decisión del recurso de reconsideración[610], en los cuales dicho funcionario se encuentra plenamente legitimado para emitir resolución. En este caso, la causal de abstención no depende de la relación

607 Artículo 88º, inciso 4 de la Ley N.º 27444.
608 GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de procedimiento administrativo*, cit., p. 147.
609 Artículo 88º, inciso 5 de la Ley N.º 27444.
610 Artículo 88º, inciso 2 de la Ley N.º 27444.

ente los sujetos, sino del asunto específico al cual refiere el procedimiento.

2. Si personalmente, o bien su cónyuge o algún pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, tuviere interés en el asunto de que se trate o en otra semejante, cuya resolución pueda influir en la situación del funcionario administrativo[611]. En este caso la existencia de esta causal de abstención pretende conjurar la posibilidad de desviación de poder, que podría implicar la nulidad del acto administrativo a emitirse y que podría generarse por la parcialización de la autoridad administrativa en desmedro del interés general.

4.2. Promoción y resolución de la abstención

El ordenamiento jurídico establece importantes previsiones respecto a la tramitación de la abstención, de una manera más clara que lo consignado en la norma procesal derogada, la misma que no establecía un procedimiento claro de abstención. Sin embargo, existen en dicha regulación algunas falencias que es necesario anotar.

4.2.1. Formalidad para la promoción de la abstención

En primer término, la autoridad que se encuentre inmersa en alguna de las causales establecidas en la Ley para la abstención, deberá dentro de los dos (2) días hábiles siguientes a aquel en que comenzó a conocer del asunto o en que conoció la causal sobreviniente, plantear su abstención en escrito razonado, remitiendo lo actuado al superior jerárquico inmediato, al presidente del órgano colegiado o al pleno, según sea la naturaleza del organismo del que se trate, para que sin más trámite, se pronuncie sobre la abstención dentro del tercer día[612].

4.2.2. Trámite de la abstención

La tramitación de la abstención se realizará en vía incidental, sin suspender los plazos para resolver o para que opere el silencio administrativo[613]. Esta previsión es de especial importancia, pues establece que el plazo para que pueda hacerse efectivo el silencio administrativo no se suspende de manera alguna; así como establece un trámite incidental que se resuelve antes de la resolución final, mientras que, en principio, las cuestiones incidentales se resuelven con la misma.

611 Artículo 88º, inciso 3 de la Ley N.º 27444.
612 Artículo 89º, numeral 89.1 de la Ley N.º 2744.
613 Artículo 92º de la Ley.

4.2.3. Abstención de la autoridad administrativa por disposición superior

El superior jerárquico puede ordenar de oficio o a pedido de los administrados, de forma inmediata, la abstención del agente incurso en alguna de las causales de abstención que señala la Ley[614], en los casos en los cuales el funcionario en cuestión no se hubiese abstenido. En puridad, este no es caso de abstención, sino de separación del procedimiento por disposición superior dada la existencia de la causal de abstención y el conocimiento de la misma por parte del superior jerárquico. La abstención, por definición, es un apartamiento voluntario por parte del funcionario administrativo[615].

El superior jerárquico, luego de su decisión, deberá designar al agente que continuará conociendo del asunto, el mismo que preferentemente deberá tener igualdad de jerarquía o nivel dentro del organigrama funcional de la entidad[616], y al cual se le remitirá el expediente para que continúe con el procedimiento. Es evidente que esta designación debe hacerse de manera inmediata, a fin de no perjudicar al administrado.

Finalmente, cuando no hubiere otra autoridad pública apta para conocer del asunto, el superior optará por habilitar a una autoridad ad hoc —designada para el efecto—, o disponer que el funcionario incurso en causal de abstención sea el que tramite y resuelva el asunto, bajo su directa supervisión[617]. La primera alternativa es evidentemente preferible a la segunda, puesto que no existe seguridad respecto a la idoneidad del funcionario recusado.

4.2.4. Impugnación de la resolución que ordena la abstención de una autoridad administrativa

La resolución de abstención no es impugnable en sede administrativa, salvo la posibilidad de alegar la no abstención, estableciéndola como fundamento del recurso administrativo que pueda presentarse contra la resolución final[618]. Ello implica, en primer término, la imposibilidad de presentar recurso alguno contra la resolución que decide la continuación del funcionario en la tramitación del procedimiento, lo cual a su vez se justifica en la necesidad de impedir la prolongación del procedimiento. Nada obsta sin embargo para que dicha resolución pueda ser recurrida en sede judicial. En segundo lugar, la falta de abstención se controla una vez concluido el procedimiento, a fin de que la impugnación contra la totalidad del procedimiento alcance todos los elementos del mismo[619].

614 Artículo 90º, numeral 90.1 de la Ley.

615 GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de procedimiento administrativo*, cit., p. 145.

616 Artículo 90º, numeral 90.2 de la Ley.

617 Artículo 90º, numeral 90.3 de la Ley.

618 Artículo 93º de la Ley. Esta norma es muy similar a la contenida en el artículo 20º del Texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, Decreto Supremo N.º 02-94-JUS.

619 MORÓN URBINA, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., p. 242.

4.2.5. Rol de la autoridad administrativa que fue motivo de abstención

Finalmente, es necesario señalar que, dada la necesidad de proteger los derechos de los administrados y de cautelar el interés general, la autoridad que por efecto de la abstención sea apartada del procedimiento cooperará para contribuir a la celeridad de la atención del procedimiento. Sin embargo, dicha autoridad no podrá participar en las reuniones posteriores ni en la deliberación de la decisión[620] a fin de no influir en la decisión final que se tome, permitiendo asegurar la imparcialidad del procedimiento[621].

4.3. Efectos de la falta de abstención

En el supuesto de que la autoridad administrativa no se abstuviera a pesar de estar inmersa en alguna de las causales sobre abstención establecidas en la Ley, el administrado puede hacer conocer dicha situación al titular de la entidad, o al pleno, si fuere el órgano colegiado, en cualquier momento[622]. Para algunos autores, este es un caso de recusación, subsumiendo este concepto en el que existe en el proceso judicial. De hecho, en ordenamientos como el español existe la recusación como el derecho que tienen los interesados de obtener la no intervención de un funcionario o miembro del órgano administrativo en un procedimiento cuando concurran los motivos que determinan la abstención del citado funcionario[623].

Para otros autores, sin embargo, en el caso peruano no existe propiamente el derecho del administrado de pedir la separación de la autoridad como sí ocurre en otras legislaciones, puesto que la Ley no prevé mecanismo alguno, por parte del administrado, para conminar a una autoridad a apartarse del procedimiento administrativo cuando existe una causal de abstención. Sin embargo, consideramos que este podría impugnar la resolución que no aparte del procedimiento a la autoridad que adolece de alguna causal de abstención.

4.3.1. Consecuencias que se originan producto de la falta de abstención

Si la autoridad administrativa a pesar de encontrarse incursa en alguna de las causales de abstención continúa al frente del procedimiento administrativo, dicho accionar no determinará necesariamente la invalidez de los actos administrativos en que haya intervenido, salvo en los casos en que resulte manifiesto la imparcialidad o arbitrariedad de la autoridad en mención o que producto de ello hubiera ocasionado indefensión al administrado[624]. La norma derogada establecía que se declararía la nulidad de la resolución solamente en el caso

620 Artículo 94º de la Ley.

621 MORÓN URBINA, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., p. 242.

622 Artículo 89º, numeral 89.2 de la Ley.

623 GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de procedimiento administrativo*, cit., p. 145.

624 Artículo 91º, numeral 91.1 de la Ley N.º 27444.

en que se hubiere violado las normas legales en forma manifiesta o se hubiera incurrido en error de interpretación de pruebas[625].

Existen acciones a seguir contra la autoridad que habiéndose encontrado incursa en una causal de abstención continúa al frente de dicho procedimiento administrativo. En este caso, el superior jerárquico dispondrá el inicio de las acciones de responsabilidad administrativa, civil o penal contra la autoridad que no se hubiese abstenido de intervenir, no obstante conocer la existencia de la causal de abstención[626].

5. LAS RELACIONES ENTRE EL PODER JUDICIAL Y LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La necesidad de asignar determinados poderes especiales a la Administración Pública como representante de la colectividad, a su vez, en búsqueda de equilibrio, requiere que se establezca que sea el Poder Judicial el ente encargado de controlar la actuación de los órganos administrativos, estableciéndose una suerte de subordinación de estos respecto a los órganos jurisdiccionales. El mecanismo por excelencia para ello es el proceso contencioso administrativo, no obstante la existencia de otros mecanismos como la acción de cumplimiento, la acción de amparo, el hábeas data o la acción popular.

La Ley de Procedimiento Administrativo General señala determinados preceptos en este sentido. En primer lugar, si durante la tramitación de un procedimiento administrativo, la autoridad que se encuentra a cargo del mismo adquiere conocimiento que se está tramitando en sede jurisdiccional una cuestión litigiosa entre dos administrados sobre determinadas relaciones de derecho privado que precisen ser esclarecidas previamente al pronunciamiento administrativo, la citada autoridad solicitará al órgano jurisdiccional comunicación sobre las actuaciones realizadas[627].

Una vez recibida la comunicación remitida por el órgano jurisdiccional, y solo si la autoridad administrativa encargada estima que existe estricta identidad de sujetos, hechos y fundamentos, la misma podrá determinar su inhibición hasta que el órgano jurisdiccional resuelva el litigio, en obvio sometimiento a la autoridad de la sede judicial. Ahora bien, la resolución inhibitoria es elevada en consulta al superior jerárquico, si lo hubiere, aun cuando no medie apelación. Si es confirmada la resolución inhibitoria es comunicada al procurador público correspondiente para que, de ser el caso y convenir a los intereses del Estado, se apersone al proceso[628].

625 Artículo 18º del Decreto Supremo N.º 02-94-JUS.
626 Artículo 91º, numeral 91.2 de la Ley N.º 27444.
627 Artículo 64º, numeral 64.1 de la Ley N.º 27444.
628 Artículo 64º, numeral 64.2 de la Ley.

Asimismo, y en principio, toda actuación administrativa es susceptible de ser impugnada vía el proceso contencioso administrativo, salvo las excepciones establecidas en la Constitución Política del Perú, a las que hacemos referencia más adelante. Sin embargo, dentro de la construcción existente en el derecho público, todavía puede hablarse de actos de gobierno, actos políticos o de direccionalidad política, los mismos que en principio resultarían exentos de control judicial posterior.

5.1. El problema de los actos políticos o de direccionalidad política

Desde el punto de vista constitucional, resulta de especial importancia analizar la existencia de mecanismos de control del Estado por parte de los particulares, que se haga efectivo a través del uso directo de los Órganos Jurisdiccionales. En este orden de ideas, cierto sector de la doctrina, en especial en el ámbito norteamericano —la doctrina de las *political questions*—, señala que no resultaría posible controlar jurisdiccionalmente —y en consecuencia, jurídicamente— los llamados *actos políticos*, puesto que los mismos forman parte de prerrogativas que no se encuentran delimitadas y que tienen relación con la oportunidad en que las citadas decisiones se toman. Cuando la doctrina se refiere a "actos políticos" o "actos de direccionalidad política", hace alusión a aquellos actos en los cuales el Estado actúa en términos de oportunidad, teniendo plena libertad para definir qué materias debieran ser consideradas de interés general[629].

De acuerdo con lo antes señalado, solamente podría impugnarse en sede judicial aquellas acciones basadas en facultades que se encuentran taxativamente reguladas, las mismas que no incluyen el ejercicio de facultades discrecionales; concepción que complicaría más de lo debido la situación generada por la posibilidad de un ejercicio ilimitado del poder por parte del Estado.

Queda claro que, por lo menos en el modelo presidencial, la limitación del accionar jurisdiccional tiene su razón de ser en la existencia del principio de separación de poderes, a través del cual se considera que el control de los actos políticos resulta ser, o debería ser, únicamente de índole política. Entonces bastaría, según el razonamiento precitado, con el control político mutuo, por más limitado que este sea, para asegurar la calidad del accionar del Estado. Esto justifica además, como hemos señalado reiteradamente, que el sistema constitucional norteamericano sea un régimen caracterizado por una de separación de poderes rígida o tajante, con muy limitados puntos de contacto entre los órganos que conforman el Estado, lo que Karl Loewenstein denomina *interdependencia por coordinación* a diferencia de la *interdependencia por subordinación* propia de los modelos parlamentarios[630]. La posibilidad de una

629 Sobre el particular: BACA ONETO, Víctor Sebastián, *Los actos de gobierno*, Universidad de Piura, Piura, 2003, p. 38.

630 LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, cit., pp. 132 y ss.

intromisión directa de la judicatura en asuntos considerados "políticos" echaría por tierra gran parte del acotado principio de separación rígida.

Es necesario señalar que en los Estados Unidos, que es donde se elaboró la teoría de la separación rígida, existen corrientes recientes que permiten cierto matiz en la misma. Dicho matiz permite que las materias que tienen que ver directamente con el contenido de los actos políticos no puedan ser controlados, sino más bien las cuestiones de procedimiento relacionadas con dichos actos. Esto tiene sentido, en especial, en naciones en las cuales se admite que la judicatura tiene la posibilidad real de aplicar directamente la Constitución. Ello fundamentalmente para definir si la emisión de una norma administrativa o legal ha sido emitida, o su contenido está de acuerdo, con lo expresado por la norma constitucional.

Cuando existe un sistema de control difuso de constitucionalidad, o un sistema dual —como en el caso peruano—, lo señalado en el párrafo anterior es posible indubitablemente. Sin embargo, cuando el control es únicamente concentrado, la situación puede complicarse, puesto que podría interpretarse que el ordenamiento jurídico, en principio, no concede al juez el uso de mecanismos de aplicación directa de la constitución, dado que no le concede la posibilidad de emplear control de Constitucionalidad alguno respecto de las normas legales. Es necesario precisar que, en el esquema norteamericano, esto parece compensar la excesiva rigidez del sistema y permite un mayor control de los actos políticos por parte de los particulares.

Ahora bien, la doctrina de la supuesta existencia de actos del Estado que no son susceptibles de control judicial se encuentra en franca retirada, puesto que debe entenderse que todo acto estatal es susceptible de control jurisdiccional[631]. Ello no quiere decir que no existan ciertos ordenamientos jurídicos que aun mantengan actos que no son susceptibles de análisis jurídico alguno. Sin embargo, consideraciones que hemos reseñado en párrafos anteriores, referentes a la necesidad de control del Estado por parte de los particulares, justifican plenamente la existencia del control judicial de la Administración Pública aun cuando esta haga uso de facultades supuestamente discrecionales.

A este nivel, cabe hacer una acotación en cuanto a lo señalado respecto al control jurisdiccional de los llamados actos políticos. En primer lugar, muchos autores señalan que cuando el Estado actúa en uso de su función administrativa, no cabe la existencia de actos políticos o que se consideren intrínsecamente discrecionales, siendo incluso las resoluciones y normas respecto de los cuales hay un margen amplio de acción, actos susceptibles de ser impugnados judicialmente.

631 GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, cit., T. I, pp. 568-569.

En segundo lugar, es necesario señalar que cuando nos referimos a actividad discrecional, tal como lo hemos señalado líneas arriba, hacemos referencia a aquella que no depende de normas legislativas concretas y preexistentes que la regulen. Las facultades discrecionales le permiten al órgano administrativo cierta libertad para elegir entre uno u otro curso de acción, o para hacer una cosa de una u otra forma. La necesidad de dejar a la Administración Pública cierta actividad discrecional deriva, en principio, de la circunstancia de que es imposible para el legislador tener una visión exacta de los elementos concretos que, al menos en parte y en ciertos casos, condicionan la oportunidad de la decisión administrativa. Ahora bien, la actividad discrecional en realidad no es tal, pues se encuentra limitada por el ordenamiento jurídico —a través del principio de legalidad, base del derecho administrativo—, y en especial, por los derechos fundamentales.

5.2. El control judicial de la Administración Pública

Las Constituciones, por lo menos desde el punto de vista del control estatal, deberían contener mecanismos a través de los cuales el administrado pueda contrarrestar los actos de la Administración Pública como tal, actos que lo perjudiquen indebidamente en forma directa. En este orden de ideas, la Administración Pública, al gozar de atribuciones derivadas del poder del Estado (denominadas genéricamente *ius imperium*), puede al actuar afectar el interés del particular, el cual debería gozar de mecanismos adecuados para protegerse.

La justificación la encontramos en el hecho ineludible de que si bien es cierto el derecho administrativo implica la obligación de la Administración de actuar bajo consideraciones de interés general, también es cierto que quien toma las decisiones, llámese funcionario público, es un ser humano como cualquier otro, que decide no necesariamente en términos de interés general sino más bien, como todo ser racional, buscando maximizar el beneficio de su cargo. Como lo hemos señalado reiteradamente, la principal función del derecho administrativo debería ser entonces el canalizar adecuadamente el comportamiento autointeresado del funcionario público, a fin de que coincida con el interés común.

Desde este punto de vista, toda Constitución debe prever, aun cuando sea solamente de manera enunciativa, ciertos procesos de naturaleza judicial que permitan al particular proteger su interés. A estos procesos la doctrina las denomina genéricamente *procesos de control de la Administración*. En principio, debería ser posible por lo menos hacer efectivos tres tipos de pretensiones: en primer lugar, el impugnar las decisiones emitidas por la autoridad administrativa, por otro lado, conseguir comprometer a la autoridad en el cumplimiento de una obligación determinada; y, finalmente, el permitir la impugnación de las normas emitidas por la Administración con carácter general que se opongan a la Constitución o las leyes. En el ámbito nacional, dichos procesos se denominan, respectivamente, proceso contencioso administrativo, proceso de cumplimiento y acción popular.

Debemos señalar que el control antes referido debe iniciarse a instancia de parte y la demanda deberá ser interpuesta ante el Poder Judicial, única entidad que podría, en uso de su autoridad, obligar a la Administración al cumplimiento de una decisión determinada. Y por si lo expuesto no fuera suficiente, un proceso judicial tiene la ventaja adicional de permitir el control directo de su tramitación por parte del particular y la obligatoria sujeción al proceso por parte de la Administración. Es necesario señalar, sin embargo, que el funcionamiento de estos mecanismos de control depende en gran medida de la independencia que en el texto constitucional y en los hechos se garantiza al Organismo Judicial en cada nación en concreto.

5.2.1. El proceso contencioso administrativo

En este orden de ideas, el artículo 1º del Texto Único Ordenado de la Ley N.º27584 prescribe que el proceso contencioso administrativo tiene por finalidad el control jurídico por el Poder Judicial de las actuaciones de la Administración Pública sujetas al derecho administrativo y la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados. Es por ello que se considera que el proceso contencioso administrativo posee una doble naturaleza[632]. Es objetivo, en tanto se dirige a tutelar la legalidad de las actuaciones administrativas, pero también es subjetivo, en tanto protege a los administrados ante el comportamiento arbitrario de la autoridad administrativa.

Es necesario resaltar que el actual proceso contencioso administrativo, a diferencia de la regulación precedente, hace posible impugnar incluso actuaciones materiales y omisiones de la Administración Pública, las mismas que difícilmente podían ser discutidas con la normativa derogada por la ley vigente, contenida en el Código Procesal Civil. El actual proceso contencioso administrativo es entonces un mecanismo de plena jurisdicción, que permite una defensa más eficiente de los intereses de los administrados.

En este orden de ideas, el artículo 3º de la norma contiene el llamado principio de exclusividad, por el cual las actuaciones de la Administración Pública solo pueden ser impugnadas a través el proceso contencioso administrativo, salvo los casos en que se pueda recurrir a los procesos constitucionales. Debe tenerse en cuenta asimismo que esa posibilidad de recurrir a los procesos constitucionales se encuentra fuertemente limitada por la existencia de un discutible principio de residualidad contenido en el Código Procesal Constitucional, al cual ya nos hemos referido.

Sin embargo, este principio posee dos excepciones. A diferencia de lo que ocurre en el derecho comparado, el proceso contencioso administrativo peruano no puede ser empleado para impugnar normas administrativas; las mismas que

632 DÍEZ SÁNCHEZ, Juan José, "Comentarios en torno a la Ley de Proceso Contencioso-Administrativo del Perú", en *Revista de Administración Pública*, N.º 165, Centros de Estudios Constitucionales, Madrid, 2004, p. 329.

se impugnan a través de un proceso constitucional denominado acción popular, sin perjuicio del ejercicio del control difuso por parte del juez[633].

La segunda excepción al principio de exclusividad se dirige a la ejecución de determinados contratos de derecho público, y en particular, los contratos administrativos regulados por el Decreto Legislativo N.º 1017[634] y su Reglamento. Las razones de esta previsión legal se enmarcan en dos prioridades aplicadas a la contratación administrativa como mecanismo empleado por la Administración Pública para satisfacer necesidades públicas.

En primer lugar, la celeridad del arbitraje es mucho mayor que la que muestra el Poder Judicial, lo cual permite resolver los posibles conflictos generados por la ejecución contractual de una manera más rápida. Una controversia que demande varios años en ser resuelta puede dejar una carretera sin construir o suministros necesarios sin despachar.

Asimismo, los mecanismos establecidos para la designación de los árbitros y la tramitación del arbitraje en la contratación administrativa permiten que sea una jurisdicción —consideramos que es tal, lo cual es avalado por precedente vinculante emitido por el Tribunal Constitucional[635]— más especializada que la que corresponde al Poder Judicial[636]. Normalmente, los árbitros son designados a partir de registros que establecen un procedimiento para incorporarse a ellos, lo cual otorga una importante garantía de probidad y especialización. De hecho, la revisión del laudo por parte del Poder Judicial es eminentemente excepcional, siendo el mismo definitivo.

633 Artículo 9º del Texto Único Ordenado de la Ley de la Ley N.º 27584.

634 Artículo 52º del Decreto Legislativo N.º 1017.

635 STC N.º 6167-2005-PHC/TC, de fecha 28 días de febrero de 2006.

636 Sobre el particular: PAREJO ALFONSO, Luciano, “Estudio sobre arbitraje”, en CISNEROS FARÍAS, Germán et al. (coords.), *Control de la Administración Pública*, UNAM, México D.F., 2007, pp. 309 y ss.

Capítulo VIII

COLABORACIÓN ENTRE ENTIDADES

SUMARIO: 1. Coordinación y cooperación. 2. Deberes que rigen la colaboración entre las autoridades. 3. Suspensión del plazo. 4. Medios que permiten la colaboración interinstitucional. 4.1. Las conferencias entre entidades vinculadas. 4.2. Los convenios de colaboración. 4.3. Otros mecanismos de colaboración entre entidades. **5. Regulación de la colaboración entre entidades.** 5.1. Notificación al administrado. 5.2. Responsabilidad de los actores de la colaboración interinstitucional. 5.3. Costas para la colaboración interinstitucional.

En el derecho administrativo moderno se ha hecho indispensable establecer efectivos mecanismos de coordinación entre las diversas entidades de la Administración Pública, a fin de hacer más eficiente su labor. La existencia de sistemas administrativos, en los cuales hay una permanente coordinación entre órganos y organismos que no tienen relación de subordinación entre ellos, hace indispensable la íntima colaboración entre dichas entidades. Sin embargo, existen necesarias relaciones de colaboración entre los distintos órganos y organismos de la Administración, aun cuando los mismos no conformen sistemas administrativos.

En general, en la Administración Pública y en derecho administrativo se había entendido tradicionalmente que la relación entre las autoridades administrativas debía estar esencialmente referida al conflicto entre ellas[637]. En buena cuenta, actualmente se debe considerar más bien que la relación por excelencia es la de colaboración administrativa. El conflicto entre entidades administrativas genera un conjunto de consecuencias perjudiciales, en términos de obtención de resultados y de protección a los derechos del administrado.

En primer lugar, afecta la eficiencia de todas las entidades que participan del conflicto, generando como resultado que funcionen a un mayor costo, con el consiguiente perjuicio social[638]. Asimismo, afecta al administrado, respecto

637 MORÓN URBINA, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., p. 222.

638 Ha sido muy común ver como diversas entidades administrativas, que tienen el deber de coordinar entre sí, más bien han generado, mediante comportamientos materiales y así

del cual, al no tener en claro la entidad que deberá tramitar su asunto, los ya elevados costos de acceso al sistema legal se encarecen. Como si lo antes fuera poco, el conflicto perjudica a la sociedad en su conjunto, generando que las funciones estatales se desenvuelvan inadecuadamente

La colaboración administrativa cobra especial importancia en el contexto actualmente existente de aplicación de la Ley de Procedimiento Administrativo General, así como en el contexto, no menos importante, de abierta descentralización del aparato estatal. Las normas relativas a regionalización pretenden crear mecanismos de colaboración entre los diversos niveles de organización política, sean estos locales, regionales o referidos más bien al Gobierno Central. Ello parte a su vez de la concepción moderna de diversificación de entes estatales, en contra de la concepción unitaria de la Administración, la misma que se encuentra superada por la doctrina moderna[639], acompañada de las técnicas modernas de descentralización funcional y territorial a las cuales referíamos.

1. COORDINACIÓN Y COOPERACIÓN

Algunos autores diferencian claramente las actividades de coordinación y de cooperación entre entidades. En la coordinación, cada sujeto permanece en su esfera jurídica, evitando conductas perjudiciales para otros o adoptando conductas que complementan las adoptadas por otros[640]. Pero a la vez, la coordinación pretende la realización de actividades conjuntas para el logro de una misma finalidad evitando acciones divergentes y duplicidad de esfuerzos[641], permitiendo que la diversidad administrativa favorezca la gestión del Estado propendiendo a la unidad de acción[642]. La coordinación puede está sujeta a cierta discrecionalidad, pero en general dicha institución jurídica viene determinada por la ley. En términos generales, la coordinación se realiza entre los entes u órganos que componen sistemas administrativos, pero también debe darse al interior de los organismos públicos.

En la cooperación, sin embargo, implica la actividad de uno o varios sujetos que generan efectos en una esfera jurídica que le es ajena[643]. Como resultado, existe un disponente y un beneficiario. A diferencia del control administrativo, la cooperación tiene origen en una atribución a favor del destinatario y surge de un

como críticas a la labor del otro, conflictos que elevan el costo de la realización de la actividad en cuestión. Ejemplos de ello los tenemos en las controversias entre el Gobierno Central y los gobiernos locales o al interior del Sistema Electoral, entre al Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE) y el Jurado Nacional de Elecciones.

639 Sobre el particular: ORTEGA, Luis, "La coordinación de la Administración del Estado", en *Documentación Administrativa*, N.º 230-231, Ministerio para la Administraciones Públicas/ Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1992, pp. 31 y ss.

640 MORELL OCAÑA, *Curso de derecho administrativo II*, cit., pp. 257 y ss.

641 PARADA VÁSQUEZ, *Derecho administrativo*, cit., T. II, p. 66.

642 ORTEGA, "La coordinación de la Administración del Estado", cit., pp. 35-36.

643 MORELL OCAÑA, *Curso de derecho administrativo II*, cit., p. 275.

acto dispositivo de quien la hace efectiva. A diferencia de la coordinación, los mecanismos de cooperación entre determinadas entidades no se encuentran determinados de manera obligatoria. En buena cuenta, la Ley de Procedimiento Administrativo General parece tratar la coordinación y la cooperación como especies pertenecientes a la colaboración administrativa, concepto que obra más bien como género.

2. DEBERES QUE RIGEN LA COLABORACIÓN ENTRE LAS AUTORIDADES

En consecuencia de la definición que hemos referido, debemos precisar que la Ley establece, por vez primera, que la relación entre las diversas entidades de la Administración Pública en el caso peruano se rige por el criterio de colaboración[644], dejando sentado el criterio de preferencia por mecanismos de cooperación y coordinación frente al conflicto entre órganos o entre entidades.

Por otro lado, la norma materia de análisis, así como la doctrina aplicable, diferencian claramente los supuestos de colaboración entre entidades de otras instituciones como podrían ser la delegación y los fenómenos de pérdida o renuncia de la competencia, supuesto este último que se encuentra prohibido por la Ley. Por ello, la Ley señala que la citada relación de colaboración no implica renuncia a la competencia señalada por el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, en aplicación de lo dispuesto por el criterio de colaboración, el ordenamiento jurídico prevé la existencia de determinados deberes, cuyo cumplimiento permite que los mecanismos se empleen de manera adecuada. En consecuencia, las entidades tienen los siguientes deberes[645]:

1. *Respeto el ejercicio de competencia de otras entidades*

   Este deber, que encuentra su correlato en el derecho comparado[646], implica que ninguna entidad deberá interferir en el accionar de otras, ni materialmente ni a través de críticas institucionales. Esta previsión legal tiene especial importancia en el contexto de entidades que realizan labores de coordinación, en particular si esta coordinación viene siendo exigida por la Ley. Ahora bien, según la Ley, las críticas y cuestionamientos entre entidades del Estado deben realizarse al interior de este —es decir, dentro de los niveles institucionales—, a fin de evitar el empleo indebido de los medios de comunicación o de la opinión pública para generar conflictos, situación que ha sido muy común en nuestro medio.

644 Artículo 76º, numeral 76.1 de la Ley N.º 27444.

645 Artículo 76º, numeral 76.2 de la Ley N.º 27444.

646 GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de procedimiento administrativo*, cit., p. 119; COSCULLUELA MONTANER, *Manual de derecho administrativo*, cit., p. 198.

2. *Cesión de datos e informaciones*

Las entidades deben proporcionar directamente los datos e información que posean, sea cual fuere su naturaleza jurídica o posición institucional, a través de cualquier medio, sin más limitación que la establecida por la Constitución o la Ley[647]. Para hacer efectivo lo que venimos señalando deberá propenderse a la interconexión de equipos de procesamiento electrónico de información, u otros medios similares. Si bien este deber forma parte, en términos genéricos, de la cooperación administrativa, es necesario establecerla de manera separada, como lo hace la Ley, a fin de dejar en claro que el deber de proporcionar información no se aplica únicamente respecto a los particulares, sino también respecto al resto de entidades que conforman el Estado.

3. *Cooperación genérica*

Las entidades tienen el deber de prestar en el ámbito propio la cooperación y asistencia activa que otras entidades puedan necesitar para el cumplimiento de sus propias funciones[648], salvo que les ocasione gastos elevados o ponga en peligro el cumplimiento de sus propias funciones. Esta es la típica cooperación administrativa a la que alude el derecho comparado y la doctrina, en la cual se ejercen atribuciones o se proporcionan medios para el mejor ejercicio de las citadas atribuciones[649]. Ahora bien, la limitación en términos de gastos o del cumplimiento de las funciones asignadas por el ordenamiento tiene sentido en tanto la cooperación no puede realizarse en desmedro de la propia entidad cooperante.

Por otro lado, a diferencia de la delegación, en la cooperación no existe transferencia de competencia alguna, sino que el ente que colabora realiza funciones o actividades contenidas en la competencia de aquella a la cual sirve. Ante esta consideración, figuras como el encargo de gestión formarían parte de la cooperación entre entidades.

4. *Medios de prueba*

La Ley del Procedimiento Administrativo General prescribe que las entidades tienen el deber de facilitarse mutuamente los medios de prueba que se encuentren en su poder, para el mejor cumplimiento de sus deberes, salvo disposición legal en contrario. La disposición en contrario puede provenir por ejemplo de información secreta, confidencial o reservada conforme a las normas en materia de acceso a la información pública.

647 PARADA VÁSQUEZ, *Derecho administrativo*, cit., T. II, p. 71.
648 GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de procedimiento administrativo*, cit., p. 119.
649 MORELL OCAÑA, *Curso de derecho administrativo II*, cit., p. 276.

Esta obligación de las entidades permite asegurar la celeridad de los procedimientos, sean administrativos o institucionales. En el primer caso es evidente que resulta más sencillo que sea la entidad y no el administrado quien solicite la documentación, más aun si se emplean mecanismos informáticos para acceder a los referidos medios de prueba. Como veremos más adelante, si bien la entidad no debe pedir documentos que ella ya tiene, esta limitación debe extenderse a toda la Administración Pública.

Asimismo, esta disposición permite el cumplimiento de la regla del expediente único en los procedimientos administrativos, principio al cual nos referiremos con amplitud más adelante; al impedir que se generen varios expedientes para un mismo procedimiento, puesto que la autoridad administrativa deberá recabar los informes y medios de prueba que sean necesarios.

3. SUSPENSIÓN DEL PLAZO

Cuando una entidad requiera la colaboración de otra para que le proporcione la colaboración referida a la cooperación genérica o a los medios de prueba, en supuestos en los que resulte aplicable el silencio administrativo positivo, y siempre que esta sea indispensable para la resolución del procedimiento administrativo el plazo establecido para ello se suspenderá[650]. La norma preceptúa que el plazo de suspensión no puede exceder de siete días, que se pueden prorrogar a tres más si se requiere traslado fuera de la sede o la asistencia de terceros[651].

Esta disposición es una novedad del Decreto Legislativo N.º 1029 y está diseñada para evitar que se genere la resolución ficta propia del silencio administrativo positivo como resultado de una solicitud de colaboración, la misma que resulta ineludible a efectos de concluir el procedimiento administrativo; situación en la cual se ha considerado que no debería verse afectado el interés general.

Es evidente que dicha suspensión se encuentra sometida a evidentes límites, por constituir una situación excepcional como vamos a analizar con detalle más adelante. El primero de ellos es el plazo establecido por el artículo 132º de la Ley N.º 27444. Pero además, si la entidad solicita información únicamente para verificar la veracidad de la documentación que ha sido presentada por el administrado, dicha solicitud no debería ser en absoluto pertinente, en aplicación del principio de presunción de veracidad, el mismo que permite preferir los controles posteriores a los controles previos en el caso de los procedimientos administrativos.

650 Artículo 76º, numeral 76.3 de la Ley N.º 27444.
651 Artículo 132º, numeral 3 de la Ley N.º 27444.

4. MEDIOS QUE PERMITEN LA COLABORACIÓN INTERINSTITUCIONAL

Las entidades están facultadas para dar estabilidad a la colaboración interinstitucional mediante los diversos medios legalmente admisibles[652]. La doctrina reconoce en general dos tipos de técnicas de colaboración entre entidades: las técnicas orgánicas y las técnicas funcionales. Las técnicas orgánicas se caracterizan por la participación de los entes administrativos como tales, en el ámbito de sus competencias entendidas como un todo. Las técnicas funcionales implican más bien el trabajo conjunto de dos o más entidades para la realización de determinadas funciones de manera conjunta.

Ahora bien, la Ley señala dos medios o técnicas de colaboración interinstitucional de especial importancia, sin que dicha previsión pueda considerarse de naturaleza taxativa, dada la existencia de un amplio conjunto de medios de colaboración que puedan considerarse atípicos o innominados. Dichos medios son las conferencias entre entidades vinculadas y los convenios de colaboración, mecanismos que se encuentran consagrados también en el derecho comparado, con un desarrollo sumamente importante.

4.1. Las conferencias entre entidades vinculadas

Las conferencias entre entidades vinculadas, típico mecanismo de cooperación orgánica, permiten a aquellas entidades que correspondan a una misma problemática administrativa, el reunirse para intercambiar mecanismos de solución, propiciar la colaboración institucional en aspectos comunes específicos y constituir instancias de cooperación bilateral[653]. Las conferencias se hacen efectivas mediante acuerdos entre las entidades, a fin de establecer lineamientos de cooperación entre las diversas instituciones. La definición de conferencia interinstitucional en el derecho peruano parece restringirse a la existencia de dificultades en la dirección de los sectores a cargo de cada una de las entidades involucradas.

Sin embargo, la realización de las conferencias entre entidades y los respectivos convenios a realizarse deben ambos enfocarse a todas las situaciones comunes que puedan presentarse en las diversas entidades, a fin de mejorar los aspectos de gestión administrativa en cada caso concreto. El segundo párrafo del artículo 77.2 de la Ley hace referencia a los acuerdos que establecen las conferencias entre entidades vinculadas, especificando que los mismos se formalizan mediante acuerdos suscritos por los representantes autorizados. En primer lugar, debe entenderse que toda conferencia debe formalizarse debidamente, a fin de otorgar estabilidad a la cooperación interinstitucional, lo que resulta ser la finalidad de la norma. En segundo término, debe entenderse

652 Artículo 77º, numeral 77.1 de la Ley.
653 Artículo 77º, numeral 77.2 de la Ley.

que el acuerdo configura en buena cuenta un convenio interadministrativo, de naturaleza general y eminentemente desprovisto de contenido patrimonial.

Este mecanismo de cooperación proviene del derecho comparado, en especial de Alemania y España[654] en donde se hacen efectivas conferencias de naturaleza sectorial[655]. Inicialmente, estas conferencias tenían aplicación entre el Estado y los entes autonómicos o federales (como los son las comunidades autónomas españolas o los *länder* en Alemania) para luego ser de aplicación a importantes sectores de la Administración Pública Central[656]. En la mayoría de los casos, en la doctrina y el derecho comparado, las conferencias interadministrativas o intrasectoriales son mandatos legales destinados a otorgar estabilidad a la cooperación entre las entidades, sin perjuicio de que las mismas puedan realizarse mediante acuerdo. En el caso peruano, las conferencias están sujetas a la discrecionalidad de quienes dirigen las diversas entidades, lo cual no asegura que las mismas se hagan efectivas. Nada obsta, sin embargo, para que leyes especiales establezcan la existencia de conferencias interinstitucionales cuya formalización no se encuentre sujeta a la discrecionalidad de las entidades.

4.2. Los convenios de colaboración

Los convenios de colaboración constituyen un mecanismo de cooperación funcional, por el cual, a través de los representantes autorizados de las entidades, se celebran dentro de la Ley acuerdos en el ámbito de su respectiva competencia, de naturaleza obligatoria para las partes y con cláusula expresa de libre adhesión y separación[657]. Debemos señalar que este concepto de convenio debe entenderse como el señalado cuando hablábamos del encargo de gestión en acápites precedentes, es decir, sin que posea una naturaleza contractual ni contenido patrimonial en términos de contraprestaciones pecuniarias. Por otro lado, es una técnica de naturaleza funcional, puesto que implica la realización de determinadas funciones de manera conjunta[658].

Los convenios de colaboración, que en buena cuenta generan colaboración institucional estable, son el típico mecanismo de cooperación entre instituciones, puesto que generan obligaciones mutuas. De hecho, inicialmente eran empleados en diversos países para hacer efectiva la colaboración entre el Estado

654 SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de derecho administrativo*, cit., p. 443; PARADA VÁSQUEZ, *Derecho administrativo*, cit., T. II, pp. 71 y ss.

655 El artículo 5º de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en España, consagra las atribuciones de las conferencias sectoriales: MORELL OCAÑA, *Curso de derecho administrativo II*, cit., p. 278; SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de derecho administrativo*, cit., pp. 443-444.

656 PALOMAR OLMEDA, "Los principios de la actividad administrativa y las relaciones entre las Administraciones", cit., pp. 69 y ss.

657 Artículo 77º, numeral 77.3 de la Ley.

658 PARADA VÁSQUEZ, *Derecho administrativo*, cit., T. II, p. 74.

central y los entes territoriales, constituyéndose en una técnica consolidada[659]. Nada obsta hoy en día, sin embargo, para que dichos convenios puedan ser realizados entre entidades que no necesariamente pertenecen a entes territoriales distintos. En el caso peruano, en el cual existe una administración pública extensa y diversificada, resulta indispensable la celebración de convenios de colaboración en temas puntuales cuando ello lo amerite.

4.3. Otros mecanismos de colaboración entre entidades

Existen diversos mecanismos de cooperación entre entidades distintas a los antes indicados, que se emplean tanto en el derecho comparado como en nuestro país. La entrega de información, que es además un deber de las entidades, constituye un importante medio de cooperación funcional. La asistencia mutua es también un importante medio de colaboración entre las diversas entidades, por ejemplo, cuando se solicitan informes o dictámenes[660]. Al interior de los sistemas administrativos existen múltiples mecanismos de cooperación que permiten asegurar un funcionamiento eficiente de los mismos. Finalmente, el encargo de gestión configura un importante mecanismo de colaboración entre entidades.

5. REGULACIÓN DE LA COLABORACIÓN ENTRE ENTIDADES

El principio general de la regulación de la colaboración administrativa establece que la procedencia de la colaboración solicitada es regulada conforme a las normas propias de la autoridad solicitante, pero el cumplimiento de la misma es regido por las normas propias de la autoridad solicitada[661]. Este principio, que resguarda la legalidad de la colaboración interinstitucional, permite que el origen de la solicitud provenga de la regulación de la entidad que la emite; pero, sujeta la ejecución de la colaboración —y evidentemente, la posibilidad de su puesta en práctica— a las normas de la entidad que prestará la colaboración.

Sin embargo, el principio antes citado no resuelve el problema de la norma aplicable en el caso de la existencia de labores de coordinación permanente, en la cual el trabajo conjunto se realiza en mérito a una obligación establecida constitucional o legalmente. Cuando se trata de sistemas administrativos es evidente que las normas aplicables son las establecidas por el ordenamiento, y en el ámbito reglamentario, las establecidas por el respectivo ente rector.

5.1. Notificación al administrado

La Ley del Procedimiento Administrativo General dispone que, cuando una entidad solicite la colaboración de otra entidad, aquella deberá notificar al administrado dentro de los 3 días siguientes de requerida la información[662].

659 PALOMAR OLMEDA, “Los principios de la actividad administrativa y las relaciones entre las Administraciones”, cit., p. 77.

660 SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de derecho administrativo*, cit., pp. 446-447.

661 Artículo 78º, numeral 78.1 de la Ley.

662 Artículo 76º, numeral 76.4 de la Ley.

Este precepto, que es una novedad del Decreto Legislativo N.º 1029, al cual nos hemos referido de manera reiterada, tiene por finalidad poner en conocimiento del administrado el pedido de colaboración, a fin de que el mismo pueda tomar las medidas que requiere su defensa, pero también para que tome conocimiento de la suspensión del procedimiento, si la misma procede.

5.2. Responsabilidad de los actores de la colaboración interinstitucional

Como obvio resultado de la regulación antes señalada, la autoridad solicitante de la colaboración, en primer lugar, es responsable exclusivamente por la legalidad de lo solicitado y por el empleo de sus resultados. Es decir, la autoridad solicitante debe preocuparse de la validez de la colaboración, y en especial, del uso adecuado de los productos de la misma. Esta distribución de responsabilidades opera a fin de evitar un indebido traslado a través de conceptos como los de responsabilidad vicaria o de culpa *in vigilando* o *in eligendo*.

Asimismo, la autoridad solicitada es responsable de la ejecución de la colaboración efectuada[663]. Esta previsión es por completo coherente con la naturaleza eminentemente discrecional de la colaboración, así como con el hecho de que no existe relación de subordinación o tutela entre las entidades que participan de la colaboración. La autoridad solicitada no responde, en consecuencia, de la validez de lo solicitado en cuanto a la normatividad que regula a la entidad solicitante ni por el uso adecuado de los productos de la colaboración solicitada.

5.3. Costas para la colaboración interinstitucional

La solicitud de colaboración no determina el pago de tasa, derechos administrativos o de cualquier otro concepto que implique pago alguno[664], dado que la tasa es por definición un tributo, y como resultado, imputable a los administrados. Como lo hemos indicado, no existe contenido patrimonial en términos de contraprestación en la colaboración entre entidades, realizándose esta en términos de gratuidad. A ello debemos agregar que resulta absurdo pretender que el Estado se pague a sí mismo, puesto que, en general, los fondos públicos provienen de la misma caja fiscal, como resultado del manejo presupuestario[665].

Esta disposición ha sufrido una interesante evolución. Inicialmente, la Ley N.º 27444 establecía que la solicitud de colaboración no determinaba el pago de tasa administrativa alguna. Posteriormente, a través de una iniciativa de Sunarp, la norma fue modificada por la Ley N.º 28160, la misma que disponía que la solicitud de colaboración no generaba pago de tasa, sin perjuicio del

663 Artículo 78º, numeral 78.2 de la Ley.
664 Artículo 79º, numeral 79.1 de la Ley.
665 MORÓN URBINA, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., pp. 318-319.

pago de las tasas regulares, lo cual evidentemente afectaba la capacidad de las entidades para obtener información necesaria o para que se le preste un servicio[666]. Finalmente, el Decreto Legislativo N.º 1029 establece la regulación actual, que es consistente con la naturaleza de la colaboración administrativa.

Ahora bien, la Ley del Procedimiento Administrativo General establece además que, a petición de la autoridad solicitada, la autoridad solicitante de otra entidad tendrá que pagar a esta los gastos efectivos realizados cuando las acciones se encuentren fuera del ámbito de actividad ordinaria de la entidad[667]. Este precepto se mantuvo con la misma redacción no obstante las sucesivas reformas del primer numeral del artículo que lo contiene. La razón de esta previsión legal es la misma que genera el principio que veníamos comentando, es decir, asegurar que la colaboración administrativa provenga de los fondos presupuestarios asignados a la entidad solicitada.

666 MORÓN URBINA, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., pp. 319-320.

667 Artículo 79º, numeral 79.2 de la Ley.

Capítulo IX

EL RÉGIMEN DEL PERSONAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LA RESPONSABILIDAD DEL MISMO

SUMARIO: 1. Principios generales del régimen del personal de la Administración Pública. 1.1. El régimen de nombramiento o contratación. 1.2. La naturaleza de la relación entre el personal de la Administración Pública y la misma. 1.3. La ética pública. 1.4. El contrato administrativo de servicios. 1.4.1. Ámbito de aplicación. 1.4.2. Impedimentos. 1.4.3. La pertinencia de este régimen. 1.4.4. Lo establecido por el Tribunal Constitucional. 1.4.5. La regulación actual. 1.5. Otros regímenes especiales. 1.6. El régimen laboral público y la estabilidad laboral. 1.7. Responsabilidad en la que puede incurrir el personal de la Administración Pública. 1.7.1. Responsabilidad administrativa. 1.7.2. Responsabilidad civil. 1.7.3. Responsabilidad penal. **2. Faltas en que puede incurrir el personal de la Administración Pública.** 2.1. Régimen de faltas administrativas consignadas en la Ley del Procedimiento Administrativo General. 2.2. Criterios aplicables a las faltas que no están señaladas expresamente en la Ley. 2.3. Las sanciones. 2.4. Los elementos de determinación de la sanción administrativa a empleados públicos. 2.5. Registro de sanciones. **3. Procedimiento aplicable a estos casos. El procedimiento disciplinario.** 3.1. Los principios aplicables. 3.2. Los procedimientos sancionadores tramitados por la Contraloría General de la República. 3.3. Las dificultades de la regulación que estamos comentando. 3.4. El principio de inmediatez. **4. Incompatibilidades y restricciones aplicables al personal de la Administración Pública.** 4.1. El caso de las exautoridades. 4.2. Otras incompatibilidades. 4.3. La doble percepción de ingreso proveniente del Estado. **5. Denuncia por delito de omisión o retardo de función. 6. Responsabilidad y respondabilidad.** 6.1. La respondabilidad como mecanismo de control. 6.2. La naturaleza del funcionario público. 6.3. La Ley que regula la presentación de la declaración jurada. 6.4. El enriquecimiento ilícito y la responsabilidad penal. 6.5. La duplicación del plazo de prescripción.

1. PRINCIPIOS GENERALES DEL RÉGIMEN DEL PERSONAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Las funciones de la Administración Pública –enfocadas fundamentalmente en la tutela del interés general, sin perder de vista la defensa y respeto de los derechos de los particulares y el principio de legalidad– establecen la necesidad de un personal eficiente. En consecuencia, las autoridades y el personal al servicio de las entidades se encuentran sometidas a un régimen especial de relación con la entidad administrativa, lo que genera que, independientemente de su régimen

laboral o contractual, sean susceptibles de incurrir en falta administrativa en el trámite de los procedimientos administrativos a su cargo.

A la relación particular a la que hacemos mención, cierto sector de la doctrina la denomina relación de especial sujeción, concepto propio sobretodo de la doctrina española. Dicha relación justifica que los funcionarios y servidores públicos tengan obligaciones y deberes que los particulares no poseen. Las relaciones de sujeción especial implican, en consecuencia, importante limitaciones a ciertos derechos de los miembros del personal de la Administración Pública.

Casos de dicha relación de especial sujeción se da por ejemplo respecto de las limitaciones contractuales de ciertos funcionarios, respecto de la aplicación de limitaciones laborales y, como veremos más adelante, respecto a la imposición de sanciones. Ejemplos especiales de servidores públicos en esta situación se enmarcan en las fuerzas armadas y policiales, el personal de los organismos electorales o en ciertos funcionarios de alto rango.

1.1. El régimen de nombramiento o contratación

En primer lugar, y a efectos de la norma administrativa, no tiene relevancia el régimen de contratación, sea administrativo, laboral o civil, a través de la cual el personal al servicio de la Administración efectúa sus funciones. Inicialmente, se entendía que la responsabilidad administrativa podía aplicarse únicamente a los funcionarios o servidores sometidos a carrera administrativa, puesto que desde el punto de vista técnico únicamente ellos podían formar parte del personal permanente de la Administración. Sin embargo, e incluso desde el ámbito de la norma penal, en específico el Código Penal, esta responsabilidad se ha ampliado hasta incorporar al personal contratado bajo cualquier modalidad[668].

Asimismo, a efectos de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, se considera funcionario o servidor público todo aquel, que independientemente del régimen laboral en que se encuentra, mantiene vínculo laboral, contractual o relación de cualquier natu-

668 Código Penal:
Artículo 425.- ***Funcionario o servidor público***
Se consideran funcionarios o servidores públicos:
1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa.
2. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular.
3. Todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos.
4. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.
5. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.
6. Los demás indicados por la Constitución Política y la ley.

raleza con alguna de las entidades, y que en virtud de ello ejerce funciones en tales entidades, conforme a la novena disposición final de la citada norma.

Ahora bien, conforme a lo dispuesto por el artículo III del Título Preliminar de la Ley N.º 28175, Ley Marco del Empleo Público, la citada norma regula la prestación de los servicios personales, subordinada y remunerada entre una entidad de la Administración Pública y un empleado público, cualquiera fuera la clasificación que este tenga. Ello, siendo que la relación ente el empleado y el Estado vincula al último como empleador y a las personas que le prestan servicios remunerados bajo subordinación, e incluye a las relaciones de confianza política originaria, conforme el artículo 1º de la citada ley.

Sin embargo, la diversificación de las labores de la administración pública y los diversos regímenes aplicables han obligado al ordenamiento jurídico a adecuar los diversos regímenes de contratación al ejercicio de la función pública. De hecho, en una misma entidad pueden coexistir servidores permanentes sometidos a las normas de la carrera administrativa, servidores sujetos al régimen laboral de la actividad privada, así como personal contratado a través de las normas del Código Civil o del Decreto Legislativo N.º 1057, que regula el mal denominado Contrato Administrativo de Servicios. Determinados entes de la Administración, en especial la mayor parte de los organismos públicos descentralizados, carecen por completo de personal sujeto al régimen de la carrera administrativa.

1.2. La naturaleza de la relación entre el personal de la Administración Pública y la misma

Respecto a la relación entre la Administración Pública y su personal debe señalarse en primer lugar, que nos encontramos ante una relación muy particular, que si bien establece un conjunto de derechos, también asigna un conjunto de deberes respecto al personal al servicio de las entidades; que la hace sustancialmente distinta de la relación existente entre un trabajador y un empleador en el ámbito de la actividad privada.

Asimismo, existen dos grandes corrientes en la interpretación de la citada relación[669]. Una meramente contractual laboral, que establece que el personal de la Administración Pública se encuentra sujeto a una relación de naturaleza laboral, siendo que los derechos y obligaciones existentes son resultado del contrato laboral. Esta concepción se encuentra reforzada por el hecho de que cada vez son más los organismos públicos cuyo personal se encuentra sometido al régimen laboral de la actividad privada.

669 Sobre el particular: MIRANDA HURTADO, Guillermo, "Instituciones y perspectivas del derecho laboral público", en *Derecho & Sociedad*, Año 15, N.º 23, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2004, pp. 61 y ss.

Por otro lado, la corriente estatutaria administrativa establece que la relación en mención es más bien de derecho público, regida íntegramente por el derecho administrativo y que del mismo provienen los derechos y deberes establecidos legalmente. El régimen de la carrera administrativa, establecido por el Decreto Legislativo N.º 276 y sus normas reglamentarias y conexas, se encuentra en esta línea. Esta posición doctrinal se ve reforzada por el hecho de que, incluso en los organismos sometidos al régimen laboral de la actividad privada, los nombramientos se efectúan a través de resoluciones administrativas, de la misma manera que los ceses y despidos.

Actualmente, la Ley Marco del Empleo Público parece mostrarnos más bien un régimen mixto, en el cual existen elementos de ambos ámbitos. En este orden de ideas, el artículo IV del Título Preliminar de la citada norma establece un conjunto de principios que nos dan luces sobre lo antes precisado. En primer lugar, por el principio de legalidad, los derechos y obligaciones que generan el empleo público se enmarcan dentro de lo establecido en la Constitución Política, leyes y reglamentos; siendo que el empleado público en el ejercicio de su función actúa respetando el orden legal y las potestades que la ley le señala.

Por otro lado, sin embargo, la norma señala que rigen en las relaciones individuales y colectivas del empleo público, los principios de igualdad de oportunidades sin discriminación, el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución e interpretación más favorable al trabajador en caso de duda, principios que provienen directamente del derecho laboral. La norma señala asimismo que en la colisión entre principios laborales que protegen intereses individuales y los que protegen intereses generales, se debe procurar soluciones de consenso y equilibrio.

Sobre este particular debemos señalar que la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 008-2005-PI-TC declara infundada la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el numeral 8 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N.º 28175, debiéndose interpretar dicho precepto en el sentido que tratándose de relaciones de empleo público, individuales o colectivas, donde se encuentren en juego derechos constitucionales, la solución a la colisión de principios deberá efectuarse conforme al artículo 23º de la Constitución, que establece que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.

1.3. La ética pública

Se entiende por Ética Pública al conjunto de valores que se consideran necesarios para que la Administración Pública funcione de manera eficiente y que tutele los derechos e intereses de los administrados. A su vez, dichos valores son incorporados en la norma jurídica, para que sean obligatorios. Ello se deduce del articulado de la Ley N.º 27815, Ley del Código de Ética de la Función Pública.

La citada norma diseña un régimen de aplicación amplia de esta, que se dirige a todo funcionario o servidor de las entidades de la Administración Pública en cualquiera de los niveles jerárquicos sea este nombrado, contratado, designado, de confianza o electo que desempeñe actividades o funciones en nombre del servicio del Estado. Ello, sin importar el régimen laboral o de contratación al cual esté sujeto.

En este orden de ideas, en la norma se establecen un conjunto de principios. En primer lugar el de respeto, por el cual el empleado público adecua su conducta hacia el respeto de la Constitución y las leyes, garantizando que en todas las fases del proceso de toma de decisiones o en el cumplimiento de los procedimientos administrativos, se respeten los derechos a la defensa y al debido procedimiento.

Asimismo, tenemos el principio de probidad, a fin de que el empleado público actúe con rectitud, honradez y honestidad, procurando satisfacer el interés general y desechando todo provecho o ventaja personal, obtenido por sí o por otra persona. Este principio se dirige a evitar la desviación de poder, vicio común en las entidades públicas, que como veremos más adelante lleva a la nulidad del acto administrativo como resultado de la vulneración a la finalidad pública de este.

Luego tenemos el principio de eficiencia, por el cual el cual se brinda calidad en cada una de las funciones a su cargo, procurando obtener una capacitación sólida y permanente. En primer término, la calidad implica la satisfacción del administrado, el mismo que debe ser considerado como un cliente. En segundo lugar es preciso señalar que la capacitación es un derecho, pero también una obligación del empleado público.

Asimismo, la idoneidad, que consiste en la aptitud técnica, legal y moral, condición esencial para el acceso y ejercicio de la función pública. Como resultado, el servidor público debe propender a una formación sólida acorde a la realidad, capacitándose permanentemente para el debido cumplimiento de sus funciones. Pero además, el empleado público debe asegurarse que realiza las acciones para las cuales es competente. Finalmente, debe satisfacer los valores que venimos describiendo.

Otro principio clave es el de veracidad, que implica autenticidad en las relaciones funcionales con todos los miembros de su institución y con la ciudadanía, y contribuye al esclarecimiento de los hechos. Dicho principio permite que la información que fluye en la entidad sea la adecuada y que los procedimientos sean resueltos de manera eficaz.

Asimismo, se señala los principios de lealtad y de obediencia, que implican fidelidad y solidaridad hacia todos los miembros de la institución, cumpliendo las órdenes que le imparta el superior jerárquico competente, si reúnen las formalidades del caso y tengan por objeto la realización de actos de servicio que

se vinculen con las funciones a su cargo, salvo los supuestos de arbitrariedad o ilegalidad manifiestas.

La justicia y la equidad suponen una permanente disposición para el cumplimiento de sus funciones, otorgando a cada uno lo que le es debido. Ello, actuando con equidad en sus relaciones con el Estado, con el administrado, con sus superiores, con sus subordinados y con la ciudadanía en general.

Finalmente, la lealtad al Estado de derecho supone que el funcionario de confianza debe lealtad a la Constitución y al Estado de derecho. Como resultado, ocupar cargos de confianza en regímenes de facto, es causal de cese automático e inmediato de la función pública. Esto funciona como un mecanismo de defensa del sistema democrático.

1.4. El contrato administrativo de servicios

El llamado CAS es un régimen intermedio, que reemplaza a los llamados servicios no personales (SNP), que en realidad no es un contrato de locación de servicios, pero tampoco un contrato de empleo público. Así, la norma establece que esta modalidad contractual no se encuentra sujeta a la Ley de Bases de la Carrera Administrativa, al régimen laboral de la actividad privada ni a otras normas que regulan carreras administrativas especiales[670]; configurándose entonces como una fórmula de transición[671], que sin embargo ha adquirido vocación de permanencia.

Este contrato otorga algunos de los beneficios propios de una relación de empleo público. En particular, jornada limitada, prestaciones de salud, descanso semanal, vacaciones pagadas —quince días—, así como afiliación a un régimen pensionario. Sin embargo, no reconoce beneficios sociales y se encuentra sometido a un plazo determinado, el mismo que es renovable. Evidentemente tampoco existe indemnización por despido arbitrario, sino tan solo una penalidad equivalente a las contraprestaciones dejadas de percibir, hasta un importe máximo equivalente a dos (2) meses en caso de resolución del contrato por la entidad sin mediar incumplimiento alguno[672].

1.4.1. Ámbito de aplicación[673]

El régimen comprende a todas las entidades de la administración pública, entendiendo por ellas al Poder Ejecutivo, incluyendo los ministerios y organismos públicos, de acuerdo a lo establecido por la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo; al Congreso de la República; al Poder Judicial; a los organismos constitucio-

670 Artículo 3º del Decreto Legislativo N.º 1057.

671 MARTIN TIRADO, Richard, "El régimen del contrato administrativo de servicios: nuevas soluciones para un viejo problema", en *Revista de Derecho Administrativo*, N.º 7, CDA, Lima, 2009, pp. 36-37.

672 Numeral 13.3 del artículo 13º del N.º 075-2008-PCM.

673 Artículo 2º del N.º 075-2008-PCM.

nalmente autónomos, a los gobiernos regionales y locales y las universidades públicas; y a las demás entidades públicas cuyas actividades se consideran sujetas a las normas comunes de derecho público.

Sin embargo, las empresas del Estado no se encuentran bajo el ámbito del régimen de contratación administrativa de servicios, lo cual significa que los locadores de servicio en las mismas lo siguen siendo, sin ningún beneficio adicional. Debe entenderse que esto tiene por finalidad otorgarle flexibilidad a las empresas públicas en la administración de los servicios que se prestan en dichas entidades.

Además, se encuentran excluidos los contratos financiados directamente por alguna entidad de cooperación internacional con cargo a sus propios recursos; los contratos que se realizan a través de organismos internacionales que, mediante convenio, administran recursos del Estado peruano para fines de contratación de personal altamente calificado, así como tampoco a los contratos del Fondo de Apoyo Gerencial.

Sin embargo, la norma señala[674] que las entidades públicas que cuentan con personal contratado a través de convenios de administración de recursos, del Fondo de Apoyo Gerencial del Sector Público u otros similares, podrán incorporarlos al régimen regulado por el Decreto Legislativo N.º 1057. Para ello deben efectuar las acciones que correspondan en el marco de las disposiciones legales vigentes, a fin de considerar el financiamiento respectivo en su presupuesto institucional de manera previa a la programación del gasto de la contratación mediante contratos administrativos de servicios.

Finalmente, están excluidos de este régimen aquellos contratos que corresponden a modalidades formativas laborales; ni los de prestación o locación de servicios, consultoría, asesoría o cualquier otra modalidad contractual de prestación de servicios autónomos que se realizan fuera del local de la entidad contratante. La primera exclusión es clara puesto que los practicantes, por ejemplo, poseen su propio régimen regulado por la norma pertinente. En el segundo caso nos encontramos ante la prestación de servicios por completo autónoma, la misma que se encuentra regulada por la normativa en materia de contratación administrativa, o en su caso, por las normas civiles o comerciales.

1.4.2. Impedimentos[675]

A su vez, esta contratación nos muestra varios impedimentos. En primer lugar, no pueden celebrar contratos administrativos de servicios las personas con inhabilitación administrativa o judicial para contratar con el Estado, lo cual es perfectamente razonable. Asimismo, están impedidos de ser contratados bajo este régimen quienes tienen impedimento para ser postores o contratistas,

674 Tercera Disposición Complementaria Transitoria del N.º 075-2008-PCM.
675 Artículo 4º del N.º 075-2008-PCM.

expresamente previsto por las disposiciones legales y reglamentarias sobre la materia, en particular el Decreto Legislativo N.º 1017.

Sin embargo, es la prohibición de doble ingreso la que resulta controvertida. Se señala que se encuentran impedidas de percibir ingresos por contrato administrativo de servicios aquellas personas que perciben otros ingresos del Estado, salvo que, en este último caso, dejen de percibir esos ingresos durante el periodo de contratación administrativa de servicios. Esta limitación posee una excepción, referida a la contraprestación proveniente de la actividad docente o por ser miembros únicamente de un órgano colegiado; excepción similar a la que encontramos en la prohibición de doble ingreso propia del empleo público.

Decimos que es controvertida porque esta prohibición es propia del empleo público y no de la contratación administrativa de servicios, que ha sido diseñada como una relación que no posee la naturaleza mixta del empleo público, sino más bien administrativa. Es inconsistente que este régimen posea solo parte de los beneficios propios del empleo público pero sí todas sus limitaciones.

1.4.3. La pertinencia de este régimen

Sin embargo, y como ya lo ha señalado la Corte Superior de Lima[676] —en evidente aplicación del principio de primacía de la realidad—, este régimen es inconstitucional. Una de las razones es la limitación de derechos laborales a empleados públicos que claramente poseen la calidad de tales; pero además nos encontramos ante un régimen evidentemente discriminatorio, que otorga beneficios diferenciados sin que exista la razonabilidad y proporcionalidad requeridas por la doctrina y la jurisprudencia sobre la materia.

De hecho, el procedimiento para incorporar a los locadores de servicios al Cuadro para Asignación de Personal (CAP) de las entidades ya se encontraba establecido en la normativa peruana[677]. Se estableció un incorporación paulatina en los CAP y/o en el Presupuesto Analítico de Personal (PAP) sin demandar recursos adicionales al Tesoro Público, de los trabajadores que ejercían labores de carácter permanente y propio de la entidad, bajo la modalidad de contratados o de servicios no personales. Entonces, bastaba solo una directiva suficientemente clara, emitida por la Dirección Nacional de Presupuesto Público a fin de que dicho procedimiento estuviese debidamente regulado. Esto se encuentra señalado también en la sentencia señalada anteriormente, en la cual se establece la existencia de medios alternativos para obtener la finalidad perseguida, lo cual afecta el criterio de necesidad, que es un componente ineludible de la proporcionalidad[678].

676 Sentencia emitida en el Exp. N.º 719-2010-BE (S).

677 Literal f. de la Tercera Disposición Transitoria de la Ley N.º 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto.

678 Sentencia emitida en el Exp. N.º 719-2010-BE (S), fundamentos N.ºs 23, 24, 25 y 26.

1.4.4. Lo establecido por el Tribunal Constitucional

No obstante lo antes señalado, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado estableciendo la constitucionalidad del régimen que venimos describiendo, como resultado de un proceso de inconstitucionalidad[679]. En primer lugar, señala el Tribunal que nos encontramos ante un contrato de naturaleza laboral y no ante un contrato de naturaleza administrativa[680], lo cual nos puede llevar a pensar que, en efecto, un régimen distintivo como este sería inconstitucional.

Asimismo, el Tribunal Constitucional efectúa un análisis comparativo respecto a los regímenes laborales del Estado, llegando a la conclusión de que este régimen protege en menor medida los derechos laborales de los trabajadores, pero que resulta más favorable que los contratos de locación de servicios que se empleaban previamente[681]. Es preciso tener en cuenta que dichos contratos de locación de servicios, en su gran mayoría, eran celebrados como si fueran contratos administrativos más que como si fueran contratos civiles, lo cual el Tribunal no ha tomado en cuenta.

Sin embargo, el colegiado efectúa un análisis incompleto cuando compara los derechos contenidos en el Decreto Legislativo N.º 1057 con los derechos constitucionales, estableciendo erróneamente que dicha norma es compatible con los mismos. El Tribunal omite efectuar el test de igualdad, razón por la cual no explicita si la diferenciación es legítima o no, test que sí ha sido efectuado por el Poder Judicial, como ya se ha visto. Asimismo, asegura que el derecho a gozar de beneficios sociales, consagrado en la norma constitucional, se encuentra garantizado, o cual evidentemente no es así, puesto que los trabajadores CAS carecen de compensación por tiempo de servicios, por ejemplo.

Finalmente, el Tribunal dispone que el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo emita la reglamentación para ejercer el derecho de sindicación y huelga, que es el único que reconoce que se ha omitido; así como dicte la legislación pertinente estableciendo criterios para el empleo de este régimen. Esta disposición no resulta ser consistente con la norma aplicable, puesto que el Tribunal no puede ordenar la emisión de reglamentos, ni tampoco un ministerio goza del ejercicio de función legislativa.

1.4.5. La regulación actual

Sin embargo, el año 2012 se promulgó la Ley N.º 29849, la misma que entendemos le da la estocada final al régimen laboral que venimos comentando. De hecho la citada norma modifica el artículo 3º del Decreto Legislativo N.º 1057, referido a la definición del régimen, y el artículo 6º, que regula los derechos del trabajador. Asimismo, incorpora cinco artículos, referidos al concurso público

679 STC. N.º 00002-2010-PI/TC, de fecha 30 de agosto de 2010.
680 Fundamentos 19 y 20.
681 Fundamento 38.

necesario para la incorporación de los trabajadores, las obligaciones y responsabilidades administrativas, la extinción del contrato, la emisión de boletas de pago, así como el régimen tributario. La citada reforma incrementa los beneficios a favor de los trabajadores que contenía la redacción original de la norma.

Sin embargo, la disposición más importante es la contenida en la Primera Disposición Complementaria Transitoria, la misma que preceptúa que la eliminación del Régimen Laboral Especial del Decreto Legislativo Nº1057 se produce de manera gradual a partir del año 2013, con la implementación del nuevo Régimen del Servicio Civil. Se señala que para ello, en las leyes anuales de presupuesto del sector público se establecerán los porcentajes de ingreso para el nuevo Régimen del Servicio Civil.

1.5. Otros regímenes especiales

Por otro lado, existen regímenes especiales creados con la finalidad de asegurar la contratación de personal altamente calificado al interior de la Administración Pública, lo cual es necesario para asegurar la prestación de los servicios con eficiencia y calidad. En primer lugar, tenemos el Cuerpo de Gerentes Públicos, regulado por el Decreto Legislativo N.º 1024, el mismo que se encuentra conformado por profesionales altamente capaces, seleccionados en procesos competitivos y transparentes, para ser destinados a entidades del Gobierno Nacional, gobiernos regionales y gobiernos locales que los requieran, como lo señala el artículo 1º de la citada norma.

A su vez, el artículo 2º señala que son sus objetivos convocar profesionales capaces para altos puestos de dirección y gerencias de mando medio, a través de procesos transparentes y competitivos; desarrollar capacidades de dirección y gerencia en la Administración Pública y asegurar su continuidad; profesionalizar gradualmente los niveles más altos de la Administración Pública; así como impulsar la reforma del Servicio Civil. Es preciso señalar que estos funcionarios se encuentran exonerados de los topes establecidos respecto a las remuneraciones del sector público.

Ahora bien, conforme el artículo 9º de la norma antes citada los Gerentes Públicos son asignados a las entidades solicitantes por periodos de tres años renovables, a pedido de estas. Una vez que concluye dicha asignación, el Gerente Público retornará a la situación de disponibilidad para su recolocación, salvo que la entidad solicitante lo asuma permanentemente. Si no es asumido por la entidad solicitante, la Autoridad gestionará su recolocación en otra. Además la norma preceptúa que el Gerente Público continuará percibiendo una retribución por dos meses, durante los cuales desempeñará las funciones que le encargue la Autoridad. Finalmente, si transcurren los dos meses sin lograrse su recolocación, el Gerente Público pasará a régimen de disponibilidad sin remuneración, suspendiendo su relación laboral.

Por otro lado, tenemos el régimen establecido por la Ley N.º 29806. Conforme al artículo 1º de la citada norma, esta regula la contratación de profesionales altamente calificados para ocupar puestos en las entidades públicas del Poder Ejecutivo, bajo los principios de mérito y transparencia. Al igual que en el caso de los gerentes públicos, estos funcionarios se encuentran exonerados de los topes establecidos respecto a las remuneraciones del sector público. Para ello se emplea el Fondo de Apoyo Gerencial al Sector Público (FAG), creado por Decreto Ley N.º 25650

Los profesionales contratados a través del régimen materia de comentario deben cumplir con un conjunto mínimo de requisitos682. En primer lugar, contar con los requisitos mínimos para el puesto, establecidos en las normas estructurales. Asimismo, contar con experiencia en gestión de la materia requerida y/o con experiencia en la actividad requerida. Además, contar con título profesional y/o grado académico de maestría o doctorado. Finalmente, el profesional no deberá estar inhabilitado para ejercer función pública por decisión administrativa firme o sentencia judicial con calidad de cosa juzgada. Es preciso señalar que corresponde al sector solicitante el verificar el cumplimiento de dichos requisitos.

1.6. El régimen laboral público y la estabilidad laboral

Con relación a los trabajadores sujetos al régimen laboral público, el Tribunal Constitucional ha considerado que el Estado es el único empleador en las diversas entidades de la Administración Pública[683]. A ello se agrega el hecho de que el artículo 4º, literal 6) de la Ley N.º 27584, que regula el proceso contencioso administrativo, dispone que las actuaciones administrativas sobre el personal dependiente al servicio de la administración pública son impugnables a través del proceso contencioso administrativo.

Como resultado, el Tribunal Constitucional ha estimado que la vía normal —y la más idónea— para resolver las pretensiones individuales por conflictos jurídicos derivados de la aplicación de la legislación laboral pública es el proceso contencioso administrativo, dado que permite la reposición del trabajador despedido y prevé la concesión de medidas cautelares. Ello dado que la declaración de nulidad de la resolución que decide el despido opera de manera retroactiva, generando que la situación jurídica sea la previa a la emisión de la citada resolución, en la cual el recurrente se encontraba laborando. Asimismo, el contencioso administrativo permite la concesión

682 Artículo 2º de la Ley N.º 29806.

683 STC. N.º 0206-2005-PA/TC, de fecha 28 días del mes de noviembre de 2005, fundamentos 21 y siguientes.

de medidas cautelares de innovar y de no innovar[684], lo cual podría generar inclusive que el trabajador permanezca en su centro de trabajo mientras dure el proceso judicial.

El Tribunal señala que, si en virtud de la legislación laboral pública (el Decreto Legislativo N.º 276, la Ley N.º 24041 y los regímenes especiales de servidores públicos sujetos a la carrera administrativa) y del proceso contencioso administrativo es posible la reposición, entonces las consecuencias que se deriven de los despidos de los servidores públicos o del personal que sin tener tal condición labora para el sector público (Ley N.º 24041), deberán dilucidarse en la vía contenciosa administrativa por ser la idónea, adecuada e igualmente satisfactoria, en relación al proceso de amparo, para resolver las controversias laborales públicas. En principio, una demanda de amparo sustentada en este derecho debería ser declarada improcedente.

De la misma manera, el Tribunal ha señalado que el mismo análisis debe efectuarse respecto a las pretensiones por conflictos jurídicos individuales respecto a las actuaciones administrativas sobre el personal dependiente al servicio de la administración pública y que se derivan de derechos reconocidos por la ley, tales como nombramientos, impugnación de adjudicación de plazas, desplazamientos, reasignaciones o rotaciones, cuestionamientos relativos a remuneraciones, bonificaciones, subsidios y gratificaciones, permisos, licencias, ascensos, promociones, impugnación de procesos administrativos disciplinarios, sanciones administrativas, ceses por límite de edad, excedencia, reincorporaciones, rehabilitaciones, compensación por tiempo de servicios y cuestionamiento de la actuación de la administración con motivo de la Ley N.º 27803, entre otros.

Finalmente el Tribunal ha señalado que solo en defecto de tal posibilidad o atendiendo a la urgencia o a la demostración objetiva y fehaciente por parte del demandante de que la vía contenciosa administrativa no es la idónea, procederá el amparo. Igualmente, el proceso de amparo será la vía idónea para los casos relativos a despidos de servidores públicos cuya causa sea: su afiliación sindical o cargo sindical, por discriminación, en el caso de las mujeres por su maternidad, y por la condición de impedido físico o mental; que en realidad son causales de despido nulo conforme a la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

1.7. Responsabilidad en la que puede incurrir el personal de la Administración Pública

Las consecuencias civiles, administrativas o penales de la responsabilidad de las autoridades son independientes entre sí y se exigen de acuerdo a lo

684 Ley N.º 27584:
Artículo 37º.- ***Medidas de innovar y de no innovar***
Son especialmente procedentes en el proceso contencioso administrativo las medidas cautelares de innovar y de no innovar.

previsto en su respectiva legislación, dada su diferente naturaleza[685]. Esta es una excepción al principio de *non bis in idem* dado que, en este caso, resulta posible que sanciones de distinta naturaleza concurran respecto de la comisión de una misma infracción.

1.7.1. Responsabilidad administrativa

Conforme a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República se entiende por responsabilidad administrativa funcional aquella en la que incurren los servidores y funcionarios por haber contravenido el ordenamiento jurídico administrativo y las normas internas de la entidad a la que pertenecen, se encuentre vigente o extinguido el vínculo laboral o contractual al momento de su identificación durante el desarrollo de la respectiva acción de control. Esto último permite exigir responsabilidad administrativa a quienes tuviesen un vínculo meramente administrativo con la entidad e incluso a quienes ya no laboren en ella.

Asimismo, la norma señala que incurren también en responsabilidad administrativa funcional los servidores y funcionarios públicos que en el ejercicio de sus funciones, desarrollaron una gestión deficiente. Para ello se requiere la existencia, antes de que se asuma el cargo o durante el desempeño del mismo, de mecanismos objetivos o indicadores de medición de eficiencia. Dichos indicadores ya existen en nuestra administración pública, y son indispensables para que la asignación de responsabilidad administrativa no sea arbitraria.

1.7.2. Responsabilidad civil

Por otro lado, la responsabilidad civil es aquella en la que incurren los servidores y funcionarios públicos, que por su acción u omisión, en el ejercicio de sus funciones, hayan ocasionado un daño económico a su entidad o al Estado[686]. En este orden de ideas es necesario que el daño económico sea ocasionado incumpliendo el funcionario o servidor público sus funciones, por dolo o culpa, sea esta inexcusable o leve. Como lo hemos señalado en el capítulo anterior, la falta de dolo o culpa del funcionario no exime a la entidad de su responsabilidad civil como tal, puesto que en este caso la misma es objetiva.

Ahora bien, la obligación del resarcimiento a la entidad o al Estado es de carácter contractual y solidaria, y en consecuencia la acción correspondiente prescribe a los diez (10) años de ocurridos los hechos que generan el daño económico. Lo que ocurre es que, si consideráramos que nos encontramos ante responsabilidad civil extracontractual, la misma prescribiría a los dos años se cometido el hecho dañoso.

685 Artículo 243º, inciso 243.1 de la Ley N.º 27444.
686 FRAGA, *Derecho administrativo*, cit., p. 141.

1.7.3. Responsabilidad penal

Finalmente, la responsabilidad penal es aquella en la que incurren los servidores o funcionarios públicos que en ejercicio de sus funciones han efectuado un acto u omisión tipificado como delito. Ello implica la existencia de bienes jurídicos tutelados al interior de la Administración cuya importancia justifica la criminalización de determinadas conductas, que van desde los delitos relacionados con el abuso de autoridad, la concusión en sus diversas modalidades, el peculado y la corrupción de funcionarios.

Resulta de común entendimiento, en primer lugar, que la responsabilidad civil es perfectamente compatible con cualquiera de las demás, dada su naturaleza indemnizatoria y no sancionadora. Sin embargo, la doctrina establece que no podría aplicarse sanciones administrativas y penales de manera simultánea o sucesiva. No obstante ello, es claro que una sanción penal contra un funcionario público acarrearía, por lo menos, la suspensión del mismo; sin contar que podría incluir su separación del cargo e incluso su inhabilitación.

Es preciso señalar que los procedimientos para la exigencia de la responsabilidad penal o civil no afectan la potestad de las entidades para instruir y decidir sobre la responsabilidad administrativa, salvo disposición judicial expresa en contrario[687]; en mérito precisamente a la independencia entre las mismas. Ello ocurre no solo por la evidente distinción en el fundamento, sino además por el hecho de que la responsabilidad penal es eminentemente distinta a la responsabilidad administrativa, dado que ambas tienen incluso un origen distinto. Mientras que la responsabilidad penal proviene de la potestad estatal de sancionar delitos, la responsabilidad administrativa del empleado público proviene de la relación de subordinación existente entre la entidad y dicho empleado.

Finalmente, conforme lo dispuesto por el artículo 426º del Código Penal, los diversos delitos contra la Administración Pública, serán sancionados, además, con pena de inhabilitación de uno a tres años conforme a lo dispuesto por el propio Código Penal, la misma que incluye privación del cargo y la imposibilidad de ocupar otro cargo pública mientras dure la inhabilitación.

2. FALTAS EN QUE PUEDE INCURRIR EL PERSONAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

El personal de la Administración Pública es pasible de ser sancionado administrativamente con diversas sanciones que incluyen la amonestación, suspensión, cese o destitución; atendiendo a diversos elementos como la gravedad de la falta, la reincidencia, el daño causado y la intencionalidad con que hayan ac-

687 Artículo 243º, inciso 243.2 de la Ley N.º 27444.

tuado[688], sin descartar la posibilidad de incurrir en responsabilidad civil o penal en el ejercicio de sus funciones.

En primer lugar, debe señalarse que el esquema de faltas establecido por la ley es objetivo, sin que se haga indicación a la existencia de factor de imputación alguno (sea dolo o negligencia). En todo caso deberá entenderse que el descargo por dolo o culpa correspondería al funcionario al que se le imputa la falta. El factor de imputación debe considerarse más bien como un elemento para determinar la graduación de la sanción a imponer.

Asimismo, y como veremos más adelante, el criterio de determinación de infracciones es más bien abierto, puesto que resultaría posible deducir infracciones no determinadas expresamente en la Ley. Finalmente, es claro que las infracciones consignadas por la Ley están relacionadas en forma directa con las obligaciones de las entidades y los derechos de los administrados en los procedimientos administrativos a cargo de los funcionarios o servidores administrativos.

2.1. Régimen de faltas administrativas consignadas en la Ley del Procedimiento Administrativo General

De acuerdo a la Ley N.º 27444, existe un conjunto de faltas en que pueden incurrir los funcionarios y servidores de la Administración Pública[689], que incluyen las siguientes:

1. Negarse a recibir injustificadamente solicitudes, recursos, declaraciones, informaciones o expedir constancia sobre ellas. Una infracción como la antes señalada, vulnera en forma directa el derecho de petición administrativa, el mismo que está consagrado constitucionalmente.
2. No entregar, dentro del término legal, los documentos recibidos a la autoridad que deba decidir u opinar sobre ellos. Este precepto pretende sancionar la demora en tramitar los documentos recibidos por la mesa de partes y su remisión a la autoridad que corresponde.
3. Demorar injustificadamente la remisión de datos, actuados o expedientes solicitados para resolver un procedimiento o la producción de un acto procesal sujeto a plazo determinado dentro del procedimiento administrativo. Esta infracción proviene en primer lugar del deber de colaboración entre entidades públicas; pero también del deber de proporcionar la información solicitada al interior de la propia entidad. Por otro lado, refiere también a la dilación de la autoridad en emitir un acto para el cual existe un plazo determinado y este ha sido rebasado.

688 Artículo 239º, primer párrafo, de la Ley N.º 27444.
689 Artículo 239º de la Ley N.º 27444.

4. Resolver sin motivación algún asunto sometido a su competencia. Esta previsión fortalece el deber de motivar las resoluciones que tiene la autoridad administrativa, deber que forma parte de derechos fundamentales como el del debido proceso. Asimismo, la motivación es un elemento esencial del acto administrativo, sin el cual el mismo es nulo.
5. Ejecutar un acto que no se encuentre expedito para ello. Ello pretende prevenir la ejecución forzada de un acto sin cumplir con lo preceptuado para hacer ello posible, de acuerdo a la Ley. Los requisitos para que un acto administrativo pueda ser ejecutado han sido señalados previamente en el presente trabajo. Ahora bien, debe señalarse que no necesariamente es requisito para ello que el acto se encuentre consentido, puesto que el acto administrativo goza de ejecutoriedad, como ya se ha señalado.
6. No comunicar, dentro del término legal, la causal de abstención en la cual se encuentra incurso. La existencia de causales de abstención, como se ha indicado antes, tiene por finalidad asegurar la imparcialidad en el tratamiento del expediente. La falta de comunicación de las mismas resulta ser una afectación a la eficacia del procedimiento administrativo.
7. Dilatar el cumplimiento de mandatos superiores o administrativos, o contradecir sus decisiones. Esta infracción cautela en forma inmediata el principio de jerarquía administrativa, así como los principios de celeridad y oficialidad contenidos en la Ley. Pero ello no autoriza a acatar mandatos indebidos o ilegales, a los cuales existe el deber jurídico de desobedecer.
8. Intimidar de alguna manera a quien desee plantear queja administrativa o contradecir sus decisiones. Esta infracción cautela y protege la facultad de contradicción del administrado, al considerar como infracción administrativa que un funcionario o autoridad intimide al administrado a fin de impedirle deducir una queja o algún recurso administrativo.
9. Incurrir en ilegalidad manifiesta. Definida como está, esta previsión se convierte en una cláusula abierta, que no debería enervar la posibilidad de sancionar ilegalidades no manifiestas.
10. Difundir de cualquier modo o permitir el acceso a la información confidencial a que se refiere el numeral 160.1 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, es decir, aquellas actuaciones, diligencias, informes o dictámenes que contienen información cuyo conocimiento pueda afectar su derecho a la intimidad personal o familiar y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional de acuerdo a lo establecido en el inciso 5) del artículo 20º de la

Constitución Política. Se incluyen en estas consideraciones también las materias protegidas por el secreto bancario, tributario, comercial e industrial, así como todos aquellos documentos que impliquen un pronunciamiento previo por parte de la autoridad competente.

Por otro lado, la Ley del Código de Ética de la Función Pública muestra otra importante conjunto de prohibiciones, que cuya violación genera la respectiva infracción. En primer lugar, se prohíbe mantener intereses de conflicto, lo cual supone mantener relaciones o de aceptar situaciones de tal manera que los intereses personales, laborales, económicos o financieros el empleado público pudieran estar en conflicto con el cumplimento de los deberes y funciones a su cargo. Ello afecta la imparcialidad del servidor y genera desviación de poder.

Asimismo, está prohibido obtener o procurar beneficios o ventajas indebidas, para sí o para otros, mediante el uso de su cargo, autoridad, influencia o apariencia de influencia. Así, las normas sobre nepotismo preceptúan que los funcionarios de dirección y/o personal de confianza, que gozan de la facultad de nombramiento y contratación de personal, o tengan injerencia directa o indirecta en el proceso de selección se encuentran prohibidos de ejercer dicha facultad en su entidad respecto a sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y por razón de matrimonio.

Otra prohibición clave es la de realizar actividades de proselitismo político sea a través de la utilización de sus funciones o por medio de la utilización de infraestructura, bienes o recursos públicos, ya sea a favor o en contra de partidos u organizaciones políticas o candidatos. En este caso no solo se pretende evitar la desviación de poder, sino además asegurar la neutralidad de los empleados públicos en los procesos electorales.

Asimismo, se prohíbe hacer mal uso de información privilegiada, que implica participar en transacciones u operaciones financieras utilizando información privilegiada de la entidad a la que pertenece o que pudiera tener acceso a ella por su condición o ejercicio del cargo que desempeña, ni debe el servidor público permitir el uso impropio de dicha información para el beneficio de algún interés.

Finalmente la norma prohíbe ejercer presiones, amenazas o acoso sexual contra otros servidores públicos o subordinados que puedan afectar la dignidad de la persona o inducir a la realización de acciones dolosas. En estos casos no solo se afectan derechos fundamentales, sino que además se perjudica el funcionamiento de la entidad.

2.2. Criterios aplicables a las faltas que no están señaladas expresamente en la Ley

La Ley N.º 27444 preceptúa las demás faltas incurridas por las autoridades y personal a su servicio con respecto de los administrados no previstas en expresamente en la Ley serán sancionadas considerando el perjuicio ocasionado

a los administrados, la afectación al debido procedimiento causado, así como la naturaleza y jerarquía de las funciones desempeñadas, entendiendo que cuanto mayor sea la jerarquía de la autoridad y más especializada sus funciones, en relación con las faltas, mayor es su deber de conocerlas y apreciarlas debidamente[690].

A fin de no violar principios aplicables al derecho sancionador en general, como el de tipicidad, es necesario señalar que las faltas deben estar señaladas por la Ley, o, en el peor de los casos, consistir en la violación de deberes claramente establecidos por la Ley. Toda entidad debe incorporar las infracciones y sanciones en el Reglamento Interno de Trabajo o establecer una directiva que contenga las infracciones y sanciones respectivas.

2.3. Las sanciones

Las sanciones a las que hace referencia la Ley del Procedimiento Administrativo General tienen su origen en aquellas que son aplicables a los funcionarios y servidores adscritos a la carrera administrativa. Tal como lo hemos señalado, sin embargo, resultarían ser aplicables también a otros diseños de administración del personal de las entidades. En este orden de ideas, se entiende por amonestación el llamado de atención, verbal o por escrito, realizado en contra del funcionario que cometió la infracción.

La suspensión es la detención temporal de las actividades laborales, durante el tiempo que dure la sanción, sin que exista pago alguno de remuneración durante dicho periodo. El cese y la destitución implican detención definitiva de la actividad laboral del funcionario o servidor en cuestión, que es indefinida en el caso del cese y permanente en el caso de la destitución.

Ahora bien, dado el contexto más amplio de aplicación normativa de la Ley del Código de Ética de la Función Pública y su Reglamento, el artículo 11º de este último preceptúa que las sanciones aplicables a aquellas personas que desempeñan Función Pública y respecto de las cuales no existe vínculo laboral son la multa y la resolución contractual. Dicha multa puede ascender a las 12 UIT y la misma resulta aplicable además a los supuestos en los cuales se encuentra extinguido el vínculo laboral.

2.4. Los elementos de determinación de la sanción administrativa a empleados públicos

La Ley N.º 27444 hace referencia a diversos elementos para determinar la sanción a aplicar. Uno de ellos gravedad de la falta, que tiene directa relación con el bien jurídico vulnerado. Por otro lado se alude a la reincidencia, la misma que refiere a la habitualidad en la comisión de la falta por parte del funcionario o

690 Artículo 240º de la Ley N.º 27444.

servidor. La reincidencia en el esquema administrativo es una clara excepción a principios como el *non bis in ídem,* sancionar nuevamente la misma infracción.

Por otro lado, la Ley del Procedimiento Administrativo General hace referencia al daño causado, en relación con el interés general, o respecto a los intereses y de los administrados. Si bien este concepto tiene relación directa con la gravedad de la falta, es verdad también que la gravedad de la falta se determina en términos jurídicos, mientras que el daño causado tiene una connotación más bien fáctica.

Y, finalmente, la intencionalidad, que refiere de manera directa al elemento subjetivo enfocado en la existencia de intención en la comisión de la falta. La intencionalidad, entonces, debe entenderse como un mecanismo de graduación de la falta y no como un elemento destinado a establecer la comisión de la infracción. Como veremos más adelante, consideramos que la responsabilidad administrativa es eminentemente objetiva.

A su vez, el Reglamento de la Ley del Código de Ética de la Función Pública establece como criterio el perjuicio ocasionado a los administrados o a la administración pública, la afectación a los procedimientos, la naturaleza de las funciones desempeñadas, el cargo y jerarquía del infractor, el beneficio obtenido por el infractor, así como la reincidencia o reiterancia[691].

2.5. Registro de sanciones

La Presidencia del Consejo de Ministros o quien esta designe organiza y conduce en forma permanente un Registro Nacional de Sanciones de destitución y despido que se hayan aplicado a cualquier autoridad o personal al servicio de la entidad, independientemente de su régimen laboral o contractual, con el objeto de impedir su reingreso a cualquiera de las entidades por un plazo de cinco años[692].

Si bien este registro muestra una evidente utilidad, el mismo no puede ser empleado para inscribir sanciones como la amonestación o la suspensión, las mismas que podrían ser útiles a fin de determinar la calidad de un empleado público al momento de efectuar un proceso de selección. De hecho, no existe un mecanismo en la Administración Pública que permita la existencia de un legajo o expediente del empleado público cuya conformación sea autónoma respecto a la entidad empleadora.

Pero, por otro lado, la creación de un registro como este puede eventualmente entrar en conflicto con el concepto de rehabilitación, el mismo que permite que una sanción disciplinaria no persiga al empleado público por siempre. Sin embargo, este concepto proviene de la identificación del procedimiento disciplinario con el proceso penal, con lo cual hay que tener mucho cuidado porque

691 Artículo 10º del Decreto Supremo N.º 033-2005-PCM.
692 Artículo 242º de la Ley N.º 27444.

la naturaleza de ambos no es la misma. El procedimiento disciplinario proviene de la potestad disciplinaria de la administración, que a su vez proviene de la relación subordinada entre el empleado público y la entidad. El proceso penal proviene de la potestad punitiva del Estado, establecida constitucionalmente.

3. PROCEDIMIENTO APLICABLE A ESTOS CASOS. EL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO

Desde el punto de vista técnico, los servidores y funcionarios públicos estarían sometidos a un procedimiento típicamente disciplinario, cuya tramitación varía dependiendo del régimen al que está sujeto el trabajador. Como resultado, las sanciones deberán ser impuestas previo procedimiento disciplinario que, en el caso del personal sujeto al régimen de la carrera administrativa, se ceñirá a las disposiciones legales vigentes sobre la materia y en particular en la Ley de Bases de la Carrera Administrativa.

En el caso de la vulneración a las prohibiciones contenidas en la Ley del Código de Ética de la Función Pública, el artículo 11º del Reglamento de la citada norma preceptúa que el empleado público será sometido al procedimiento disciplinario, conforme a lo previsto en el Decreto Legislativo N.º 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N.º 005-90-PCM y sus modificatorias.

En los demás casos deberá aplicarse el procedimiento administrativo sancionador señalado en la Ley, en lo que fuere pertinente[693]. Ello no implica que el procedimiento empleado sea el procedimiento sancionador, sino que las normas de dicho procedimiento se aplican de manera supletoria. Ello, hasta que se definan las normas en materia de procedimiento disciplinario en el ámbito del empleo público.

Ahora bien, el procedimiento disciplinario, contrariamente a lo señalado por la gran mayoría de las normas legales en el Perú, no es un procedimiento administrativo, puesto que este último está diseñado para culminar en un acto administrativo, mientras que el procedimiento disciplinario culmina en un acto de administración interna. Y resultan evidentes las diferencias entre ambas actuaciones administrativas, a las que haremos referencia de manera exhaustiva más adelante.

A este nivel es necesario señalar que nos encontramos ante una importante variación a esquemas sancionadores propios, por ejemplo, de la actividad privada. Las entidades que poseen personal sujeto al régimen de la actividad privada deben adecuarse a este esquema sancionador, derivado más bien de una concepción estatutaria publicista del manejo del personal de la Administración.

693 Artículo 239º, *in fine*, de la Ley N.º 27444.

Ello explica la utilización de sanciones (como la amonestación, cese, suspensión y destitución) aplicables tradicionalmente al régimen de la carrera administrativa y de los esquemas de la actividad privada, en los que cabría más bien el despido —en el caso del régimen laboral de la actividad privada— o la resolución del contrato, en el caso de la contratación administrativa e incluso civil.

3.1. Los principios aplicables

En este orden de ideas, es necesario señalar los principios que resultan aplicables a los procedimientos disciplinarios. En gran medida resultan aplicables los principios correspondientes a los procedimientos administrativos sancionadores, con los matices respectivos. Es evidente que el principio de autonomía de responsabilidad funciona como un matiz al *non bis in ídem*, aunque también podría señalarse válidamente que dicha autonomía proviene del distinto fundamento que existe entre las tres formas de responsabilidad.

En el ámbito del principio de causalidad es preciso señalar que en este caso la responsabilidad es también objetiva, no siendo necesario determinar la existencia de dolo o culpa a efectos de determinar la existencia de responsabilidad administrativa. Ello está corroborado por lo dispuesto por el artículo 26º de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral[694], el mismo que preceptúa que las faltas graves señaladas en el artículo anterior, se configuran por su comprobación objetiva en el procedimiento laboral, con prescindencia de las connotaciones de carácter penal o civil que tales hechos pudieran revestir.

Finalmente, es preciso señalar que los actos emitidos como resultado de procedimiento disciplinarios son susceptibles de ser impugnados, sea administrativa, sea judicialmente a través del proceso contencioso administrativo. En el primer caso, el mecanismo de impugnación es la apelación, conforme las normas que regulan la estructura de la entidad. Ahora bien, es preciso señalar que, conforme lo dispuesto por el artículo 13º del Decreto Legislativo N.º 1023 el Tribunal del Servicio Civil, que forma parte de Autoridad Nacional del Servicio Civil es un órgano con independencia técnica que conoce recursos de apelación en materia de acceso al servicio civil, pago de retribuciones, evaluación y progresión en la carrera, régimen disciplinario y terminación de la relación de trabajo. Evidentemente, lo resuelto por el Tribunal agota la vía administrativa.

3.2. Los procedimientos sancionadores tramitados por la Contraloría General de la República

En este orden de ideas, la Ley N.º 29622 ha modificado la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, ampliando las facultades de la misma para sancionar en materia de responsabilidad

694 Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.º 728, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 003-97-TR.

administrativa funcional; reforma que ha generado no pocas controversias al otorgarle al Sistema Nacional de Control una potestad sancionadora que en principio no posee.

Conforme lo dispuesto por el artículo 45º de la Ley Orgánica antes señalada, la Contraloría General ejerce la potestad para sancionar a los empleados públicos que incurran en responsabilidad administrativa funcional, por cuanto determina la responsabilidad administrativa funcional e impone una sanción derivada de los informes de control emitidos por los órganos del sistema.

En este orden de ideas, el artículo 2º del Reglamento de la Ley N.º 29622, aprobado mediante el Decreto Supremo N.º 023-2011-PCM, Reglamento de infracciones y sanciones para la responsabilidad administrativa funcional derivada de los informes emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control, preceptúa que dicha norma tiene por finalidad regular el procedimiento administrativo sancionador aplicable por las infracciones graves y muy graves derivadas de los informes de control emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control, que impliquen el incumplimiento del ordenamiento jurídico administrativo, las normas internas de las entidades, así como de todas aquellas obligaciones derivadas del ejercicio del cargo, conforme a lo dispuesto en el referido reglamento.

Así, el artículo 3º del reglamento antes señalado establece que la potestad sancionadora de la Contraloría General en materia de responsabilidad administrativa funcional, se aplica sobre los servidores y funcionarios públicos a quienes se refiere la definición básica de la novena disposición final de la Ley N.º 27785, con prescindencia del vínculo laboral, contractual, estatutario, administrativo o civil del infractor y del régimen bajo el cual se encuentre, o la vigencia de dicho vínculo con las entidades señaladas en el artículo 3º de la Ley N.º 27785.

Asimismo, el artículo 5º de la norma antes citada, el inicio del procedimiento sancionador por responsabilidad administrativa funcional a cargo de la Contraloría General, determina el impedimento para que las entidades inicien procedimientos para el deslinde de responsabilidad por los mismos hechos que son materia de observación en los informes, cualquiera sea la naturaleza y fundamento de dichos procedimientos.

Como resultado, señala la norma que las autoridades de las entidades deberán inhibirse de efectuar actuaciones previas o iniciar procedimiento por los hechos antes referidos, hasta la culminación del procedimiento sancionador por responsabilidad administrativa funcional a cargo de la Contraloría General y el Tribunal.

3.3. Las dificultades de la regulación que estamos comentando

Una primera situación discutible estriba en el hecho de que el procedimiento administrativo sancionador se sustente en informes de control, puesto que

una garantía del control administrativo consistía precisamente en el hecho de que la instancia respectiva del sistema identificaba la existencia de responsabilidad administrativa, mientras que era la entidad la encargada de tramitar el procedimiento disciplinario.

Asimismo, la norma establece que la potestad sancionadora se ejerce sobre los servidores y funcionarios públicos a quienes se refiere la definición básica de la novena disposición final, con prescindencia del vínculo laboral, contractual, estatutario, administrativo o civil del infractor y del régimen bajo el cual se encuentre, o la vigencia de dicho vínculo. Esta amplia definición de empleado público puede llevar a comportamiento arbitrarios, pues incluye a quienes posean vínculo administrativo o civil con la entidad, el cual, como bien sabemos, no implica que nos encontremos ante empleo público.

En el primer caso, es evidente la duplicidad de competencias respecto a la potestad sancionadora del Tribunal de Contrataciones, señalada claramente por el Decreto Legislativo N.º 1017. En el segundo caso, queda claro que no podemos emplear mecanismos administrativos para sancionar a administrados con los cuales la entidad posee un vínculo de naturaleza civil.

Por otro lado, el artículo 56º de la norma crea el Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas, el mismo que constituye la última instancia administrativa en el procedimiento sancionador. Se señala que es un órgano colegiado adscrito a la Contraloría General, con independencia técnica y funcional en las materias de su competencia y autonomía en sus decisiones. Nos encontramos entonces ante un tribunal administrativo adicional a los ya existentes, cuya pertinencia resulta discutible desde el punto de vista de los costos de toma de decisión administrativa.

3.4. El principio de inmediatez

Ahora bien, uno de los problemas más serios que encontramos en este ámbito es la posible afectación al principio de inmediatez propio del régimen de faltas disciplinarias en cualquier régimen, como resultado del cual debe mediar un plazo razonable entre la comisión de la citada falta y la iniciación del procedimiento que determine la misma, así como respecto a la conclusión del mismo. Un procedimiento como el tramitado por la Contraloría General de la República obligaría a seguir trabajando con un empleado público cuyo vínculo debería haber concluido, con el consiguiente perjuicio a la eficiencia y calidad de los servicios que la entidad brinda, más aun si dichos servicios se dirigen directamente al público usuario, como es el caso de la entidad.

Y es que 23º del reglamento, al definir la fase instructiva señala que la misma comprende, las actuaciones previas, el inicio del procedimiento sancionador y su desarrollo, culminando con la emisión del pronunciamiento sobre la existencia o inexistencia de infracción por responsabilidad administrativa funcional, en que se propone la imposición de sanción y remite el correspon-

diente proyecto de resolución, o, se dispone el archivo del procedimiento, según corresponda. En caso la referida notificación deba efectuarse a dos (2) o más administrados, el procedimiento sancionador se entenderá iniciado desde la última notificación.

Asimismo, la norma antes citada establece que la fase instructiva tendrá una duración de hasta ciento ochenta (180) días hábiles, pudiendo dicha fase ser prorrogada por sesenta (60) días hábiles adicionales, a criterio del Órgano Instructor, plazo que es evidentemente muy extendido y que lleva a demorar sustancialmente la separación del cargo del empleado en cuestión.

4. INCOMPATIBILIDADES Y RESTRICCIONES APLICABLES AL PERSONAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

El comportamiento del personal de la administración debe ser transparente e imparcial, signado únicamente por el interés general. En búsqueda del mantenimiento de dichos principios, el ordenamiento jurídico ha establecido un conjunto de incompatibilidades y restricciones, las mismas que se encuentran consignada en la Ley del Procedimiento Administrativo general, pero también en diversas normas específicas, en particular, en la Ley

4.1. El caso de las exautoridades

A fin de asegurar la transparencia e imparcialidad del comportamiento de los exfuncionarios públicos y de la Administración Pública en general, ninguna exautoridad de las entidades podrá realizar, durante el año siguiente a su cese, alguna de las siguientes acciones con respecto a la entidad a la cual perteneció[695]:

1. Representar o asistir a un administrado en algún procedimiento respecto del cual tuvo algún grado de participación durante su actividad en la entidad.
2. Asesorar a cualquier administrado en algún asunto que estaba pendiente de decisión durante su relación con la entidad.
3. Realizar cualquier contrato, de modo directo o indirecto, con algún administrado apersonado a un procedimiento resuelto con su participación.

La norma señala que la trasgresión a estas restricciones será objeto de procedimiento investigatorio y, de comprobarse, el responsable será sancionado con la prohibición de ingresar a cualquier entidad por cinco años, e inscrito en el registro respectivo[696].

695 Artículo 241º, inciso 241.1 de la Ley N.º 27444.
696 Artículo 241º, inciso 241.2 de la Ley N.º 27444.

4.2. Otras incompatibilidades

Asimismo, estas restricciones y sanciones deben además concordarse con las contenidas en las normas existentes sobre incompatibilidades de funcionarios y servidores públicos. En particular, las establecidas en la Ley N.º 27588, la misma que establece prohibiciones e incompatibilidades de funcionarios y servidores públicos, así como de las personas que presten servicios al Estado bajo cualquier modalidad contractual.

El artículo 1º de la citada norma establece que los directores, titulares, altos funcionarios, miembros de consejos consultivos, tribunales administrativos, comisiones y otros órganos colegiados que cumplen una función pública o encargo del Estado, los directores de empresas del Estado o representantes de este en directorios, así como los asesores, funcionarios o servidores con encargos específicos que, por el carácter o naturaleza de su función o de los servicios que brindan, han accedido a información privilegiada o relevante, o cuya opinión haya sido determinante en la toma de decisiones, están obligados a guardar secreto o reserva respecto de los asuntos o información que por ley expresa tengan dicho carácter.

Dichos funcionarios tampoco podrán divulgar ni utilizar información que, sin tener reserva legal expresa, pudiera resultar privilegiada por su contenido relevante, empleándola en su beneficio o de terceros y en perjuicio o desmedro del Estado o de terceros. La norma establece que la violación de lo señalado implicará la trasgresión del principio de buena fe y será sancionada con la inhabilitación para prestar servicios al Estado, sin perjuicio de las acciones administrativas, civiles y penales a que hubiera lugar.

El artículo 2º de la citada norma establece que las personas a que se refiere el artículo 1º de la presente Ley, respecto de las empresas o instituciones privadas comprendidas en el ámbito específico de su función pública, tienen un conjunto de impedimentos[697], relacionados directamente con los intereses de dichas instituciones privadas. La norma está pensada con la finalidad de evitar

697 Los impedimentos son los siguientes:
- a. Prestar servicios en estas bajo cualquier modalidad;
- b. Aceptar representaciones remuneradas;
- c. Formar parte del Directorio;
- d. Adquirir directa o indirectamente acciones o participaciones de estas, de sus subsidiarias o las que pudiera tener vinculación económica;
- e. Celebrar contratos civiles o mercantiles con estas;
- f. Intervenir como abogados, apoderados, asesores, patrocinadores, peritos o árbitros de particulares en los procesos que tengan pendientes con la misma repartición del Estado en la cual prestan sus servicios, mientras ejercen el cargo o cumplen el encargo conferido; salvo en causa propia, de su cónyuge, padres o hijos menores. Los impedimentos subsistirán permanentemente respecto de aquellas causas o asuntos específicos en los que hubieren participado directamente.

y corregir el conflicto de intereses generado entre el funcionario y las entidades privadas en cuestión; por ejemplo en el caso de los organismos reguladores.

La norma señala asimismo que los impedimentos se extienden hasta un año posterior al cese o a la culminación de los servicios prestados bajo cualquier modalidad contractual, sea por renuncia, cese, destitución o despido, vencimiento del plazo del contrato o resolución contractual; siendo evidente que la norma no distingue el régimen a través del cual la persona ocupa un cargo en la entidad pública referida.

4.3. La doble percepción de ingreso proveniente del Estado

Otro elemento de particular importancia es la limitación existente para que el personal de la Administración Pública reciba ingresos distintos a su remuneración por parte del Estado. En primer lugar, el artículo 40º de la Constitución establece que ningún funcionario o servidor público puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de uno más por función docente. De ahí es claro que no se puede percibir más de una remuneración por parte del Estado, entendiendo como tal la que proviene de la prestación de servicios subordinada.

Asimismo, el artículo 3º de la Ley de Marco del Empleo Público establece que ningún empleado público puede percibir del Estado más de una remuneración, retribución, emolumento o cualquier tipo de ingreso, lo cual podría desde ya implicar que el empleado público no puede recibir ingreso alguno aparte del que ya recibe, incluyendo honorarios profesionales. Señala la norma además que es incompatible la percepción simultánea de remuneración y pensión por servicios prestados al Estado. La norma señala que las únicas excepciones las constituyen la función docente y la percepción de dietas por participación en uno (1) de los directorios de entidades o empresas públicas. Ello es consistente con la obligación de no suscribir contrato de locación de servicios bajo cualquier modalidad con otra entidad pública, establecida en el inciso o) del artículo 16º de la citada norma legal.

El artículo 7º del Decreto de Urgencia N.º 020-2006 establece que en el Sector público no se podrá percibir simultáneamente remuneración y pensión, incluidos honorarios por servicios no personales, asesorías o consultorías, salvo por función docente y la percepción de dietas por participación en uno (1) de los directorios de entidades o empresas públicas; norma que por su redacción puede estar incluyendo la imposibilidad de percibir doble honorario por parte del Estado.

Finalmente, la decimosétima disposición transitoria de la Ley de Presupuesto del Sector Público para el año fiscal 2007 señala con meridiana claridad que se prohíbe la percepción simultánea de remuneración y pensión o de remuneración y honorarios por servicios no personales o locación de servicios, asesorías o consultorías, salvo por función docente o la percepción de dietas

por participación en uno de los directorios de entidades o empresas públicas. Esta norma, tal y como está redactada, es especialmente restrictiva, puesto que impide que un empleado público pueda percibir honorarios profesionales por parte del Estado.

5. DENUNCIA POR DELITO DE OMISIÓN O RETARDO DE FUNCIÓN

El artículo 377º del Código Penal establece que el funcionario público que, ilegalmente, omite, rehúsa o retarda algún acto de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con treinta a sesenta días de multa, configurándose este delito como una modalidad de abuso de autoridad.

En este orden de ideas, el artículo 244º de la Ley señala que el Ministerio Público, a efectos de decidir el ejercicio de la acción penal en los casos referidos a delitos de omisión o retardo de función, deberá determinar la presencia de las siguientes situaciones:

a) Si el plazo previsto por ley para que el funcionario actúe o se pronuncie de manera expresa no ha sido excedido. Si el funcionario se encuentra aun dentro del plazo es evidente que no puede existir retardo u omisión alguna. Por otro lado, debemos tener en cuenta que en los procedimientos de oficio no existe plazo legal alguno, salvo circunstancias particulares.
b) Si el administrado ha consentido de manera expresa en lo resuelto por el funcionario público. Es decir, si el particular ha señalado de manera expresa que consiente lo decidido, no de manera tácita, en términos de la falta de impugnación de la decisión[698].

6. RESPONSABILIDAD Y RESPONDABILIDAD

En el ámbito administrativo, y en especial en el contexto del Control Administrativo y el comportamiento de los funcionarios públicos existen dos conceptos de particular importancia. Uno de ellos es el de la responsabilidad, por la cual los funcionarios y servidores públicos deben asumir las consecuencias de sus actos al interior del Estado. Asimismo, la doctrina y las normas legales hacen referencia a un concepto adicional que es el de la llamada "respondabilidad" (término que proviene de una traducción literal del inglés *accountability*) y que hace referencia a la obligación del funcionario o servidor de dar cuenta de sus actos. El titular, los funcionarios y servidores deben rendir cuenta ante las autoridades competentes y ante el público por los fondos o bienes del Estado a su cargo y/o por una misión u objetivo encomendado.

698 MORÓN URBINA, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., p. 680.

Y es que el titular de la entidad de la que se trate, los funcionarios y los servidores públicos tienen el deber de desempeñar sus funciones con eficacia, economía, eficiencia, transparencia y licitud, a lo cual debe agregarse que desempeñan el cargo en representación de la población. Los titulares, servidores y funcionarios públicos tienen el deber permanente, personal e intransferible de dar cuenta del ejercicio de sus funciones, del cumplimiento de sus objetivos y de los bienes y recursos recibidos. Esa es la razón fundamental por la cual la norma constitucional establece la obligación de rendir cuenta de sus bienes y rentas, para determinar si es que existen indicios de enriquecimiento ilícito, como veremos más adelante[699].

6.1. La respondabilidad como mecanismo de control

En este orden de ideas, la respondabilidad financiera es aquella obligación que asume una persona que maneja fondos o bienes públicos de responder ante su superior sobre la manera cómo desempeñó sus funciones. Este concepto implica la preparación y publicación de un informe, generalmente, los estados financieros auditados en forma independiente o sobre otros asuntos por los que adquirió respondabilidad; por ejemplo, los contadores públicos son responsables por el registro de las operaciones que involucran recursos, así como por la elaboración de los estados financieros de la entidad. En el caso del titular de una entidad, esta respondabilidad se hace efectiva con relación a la Contraloría General de la República y el Congreso de la República, cuando ello corresponda.

La respondabilidad gerencial, se refiere a las acciones de informar que realizan los funcionarios y empleados sobre cómo gastaron los fondos o manejaron los bienes públicos, si lograron los objetivos previstos y, si estos, fueron cumplidos con eficiencia y economía, lo cual va más allá de la simple honestidad que se acreditaría con una declaración jurada. Esta forma de respondabilidad puede ser fortalecida por medio de una auditoría independiente o mediante la formulación y presentación de la memoria de la gestión de cada entidad y es

699 Constitución de 1993:

Artículo 41.- ***Declaración Jurada de bienes y rentas***

Los funcionarios y servidores públicos que señala la ley o que administran o manejan fondos del Estado o de organismos sostenidos por este deben hacer declaración jurada de bienes y rentas al tomar posesión de sus cargos, durante su ejercicio y al cesar en los mismos. La respectiva publicación se realiza en el diario oficial en la forma y condiciones que señala la ley.

Cuando se presume enriquecimiento ilícito, el Fiscal de la Nación, por denuncia de terceros o de oficio, formula cargos ante el Poder Judicial.

La ley establece la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos, así como el plazo de su inhabilitación para la función pública.

El plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado.

de particular importancia para definir la actuación acorde con los objetivos de la Administración.

La respondabilidad financiera —y por ende la declaración jurada— es en realidad un mecanismo de control. El control de la Administración Pública, necesario para verificar su funcionamiento eficiente y acorde con el ordenamiento jurídico, admite diversas modalidades. El control se ejerce, entonces, a partir de diversos mecanismos. Así, el control puede ser interno o externo, previo, concurrente o posterior.

Según el tipo de contralor, el control de la Administración puede ser social o ciudadano (cuando es ejercido por los ciudadanos o las instituciones que conforman la sociedad civil), político (cuando es ejercido por el Congreso, a través de mecanismos como la estación de preguntas, los pedidos de información, la interpelación o la censura), jurisdiccional (el ejercido por el Tribunal Constitucional, el Poder Judicial y Jurado Nacional de Elecciones) o administrativo.

Respecto al control administrativo, que es efectuado por la propia Administración Pública, cabe referir que este se ejerce a través de los organismos expresamente facultados para ello, y puede darse al interior de la propia entidad administrativa —denominado control interno— o fuera de ella, a través de entes como la Contraloría General de la República[700] o la Defensoría del Pueblo.

Ahora bien, de acuerdo a lo expresamente establecido por la Constitución y por su respectiva Ley Orgánica, la Defensoría del Pueblo desempeña control sobre la totalidad de la Administración Pública, control que se ha ido distanciando del control administrativo propiamente dicho, que es el efectuado por la Contraloría General de la República, por ejemplo. Si bien aún no existe consenso respecto a la naturaleza de dicho control (algunos refieren que es control administrativo, mientras que otros especialistas señalan que es una nueva modalidad de control estatal en atención a la propia naturaleza de la institución, denominado control defensorial) en lo que sí existe consenso es en que el mismo permite un funcionamiento adecuado y eficiente de la Administración Pública en general.

Asimismo, respecto a la relación entre controlador y controlado, el control puede ser horizontal o vertical. Es horizontal cuando se ejerce entre organismos autónomos entre sí, de manera que no existe relación de jerarquía entre quien controla y quien es controlado. Por ejemplo, la Contraloría General de la República (administrativo) o el Poder Judicial (jurisdiccional). Este control será vertical cuando media relación de jerarquía (entre órganos de una misma

700 De conformidad con las normas de control, en especial de la Ley del Sistema Nacional de Control, la Contraloría General de la República tiene por finalidad verificar el funcionamiento adecuado de la Administración Pública, a través de la correcta, eficiente y transparente utilización y gestión de los recursos y bienes públicos, conforme lo señala el artículo 2º de la Ley N.º 27785 antes citada. Es decir, y como lo hemos señalado líneas arriba, el control administrativo propiamente dicho no se restringe a la verificación de la legalidad, sino también a la eficiencia en términos de mérito, oportunidad o conveniencia.

entidad) o de tutela (por ejemplo entre un ministro y el organismo público descentralizado adscrito a su sector).

Ahora bien, si bien es cierto el control que se ejerce en el ámbito de la respondabilidad proviene fundamentalmente del superior jerárquico (control administrativo interno) o de instituciones públicas distintas como la Contraloría General de la República, la Defensoría del Pueblo (control administrativo externo) e incluso el Congreso de la República (control político), la razón de ser de la publicidad de la citada declaración jurada se basa en la necesidad de que se genere control ciudadano o social respecto de la actividad o comportamiento de los funcionarios y servidores públicos, forma de control que ha tenido un crecimiento inusitado en los últimos tiempos y que permite la participación de la ciudadanía en el control administrativo. De esta manera se cumple con principios como transparencia de la gestión pública, así como el principio de respondabilidad al cual se ha hecho referencia líneas arriba.

6.2. La naturaleza del funcionario público

Los mecanismos de control tantas veces referidos, cuando están adecuadamente diseñados generan incentivos efectivos sobre el comportamiento adecuado que deben mostrar los políticos y funcionarios públicos en general. En primer lugar, debemos concluir indubitablemente que el funcionario público, como ser racional que es[701], busca necesariamente maximizar la utilidad de su cargo, es decir, obtener el máximo provecho posible del mismo. Y, como resultado de ello, con normas de control de por medio, el funcionario va a tratar de obtener el máximo provecho del cargo que ocupa, procurando elevar la cuota de poder de la que goza. Ello es el resultado de la consideración de que la romántica concepción del funcionario o servidor público como quien necesariamente propende al interés general ya no se sostiene más.

En consecuencia, el papel del derecho público, en general, y el del derecho constitucional, en particular radica en conciliar el actuar racional de burócrata, accionar cuya existencia actualmente resulta ineludible, con la necesidad de la obtención de resultados eficientes que beneficien a la colectividad[702]. Es decir, son necesarias ciertas normas legales que permitan que no obstante el funcionario público pretenda su beneficio, esta pretensión redunde en el *bienestar general*. Esas normas comienzan su funcionamiento necesariamente en la Constitución de los Estados y prosigue el mismo con las diversas normas legales que regulan el comportamiento de los órganos del Estado. La rendi-

701 Al respecto: BUCHANAN, James, "From Private Preferences to Public Philosophy: The Development of de Public Choice", en *The Economics of Politics*, IEA, Londres, 1978, pp. 18-19. Asimismo, TULLOCK, Gordon, "El voto como un medio de control colectivo", en TULLOCK, Gordon, *Los motivos del voto*, Espasa Calpe, Madrid, 1979, p. 39.

702 Sobre el particular: MARTÍNEZ, Juan José, "Entendiendo la reforma del Estado a través del problema de agencia", en *Revista de Derecho Administrativo*, N.º 1, CDA, Lima, 2006, pp. 385 y ss.

ción de cuentas permite incentivar el comportamiento acorde a derecho del funcionario público.

6.3. La Ley que regula la presentación de la declaración jurada

Como resultado, existe una norma legal que regula la presentación de las antes señaladas declaraciones juradas. En mérito de las mismas, la declaración jurada debe contener todos los ingresos bienes y rentas, debidamente especificados y valorizados tanto en el país como en el extranjero, conforme a formato único aprobado por el reglamento de la referida Ley. A efectos del reglamento de la referida Ley se entiende por bienes, ingresos y rentas las remuneraciones, honorarios, ingresos obtenidos por predios arrendados, subarrendados o cedidos, bienes muebles arrendados, subarrendados o cedidos, intereses originados por colocación de capitales, regalías, rentas vitalicias, dietas o similares, bienes inmuebles, ahorros, colocaciones, depósitos e inversiones en el sistema financiero, otros bienes e ingresos del declarante, y todo aquello que reporte un beneficio económico al "obligado".

Asimismo, la Declaración Jurada de Ingresos y de Bienes y Rentas deberá ser presentada al inicio, durante el ejercicio con una periodicidad anual y al término de la gestión o el cargo a la Dirección General de Administración o la dependencia que haga sus veces. En consecuencia, la presentación de la declaración jurada constituye requisito previo e indispensable para el ejercicio del cargo.

Para tales efectos, se entiende por ingresos las remuneraciones y toda percepción económica sin excepción que, por razón de trabajo u otra actividad económica, reciba el funcionario y el servidor público. Ello implica, como lo hemos señalado líneas arriba, que la obligación que venimos señalando es independiente del régimen al cual se encuentra sometido el funcionario o servidor público, sea el régimen de la carrera administrativa (Decreto Legislativo N.º 276), el régimen laboral de la actividad privada (Decreto Legislativo N.º 728, norma modificatorias y complementarias) o el régimen de la contratación civil.

La declaración jurada se registra y archiva con carácter de instrumento público, en la Contraloría General de la República, a la cual se le envió la documentación en su momento; y una copia autenticada por funcionario competente se archiva en la entidad correspondiente.

6.4. El enriquecimiento ilícito y la responsabilidad penal

En la línea de pensamiento de lo que venimos señalando, el enriquecimiento ilícito se convierte en el delito contra la Administración Pública a discutir. Según el artículo 401º del Código Penal, se da enriquecimiento ilícito cuando el funcionario o servidor público ilícitamente incrementa su patrimonio, respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda justificar razonablemente. Resulta evidente entonces que es mediante la declaración jurada de bienes y rentas que puede establecerse la existencia

de indicios razonables de la comisión de este delito y por ello su importancia como mecanismo de control.

El Código Penal señala que se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio y/o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración precisamente a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos, o de los incrementos de su capital, o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita.

Como resultado, la norma constitucional otorga al Fiscal de la Nación la facultad de denunciar, cuando encuentre presunción, sea a pedido de parte o de oficio, de la comisión del delito de enriquecimiento ilícito. Lo que ocurre es que este delito genera perjuicio no solo a los fondos públicos, sino además al funcionamiento de la Administración Pública en sí misma. Y no solo ello, sino que además la sanción al enriquecimiento ilícito permite precisamente que la respondabilidad a la que nos venimos refiriendo se convierta en un activo de los funcionarios y servidores públicos.

6.5. La duplicación del plazo de prescripción

La Constitución establece la duplicación del plazo de prescripción a fin de establecer mayores dificultades para que el delito en cuestión pueda quedar impune. La prescripción, como bien se sabe, es el mecanismo a través del cual se extingue la acción penal como resultado del transcurso del tiempo. Es el Código Penal el que establece los plazos de prescripción a partir de la pena privativa de libertad prevista para cada delito.

Ahora bien, no todos los delitos contra la Administración Pública tienen contenido patrimonial, siendo estos a los cuales se aplica esta disposición. En consecuencia, el plazo de prescripción ampliado no sería susceptible de ser aplicado a aquellos delitos que no afectan el patrimonio del Estado.

Capítulo X

EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS ADMINISTRADOS

SUMARIO: 1. Generalidades. 1.1. Capacidad procesal del administrado. 1.2. Libertad de actuación procesal de los administrados. 1.3. La representación de las personas jurídicas frente a la Administración Pública. **2. Los derechos de los administrados frente a la Administración Pública.** 2.1. Las posiciones activas del administrado. 2.2. Los derechos de los administrados consagrados en la Ley N.º 27444. **3. Los deberes generales de los administrados frente a la Administración Pública.** 3.1. Deberes de los administrados en la Ley N.º 27444. 3.1.1. Suministro de información dentro del procedimiento administrativo por parte de los administrados. 3.2. Comparecencia personal del administrado. 3.2.1. Formalidades que se debe cumplir para la comparecencia del administrado. 3.2.2. Falta de los requisitos de formalidad propios de la notificación. 3.2.3. Facilidades que prevé la Ley para la concurrencia del administrado. **4. Terceros administrados.** 4.1. Casos en que un tercero administrado puede ser parte del procedimiento administrativo.

1. GENERALIDADES

Como hemos señalado, los administrados son quienes ocupan la posición de parte pasiva en la relación administrativa, en términos del sometimiento al poder público. El administrado es un sujeto de derecho destinatario del ejercicio de la potestad administrativa, esta última que a su vez posee una posición dominante[703]. En general, la posición de administrado es asumida por personas naturales o jurídicas privadas, sin que ello obste para que la posición pueda ser ocupada, en determinadas circunstancias, por entidades públicas.

En consecuencia, se consideran administrados respecto de algún procedimiento administrativo concreto[704]:

1. Quienes promuevan el procedimiento como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos, a través del uso de su derecho de petición administrativa[705]. Dicho derecho de petición

703 SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de derecho administrativo*, cit., p. 387.

704 Artículo 51º, inciso 1 y 2 de la Ley.

705 Precisión que concuerda con la doctrina comparada: PARADA VÁSQUEZ, *Derecho administrativo*, cit., T. I, p. 227.

puede ejercerse a través de diversas modalidades, que veremos en su momento.

2. Aquellos que, sin haber iniciado el procedimiento, posean derechos o intereses legítimos que pueden resultar afectados por la decisión a adoptarse por parte de la autoridad administrativa. Este es el caso de los procedimientos iniciados de oficio y de aquellos en los cuales se da la intervención de terceros. Una vez incorporados al proceso, estos administrados gozan de la misma situación jurídica de aquellos que hubieren iniciado el proceso, con los mismos derechos y obligaciones.

1.1. Capacidad procesal del administrado

Tienen capacidad procesal ante las entidades las personas que gozan de capacidad jurídica conforme a las leyes[706]. En consecuencia, todos los sujetos de derecho (sean personas físicas o jurídicas: asociaciones, cooperativas, federaciones, fundaciones, corporaciones, etc.) que posean capacidad civil pueden ser partes en el procedimiento administrativo, sea por su propio derecho, o en representación de otro u otros administrados. Ahora bien, la referencia al término personas puede hacernos pensar que carecen de capacidad procesal aquellos sujetos de derecho que no son propiamente personas, como las diferentes organizaciones colectivas que interactúan con entes estatales[707].

Asimismo, se debe incluir en el supuesto de capacidad procesal a los denominados patrimonios autónomos —propios del derecho procesal civil— que se configuran cuando dos o más personas tienen un derecho o interés común respecto a un bien, sin constituir una persona jurídica. Ejemplos de ello son la sociedad conyugal, las sucesiones indivisas, los bienes en copropiedad y las sociedades irregulares.

Algunos consideran, no obstante la remisión al derecho común, que la capacidad administrativa para obrar —o capacidad de ejercicio— es más amplia que la mera capacidad civil[708], lo que en nuestra legislación se aprecia particularmente en diversas hipótesis puntuales, referidas por ejemplo a los menores de edad al amparo del Código de Niños y Adolescentes[709], que le otorga a aquellos una

706 Artículo 52º de la Ley.

707 GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de procedimiento administrativo*, cit., p. 155.

708 SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de derecho administrativo*, cit., p. 391; DROMI, *Derecho administrativo*, cit., p. 915.

709 Del Código de Niños y Adolescentes:

Artículo 13º.- A asociarse

El niño y el adolescente tienen derecho a la libertad de asociarse con fines lícitos y a reunirse pacíficamente.

Solo los adolescentes podrán constituir personas jurídicas de carácter asociativo sin fines de lucro. Los niños podrán adherirse a dichas asociaciones.

La capacidad civil especial de los adolescentes que integran estas personas jurídicas solo

capacidad para obrar mucho mayor que la prescrita por el Código Civil para el ejercicio de actos más bien cotidianos[710], en especial a efectos de actos relacionados con la defensa de intereses para los cuales no se requiere participación de quienes ejercen patria potestad o tutela sobre dichos menores[711].

Es necesario señalar, finalmente, que resulta irrelevante a efectos de capacidad procesal el género, la nacionalidad —salvo circunstancias limitativas de carácter específico establecidas en leyes especiales, por razones de seguridad nacional o interés general— o el domicilio del administrado, aun cuando en este último caso pueda requerirse la constitución de un domicilio legal al efecto del procedimiento[712].

1.2. Libertad de actuación procesal de los administrados

El administrado está facultado para realizar toda actuación administrativa que no le sea expresamente prohibida por algún dispositivo jurídico[713]. En específico, se entiende que dicha prohibición deberá estar contenida en una norma de rango legal, dada la aplicación inmediata del principio de no coacción (o de libertad negativa) contenida en el numeral 1) inciso 24, del artículo 2º de la Constitución.

Asimismo, la Ley indica que se entiende prohibido todo aquello que impida o perturbe los derechos de otros administrados, o el cumplimiento de sus deberes respecto al procedimiento administrativo[714]. Dado que esta previsión legal restringe derechos, debe interpretarse a su vez de manera restrictiva, entendiéndose que los derechos de los otros administrados o los deberes a los que estarán obligados los mismos deben estar determinados por la ley.

1.3. La representación de las personas jurídicas frente a la Administración Pública

La persona jurídica intervendrá en un procedimiento administrativo mediante sus representantes legales, quienes actuarán premunidos de sus respectivos

les permite la realización de actos vinculados estrictamente a los fines de las mismas, siempre que no importen disposición patrimonial.

Estas asociaciones son reconocidas por los Gobiernos Locales y pueden inscribirse en los Registros Públicos por el solo mérito de la Resolución Municipal de reconocimiento.

710 Código Civil:

Artículo 1358.

Los incapaces no privados de discernimiento pueden celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria.

711 PARADA VÁSQUEZ, *Derecho administrativo*, cit., T. II, p. 228.

712 DROMI, *Derecho administrativo*, cit., p. 915.

713 Artículo 54º, inciso 1 de la Ley.

714 Artículo 54º, inciso 2 de la Ley.

poderes[715]. Debe entenderse que el representante legal de la persona jurídica debe adjuntar, a su solicitud, el documento que acredita dicha representación.

Ahora bien, para establecer el régimen de representación es menester remitirnos a las normas civiles y societarias[716], las cuales prescriben que los representantes legales por el mérito de serlo, gozan de todas las prerrogativas necesarias para la representación de la persona jurídica. Si bien es cierto, el artículo 14º de la Ley General de Sociedades hace referencia a facultades de representación procesal, debemos asumir que la misma incluye la tramitación de procedimientos administrativos. En todo caso, resultaría necesario remitirse al estatuto de la persona jurídica en cuestión.

2. LOS DERECHOS DE LOS ADMINISTRADOS FRENTE A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La Ley ha establecido una enumeración —que no es en absoluto taxativa— de los derechos que poseen los administrados con respecto al procedimiento administrativo general. Dicha previsión, que es una novedad en el ordenamiento jurídico administrativo peruano[717], tiene relación directa con la nueva concepción de administrado que rodea al derecho administrativo moderno, a quien hay que fortalecer jurídicamente a fin de equilibrar la relación de subordinación que se mantiene con la Administración.

El administrado debe convertirse, en consecuencia, en el elemento más importante del derecho público en general y del derecho administrativo en particular, en donde dichas disciplinas deben configurar el mecanismo idóneo para señalar los límites de la Administración Pública, garantizando a los ciudadanos derechos y facultades[718]. Resulta evidente que la posición del administrado dentro del procedimiento debe propender a la protección de las libertades del mismo frente al Estado, a través de la adecuación de este al principio de legalidad[719]. Como resultado, la tradicional concepción en el derecho administrativo, consistente

715 Artículo 53º de la Ley.

716 De la Ley General de Sociedades:
Artículo 14º.- Nombramientos, poderes e inscripciones
(...)
El gerente general o los administradores de la sociedad, según sea el caso, gozan de las facultades generales y especiales de representación procesal señaladas en el Código de la materia, por el solo mérito de su nombramiento, salvo estipulación en contrario del estatuto.

717 Sin embargo, gran parte de las disposiciones materia de análisis se encontraban consagradas en el Reglamento de la Ley de Simplificación Administrativa (artículo 3º) y en los artículo 33º y 37º del Decreto Legislativo N.º 757.

718 GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de procedimiento administrativo*, cit., pp. 153-154.

719 MORÓN URBINA, Juan Carlos, *Derecho procesal administrativo*, Página Blanca, Lima, 1997, p. 161.

en asegurar la situación de prevalencia de la Administración hoy en día, y a la luz de la doctrina moderna, resulta por completo insostenible.

2.1. Las posiciones activas del administrado

Dentro de estas consideraciones a favor del administrado, este último ya no es objeto únicamente de posiciones pasivas respecto de la Administración, sino también de posiciones activas respecto de la misma, sean estas entendidas como potestades, derechos subjetivos o intereses legítimos[720].

En primer lugar, como potestad entendemos, en general, aquella situación de poder, atribuida por el ordenamiento jurídico previo, que habilita a su titular para imponer conductas a terceros[721], con la posibilidad de que el sujeto pasivo de deba soportar las consecuencias de dicho poder, que podrían no ser ventajosas[722]. Si bien tradicionalmente solo la Administración Pública podía ser titular de potestades, se considera que el particular puede poseer dicho poder en determinados supuestos, frente al propio Estado o frente a terceros. Evidentes potestades aplicables a los particulares son la patria potestad, las potestades disciplinarias y de dirección al interior de una empresa y el apoderamiento, que son situaciones jurídicas que poseen un correlato administrativo evidente.

Por otro lado, se entiende por derecho subjetivo, figura activa por excelencia, el reconocimiento de un poder a favor del administrado, que él puede hacer valer frente a la Administración u otros administrados[723]. A diferencia de la potestad, el derecho subjetivo se dirige a un objeto específico y opera siempre en relación con el interés de su titular[724]. Dentro de esta consideración, los derechos subjetivos incluyen a los derechos fundamentales, de configuración constitucional, pero también pueden incluir derechos de configuración legal, reglamentaria o que provengan de actos administrativos.

Finalmente, entendemos por intereses legítimos toda asignación de facultades al administrado que no constituye derecho subjetivo, sino tan solo la satisfacción de los que el administrado solicita. Es decir, que la acción a emprender por el administrado respecto de la administración le reporte un beneficio permitido por la Ley[725]. Si bien es cierto, el interés legítimo supone la menor ventaja para el particular de todas las categorías reseñadas, no está exenta de protección por el ordenamiento administrativo, puesto que su sola existencia faculta al administrado en el ejercicio de su derecho de petición.

720 GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, cit., T. I, p. 29.
721 SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de derecho administrativo*, cit., p. 394.
722 GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, cit., T. I, p. 31.
723 GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, cit., T. I, p. 37.
724 SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de derecho administrativo*, cit., p. 395.
725 GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de procedimiento administrativo*, cit., p. 159.

Derechos de los administrados en la ley del procedimiento administrativo general

- A la precedencia de la atención del servicio público requerido, guardando riguroso orden de ingreso.
- El derecho a ser tratados con respeto y consideración por el personal de las entidades, en condiciones de igualdad con los demás administrados.
- Derecho de información particular.
- Información genérica.
- Información en los procedimientos de oficio.
- Participación de los administrados.
- Al cumplimiento de los plazos determinados para cada servicio o actuación y exigirlo así a las autoridades.
- Ser asistidos por las entidades para el cumplimiento de sus obligaciones.
- Conocer la identidad de las autoridades y personal al servicio de la entidad bajo cuya responsabilidad se tramitan los procedimientos de su interés.
- A que las actuaciones de las entidades que les afecten a los administrados sean llevadas a cabo en la forma menos gravosa posible.
- Formulación de críticas.
- A exigir la responsabilidad de las entidades y de personal a su servicio, cuando así corresponda legalmente.
- Los demás derechos reconocidos por la Constitución o las leyes.

2.2. Los derechos de los administrados consagrados en la Ley N.º 27444[726]

En primer lugar, debemos señalar que los derechos establecidos en la Ley de Procedimiento Administrativo General son aplicables no solo al procedimiento administrativo, sino también a toda situación en la cual el administrado interactúe con la Administración, lo cual incluye, particularmente, la prestación de los servicios a cargo del Estado, los servicios públicos propiamente dichos, así como respecto a la obtención de información pública que manejan las entidades.

A dichos derechos deben agregarse aquellos que provienen de normas sectoriales, especialmente en el caso de los servicios públicos. Aquí debemos incorporar lo que se denomina Estatuto del Usuario, considerando que la prestación de servicios públicos implica el ejercicio de función administrativa, como ya se ha señalado en el primer capítulo de esta obra.

1. *La precedencia de la atención del servicio público requerido, guardando riguroso orden de ingreso* [727]

   Los expedientes administrativos deben ser tramitados en el orden en que los mismos ingresan a la entidad. Ello no implica que dichos expedientes deban ser no necesariamente resueltos en dicho orden, dadas las diferentes materias de las que pueden tratar los mismos, con el evidente límite temporal establecido por la Ley. Si bien es cierto, la Ley N.º 27444 se refiere de manera directa al servicio público, debemos incluir en dicho concepto también a la tramitación de procedimientos administrativos[728].

   Este derecho, que se configura a la vez como una obligación de la autoridad administrativa, tiene por finalidad asegurar la tramitación adecuada de los expedientes y la prestación eficiente de los servicios por parte de la Administración, sin que la prioridad en su atención dependa de otras circunstancias que puedan a su vez afectar el derecho de los administrados a una atención en un plazo razonable y con respeto a las garantías del debido proceso. Es necesario precisar que la concepción del plazo razonable, constitutivo del debido proceso en sede jurisdiccional, también resulta ser plenamente aplicable al procedimiento administrativo.

   Sin embargo, no debemos omitir referirnos a la prestación de los servicios públicos, puesto que también se encuentran sometidos a la

726 Artículo 55º de la Ley.

727 Artículo 55º, inciso 1 de la Ley.

728 La redacción de la previsión legal que venimos comentando es casi una copia del inciso d) del artículo 3 del Reglamento de la Ley de Simplificación Administrativa, norma que era interpretada de la misma manera.

Ley las entidades privadas que prestan servicios públicos, producto de la autorización o concesión por parte del Estado.

2. *El derecho a ser tratados con respeto y consideración por el personal de las entidades, en condiciones de igualdad con los demás administrados*[729]

En primer lugar, el tratamiento adecuado respecto a los administrados por parte de los servidores públicos implica desde la adecuada tramitación de los expedientes a cargo de los funcionarios públicos respectivos hasta el acceso adecuado a la información requerida por parte de dichos administrados. Ello implica, como resultado, que la Administración deba tener una organización eficiente, a fin de satisfacer las necesidades de los particulares que concurren a sus oficinas. Por otro lado, obliga a la entidad pública a poner en práctica mecanismos de simplificación administrativa[730].

Por otro lado, la igualdad en el tratamiento a los administrados tiene directa relación con el principio de imparcialidad, por el cual debe tratarse a todos los administrados de la misma manera, sin preferencia por ninguno de ellos. Ello implica, en consecuencia, que no debe existir discriminación alguna entre los administrados que son atendidos en las diversas entidades públicas. Se entiende que existe discriminación cuando las diferencias en el trato de los administrados se basan en criterios que no son razonables u objetivos. Ello implica, en consecuencia, la posibilidad de trato desigual cuando concurren circunstancias desiguales, siempre que las mismas justifiquen dicho trato diferenciado.

3. *Derecho de información particular*[731]

Dada la importancia de la información en el procedimiento administrativo, los administrados tienen derecho a acceder, en cualquier momento, de manera directa y sin limitación alguna a la información contenida en los expedientes de los procedimientos administrativos en que sean partes. El conocimiento del expediente permite al administrado tomar decisiones eficientes respecto a la tramitación del procedimiento del cual es parte. A su vez, esta es una aplicación al procedimiento administrativo del derecho constitucional a la información, establecido en el inciso 5) del artículo 2º de la Carta Magna[732]. Asimismo, y en la misma lógica de facilitar información a

729 Artículo 55º, inciso 2 de la Ley.

730 MORÓN URBINA, *Derecho procesal administrativo*, cit., [1997], p. 181.

731 Artículo 55º, inciso 3 de la Ley.

732 Constitución de 1993:
Artículo 2º. Toda persona tiene derecho:
(...)

los administrados, estos tienen el derecho de obtener copias de los documentos contenidos en el mismo sufragando el costo que suponga su pedido, salvo las excepciones expresamente previstas por Ley.

Estas normas tienen por finalidad asegurar la transparencia del funcionamiento de la Administración Pública, de lo que ha dado a llamar derecho a la transparencia en otras latitudes[733]. Y es que detrás de la concepción de transparencia existen preocupaciones diversas, como una mejor garantía de las libertades públicas, en especial las relativas a la defensa del particular[734]; la mejora de las relaciones entre administración y administrados[735]; el refuerzo del control de la Administración por parte de los particulares y el Poder Judicial, entre otras.

Hoy en día, y la luz de la doctrina moderna, el concepto de secreto administrativo es severamente discutido, cuando no es concebido como un impedimento para el ejercicio de determinados derechos fundamentales de los administrados. Ello implica, además, que no exista entidad alguna que pueda eximirse de la obligación antes indicada[736].

5. A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional. El secreto bancario y la reserva tributaria pueden levantarse a pedido del juez, del Fiscal de la Nación, o de una comisión investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado.

(...).

733 JEGOUZO, "El derecho a la transparencia administrativa: el acceso de los administrados a los documentos administrativos", cit., pp. 11 y ss. Para el caso portugués: CUETO PÉREZ, "Los derechos de los ciudadanos en el Código de Procedimiento Administrativo portugués", cit., p. 362.

734 MORÓN URBINA, *Derecho procesal administrativo*, cit., [1997], p. 173.

735 JEGOUZO, "El derecho a la transparencia administrativa: el acceso de los administrados a los documentos administrativos", cit., p. 12.

736 Existen sentencias interesantes emitidas por el Tribunal Constitucional en esta materia. Una de ellas, de fecha 13 de diciembre de 2000, emitida en el expediente N.º 0950-2000-HD, señala lo siguiente:

"(...)

5. De conformidad con el inciso 5) del artículo 2º de la Constitución, toda persona tiene derecho 'A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga este pedido.' La Constitución Política del Estado ha consagrado en estos términos el derecho fundamental de acceso a la información, cuyo contenido esencial reside en el reconocimiento de la facultad de toda persona de solicitar y recibir información de cualquier entidad pública, lo cual incluye lógicamente también a las Fuerzas Armadas, no existiendo, en tal sentido, entidad del Estado o entidad con personería jurídica de derecho público que resulte excluida de la obligación de proveer la información solicitada. Pero es además otra característica del derecho en cuestión la ausencia de expresión de

4. *Información genérica*[737]

Con similar sustento que esbozamos respecto al derecho descrito en el acápite precedente, se establece el derecho de los administrados de acceder a la información gratuita que deben brindar las entidades del Estado sobre sus actividades orientadas a la colectividad, incluyendo sus fines, competencias, funciones, organigramas, ubicación de dependencias, horarios de atención, procedimientos y características. La información que brindan las entidades administrativas, en especial la que es pública, como lo habíamos señalado anteriormente, es una necesidad de la colectividad, a la vez que una función de particular importancia a desempeñar por el Estado.

En primer término, la existencia de información adecuada a la cual puede acceder el particular reduce los costos en que el mismo debe incurrir para realizar los diversos procedimientos administrativos existentes. El acceso a la información forma parte del cúmulo de formalidades costosas que se imputan al administrado y que buscan ser eliminadas mediante los procesos de simplificación y racionalización administrativas a los cuales hemos aludido de manera reiterada.

En segundo lugar, la falta de acceso adecuado a la información genérica de la entidad puede colocar al administrado en abierta indefensión respecto a la Administración, dado que este no podría conocer el funcionamiento de la entidad de manera directa[738]. Como si ello fuera poco, dicha indefensión podría generarse también respecto de

causa o justificación de la razón por la que se solicita la información, este carácter descarta la necesidad de justificar la petición en la pretensión de ejercer otro derecho constitucional (v.gr. la libertad científica o la libertad de información) o en la existencia de un interés en la información solicitada, de modo tal que cualquier exigencia de esa naturaleza es simplemente inconstitucional; por ello no resulta aceptable el alegato de la emplazada en el sentido de la ausencia de interés de la demandante para recibir la información solicitada.

6. Si bien es cierto que, de conformidad con lo establecido por la precitada disposición constitucional, el ejercicio de este derecho tiene límites expresos cuando se establece que 'Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional'; no obstante, para este Tribunal Constitucional, queda meridianamente establecido como principio de observancia obligatoria para jueces y tribunales, de conformidad con la Primera Disposición General de nuestra Ley Orgánica, que el solo hecho de que una norma o un acto administrativo, como en el presente caso, atribuya o reconozca la condición de seguridad nacional a una información determinada, no es razón suficiente, en términos constitucionales, para denegar el acceso a la misma; por el contrario, es siempre indispensable examinar si la información calificada de reservada reviste realmente o no tal carácter, acudiendo para tal efecto al principio constitucional de razonabilidad.

(...).

737 Artículo 55º, inciso 4 de la Ley.

738 MORÓN URBINA, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., p. 185.

otros administrados, en particular en el contexto de procedimientos trilaterales o ante denuncias de parte.

5. *Información en los procedimientos de oficio*[739]

Los procedimientos de oficio poseen características especiales, toda vez que son iniciados como resultado de una decisión de la Administración. Asimismo, los procedimientos de oficio pueden generar actos de gravamen respecto al administrado afectado. En consecuencia, en los procedimientos de oficio los administrados tienen derecho a ser informados en los procedimientos de oficio sobre su naturaleza, alcance y, de ser previsible, del plazo estimado de su duración, así como de sus derechos y obligaciones en el curso de tal actuación.

Dada la naturaleza de los procedimientos de oficio, en los cuales el administrado resulta estar incurso sin que medie su voluntad, este derecho a ser informado de manera adecuada tiene una particular importancia, razón por la cual se requiere la mayor precisión posible en la información que se le brinda. Caso contrario, el particular podría encontrarse en abierta situación de indefensión respecto a la autoridad administrativa. Esto puede generarse, por ejemplo, en procedimientos de fiscalización posterior o en procedimientos sancionadores.

6. *Participación de los administrados*[740]

Los particulares tienen el derecho de participar de manera responsable y progresiva en la prestación y control de los servicios públicos, asegurando su eficacia y oportunidad[741]. Este derecho a su vez tiene una doble dimensión. Por un lado, la posibilidad de que el administrado pueda participar directamente colaborando con el Estado o con las entidades privadas que presten el servicio, a través de autorizaciones y concesiones; o la posibilidad de participar en órganos colegiados que desempeñen determinadas funciones administrativas. Por otro lado, y lo que es más importante, que puedan establecerse mecanismos de control en el ámbito de la prestación de servicios públicos y la tramitación de procedimientos administrativos.

El reglamento de la derogada Ley de Simplificación Administrativa establecía determinadas normas que permitían la participación de los ciudadanos en la simplificación administrativa, en particular mediante el planteamiento de la existencia de problemas, trabas u

739 Artículo 55º, inciso 5 de la Ley N.º 27444.

740 Artículo 55º, inciso 6 de la Ley N.º 27444.

741 La redacción de la previsión legal que venimos comentando tiene como antecedente el inciso h) del artículo 3 del Reglamento de la Ley de Simplificación Administrativa, del cual es casi una copia. A su vez, este se origina en el inciso 4) del artículo 2º de la Ley antes citada.

obstáculos ante las entidades y la opinión pública; mediante las propuestas de alternativas de solución a dichas dificultades, así como la intervención en la toma de decisiones y en su ejecución. A su vez, el Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), hoy inexistente, se encargaba de canalizar las quejas y sugerencias respecto a la prestación de los servicios públicos.

7. *Al cumplimiento de los plazos determinados para cada servicio o actuación y exigirlo así a las autoridades*[742]

   El cumplimiento de plazos resulta ser un elemento de especial importancia del derecho al debido proceso, y tiene relación además con principios contenidos en la Ley, como el de impulso de oficio o celeridad. Como veremos más adelante, los plazos tienen por finalidad asegurar la tramitación adecuada de los procedimientos administrativos y la prestación eficiente de los servicios a cargo de la Administración.

   Evidentemente, el incumplimiento de los plazos establecidos habilitará al administrado a la interposición de la respectiva queja, sin perjuicio de las sanciones que pueda aplicarse contra el funcionario infractor. Es evidente que el cumplimiento de los plazos procesales es también una obligación de la Administración, en todos sus niveles.

8. *Ser asistidos por las entidades para el cumplimiento de sus obligaciones*[743]

   Ello tiene su sustento en el hecho de que el administrado no puede elegir —salvo contadas excepciones— la entidad administrativa que podrá emplear para la realización de sus trámites administrativos. Ello genera un claro monopolio, por parte del Estado, de ciertas actividades públicas que los privados evidentemente no pueden desempeñar. Como resultado, el ordenamiento jurídico debe establecer mecanismos para equilibrar el balance de facultades entre la administración y los particulares.

   En consecuencia, la autoridad administrativa debe otorgarle al administrado los mecanismos adecuados para hacer efectivas las actuaciones que correspondan. Además, esta previsión tiene por finalidad reducir los costos en los que el administrado debe incurrir para el seguimiento de los procedimientos seguidos ante la entidad.

9. *Conocer la identidad de las autoridades y personal al servicio de la entidad bajo cuya responsabilidad se tramitan los procedimientos de su interés*[744]

742 Artículo 55º, inciso 7 de la Ley N.º 27444.
743 Artículo 55º, inciso 8 de la Ley N.º 27444.
744 Artículo 55º, inciso 9 de la Ley N.º 27444.

Como una garantía para una tramitación eficiente y transparente, el ordenamiento administrativo establece que el administrado deba conocer quiénes se encuentran tramitando los procedimientos. Es decir, al administrado debe tener la facultad de contactar con la autoridad que instruye el procedimiento, no obstante que el procedimiento administrativo es eminentemente no presencial, a fin de tener un acceso más adecuado a la tramitación de su expediente. Sin embargo, esta facultad es una derivación directa del derecho al acceso a la información, por lo cual se hace poco eficiente su consagración de manera independiente.

10. *A que las actuaciones de las entidades que les afecten a los administrados sean llevadas a cabo en la forma menos gravosa posible*[745]

En mérito del principio de *favor homine* o *favor libertatis*, en los supuestos en los que se limite o restrinja derechos, el administrado debe ser afectado, de la manera más benigna posible, en especial cuando se generan actos de gravamen y siempre que haya varias maneras de que dicho acto sea ejecutado. Cuando se limitan derechos de los particulares, es menester emplear el denominado principio de proporcionalidad, que implica que los fines perseguidos con una actuación determinada deben guardar relación directa con los medios empleados para ello[746]. De conformidad con el criterio que venimos reseñando, el gravamen debe limitarse a lo estrictamente indispensable.

11. *Formulación de críticas*[747]

La Ley establece además el derecho, ejercido responsablemente, de formular análisis, críticas o a cuestionar las decisiones y actuaciones de las entidades, por parte de los administrados. Estas críticas o cuestionamientos pueden hacerse con carácter general o en el contexto de un procedimiento determinado.

Esta prerrogativa no constituye una novedad en nuestro ordenamiento administrativo, puesto que se encontraba consagrada en el inciso e) del artículo 33º del Reglamento de la Ley de Simplificación Administrativa, como un elemento del derecho de participación por parte de los particulares en materia de simplificación administrativa.

12. *A exigir la responsabilidad de las entidades y de personal a su servicio, cuando así corresponda legalmente*[748]

La Ley ha establecido, por un lado, un régimen amplio de responsabilidad respecto a la Administración Pública, así como respecto a

745 Artículo 55º, inciso 10 de la Ley N.º 27444.
746 HÄBERLE, *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, cit., p. 112.
747 Artículo 55º, inciso 11 de la Ley N.º 27444.
748 Artículo 55º, inciso 12 de la Ley N.º 27444.

las personas que laboran para ella, como lo veremos más adelante. Es de importancia capital que dichas responsabilidades se hagan efectivas cuando haya lugar, en particular porque el control de la Administración Pública y del personal a su servicio debe efectuarse también desde la Sociedad Civil.

Es evidente que la determinación de responsabilidad, a su vez, configura un adecuado incentivo a fin de hacer efectivo un funcionamiento eficiente de la Administración Pública, respecto de la propia Administración como ente y además respecto a los funcionarios que la componen. La obligación de reparar los daños originados permite desincentivar conductas dañosas a través de generar un deber jurídico de no dañar a otros. Asimismo, la asignación de responsabilidad permite un adecuado resarcimiento de quien sufra un daño, patrimonial o no, producido por cualquier entidad administrativa. Finalmente, la Administración Pública puede diluir fácilmente los efectos económicos del daño mediante los fondos públicos, los mismos que se alimentan fundamentalmente de las aportaciones de los ciudadanos por medio del sistema impositivo.

13. *Los demás derechos reconocidos por la Constitución o las Leyes*[749]

Esta es una previsión amplia en la Ley —típica cláusula abierta o implícita— que permite incluir en esta enumeración a otros derechos que no están expresamente señalados en la norma que venimos comentando, pero que obran en el resto del ordenamiento jurídico. En primer lugar, existe un conjunto de derechos de los administrados que se encuentran diseminados en el resto de la Ley de Procedimiento Administrativo General.

Por otro lado, no debe de omitirse los derechos a favor de los administrados consagrados en normas legales de carácter especial que regulan procedimientos administrativos. Finalmente, las normas constitucionales establecen derechos cuyo desarrollo legal puede tener implicancias en el procedimiento administrativo. No obstante,. la Ley parece dejar de lado la posibilidad de configuración de derechos por vía reglamentaria.

3. LOS DEBERES GENERALES DE LOS ADMINISTRADOS FRENTE A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Así como en el contexto del procedimiento administrativo —y de las situaciones administrativas en general— los administrados gozan de derechos, también tienen ciertos deberes, entendidos no solo respecto a las entidades adminis-

749 Artículo 55º, inciso 13 de la Ley N.º 27444.

trativas, sino también respecto al derecho de los demás administrados que puedan intervenir en el procedimiento.

En general, las denominadas situaciones pasivas derivan de la relación de subordinación entre la Administración y los administrados, implican la generación de gravámenes o situaciones en las cuales el administrado debe hacer o soportar algo, e incluyen la sujeción, el deber, la obligación y las cargas. La sujeción es el correlato pasivo de la potestad, es decir, implica la situación pasiva de aquel que sufre la imposición de una conducta determinada[750]. La sujeción consiste en la eventualidad de soportar los efectos de la potestad, pero una vez ejercida esta, se generan distintas situaciones jurídicas[751]. Como evidente resultado de lo antes indicado, la sujeción puede estar determinada únicamente por la Ley.

El deber propiamente dicho, entendido en la doctrina como deber público, se enmarca en el comportamiento que se impone a un sujeto, de manera genérica, de tal forma que no existe respecto al administrado gravado un titular determinado del derecho subjetivo equivalente[752]. Los deberes públicos tienen su origen en la norma y no en relaciones o actos concretos, respetando el principio de legalidad. Los deberes públicos no pueden ser establecidos por reglamento o por acto administrativo.

La obligación es más bien el correlato pasivo del derecho subjetivo, establecida en el ámbito de una relación determinada respecto a quien es el titular del derecho en cuestión, en atención a los intereses del titular de los derechos. La obligación, en consecuencia, opera de manera concreta. La obligación puede ser generada incluso por norma reglamentaria o por acto administrativo, siempre que la Administración esté debidamente facultada por la Ley para imponer obligaciones.

Finalmente, la carga es una imposición cuyo incumplimiento genera la imposibilidad de que el administrado haga efectiva una acción determinada que lo favorece. La carga, bajo este criterio, posee una estructura híbrida, puesto que funciona como el supuesto que habilita para el ejercicio de un derecho o potestad por parte del particular, con lo cual la imposición opera en realidad en interés propio del mismo[753]. Si bien es cierto, la carga surge en primera instancia en el derecho civil y en el derecho procesal, es plenamente aplicable en un ordenamiento como el administrado en el cual deben tramitarse procedimientos para la obtención de determinadas ventajas a favor del administrado.

3.1. Deberes de los administrados en la Ley N.º 27444[754]

750 SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de derecho administrativo*, cit., p. 404.
751 GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, cit., T. I, p. 32.
752 SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de derecho administrativo*, cit., p. 406.
753 SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de derecho administrativo*, cit., p. 405.
754 Artículo 56º, incisos 1, 2, 3 y 4 de la Ley.

La Ley incluye, como deberes generales, conceptos que bien pueden subsumirse en el concepto de deber público, o en el de obligación. En primera instancia, estos deberes generales, pueden deducirse de principios como el de conducta procedimental. Ahora bien, la Ley establece, como deberes generales de los administrados respecto del procedimiento administrativo, los siguientes:

1. Abstenerse de formular pretensiones o articulaciones ilegales, de declarar hechos contrarios a la verdad o no confirmados como si fueran fehacientes, de solicitar actuaciones meramente dilatorias, o de cualquier otro modo afectar el principio de conducta procedimental, al cual ya nos hemos referido en su momento.
2. Prestar su colaboración para el pertinente esclarecimiento de los hechos. Esta obligación se hace más necesaria —y más pertinente— en los procedimientos de oficio, toda vez que en aquellos iniciados a pedido de parte el administrado se encuentra directamente interesado en la resolución del procedimiento, razón por la cual por propia iniciativa impulsa el procedimiento.
3. Proporcionar a la autoridad cualquier información dirigida a identificar a otros administrados no comparecientes con interés legítimo en el procedimiento. Este es un deber público establecido con la finalidad de proteger el interés de los terceros, a los cuales nos referiremos más adelante.
4. Comprobar previamente a su presentación ante la entidad, la autenticidad de la documentación sucedánea y de cualquier otra información que se ampare en la presunción de veracidad. Este precepto se convierte en el obvio correlato del principio al que se hace referencia, trasladando el deber de verificación de la autoridad al administrado.

3.1.1. Suministro de información dentro del procedimiento administrativo por parte de los administrados[755]

Entre las obligaciones personales de los administrados, estos se encuentran obligados a facilitar información y documentación relevante al caso concreto en los procedimientos investigatorios, que son iniciados de oficio por la entidad. Dicha información debe ser razonablemente adecuada a los objetivos de la actuación para alcanzar la verdad material.

En los demás casos, los administrados se encuentran facultados para proporcionar a las entidades la información y documentación vinculadas a sus peticiones y reclamos que estimen necesarios para obtener el pronunciamiento. Esta previsión opera entonces en los procedimientos generados a iniciativa de parte, en donde la falta de medios probatorios puede originar que la solicitud del administrado sea desestimada.

755 Artículo 57º, numerales 57.1 y 57.2 de la Ley.

3.2. Comparecencia personal del administrado

La comparecencia personal del administrado opera en supuestos muy especiales, dada la naturaleza fundamentalmente escrita del procedimiento administrativo. Por ello se establece que la entidad puede convocar al administrado a su sede, con la restricción de que solo procederá si dicha entidad se encuentra facultada expresamente por Ley para hacer efectiva dicha convocatoria[756]. Y es que, en principio, los procedimientos administrativos —dada su naturaleza escrituraria— no deberían requerir la presencia del administrado para su tramitación, debiendo ser en general de naturaleza no presencial.

Esta comparecencia debe darse tan solo en circunstancias especiales. Sin embargo, en muchas oportunidades ha ocurrido que la entidad convoque a su sede al administrado, cuando ello no se encontraba justificado por la naturaleza del procedimiento, hecho que vulnera diversos derechos fundamentales, en especial por la arbitrariedad intrínseca que se observa en dicha decisión[757].

Por otro lado, los administrados pueden concurrir a la comparecencia con sus asesores, cuando sea necesario para la mejor exposición de la verdad de los hechos[758]. La previsión se establece en términos facultativos, dado que en el procedimiento administrativo, en principio, no existe la defensa cautiva, salvo para la interposición de recursos administrativos. La Administración, en consecuencia, no puede limitar el ejercicio de este derecho[759]. Por otro lado, no se establece la calidad de los citados asesores, no restringiéndose dicha concepción a los asesores legales, pudiendo ser los mismos de naturaleza distinta.

El administrado puede solicitar verbalmente a la entidad la entrega, al final del acto, de la constancia de su comparecencia y la copia del acta elaborada para el efecto[760]. Ello se prevé a fin de asegurar el ejercicio adecuado del derecho de defensa del administrado, al tener constancia documentaria de lo ocurrido en la diligencia realizada ante la autoridad administrativa; así como para permitir de manera efectiva el cumplimiento de preceptos correspondientes a la seguridad jurídica, no solo a favor de los administrados sino también en mérito de la gestión administrativa de las entidades.

3.2.1. Formalidades que se debe cumplir para la comparecencia del administrado

Dada la naturaleza especial de la comparecencia personal, la misma debe estar rodeada de ciertas formalidades. Una de ellas, como lo hemos indicado,

756 Artículo 58º, numeral 58.1 de la Ley.

757 MORÓN URBINA, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., p. 191.

758 Artículo 58º, numeral 58.2 de la Ley.

759 MORÓN URBINA, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., p. 191.

760 Artículo 58º, numeral 58.3 de la Ley.

estriba en que la facultad de convocatoria se encuentre señalada en la ley. Por otro lado, el citatorio para la comparecencia debe regirse por el régimen común de la notificación, debiendo constar en la misma ciertos elementos, que son los siguientes[761]:

1. El nombre y la dirección del órgano que cita, con identificación de la autoridad requirente.
2. El objeto y asunto de la comparecencia.
3. Los nombres y apellidos del citado.
4. El día y hora en que debe comparecer el citado, que no puede ser antes del tercer día de recibida la citación, y, en caso de ser previsible, la duración máxima que demande su presencia. Convencionalmente puede fijarse el día y hora de comparecencia, previsión diseñada a fin de no perjudicar laboralmente al administrado.
5. La disposición legal que faculta al órgano a realizar esta citación; y,
6. El respectivo apercibimiento, en caso de inasistencia al requerimiento.

3.2.2. Falta de los requisitos de formalidad propios de la notificación

A fin de rodear a los citatorios de elementos de seguridad, así como para impedir comportamientos arbitrarios de la entidad, se establece que, si el citatorio para la comparecencia personal del administrado incumple alguno de los requisitos establecidos para la concurrencia, esta no surtirá efecto, por lo que, no obligará al administrado a concurrir ante la entidad[762]. Dicha inconcurrencia, en consecuencia, no podrá generar efectos negativos en contra del particular, en especial si el procedimiento iniciado tenga por finalidad generar efectos gravosos respecto del mismo.

3.2.3. Facilidades que prevé la Ley para la concurrencia del administrado

La norma ha buscado darle flexibilidad al administrado para su concurrencia una vez que es citado por la Administración; así, establece que en lo posible dichas citaciones sean compatibles con las obligaciones laborales o profesionales de los convocados[763], pudiendo incluso determinarse convencionalmente, como se ha señalado líneas arriba. Para ello resultan útiles las previsiones legales que establecen que el horario de atención de las entidades no coincida exactamente con la jornada laboral ordinaria[764]. Todo lo antes precisado es plenamente coherente con la concepción tantas veces citada de la naturaleza no presencial —más bien escrituraria— del procedimiento administrativo.

761 Artículo 59º, numeral 59.1 de la Ley.
762 Artículo 59º, numeral 59.3 de la Ley.
763 Artículo 59º, numeral 59.2 de la Ley.
764 Artículo 138º, inciso 2 de la Ley.

4. TERCEROS ADMINISTRADOS

Puede definirse como terceros a los sujetos que aparezcan como titulares de una situación jurídica actual o eventual afectada (jurídicamente) por el contenido de otra distinta, aunque puede también tratarse de la misma relación jurídica que afecta de diversa o igual manera a más personas que las involucradas en el trámite del expediente. Los terceros administrados son aquellos que puedan ser afectados por la resolución a emitirse en el procedimiento administrativo, sin que formen inicialmente parte del procedimiento[765].

Ahora bien, el tercero es un elemento de especial importancia a tomar en cuenta en la tramitación de procedimientos administrativos, puesto que la existencia de terceros que puedan ser afectados por las decisiones de la Administración genera limitaciones de diversa naturaleza respecto a la propia entidad y respecto a los administrados que son parte del procedimiento.

El tercero, en este sentido, deja de serlo una vez que se presenta en las actuaciones, sea como coadyuvante o cointeresado de la pretensión del administrado ya interviniente, sea como interesado en que el administrado interviniente no obtenga lo solicitado, por afectarle su interés de manera gravosa. Una vez incorporado al procedimiento, el tercero administrado adquiere plenamente el carácter de parte para todos sus efectos, perdiendo en consecuencia el carácter transitorio de tercero que antes tenía. De acuerdo con la Ley de Procedimiento Administrativo General, la facultad del tercero para apersonarse al procedimiento se da en cualquier estado del mismo, adquiriendo con ello, como ya lo hemos indicado, los mismos derechos y obligaciones de los participantes en el procedimiento[766].

La actual norma regula de manera extensa la situación de los terceros en el procedimiento administrativo. Si bien es cierto la regulación de la figura en mención no es nueva, puesto que se encontraba regulada en el artículo 24º del Texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, dicha regulación resultaba ser muy limitada, pues únicamente precisaba que si durante la tramitación de un expediente se advertía la existencia de interesados que no hayan comparecido, se comunicará a dichas personas la tramitación del expediente.

4.1. Casos en que un tercero administrado puede ser parte del procedimiento administrativo

La norma hace una clara diferencia entre terceros administrados determinados o no determinados. Los primeros son aquellos, dado que sus derechos o intereses legítimos puedan resultar afectados con la resolución que se emita en un procedimiento administrativo, lo actuado en el mencionado procedimiento

765 GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de procedimiento administrativo*, cit., p. 152.
766 Artículo 60º, numeral 60.3 de la Ley.

les debe ser comunicado mediante citación al domicilio de aquellos administrados que resulte conocida. Es necesario señalar que dicha notificación no interrumpirá el curso regular del procedimiento[767].

En el caso que venimos describiendo, hablamos siempre de la llamada intervención provocada, en la cual el administrado convocado de manera directa, por razones de interés general y en términos de protección de su interés[768]. En este sentido, es necesario recordar la obligación de los administrados de informar a la entidad la existencia de administrados no comparecientes que puedan tener interés legítimo en el procedimiento.

Respecto a los terceros administrados no determinados, estos son aquellos que no están identificados en forma directa con la materia del procedimiento. Ahora bien, a los terceros no determinados la citación se les debe hacer mediante una publicación o, también se indica, mediante la realización del trámite de información pública o por audiencia pública, conforme lo señalado por la propia Ley[769].

Finalmente, los administrados pueden incorporarse al procedimiento administrativo en cualquier momento, no siendo relevante la manera a través de la cual ellos han adquirido conocimiento de la tramitación del mismo. Aquí entran en juego principios como informalismo y unidad de vista en la tramitación de los procedimientos.

767 Artículo 60º, numeral 60.1 de la Ley.

768 MORÓN URBINA, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., p. 180.

769 Artículo 60º, numeral 60.2 de la Ley.

Capítulo XI

PARTICIPACIÓN DE LOS ADMINISTRADOS EN LAS DECISIONES ADMINISTRATIVAS

SUMARIO: 1. El principio de participación. 1.1. Participación ciudadana en el inicio del procedimiento**. 2. Efectos de la participación de los administrados. 3. La audiencia pública.** 3.1. Regulación de la audiencia pública. 3.2. Convocatoria a audiencia pública. 3.3. Efectos que produce la audiencia pública. 3.4. Críticas a la institución. **4. El periodo de información pública.**

En el derecho administrativo, la participación ciudadana permite la transparencia y publicidad de las decisiones que se toman en las entidades públicas. Ello permite la moralización de la administración pública vía el control y la supervisión social. Por otro lado, la participación de la ciudadanía hace factible la oportuna y ágil aplicación de las decisiones tomadas[770]. Finalmente, dicha participación permite que la ciudadanía consienta las decisiones administrativas que afectan sus derechos e intereses, lo cual es enteramente consistente con los principios propios del sistema democrático.

La participación social o participación ciudadana en los asuntos económicos, administrativos y políticos debe crear una nueva cultura, que consiste en el compromiso directo de los ciudadanos con la administración del Estado y las políticas de interés colectivo implementadas por este. En este sentido, la doctrina ha señalado que la participación social es una estrategia política de reinstitucionalización y relegitimación del sistema político, que en buena cuenta permite que el mismo siga en funcionamiento.

Estos conceptos se originan en realidad en el derecho fundamental consagrado por el numeral 17 del artículo 2º de la Constitución Política, el mismo que señala que toda persona tiene derecho a participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la nación, lo cual

770 RESTREPO BOTERO, Darío, "Mecanismos de democracia participativa". Ponencia presentada en el Taller de Expertos "Participación de la Sociedad Civil en Programas Sociales", auspiciado por CLAD y AECI. Caracas, del 24 al 26 de abril de 1995.

permite en buena cuenta participar también en las decisiones administrativas que correspondan[771].

En tal sentido, y de acuerdo con la Ley de Procedimiento Administrativo General, y además de los medios de acceso a la participación en los asuntos públicos establecidos por otras normas a favor de los administrados —y por los principios y derechos contenidos en la propia Ley del Procedimiento Administrativo General, establecidos respecto a los particulares—, en la instrucción de los procedimientos administrativos las entidades deben emplear, cuando ello resulte pertinente, la audiencia a los administrados y el periodo de información pública[772]. En estos casos se habla particularmente de la llamada participación funcional, en la cual el administrado participa desde fuera de la organización administrativa, conservando su naturaleza de ente privado[773].

1. EL PRINCIPIO DE PARTICIPACIÓN

El principio de participación establece que las autoridades administrativas deben brindar las condiciones necesarias a todos los administrados para acceder a la información que las mismas administren, sin expresión de causa, a excepción de aquellas que afectan la intimidad personal, de las vinculadas a la seguridad nacional o las que expresamente sean excluidas por la ley; dejando claro que el acceso a la información pública es un mecanismo de participación ciudadana y un mecanismo de control. Y es que, este acceso permite a los administrados fiscalizar el funcionamiento de las entidades administrativas, de conformidad con lo establecido en la Constitución[774], refiriéndose directamente al acceso a la información pública como derecho fundamental.

Además, el principio de participación implica la extensión de las posibilidades de intervención de los administrados y de sus representantes en aquellas decisiones públicas que les puedan afectar, mediante cualquier sistema que permita la difusión, el servicio de acceso a la información y la presentación de opinión[775]. La amplia intervención del administrado en el procedimiento ad-

771 USLENGHI, "Audiencias públicas", cit., pp. 296-297; DANÓS ORDÓÑEZ, "La participación ciudadana en el ejercicio de funciones administrativas en el Perú", cit., pp. 147-148.

772 Artículo 181º de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

773 DANÓS ORDÓÑEZ, "La participación ciudadana en el ejercicio de funciones administrativas en el Perú", cit., p. 144.

774 Constitución Política del Perú:
Artículo 2º.- Derechos fundamentales de la persona
Toda persona tiene derecho:
(...)
5. A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.
(...).

775 Artículo IV, inciso 1, literal 1.12 del Título Preliminar de la Ley.

ministrativo le permite influir de manera directa en el resultado del mismo, es decir, en la producción de actos administrativos[776]. En el caso de procedimientos administrativos en los cuales se involucren intereses difusos o colectivos la participación del administrado se amplía sustancialmente, permitiendo la actuación de aquellos administrados que lo consideren conveniente.

Finalmente, el principio de participación, tal como está enunciado, permite que sea posible una eficaz protección a los derechos de los administrados, dada su colaboración en los procedimientos, en especial los que implican interés directo. La regulación de la participación de los administrados, entonces, se convierte en un concepto fundamental del derecho del procedimiento administrativo[777]. La participación permite, en buena cuenta, la democratización de las decisiones públicas y la obtención de legitimidad de las mismas.

1.1. Participación ciudadana en el inicio del procedimiento

La participación de los ciudadanos puede darse, en determinadas circunstancias, desde el inicio del procedimiento. Un ejemplo interesante es el de la participación vecinal en el desarrollo local en el ámbito municipal. En tal sentido, el artículo 197º de la norma constitucional establece que: las municipalidades promueven, apoyan y reglamentan la participación vecinal en el desarrollo local. En este marco, la Ley Orgánica de Municipalidades regula diversos mecanismos de participación, como la iniciativa en la formación de dispositivos municipales, el derecho de referéndum, o la iniciativa en la constitución de juntas vecinales.

Por otro lado, el artículo III del Título Preliminar de la Ley General del Ambiente prescribe que toda persona tiene el derecho a participar responsablemente en los procesos de toma de decisiones, así como en la definición y aplicación de las políticas y medidas relativas al ambiente y sus componentes, que se adopten en cada uno de los niveles de gobierno. En este orden de ideas, el Estado debe concertar con la sociedad civil las decisiones y acciones de la gestión ambiental. Debe entenderse que dicho derecho incluye el de iniciar procedimientos que tengan por finalidad participar en la política ambiental. Ello, en tanto la Autoridad Ambiental Nacional establece los lineamientos para el diseño de mecanismos de participación ciudadana ambiental, que incluyen consultas y audiencias públicas, encuestas de opinión, apertura de buzones de sugerencias, publicación de proyectos normativos, grupos técnicos y mesas de concertación, entre otros, conforme el artículo 48º de la norma antes citada.

2. EFECTOS DE LA PARTICIPACIÓN DE LOS ADMINISTRADOS

En tres grandes variables se puede resumir el conjunto de modificaciones en las relaciones entre el Estado y la sociedad a través de la participación

776 OCHOA CARDICH, "Los principios generales del procedimiento administrativo", cit., p 56.
777 GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, cit., T. I, p. 439.

social o participación de los administrados en la actividad de la Administración Pública[778].

En primer lugar, *la socialización de la Administración Pública*. Ello implica la apertura de la Administración Pública a la participación directa de ciudadanos, comunidades y representantes de organizaciones provenientes de lo que se ha venido a llamar Sociedad Civil. Los mecanismos para ello son múltiples y varían de acuerdo al nivel de gobierno en el cual nos encontramos, desde el acceso a la información hasta los presupuestos participativos.

La estatización de la sociedad. Implica la transferencia de funciones antes de exclusiva potestad del Estado hacia la sociedad. Esta tendencia, no obstante lo errático de su definición —pues puede contener conceptos colectivistas—, evoca en realidad la privatización de las funciones antes de carácter estatal y ahora de dominio privado, en una lógica de separación de funciones[779]. También hace referencia a las múltiples iniciativas de financiación, gestión y/o administración conjunta de políticas de interés colectivo. La razón de ser de ello estriba en permitir que los administrados intervengan en los asuntos que directamente le atañen. Las asociaciones público privadas son un mecanismo muy útil para esto, en particular en lo que concierne a la inversión en infraestructura.

Se habla también del *control social de la Administración Pública, el autocontrol social y el control estatal sobre la sociedad*. La separación entre el Estado y la sociedad se ha hecho cada vez menor a través de los diversos mecanismos de control ciudadano. A su vez, este mecanismo de influencia de la sociedad frente a la Administración Pública configura un mecanismo de control de la propia sociedad respecto a sus demandas frente a la Administración Pública.

3. LA AUDIENCIA PÚBLICA

Las normas administrativas prevén, como un importante mecanismo de participación, la convocatoria a la denominada audiencia pública, como formalidad esencial para la participación efectiva de terceros, cuando el acto al que conduzca el procedimiento administrativo sea susceptible de afectar derechos o intereses cuya titularidad corresponda a personas indeterminadas, tales como en materia medio ambiental —de especial importancia, en especial en el contexto de conflictos con la actividad minera—, ahorro público, valores culturales, históricos, derechos del consumidor, planeamiento urbano y zonificación; o cuando el pronunciamiento sobre autorizaciones, licencias o permisos que el acto habilite incida directamente sobre servicios públicos[780].

778 RESTREPO BOTERO, “Mecanismos de democracia participativa”, cit.

779 FLEURY, Sonia, *Reforma del Estado*, Banco Interamericano de Desarrollo, Washington D.C., 2000, pp. 17 y ss.

780 Artículo 182º, inciso 182.1 de la Ley N.º 27444.

La audiencia pública tiene por finalidad permitir la participación del administrado en la toma de decisiones por parte de la Administración, así como mejorar la calidad de los elementos de juicio a los que puede acceder la autoridad encargada de resolver. Evidentemente, la existencia de audiencias públicas permite además que se hagan efectivos mecanismos de transparencia de la función pública y que se les permita a los particulares en general conocer los mecanismos de toma de decisión respecto a los temas que les atañen.

Se señala que las audiencias públicas conforman un mecanismo participativo de suma relevancia, particularmente en Estados Unidos donde la mayoría de las *Public Utility Commissions* (PUC), que son las agencias de regulación de los servicios, tienen regulaciones complejas respecto de la institución que venimos comentando. De hecho, en muchos países del mundo, siguiendo esta lógica, se emplean las audiencias públicas para regular servicios públicos, e incluso, para determinar la eficacia del comportamiento del organismo regulador[781].

3.1. Regulación de la audiencia pública

En la audiencia pública cualquier tercero, sin necesidad de acreditar legitimación especial, está habilitado para presentar información verificada, para requerir el análisis de nuevas pruebas, así como expresar su opinión sobre las cuestiones que constituyan el objeto del procedimiento o sobre la evidencia actuada[782]. Sin embargo, la norma señala que no procede formular interpelaciones a la autoridad en la audiencia, previsión que reduce sustancialmente su eficacia.

La omisión de realización de la audiencia pública, cuando esta tiene carácter obligatorio, acarrea la nulidad del acto administrativo final que se dicte[783], ello por la omisión de un trámite esencial establecido por la Ley, que configura procedimiento regular como elemento esencial del acto. Sin embrago, no es requisito de validez del acto la vinculación con las opiniones vertidas en la audiencia en cuestión.

Ahora bien, el vencimiento del plazo máximo de treinta días, previsto en la Ley, sin que se haya llevado a cabo la audiencia pública determina, como es evidente, la operatividad del silencio administrativo negativo, sin perjuicio de la responsabilidad de las autoridades obligadas a su convocatoria[784]; a fin de permitirle al administrado recurrir a la autoridad que corresponda.

781 LÓPEZ, Andrea, *Funcionamiento de los mecanismos de control social sobre la gestión privada de los servicios públicos*, Instituto Nacional de la Administración Pública, Buenos Aires, 2000, p. 10.

782 Artículo 182º, inciso 182.2 de la Ley.

783 Artículo 182º, inciso 182.3 de la Ley.

784 Artículo 182º, inciso 182.4 de la Ley.

3.2. Convocatoria a audiencia pública

La norma regula la convocatoria a audiencia pública señalando que la misma debe publicarse en el Diario Oficial o en uno de los medios de comunicación de mayor difusión local, según la naturaleza del asunto; con una anticipación no menor de tres (3) días a su realización, debiendo indicar: la autoridad convocante, su objeto, el día, lugar y hora de realización, los plazos para inscripción de participantes, el domicilio y teléfono de la entidad convocante, dónde se puede realizar la inscripción, se puede acceder a mayor información del asunto, o presentar alegatos, impugnaciones y opiniones[785].

3.3. Efectos que produce la audiencia pública

En primer lugar, la comparecencia a la audiencia no otorga, por sí misma, la condición de participante en el procedimiento[786]. Y es que la participación en una audiencia pública implica más bien un mecanismo de colaboración con la Administración Pública antes que la actuación en un procedimiento administrativo. Por ello, por definición, no se requiere una legitimación particular para participar de la audiencia que se convoque[787].

La falta de asistencia a la audiencia no impide a los legitimados en el procedimiento como interesados, a presentar alegatos, o recursos contra la resolución[788], puesto que no nos encontramos ante una audiencia de conciliación o de actuación de pruebas. Por otro lado, las informaciones y opiniones manifestadas durante la audiencia pública son registradas sin generar debate, y poseen carácter consultivo y no vinculante para la entidad[789]. Sin embargo, la autoridad instructora debe explicitar, en los fundamentos de su decisión, de qué manera ha tomado en cuenta las opiniones de la ciudadanía y, en su caso, las razones para su desestimación[790], lo cual podría implicar cierto grado de aplicación de dichas opiniones a la decisión final que se tome.

3.4. Críticas a la institución

Sin embargo, existen algunas discrepancias con la institución que venimos reseñando, derivadas de su naturaleza no vinculante y de las dificultades existentes para su implementación. Y es que, en primer término, se ha señalado que la audiencia pública evidencia las diferencias existentes entre los ciudadanos, a lo cual hay que agregar las dificultades existentes para las convocatorias, las

785 Artículo 183º de la Ley.
786 Artículo 184º, inciso 184.1 de la Ley.
787 MORÓN URBINA, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., p. 476.
788 Artículo 184º, inciso 184.2 de la Ley.
789 Artículo 184º, inciso 184.3 de la Ley.
790 Artículo 184º, inciso 184.4 de la Ley.

mismas que no aseguran la participación de todos los ciudadanos que puedan estar interesados o a los que pueda afectar la decisión a tomarse[791].

Por otro lado, la audiencia pública es en efecto un mecanismo de relativamente poca efectividad real, puesto que en general no determina la decisión final a ser tomada por la autoridad administrativa. A su lado, existen formas de participación ciudadana mucho más eficientes, como pueden ser los presupuestos participativos, los comités de coordinación, los pedidos de rendición de cuentas, e incluso, los procesos de revocatoria.

4. EL PERIODO DE INFORMACIÓN PÚBLICA

Cuando sea materia de decisión de la autoridad, cualquier aspecto de interés general distinto a los previstos en el artículo anterior donde se aprecie objetivamente que la participación de terceros no determinados pueda coadyuvar a la comprobación de cualquier estado, información o de alguna exigencia legal no evidenciada en el expediente por la autoridad, el instructor abre un periodo no menor de tres ni mayor de cinco días hábiles para recibir —por los medios más amplios posibles— sus manifestaciones sobre el asunto, antes de resolver el procedimiento[792].

Esta institución tiene por finalidad generar mayores elementos de juicio para el funcionario administrativo que resuelve el procedimiento, en términos del interés general a tutelar, permitiéndose la participación de administrados que no son parte del proceso y que no tienen mayor legitimación que la de formar parte de la ciudadanía[793].

El periodo de información pública corresponde ser convocado particularmente antes de aprobar normas administrativas que afecten derechos e intereses ciudadanos, o para resolver acerca del otorgamiento de licencias o autorizaciones para ejercer actividades de interés general, y para designar funcionarios en cargos principales de las entidades, o incluso tratándose de cualquier cargo cuando se exija como condición expresa poseer conducta intachable o cualquier circunstancia análoga[794].

La norma señala que la convocatoria, desarrollo y consecuencias del período de información pública se siguen, en lo no previsto en este Capítulo, en lo aplicable, por las normas de audiencia pública[795]. Ello implica que tampoco posee carácter vinculante, con lo cual sufre de las mismas deficiencias que la institución antes descrita.

791 MORÓN URBINA, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., p. 473.

792 Artículo 185º, inciso 185.1 de la Ley.

793 MORÓN URBINA, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., p. 476.

794 Artículo 185º, inciso 185.2 de la Ley.

795 Artículo 185º, inciso 185.3 de la Ley.

Capítulo XII

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

SUMARIO: 1. Generalidades. 2. Concepto de responsabilidad. Elementos. 2.1. Razones para la imputación de responsabilidad. **3. Casos en los que los administrados tienen derecho a ser indemnizados por la Administración Pública**. 3.1. Responsabilidad subjetiva vs. responsabilidad objetiva. 3.2. La reforma del Decreto Legislativo N.º 1029. El caso del comando terrorista. 3.3. El caso de la declaratoria de nulidad de un acto administrativo. **4. El daño indemnizable.** 4.1. Daño emergente y lucro cesante. 4.2. El daño moral. 4.3. El daño no indemnizable. 4.4. El caso de las costas y costos en un proceso judicial. 4.4.1. El presupuesto público. 4.5. La fractura del nexo causal. 4.6. El caso fortuito y la fuerza mayor. **5. Necesidad del resarcimiento de los daños generados por la Administración Pública.** 5.1. Evolución del principio de responsabilidad estatal. 5.2. Control y prevención de daños. 5.3. La dilución social del daño. 5.4. El interés general. 5.5. El interés privado. **6. La facultad de repetición.** 6.1. El tema de la responsabilidad vicaria. 7. La perspectiva adjetiva o procesal de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. 7.1. La reforma producida.

1. GENERALIDADES

Por regla general, el Estado actúa en términos del interés general. Sin embargo, es posible que su actuación genere daños a los particulares. Y, el hecho de que su funcionamiento obedezca, supuestamente, al bien común o al interés general no lo exime de la responsabilidad de reparar el daño causado. A la Administración se le permite entonces originar el perjuicio, pero se le asigna la responsabilidad de repararlo[796].

Por otro lado, el Estado como tal carece de derechos, con las excepciones que ya se han señalado. Existen serias limitaciones a la imputación de derechos fundamentales al Estado, dado que estos no tendrían a quien oponerse. Como resultado de ello, las atribuciones y competencias del mismo se reducen precisamente a la protección de los derechos de los particulares.

796 GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, cit., T. I, p. 355.

Toda la consideración antes precisada parte de la concepción de que los derechos fundamentales gozan de una posición preferente (*preferred position*) respecto al resto del sistema jurídico. Esta posición preferente está debidamente consagrada por el artículo 1º de la Constitución, el mismo que señala que la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado.

Como resultado directo de lo antes expresado, no cabría someter o limitar derechos fundamentales al cumplimiento de metas colectivas o a la satisfacción de intereses generales que no impliquen a su vez la protección o la puesta en práctica de derechos fundamentales.

2. CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD. ELEMENTOS

Es necesario hacer algunas precisiones conceptuales. La responsabilidad patrimonial proviene de un acto que genera obligaciones determinadas por parte de una persona o entidad por la generación de un daño en contra de otra u otras.

A este nivel, el principio general de responsabilidad se encuentra referido al hecho de que todo aquel que origine un daño a otro se encuentra en obligación legal de repararlo. Pero para que esa obligación se genere, deben darse ciertos supuestos concurrentes[797]:

1. La existencia del daño indemnizable.
2. La existencia de un nexo causal entre el acto supuesto agente y el daño ocasionado.

En primer término, cuando hablamos de daño indemnizable nos referimos a la afectación efectiva de la víctima, en su persona o en sus bienes, que le genere una situación peor que la que tenía antes del acto dañoso. En dicho daño indemnizable se encuentra incluido no solo el daño patrimonial, sino además el daño moral, como veremos más adelante.

En el segundo punto, nos estamos refiriendo a la también llamada relación de causalidad. En este sentido, es necesario señalar que el principio universalmente aceptado —en cualquier sistema de responsabilidad— es el de la causalidad adecuada, que implica que cabe indemnizar daños generados por hechos que normalmente causan dichos daños.

Debemos precisar que, como veremos más adelante, la imputación de causalidad cobra una especial importancia en el caso de la responsabilidad de la Administración Pública, dada la naturaleza objetiva de aquella. Ahora bien, al nivel de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, la doctrina y jurisprudencia concuerdan con el principio de la responsabilidad adecuada.

797 ESCOLA, *Compendio de derecho administrativo*, cit., pp. 1131-1132; DÍEZ, Manuel María, *Derecho administrativo*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1971, T. V, p. 18.

2.1. Razones para la imputación de responsabilidad

La imputación de responsabilidad, en mayor o menor medida, tiene por finalidad cumplir con los siguientes lineamientos[798]:

a. El efectivo resarcimiento a la víctima del acto dañoso, resarcimiento que permita corregir el daño causado. El efecto de la asignación de responsabilidad debe ser, entonces, el trasladar los efectos del daño —fundamentalmente económicos— de la víctima del mismo a quien el derecho considere responsable de este daño.

   Es necesario tener en cuenta que el traslado, en principio, recae en el causante directo del daño. Sin embargo, en ocasiones no responde el causante directo, sino otra persona o ente que se encuentre en mejor capacidad para resarcir el daño. Asimismo, la finalidad intrínseca estriba en reducir los efectos económicos del daño causado. La imputación de responsabilidad se basa en consideraciones jurídicas determinadas.

b. La generación de incentivos adecuados para que los posibles agentes eviten la realización de actos potencialmente dañosos. Para ello es necesaria la imputación de responsabilidad a aquel que se encuentra en mejor disposición para evitar el daño.

   La obligación de reparar los daños originados permite desincentivar conductas dañosas a través de generar un deber jurídico de no dañar a otros.

c. Permitir la dilución de los efectos económicos del daño entre los entes que componen la sociedad. De alguna forma se responsabiliza a la sociedad de los daños que se generan al interior de la misma.

Esta finalidad se encuentra claramente presente en la obligación de contratar seguros, en la existencia de responsabilidad por productos defectuosos, y en especial, en la asignación de responsabilidad objetiva a la Administración Pública.

3. CASOS EN LOS QUE LOS ADMINISTRADOS TIENEN DERECHO A SER INDEMNIZADOS POR LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La redacción vigente de la norma de la materia[799] preceptúa que, sin perjuicio de las responsabilidades previstas en el derecho común y en las leyes especiales, las entidades son patrimonialmente responsables frente a los administrados por los daños directos e inmediatos causados por los actos de la Administración o los servicios públicos directamente prestados por aquellas.

798 TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de, *La responsabilidad extracontractual*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1990, T. I, pp. 43 y ss.; MUÑOZ MACHADO, Santiago, *La responsabilidad civil concurrente de las administraciones públicas*, Civitas, Madrid, 1998, p. 308.

799 Numeral 238.1 del artículo 238º de la Ley N.º 27444.

3.1. Responsabilidad subjetiva vs. responsabilidad objetiva

Ahora bien, debemos partir de la premisa de que la naturaleza corporativa del Estado, así como los elementos que diferencian claramente al derecho civil patrimonial del derecho administrativo, nos impiden asignarle a la Administración una responsabilidad basada en el dolo o la culpa. Como resultado de ello, no cabe la asignación de responsabilidad subjetiva a la Administración Pública. En consecuencia, la responsabilidad administrativa resultaría ser siempre objetiva.

Las teorías iniciales de asignación de responsabilidad al Estado como resultado de la realización de un acto ilícito por el mismo eran cuestionadas seriamente por el hecho de que en múltiples oportunidades dicho Estado se encontraba ante la obligación de indemnizar ante la realización de un acto lícito. La expropiación es un ejemplo claro. Suponer que la expropiación es en realidad un acto ilícito implicaría la existencia de actos ilícitos constitucionalmente consagrados, lo cual constituiría un absurdo. Ello no quiere decir que la Administración no deba responder de actos ilícitos que cometa, sino más bien que debe responder por todo daño que genere, aun cuando sus actos fuesen lícitos[800].

En consecuencia, la responsabilidad patrimonial del Estado es a todas luces objetiva. El Estado responde por todo daño que cause, se encuentre o no generado por la culpa o el dolo del funcionario respectivo[801]. Y es que, para que

800 REBOLLO, Luis Martín, "Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración", en *Revista de Administración Pública*, N.º 150, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1999, p 335.

801 Es necesario precisar que la jurisprudencia y la doctrina extranjeras avalan las consideraciones que señalan que la responsabilidad de la Administración Pública es objetiva. Sucesivas sentencias del Tribunal Supremo Español dejan sentada esta posición. Por ejemplo, la STS del 4 de octubre de 1999 (suicidio en el hospital) retoma, resume y recuerda la doctrina sobre la causalidad sentada en la STS de 27 de octubre de 1998. Y sienta estas importantes precisiones:

"1) entre las diversas concepciones con arreglo a las cuales la causalidad puede concebirse, se imponen aquellas que explican el daño por la concurrencia objetiva de factores cuya inexistencia, en hipótesis, hubiera evitado aquel.

2) No son admisibles, en consecuencia, otras perspectivas tendentes a asociar el nexo de causalidad con el factor eficiente, preponderante, socialmente adecuado o exclusivo para producir el resultado dañoso, puesto que –válidas como son en otros terrenos– irían en este en contra del *carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.*

3) La consideración de hechos que puedan determinar la ruptura del nexo de causalidad, a su vez, debe reservarse para aquellos que comportan fuerza mayor –única circunstancia admitida por la Ley con efecto excluyente–, a los cuales importa añadir la intencionalidad de la íntima en la producción o el padecimiento del daño, o la gravísima negligencia de esta, siempre que estas circunstancias hayan sido determinantes de la existencia de la lesión y de la consiguiente obligación de soportarla.

4) Finalmente, *el carácter objetivo de la responsabilidad impone que la prueba de concurrencia de acontecimientos de fuerza mayor o circunstancias demostrativas de la existencia de dolo o negligencia de la víctima suficiente para considerar roto el nexo de causalidad corresponda a la Administración*, pues no sería objetiva aquella respon-

la responsabilidad de la Administración se haga efectiva basta con la existencia del daño, y que el mismo sea resultado del funcionamiento de la Administración[802]. En la norma quedan incluidos los daños que son consecuencia de una actividad ilícita o culpable del Estado, pero también, y en forma inmediata, de una actividad perfectamente lícita, pero que sin embargo genere afectación a los derechos o el patrimonio del administrado[803].

El carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración —señala la doctrina europea— por funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos no solo no requiere, para exigirla, demostrar que los titulares o gestores de la actividad administrativa que han generado un daño han actuado con dolo o culpa, sino que ni siquiera es necesario probar que el servicio público se ha desenvuelto de manera anómala, pues la normativa constitucional y legal que compone el régimen jurídico aplicable extiende la obligación de indemnizar a los casos de funcionamiento normal de los servicios públicos. La responsabilidad patrimonial del Estado se admite con independencia de la consideración respecto a la licitud de su actividad.

Ahora bien, en ordenamientos como el español la responsabilidad administrativa, de naturaleza objetiva, se encuentra expresamente señalada por la Constitución[804]. La jurisprudencia y la doctrina argentina, por otro lado, también consideran aplicable a la Administración Pública la responsabilidad objetiva, lo cual se encuentra sustentado por la doctrina sobre el particular[805].

Así, el derecho a exigir responsabilidad patrimonial de la Administración Pública nace cuando el particular aprecia que se ha producido un daño en su patrimonio como consecuencia de una actividad administrativa, que no tiene el deber jurídico de soportar, esto es, cuando en el hecho acontecido no concurre una

sabilidad que exigiese demostrar que la Administración que causó el daño procedió con negligencia, ni aquella cuyo reconocimiento estuviera condicionado a probar que quien padeció el perjuicio actuó con prudencia." (las cursivas son nuestras).

802 Sobre el particular: JORDANO FRAGA, Jesús, "La reforma del artículo 141º, apartado 1, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre o el inicio de la demolición del sistema de responsabilidad objetiva de las administraciones públicas", en *Revista de Administración Pública*, N.º149, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1999, p. 322.

803 GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, cit., T. I, p. 374.

804 De la Constitución Española:

Artículo 106º.

1. Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de esta a los fines que la justifican.
2. Los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

805 DROMI, Roberto, *Derecho administrativo*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2000, T. 2, pp. 208-209.

causa que excluya la responsabilidad de la Administración en cuanto que no exista un derecho que ampare el actuar administrativo[806].

En todo caso, presentada la demanda por el afectado, en la que se deberá especificar, entre otros extremos, la presunta relación de causalidad entre las lesiones producidas y el funcionamiento del servicio público, el órgano competente impulsará el procedimiento de oficio en todos sus trámites, que concluirá mediante resolución que se pronunciará sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía de la indemnización.

Evidentemente, como veremos más adelante, la existencia de responsabilidad subjetiva —enfocada en el dolo o la culpa— únicamente justificaría la posibilidad de repetición contra el funcionario, mas no impediría la asignación de responsabilidad a la Administración. Finalmente, la responsabilidad objetiva asignada genera el otorgamiento de una gran importancia a la causalidad en cuanto solo la fractura del nexo podría eximir de responsabilidad al agente del daño.

3.2. La reforma del Decreto Legislativo N.º 1029. El caso del comando terrorista

La redacción original del primer inciso del artículo 238º de la Ley del Procedimiento Administrativo general preceptuaba que los administrados tendrán derecho a ser indemnizados por las entidades de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en casos de fuerza mayor, siempre que el perjuicio sea consecuencia del funcionamiento de la Administración. De la lectura de la norma se deducía que bastaba entonces establecer claramente el nexo causal entre la actividad de la Administración y el daño ocurrido, a fin que pueda justificarse el resarcimiento.

Desafortunadamente, el Decreto Legislativo N.º 1029 incorpora un conjunto de elementos que pueden generar confusión respecto a lo que venimos explicando. Señala en primer lugar que no hay lugar a la reparación por parte de la

806 No obstante que la mayor parte de la doctrina española considera que la responsabilidad patrimonial de la Administración es objetiva, ello no ha sido aceptado por la totalidad de la doctrina. Algunos consideran que no todo daño que un perjudicado no tenga el deber de soportar debe ser necesariamente indemnizado por quien lo causa. La razón de ser de la asignación de responsabilidad implica un traslado del daño de un bolsillo a otro. Sobre el particular: PANTALEÓN PRIETO, Fernando, "Los anteojos del civilista: hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas", en *Documentación Administrativa*, N.º 237-238, Ministerio para la Administraciones Públicas/ Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1994, pp. 245 y ss. Similar análisis podemos encontrar en CASINO RUBIO, Miguel, "El derecho sancionador y la responsabilidad patrimonial de la Administración", en *Documentación Administrativa*, N.º 254-255. Ministerio para la Administraciones Públicas/Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1999, pp. 348-349.

Administración, cuando el daño fuera consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante del administrado damnificado o de tercero[807]. En este caso se incorporan todos los supuestos de fractura de nexo causal, lo cual es consistente con lo señalado por gran parte de la doctrina.

Sin embargo, la norma establece además que tampoco hay lugar a reparación cuando la entidad hubiere actuado razonable y proporcionalmente en defensa de la vida, integridad o los bienes de las personas o en salvaguarda de los bienes públicos; o cuando se trate de daños que el administrado tiene el deber jurídico de soportar de acuerdo con el ordenamiento jurídico y las circunstancias.

Como resultado, al incorporar figuras como el estado de necesidad o la legítima defensa, que son más bien propias de la responsabilidad subjetiva, la norma no solo pone en discusión la naturaleza de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública que ya hemos reseñado, sino que además puede estar abriendo las puertas a la arbitrariedad.

Vamos a suponer que un comando terrorista tiene secuestradas a un conjunto de personas en el inmueble de propiedad de las mismas. Un comando antiterrorista ingresa al inmueble y rescata a las personas secuestradas sin ninguna pérdida humana, pero dejan destruido el inmueble. La pregunta es si la Administración Pública se encuentra en este caso obligada a resarcir la pérdida del inmueble. De la redacción actual del artículo 238º materia de comentario podría fluir que no, puesto que nos encontraríamos ante un bien jurídico que es la vida, preferido sobre la propiedad, siendo este último aparentemente de menor valor.

Sin embargo, este es un análisis erróneo. De hecho, un sistema de responsabilidad patrimonial está diseñado para asegurar resarcimiento a la víctima. En este caso, solo la Administración Pública puede asegurar ello, dada además su capacidad para diluir el efecto del daño. Pero claro, la Administración tampoco puede verse perjudicada por el comportamiento delictivo del comando terrorista, razón por la cual en el proceso penal seguido contra los mismos se generará el respectivo resarcimiento a favor de la Administración Pública.

3.3. El caso de la declaratoria de nulidad de un acto administrativo

La declaratoria de nulidad de un acto administrativo en sede administrativa o por resolución judicial no presupone necesariamente derecho a la indemnización[808]. Dicha nulidad generará la posibilidad de una reparación si es que la misma ha generado un daño efectivo a los intereses del administrado, el mismo que tiene que ser acreditado. Ello ocurre en supuestos en los cuales no es posible retrotraer los efectos del acto anulado, puesto que el mismo ya se ha consumado.

Pero, en tal caso, la responsabilidad administrativa no depende de la culpabilidad del funcionario que emitió el acto. Sin embargo, la misma permite que la

807 Numeral 238.2 del artículo 238º de la Ley N.º 27444.
808 Numeral 238.3 del artículo 238º de la Ley N.º 27444.

entidad pueda repetir contra dicho empleado público al acreditarse su responsabilidad en la generación de la nulidad que ha devenido en irreparable, como veremos más adelante.

4. EL DAÑO INDEMNIZABLE

Es necesario dilucidar, seguidamente, la naturaleza del daño que origina la Administración, y en especial los rubros que son efectivamente indemnizables. Desde el punto de vista administrativo, se entiende por daño toda lesión que sufren los particulares en sus intereses o sus derechos y que es resultado de la actuación de la autoridad administrativa.

Por otro lado, la doctrina y la jurisprudencia extranjeras consideran que uno de los principios básicos de este sistema de responsabilidad patrimonial es el de la integridad de la reparación del daño, es decir, que el daño sufrido ha de ser objeto de una reparación integral, que ha de incluir los daños materiales y personales —físicos, psicológicos o morales—, aunque respecto de los daños personales morales no existan, como es evidente, parámetros objetivos para su valoración[809].

Asimismo, la redacción derogada de la norma preceptuaba que la indemnización incluye los intereses legales y se calcula con referencia al día en que el perjuicio se produjo, que es un principio general de responsabilidad patrimonial que debe ser también aplicado a la responsabilidad de la Administración Pública. En consecuencia, este principio debe seguirse aplicando no, obstante no estar redactado expresamente en la Ley.

4.1. Daño emergente y lucro cesante

Es evidente que al igual que en ámbito civil, en el ámbito administrativo debe resarcirse tanto el daño emergente como el lucro cesante, cuando de daño valuable patrimonialmente se habla. De hecho, la norma señala que la indemnización

809 Respecto de este principio, la STS de 12 de marzo de 1993 (Ar. 4870) argumentaba en su FJ tercero lo siguiente:

"[Conviene] anticipar que en nuestro sistema, uno de los más progresivos del mundo, rige el principio de reparación integral del daño sufrido por quien no tenía el deber de soportarlo, en función de otro principio implícito, el de la solidaridad social. Estos criterios, con una raíz profunda, han sido formulados explícitamente por este Tribunal Supremo hasta consolidarse en "doctrina legal", pero con el valor normativo complementario que le asigna el Código Civil dentro de las fuentes del Derecho (Artículo 1º 6). En efecto, un conjunto muy numeroso de nuestras sentencias ha proclamado, sin desmayo alguno, que la indemnización debe cubrir todos los daños y perjuicios sufridos, hasta conseguir la reparación integral de los mismos y con ello la indemnidad del derecho subjetivo o del interés lesionado (...) solo así se cumple la exigencia constitucional de que la tutela judicial sea efectiva y por lo tanto completa".

Es preciso señalar que la jurisprudencia española y la europea en general son consistentes con lo señalado por la sentencia antes indicada. Sucesivos fallos corroboran lo que venimos señalando.

comprende el daño directo e inmediato y las demás consecuencias que se deriven de la acción o comisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral[810].

Se entiende por daño emergente aquel que se genera a través de la pérdida concreta. El daño emergente, en consecuencia, es un empobrecimiento[811] de la persona que sufre el daño, un desmedro patrimonial. El resultado de la expropiación, por ejemplo, es la pérdida del bien. El resultado de un acto administrativo que genere una multa indebida implica una pérdida patrimonial en contra del administrado.

Por otro lado, entendemos por lucro cesante a aquello que se ha dejado de ganar como resultado del acto dañoso y que se habría obtenido de no ser por el perjuicio. A diferencia del daño emergente, el lucro cesante implica más bien la pérdida de una ventaja patrimonial cierta. La pérdida del bien que genera una actividad económica o la cancelación indebida de una autorización de funcionamiento pueden generar lucro cesante.

4.2. El daño moral

Tema de particular interés es el referido a determinar si cabe el daño moral ocasionado por la Administración. Cuando hablamos de daño moral, nos referimos a aquel que no es propiamente patrimonial, y afecta a la persona como tal. Ello tiene especial relevancia si es que tenemos en cuenta que la Administración puede afectar derechos fundamentales, afectación que no necesariamente es patrimonial.

Ahora bien, cuando la redacción original de la Ley de Procedimiento General hablaba únicamente de daño valuable económicamente, parecía estar eliminando esta posibilidad. En la actualidad, la Ley N.º 27444 señala claramente que puede resarcirse toda afectación a derechos de los administrados, sin señalar que estos deban de tener connotación patrimonial. Suponer lo contrario nos llevaría a absurdos como los de considerar que conductas que vulneren derechos constitucionalmente consagrados, como la vida o la libertad individual, no puedan ser generadoras de resarcimiento.

4.3. El daño no indemnizable

La doctrina y la Ley peruanas reconocen la existencia de ciertos daños generados por las entidades administrativas que no necesariamente deben ser resarcidos, supuestos distintos a las causales de exención de responsabilidad provenientes de la responsabilidad subjetiva, los cuales no son pertinentes como ya lo hemos señalado. En primer lugar, debemos considerar a aquel

810 Numeral 238.5 del artículo 238º de la Ley N.º 27444.

811 TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de, *La responsabilidad extracontractual*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1990, T. II, p. 358.

daño que el administrado tenga el deber jurídico de soportar. Como resultado, dicho daño no es indemnizable.

Es evidente, además, que lo antes indicado tiene límites. El primero de ellos, al que hemos hecho referencia con anterioridad, es la existencia de derechos fundamentales. Si existen derechos fundamentales involucrados, no se concibe afectación alguna a dichos derechos que afecten su contenido esencial. El daño debe circunscribirse a limitar el derecho, pero no a desplazarlo.

El segundo, es el hecho de que dichos daños no indemnizables se encuentren señalados por la ley. Es decir, no cabe que se pueda señalar el deber de soportar daños a través de una norma de naturaleza administrativa, de grado formalmente inferior al de la ley, teniendo en cuenta que, como lo hemos señalado de manera reiterada, solo mediante la ley puede limitarse derechos fundamentales.

No obstante que la norma peruana no especifica qué daños tienen la calidad que estamos precisando, es posible esbozar algunos casos. Un ejemplo interesante puede encontrarse en la actuación de los ejecutores coactivos. Su accionar no genera obligación alguna de la Administración de resarcir los daños causados al ejecutado en el procedimiento respectivo, máxime si el daño ha sido generado como resultado de la ejecución forzosa efectuada por la Administración.

Es necesario señalar que el caso de las medidas cautelares no podrían incluirse en estos supuestos, puesto que el daño que las mismas causen sí debe ser reparado. Una limitación a la imposición de medidas cautelares estriba precisamente en el hecho de que no puedan adoptarse si es que pidiesen causar al administrado un perjuicio de imposible reparación.

4.4. El caso de las costas y costos en un proceso judicial

Un caso interesante a discutir en este punto es la exoneración a favor de la Administración del pago de costas y costos en un proceso judicial[812]. En los procesos de naturaleza civil, por ejemplo, el perdedor es quien debe pagar los gastos de la parte vencedora. La condena de costas y costos en el proceso judicial en general tiene por evidente finalidad resarcir a la parte ganadora por el gasto en el que tuvo que incurrir como resultado del proceso judicial en el cual tuvo que participar.

Dicha obligación no existe en cuanto a la Administración Pública. De alguna manera, la Administración Pública puede forzar al ciudadano a tramitar un procedimiento judicial, y a pagar los gastos que ello genera no obstante hacerlo indebidamente.

812 Texto Único Ordenado de la Ley N.º 27584, Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo:
Artículo 50º.- ***Costas y costos***
Las partes del proceso contencioso administrativo no podrán ser condenadas al pago de costos y costas.

En suma, a soportar los daños generados por la Administración a través del funcionamiento del Poder Judicial.

No debería existir razón alguna por la cual en el proceso contencioso administrativo deba exonerarse a la entidad administrativa de la condena de costas y costos[813]. Ello porque en general es la Administración Pública la que obliga al administrado a tramitar el proceso, no obstante tener la razón respecto a la pretensión solicitada. El hecho de que nos encontremos ante una entidad administrativa no justifica que la misma no deba resarcir el gasto generado.

4.4.1. El presupuesto público

Uno de los argumentos que se esgrimen se encuentra referido al presupuesto público. Este argumento es falaz por dos razones. La primera, que el presupuesto público puede admitir fácilmente el pago de los gastos en los que puede haber incurrido el demandante, máxime si es responsabilidad de la entidad administrativa el inicio del proceso, el mismo que pudo haberse evitado, dado que existe una vulneración a los derechos e intereses de los administrados, caso contrario la demanda no se habría estimado.

Resulta evidente que establecer pago de costas y costos en contra de la Administración Pública genera incentivos positivos para que la misma se allane ante demandas contencioso administrativas que van a declararse fundadas. De hecho, el segundo párrafo del artículo 17º de la norma que regula el proceso contencioso administrativo establece que todo representante judicial de las entidades administrativas, dentro del término para contestar la demanda, deberá poner en conocimiento del titular de la entidad su opinión profesional motivada sobre la legalidad del acto impugnado, recomendándole las acciones necesarias en caso de que considere procedente la pretensión. Ello además es evidente en los arbitrajes en los que participa el Estado, donde los árbitros nos tienen ninguna limitación para condenar al pago de costas y costos. No existe razón alguna para permitir condena de costas y costos en el arbitraje y no autorizarlo en el proceso contencioso administrativo.

Por otro lado, la Administración Pública no solo está compuesta por entidades estatales. De hecho existen entes no estatales dentro de la misma pero que desempeñan función administrativa, como lo hemos tratado de manera reiterada. En este caso no existe consideración alguna respecto al presupuesto público que pueda tomarse en cuenta. Es el caso de los colegios profesionales, por ejemplo, los mismos que no se encuentran sustentados por el presupuesto público. En este supuesto es claro que carece de sentido limitar la condena de costas y costos en el caso de un colegio profesional que haya sido demandado y que la demanda haya sido declarada fundada.

813 Ya desde hace mucho la doctrina comparada ha tenido claro este principio: GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, "La costas en lo contencioso administrativo", en *Revista de Administración Pública*, N.º 9, Centros de Estudios Constitucionales, Madrid, 1952, pp. 105 y ss.

4.5. La fractura del nexo causal

Dada la naturaleza objetiva de la responsabilidad administrativa, la única forma a través de la cual la misma podría eximirse de responsabilidad estriba en acreditar una fractura en el nexo causal. Es decir, demostrar que existe la posibilidad de demostrar que, no obstante la generación del daño, este no fue originado por el funcionamiento de la Administración. La redacción original de la norma que venimos comentando establecía únicamente la fuerza mayor como causal eximente de responsabilidad. La norma vigente incorpora los demás supuestos de fractura del nexo causal.

En primer lugar, tenemos el hecho determinante de tercero y la actuación de quien sufre el daño. El hecho determinante de tercero es en realidad una situación que impide la responsabilidad, en líneas generales, dado que otra persona —o entidad— generó el daño. Ello resulta obvio en tanto impediría la existencia del nexo causal. Y es que la imputación de responsabilidad a la Administración implica considerar a esta última como agente. Si no lo es, no existe responsabilidad alguna. Ahora bien, el tercero debe ser siempre un ente o persona distinta a las personas que componen la entidad que aparentemente ha generado el daño.

La actuación de quien sufre el daño no parece ser determinante para estos efectos. Siendo objetiva la responsabilidad de la Administración, no parece ser posible emplear la negligencia del afectado como una causal eximente de responsabilidad. Sin embargo, es posible encontrar supuestos en los cuales el daño fue generado por la actuación del administrado, como por ejemplo en la tramitación de procedimientos o en la responsabilidad administrativa derivada de comportamientos materiales; lo cual puede llevar incluso a repartir la reparación[814].

4.6. El caso fortuito y la fuerza mayor

La doctrina administrativa diferencia claramente ambas instituciones, al otorgar una característica de externalidad a la fuerza mayor, que no posee el caso fortuito. En consecuencia, siendo el caso fortuito más bien una situación ocurrida al interior de la Administración, y ante un esquema de responsabilidad objetiva, en el derecho comparado se ha señalado que no cabría emplear el caso fortuito como un eximente de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

En la jurisprudencia española —que resulta especialmente aplicable al análisis que estamos realizando— parece haberse asentado esta última afirmación. Se señala que la Administración responde aun si se trata de un caso fortuito, sin necesidad de que se acredite la culpa del agente (y por ello la responsabilidad es objetiva), y solo se excluye su responsabilidad si estamos ante un supuesto

814 PAREJO ALFONSO, *Manual de derecho administrativo. Parte general*, cit., p. 696.

de fuerza mayor, incumbiendo a la Administración la carga de la prueba de la existencia de fuerza mayor, cuando se alegue como causa de exoneración.

Por otro lado, la Ley de Procedimiento Administrativo General no define qué se entiende por fuerza mayor. Ante la deficiencia, debemos recurrir a la supletoriedad del ordenamiento civil, el mismo que señala que se entiende por fuerza mayor a aquella causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, generada por un hecho ajeno a la Administración. Esta definición, una vez empleada en el ámbito administrativo, implica necesariamente que el hecho debe ser externo al funcionamiento de la entidad pública respectiva.

Ahora bien, la propia normatividad española ha señalado una causal de exención[815] que parece definir lo que se entiende por fuerza mayor, y que para algunos podría implicar en realidad una variación al régimen de responsabilidad objetiva imperante, pues incorpora como criterios de exención la imprevisibilidad o la inevitabilidad. Se señala que dicha variación más bien excede lo constitucionalmente permitido y establece más que una definición de fuerza mayor una exclusión de responsabilidad que no resultaría admisible, por ser claramente inconstitucional[816].

5. NECESIDAD DEL RESARCIMIENTO DE LOS DAÑOS GENERADOS POR LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Es necesario entonces justificar la necesidad de que la Administración deba resarcir los daños originados, en particular en contra del administrado. Para empezar, si atendemos a los criterios señalados en el presente texto, en primer término, la justificación de la reparación del daño por la Administración obedece al principio general de que quien genera un daño debe repararlo. Ello tiende a asegurar el resarcimiento a la víctima, que es, en principio, la finalidad fundamental de la asignación de responsabilidad.

815 Modificación incorporada por la Ley N.º 4/1999:

Artículo 141º. *Indemnización*

1. solo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que este no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquellos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos.

(...).

816 JORDANO FRAGA, "La reforma del artículo 141º, apartado 1, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre o el inicio de la demolición del sistema de responsabilidad objetiva de las administraciones públicas", cit., pp. 332 y ss.

5.1. Evolución del principio de responsabilidad estatal

Ahora bien, la afirmación del principio general de responsabilidad del Estado y de las Administraciones Públicas no se ha afirmado, sin embargo, hasta bien entrado el presente siglo, superando una larga tradición de irresponsabilidad de los poderes públicos formulada bajo el principio "*The King can do no wrong*", que es propio del sistema británico y asumido por el absolutismo monárquico.

La ruptura con el principio antes indicado se produce por vía legislativa, primeramente en los ordenamientos anglosajones no sin dificultades iniciales[817], a través de la *Crown Proceedings Act* de 1947, en el Reino Unido[818], así como la *Federal Tort Claims Act* de 1946 en el Derecho Norteamericano[819]. En este último caso, el proceso evolutivo se dio en forma similar al caso inglés, no obstante que los Estados Unidos funcionaron desde el inicio como una República Federal. En ambos casos, inicialmente se imputaba la responsabilidad al funcionario que generaba la acción directamente dañosa.

817 GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, cit., T. I, pp. 358 y ss.

818 Crown Proceedings Act:

23. *Liability of the Crown in contract*

(1) Subject to this Part

(a) the Crown shall be liable in respect of any contract made on its behalf in the same manner as a subject is liable in respect of his contracts; and

(b) the Crown shall be liable for the torts of any servant or agent of the Crown or independent contractor employed by the Crown as nearly as possible in the same manner as a subject is liable for the torts of his servant or agent or of an independent contractor employed by him.

(...)

819 U.S. Code. Title 28:

"**Sec. 2674. Liability of United States**

The United States shall be liable, respecting the provisions of this title relating to tort claims, in the same manner and to the same extent as a private individual under like circumstances, but shall not be liable for interest prior to judgement or for punitive damages.

If, however, in any case wherein death was caused, the law of the place where the act or omission complained of occurred provides, or has been construed to provide, for damages only punitive in nature, the United States shall be liable for actual or compensatory damages, measured by the pecuniary injuries resulting from such death to the persons respectively, for whose benefit the action was brought, in lieu thereof.

With respect to any claim under this chapter, the United States shall be entitled to assert any defense based upon judicial or legislative immunity which otherwise would have been available to the employee of the United States whose act or omission gave rise to the claim, as well as any other defenses to which the United States is entitled.

With respect to any claim to which this section applies, the Tennessee Valley Authority shall be entitled to assert any defence which otherwise would have been available to the employee based upon judicial or legislative immunity, which otherwise would have been available to the employee of the Tennessee Valley Authority whose act or omission gave rise to the claim as well as any other defences to which the Tennessee Valley Authority is entitled under this chapter."

Simultáneamente, el desarrollo de la responsabilidad de la Administración se dio por vía jurisprudencial[820] en el Derecho alemán —luego a través de la interpretación de la Ley Fundamental de Bonn de 1949[821] e inclusive de la Constitución de Weimar— y en el Derecho Francés, destacando en este último caso el célebre *L'arrêt Blanco* de 1873, al cual hemos hecho referencia líneas arriba. La sentencia Blanco permitió definir el derecho que debía aplicarse en un problema de responsabilidad estatal en la prestación de un servicio público. El Tribunal de Conflictos determinó que la responsabilidad estatal no se rige por las normas del Código Civil sino por las normas administrativas.

Agnes Blanco fue una joven que sufrió un accidente producido por una vagoneta que circulaba entre dos edificios en la ciudad de Burdeos. En primer lugar, se determinó que por ser la vagoneta un bien que cumplía un servicio público debía someterse la controversia a la competencia administrativa. En segundo término, y lo que es más importante, se determinó la directa responsabilidad del Estado en los daños causados a la joven en mención[822]. Y es que la concepción francesa a este nivel implicó la determinación de la responsabilidad administrativa sobre bases distintas a las del derecho civil, incorporando en dicha responsabilidad la noción de servicio público en forma directa[823].

Estos dos últimos ordenamientos jurídicos han influido decisivamente en el Derecho español —al cual hemos hecho referencia reiteradamente—, donde la afirmación del principio general de responsabilidad del Estado se produce tardíamente con la Ley de Expropiación Forzosa del 16 de diciembre de 1954, cuyo artículo 121º dispone: "*Dará también lugar a indemnización con arreglo al mismo procedimiento toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta Ley se refiere, siempre que aquella sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa, sin perjuicio de las responsabilidades que la Administración pueda exigir de sus funcionarios con tal motivo*".[824] Posteriores desarrollos legislativos han hecho

820 GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, cit., T. I, p. 360 y ss.

821 De la Ley Fundamental de Bonn:

Artículo 34º:

Cuando alguien en ejercicio de una función pública que le fuera confiada violare los deberes que la función le impone con respecto a un tercero, la responsabilidad recae, en principio, sobre el Estado o la corporación a cuyo servicio se encuentre. En caso de dolo o culpa grave queda abierta la acción de regreso. Para la reclamación de daños y perjuicios abierta así como para la acción de regreso no podrá excluirse la vía judicial ordinaria.

822 VIDAL PERDOMO, Jaime, *Derecho administrativo*, Temis, Bogotá, 1997, p. 229.

823 ORTEGA, Luis, "La responsabilidad civil de la Administración Pública", en *Thémis*, N.º 32, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1995, p. 18.

824 REBOLLO, "Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración", cit., pp. 334 y ss.

referencia explícita a la obligación del Estado de indemnizar a los particulares por toda lesión que sufran[825].

Paulatinamente, el derecho y la jurisprudencia comparados han ido abandonando —aunque no por completo— el principio de inmunidad estatal, reemplazándolo por el principio de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública[826], que a su vez tiene su justificación de principios como el de la tutela judicial efectiva, el Estado social y democrático de derecho; y en especial, el principio de preferencia por los derechos fundamentales.

825 REBOLLO, "Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración", cit., p. 338.

826 Una de las razones por las cuales empleamos la jurisprudencia y doctrina españolas para dilucidar los temas que estamos precisando estriba en la similitud de la norma peruana con la norma correspondiente en la Ley N.º 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el mismo que señala:

"Artículo 139º. Principios de la responsabilidad

1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.
2. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.
3. Las Administraciones Públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que estos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezcan en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos.
4. La responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia se regirá por la Ley Orgánica del Poder Judicial".

Adicionalmente, la Ley N.º 4/1999, modifica el artículo 141º de la Ley 30/1992, mediante la siguiente redacción:

"Artículo 141º. Indemnización

1. Solo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que este no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquellos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos.
2. La indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación de expropiación forzosa, legislación fiscal y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado.
3. La cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al índice de precios al consumo, fijado por el Instituto Nacional de Estadística, y de los intereses que procedan por demora en el pago de la indemnización fijada, los cuales se exigirán con arreglo a lo establecido en la Ley General Presupuestaria.
4. La indemnización procedente podrá sustituirse por una compensación en especie o ser abonada mediante pagos periódicos, cuando resulte más adecuado para lograr la reparación debida y convenga al interés público, siempre que exista acuerdo con el interesado".

5.2. Control y prevención de daños

Pero, por otro lado, es claro que la Administración se encuentra en mejor situación que el particular para controlar y prever los efectos potencialmente dañosos de sus actos, control y prevención que puede realizar a un menor costo que los particulares. Ello se sustenta en el hecho de que los actos son realizados por la Administración luego de procesos reglamentados, en el cual se analizan diversos esquemas en relación con los hechos y se maneja la mayor parte de la información posible. El particular no tiene cómo evitar el efecto dañoso de la acción —u omisión— administrativa, no pudiéndosele exigir mayor diligencia que la que resulta razonable para el ciudadano común y corriente.

El razonamiento antes precisado es el que la doctrina norteamericana denomina *cheapest cost avoider* y que implica que la responsabilidad respecto a los daños originados —y en consecuencia, el peso económico de dichos daños— debe ser colocado sobre aquel que resulta ser el que puede evitar el daño a un menor costo posible[827]. Es necesario aclarar a este nivel que la doctrina y jurisprudencia norteamericanas no consideran distinción alguna respecto a la aplicación de dicho principio a un esquema de responsabilidad determinada, pudiendo aplicarse a la responsabilidad subjetiva, o por riesgo que son propias del derecho civil o a la peculiar responsabilidad objetiva que opera en el ámbito de las Administraciones Públicas.

5.3. La dilución social del daño

Finalmente, la Administración Pública puede diluir fácilmente los efectos económicos del daño a través de los fondos públicos, los mismos que se alimentan fundamentalmente de las aportaciones de los ciudadanos a través del sistema impositivo. Esta facultad del Estado en general permite que se haga posible la indemnización a la víctima, a la vez que permite responsabilizar a la Sociedad de los daños ocurridos, estadísticamente inevitables, mediante de la aplicación del principio de solidaridad social. La Administración entonces se comporta como una especie de asegurador contra todo riesgo social —en la acepción amplia del término— generado por el funcionamiento de la misma[828].

Y es que, la idea de la dilución social del costo económico del daño permite reducir el costo efectivo del perjuicio causado, lo cual propende a la obtención de una funciones primordiales de todo sistema de responsabilidad —sea pública o privada— que estriba en la reducción del costo social de los daños que se originan a terceros, y en este caso, como resultado de la actuación de la Administración. Todo esto sin perjuicio de que la Administración pueda repetir contra

827 CALABRESI, Guido, *The Cost of Accidents: A legal and Economic Analisis*, Yale University Press, New Haven, 1970, p. 72.

828 MUÑOZ MACHADO, *La responsabilidad civil concurrente de las administraciones públicas*, cit., pp. 305-306.

el funcionario o funcionarios que resulten ser subjetivamente responsables de los daños generados a los particulares, por dolo o negligencia en su accionar.

Lo antes señalado no implica de manera alguna que debamos considerar que la responsabilidad del Estado es indirecta, pues los actos de la misma se ejecutan a través del personal que se encuentra a su servicio. Esta consideración ha sido desechada por la casi totalidad de la doctrina y jurisprudencia comparada, pues debemos considerar que más bien los funcionarios de la Administración son parte integrante de esta[829].

5.4. El interés general

Ahora bien, contrariamente a lo que se pueda suponer, existe un claro sustento en el interés general para la asignación de responsabilidad a la Administración Pública, que justifica además la existencia de una obligación de resarcimiento por parte de la misma a favor de los particulares en la acepción más amplia del término.

En primer término, la existencia de mecanismos de responsabilidad administrativa permite un mayor control del comportamiento de la Administración como ente colectivo en general y del funcionario público en particular. El componente de responsabilidad *in eligendo* que rodea a la responsabilidad vicaria (que vemos líneas adelante) obligará a la Administración a contratar servidores con mayor diligencia.

El resultado directo de dicho mayor control estriba en un beneficio inmediato en el bienestar público. Un comportamiento reiterado en el sentido de evitar conductas dañosas genera un funcionamiento más eficiente de la Administración Pública. En este orden de ideas, es evidente que la responsabilidad objetiva resulta más efectiva para desincentivar conductas dañosas que la responsabilidad subjetiva.

Por otro lado, es necesario señalar la posibilidad de que otras entidades de la Administración Pública puedan hacer efectiva la responsabilidad de la misma, a fin de no ver perjudicado su patrimonio. Y es que la jurisprudencia y doctrinas comparadas entienden que una Administración Pública no ha de soportar el daño sufrido en su patrimonio ocasionado por el funcionamiento del servicio de otra Administración que tiene un patrimonio diferente de la primera, en tanto que el deber de indemnizar se basa en el mismo fundamento, que es evitar que una persona pública o privada haya de soportar la lesión o el daño antijurídico producido por el funcionamiento de los servicios de la Administración Pública. Ello implica considerar, para esos efectos, a las otras Administraciones Públicas como particulares.

829 Sobre el particular: ESCOLA, *Compendio de derecho administrativo*, cit., p. 1130.

5.5. El interés privado

Evidentemente, existe un sustento de la responsabilidad patrimonial de la Administración en el interés privado de los particulares, el mismo que requiere también de protección por parte de la Administración Pública, y en este caso, del Poder Judicial.

En particular, ello se da cuando dicho interés está enfocado en un derecho fundamental. Ello si tomamos en consideración el hecho señalado líneas arriba que los derechos fundamentales gozan de posición preferente respecto de otros bienes jurídicos que no son considerados como tales.

Ahora bien, el principio de preferencia por los derechos fundamentales tiene su origen en el principio de preferencia por la persona humana, que está consagrado por el artículo 1º de la Constitución Política del Perú y que es consistente con el derecho comparado y los tratados existentes sobre la materia.

Como resultado, debe entenderse que los derechos fundamentales —constitucionalmente reconocidos— deben ser preferidos sobre metas colectivas o intereses generales que no se puedan traducir en derechos fundamentales de las personas involucradas. En consecuencia, no es posible, desde un punto de vista jurídico, que dichos conceptos puedan desplazar a derechos constitucionalmente consagrados o que poseen la categoría de derechos humanos.

Ello nos lleva a concluir que los derechos fundamentales no pueden ser desplazados por enunciados que no atribuyan derechos. Ello se traduce además en que dichos derechos básicos no puedan ser compensados a través de ventajas sociales y/o económicas[830]. Los límites a los mismos se encuentran a nivel de otras libertades o derechos básicos de las personas, los mismos que han sido determinados previamente por el orden social[831].

El principio de preferencia por los derechos fundamentales funciona además como un estándar interpretativo de la Constitución Política, en el sentido de que cuando se interpreta la norma jurídica antes indicada, y ante la posibilidad de variados resultados, se debe estar a la interpretación más favorable para el particular[832]. En caso de duda en la interpretación de toda norma, debe admitirse

830 RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1995, pp. 67-69.

831 En la jurisprudencia norteamericana se conocen varios casos muy importantes en los cuales queda clara la aplicación del principio enunciado. En la mayoría de los casos, el criterio empleado es el de la prevalencia de los derechos constitucionalmente consagrados incluso sobre principios aceptados por la colectividad, como pueden ser el orden público o las buenas costumbres.

832 Un tratamiento amplio del tema podemos encontrarlo en: SIEGAN, Bernard, *Reforma constitucional*, CITEL, Lima, 1993, pp. 53 y ss. Respecto a la aplicación del principio de preferencia por los derechos fundamentales a la interpretación constitucional: GARCÍA BELAUNDE, "La interpretación constitucional como problema", cit., pp. 31-32.

la que resulta más protectora de los derechos de las personas individualmente consideradas.

La consecuencia de lo antes expresado se expresa a dos niveles. En primer lugar, el derecho de los particulares debe ser protegido por el Estado respecto a la afectación que pueda sufrir por parte de otras personas o entidades. Las doctrinas contractualistas que justifican el origen de Estado parten de la premisa de que este existe para proteger los derechos de los miembros de la sociedad. Ahora bien, no resulta admisible que el propio Estado pueda violar los derechos de las personas sin resarcir el daño originado por su accionar.

Adicionalmente, y a la amparo del principio que venimos esbozando, no es posible que el Estado se exonere de la reparación que debe ejecutar en caso genere un daño, amparándose en criterios como el bien común o el interés general. Incluso la expropiación —único caso que la doctrina considera admisible en el cual se prefieren metas colectivas a un derecho fundamental— genera la inmediata obligación del Estado de cumplir con el pago de la indemnización justipreciada a la que haya lugar, no obstante que dicha facultad del Estado se ejerce mediando consideraciones de necesidad pública o seguridad nacional.

6. LA FACULTAD DE REPETICIÓN

Cuando la entidad indemnice a los administrados, podrá repetir judicialmente respecto a autoridades y demás personal a su servicio en cuanto a la responsabilidad en la que hubieran incurrido, tomando en cuenta la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional del personal involucrado y su relación con la producción del perjuicio. Sin embargo, la entidad podrá acordar con el responsable el reembolso de lo indemnizado, aprobando dicho acuerdo mediante resolución[833].

Ello opera en tanto y en cuanto la Administración, como representante de la colectividad, no tiene por qué afectarse por comportamientos individuales de las personas que componen la misma. Y es que la imputación directa de responsabilidad objetiva a la Administración por los actos de sus funcionarios no exime totalmente a estos[834].

La existencia de mecanismos de repetición es el resultado directo de la existencia de la responsabilidad vicaria a la cual haremos referencia a continuación. Si es que la Administración responde por su funcionario, es necesario entonces que el funcionario responda ante la Administración.

6.1. El tema de la responsabilidad vicaria

Sin embargo, existe un tema adicional que es necesario analizar. La *responsabilidad vicaria* o *responsabilidad alternativa*, típico ejemplo de responsabilidad

833 Artículo 238º inciso 238.6 de la Ley N.º 27444.

834 GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, cit., T. I, p. 409.

objetiva, proviene a la obligación de responder por los daños generados por los dependientes a cargo de una entidad determinada. A este nivel es que debemos tener en cuenta —adicionalmente— la responsabilidad objetiva de la Administración Pública. Es necesario señalar, sin embargo, que ciertos ordenamientos, como por ejemplo el norteamericano[835], tienden a formular la responsabilidad de la Administración únicamente como un sistema de cobertura de los daños originados por los funcionarios al servicio de la misma, a diferencia de ordenamientos como el español[836], el argentino[837], o el nuestro, en el cual la responsabilidad es directa.

Las teorías existentes sobre el particular otorgan una importancia especial al resarcimiento por sobre la desincentivación de conductas dañosas. Es evidente que un daño valorizado significativamente no podrá ser pagado en forma directa por el funcionario que cometió el daño. La Administración, en la mayoría de los casos, dispone de mayores fondos que los que puede disponer el funcionario público individualmente considerado.

A este nivel, la consagración legislativa de la posibilidad de repetición, sea judicial o consensual, permitiría poder cumplir con ambas finalidades. El particular podría accionar contra la Administración, con lo cual se cumple con el principio de resarcimiento del daño. A su vez, la posibilidad de repetición permitiría desincentivar conductas dañosas, puesto que ante el temor de la asignación de responsabilidad el funcionario tendría cuidado en generar perjuicio a los particulares.

835 U.S. Code, Title 22:
"Sec.1346. United States as defendant
(...)
(b)
(1) Subject to the provisions of chapter 171 of this title, the district courts, together with the United States District Court for the District of the Canal Zone and the District Court of the Virgin Islands, shall have exclusive jurisdiction of civil actions on claims against the United States, for money damages, accruing on and after January 1, 1945, for injury or loss of property, or personal injury or death caused by the negligent or wrongful act or omission of any employee of the Government while acting within the scope of his office or employment, under circumstances where the United States, if a private person, would be liable to the claimant in accordance with the law of the place where the act or omission occurred.
(2) No person convicted of a felony who is incarcerated while awaiting sentencing or while serving a sentence may bring a civil action against the United States or an agency, officer, or employee of the Government, for mental or emotional injury suffered while in custody without a prior showing of physical injury.
(...)".

836 GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, cit., T. I, p. 373.

837 DÍEZ, *Derecho administrativo*, T. V, pp. 22-23.

7. LA PERSPECTIVA ADJETIVA O PROCESAL DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La redacción original del artículo 26º de la Ley N.º 27584 preceptuaba que la pretensión de indemnización de daños y perjuicios se planteaba como pretensión principal, de acuerdo a las reglas de los Códigos Civil y Procesal Civil. Esta disposición era por completo incorrecta[838]. Para empezar, porque existe norma sustantiva que regula la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública que es el artículo 238º de la Ley N.º 27444 que hemos venido analizando.

Pero, lo más importante, desde que la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública existe —una vez emitida la célebre Sentencia Blanco— se tiene claro que la misma es de competencia de los jueces contencioso administrativos y no del juez especializado civil, razón por la cual la norma procesal aplicable es la que regula el proceso contencioso administrativo. El proceso civil no posee las condiciones requeridas para tramitar una pretensión de esta naturaleza.

7.1. La reforma producida

Ahora bien, el Decreto Legislativo N.º 1067 resuelve el problema, pero a medias. Modifica el artículo 5º de la norma, incorporando como pretensión la indemnización por el daño causado con alguna actuación impugnable, conforme al artículo 238º de la Ley N.º 27444, siempre y cuando se plantee acumulativamente a alguna de las pretensiones señaladas en dicho artículo, vale decir, que el daño sea resultado de una actuación administrativa impugnable.

Y decimos que esta es una solución a medias puesto que no resuelve el problema en el caso de la pretensión indemnizatoria planteada como pretensión principal, llegando al absurdo de asumir que dicha pretensión se tramita a través del proceso civil. En este caso consideramos que debemos recurrir al contencioso administrativo también, así como a las normas administrativas sustantivas aplicables, encontrándose esto último fuera de toda discusión.

La pretensión indemnizatoria en vía principal, tramitada a través de proceso contencioso administrativo, permite proteger el interés del administrado afectado sin que haya ocurrido una actuación administrativa determinada. Pretender distinguir la vía procesal según si la pretensión es principal o accesoria obligaría al juez civil a emplear la norma administrativa para resolver, lo cual es claramente inconsistente.

A ello debemos agregar la inexistencia de un procedimiento administrativo diseñado para solicitar a la Administración Pública el resarcimiento por el daño que la misma ha originado. Porque claro, en dicho supuesto no sería necesario el establecimiento de la pretensión indemnizatoria en vía principal, puesto que

838 Sobre el particular: HUAPAYA TAPIA, Ramón, *Tratado del proceso contencioso administrativo*, Juristas, Lima, 2006, pp. 883 y ss.

bastaría con impugnar el acto administrativo resultante de dicho procedimiento si es que dicho acto fuese denegatorio.

Finalmente, el proceso civil no está diseñado para discutir ninguna de las pretensiones provenientes de las relaciones entre los administrados y la autoridad administrativa; siendo más bien el proceso contencioso administrativo el que resulta pertinente para discutir si es que el comportamiento de la entidad administrativa ha vulnerado derechos o intereses de los administrados[839].

839 Sobre el particular: MONZÓN VALENCIA DE ECHEVARRÍA, Loretta, *La pretensión indemnizatoria en el proceso contencioso administrativo*, Ediciones Legales, Lima, 2009, pp. 67 y ss.

Capítulo XIII

EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

SUMARIO: 1. Concepto y definición. 1.1. El acto administrativo: ¿declaración de voluntad? 1.2. Hechos y actos de la Administración que no configuran actos administrativos. 1.3. El caso de los contratos administrativos. 1.4. Diferencias entre los actos administrativos y los reglamentos. **2. Los principios rectores de los actos administrativos.** 2.1. Ejecutividad. 2.2. Ejecutoriedad. 2.3. Impugnabilidad. 2.4. Irrevocabilidad. 2.5. Discrecionalidad limitada. **3. Los elementos del acto administrativo.** 3.1. Requisitos esenciales. 3.1.1. Competencia. 3.1.2. Motivación. a. Requisitos de la motivación. b. Motivación aparente. c. Resoluciones que no requieren ser motivadas. 3.1.3. El objeto o contenido. a. Posibilidad del objeto. b. Otros requisitos del objeto del acto administrativo. c. El principio de congruencia. 3.1.4. Procedimiento regular. 3.1.5. Finalidad pública. 3.2. Elementos no esenciales. 3.2.1. La causa. 3.2.2. La forma. 3.2.3. Modalidad. **4. Clasificación de los actos administrativos**. 4.1. Los actos administrativos según sus efectos. 4.1.1. La antigua distinción entre actos administrativos de efectos generales y los actos administrativos de efectos particulares. 4.1.2. Actos administrativos generales e individuales. 4.2. Los actos administrativos según su contenido. 4.2.1. Actos definitivos y actos de trámite. 4.2.2. Actos creadores de derechos o que establecen obligaciones. 4.3. Los actos administrativos según la declaración: actos administrativos expresos, tácitos y presuntos. 4.4. Los actos administrativos según su impugnabilidad: los actos administrativos impugnables, los actos administrativos que causan estado y los actos administrativos firmes. 4.5. Los actos administrativos según su ejecución. **5. El caso de los actos de administración interna.** 5.1. Distinción con los actos administrativos. 5.2. ¿Son impugnables los actos de administración interna? 5.3. Decisiones internas de mero trámite. 5.4. Las comunicaciones internas de la Administración.

1. CONCEPTO Y DEFINICIÓN

Se define doctrinariamente como Acto Administrativo a la decisión general o especial que, en ejercicio de la función administrativa, toma en forma unilateral la autoridad administrativa, y que afecta a derechos, deberes e intereses de particulares o de entidades públicas, de acuerdo con la Ley del Procedimiento Administrativo General. Son actos administrativos, entonces, las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están desti-

nadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta[840].

Dentro de la división tripartita tradicional de los poderes públicos, el acto administrativo es el que procede en ejercicio de la función administrativa, a diferencia del acto legislativo (conformada por resolución legislativa o ley) y del acto judicial (resolución judicial, sea decreto, auto o sentencia). No obstante ello, el acto administrativo no necesariamente proviene del Poder Ejecutivo[841], dado que puede ser generado por cualquier otro ente en ejercicio de su función administrativa.

Por otro lado, la autoridad o el agente ha de obrar como representante de la Administración pública en tanto que entidad sometida al derecho público[842]; ya que, de proceder como si estuviera regida por el derecho privado —situación a su vez autorizada por el derecho público—, las relaciones encuadran dentro de las civiles o comunes sin los privilegios que en todo caso se atribuyen al Estado y a otras entidades derivadas de su *ius imperium*.

Prácticamente integran actos administrativos todas las resoluciones y disposiciones, verbales o escritas (singularmente estas, debido a su constancia); sean acuerdos, órdenes, decretos, instrucciones, que dicten desde el Jefe de Estado hasta los alcaldes. En tal sentido, la definición de entidad pública que maneja la Ley es bastante amplia, en la cual se considera, inclusive las personas jurídicas que se encuentran bajo el régimen privado y que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia.

Asimismo, debemos interpretar qué debe entenderse por Administración Pública: O dicho término se define con un criterio orgánico, identificándose con los órganos de la Administración Pública como incorrectamente lo ha hecho el artículo I del Título Preliminar de la Ley de Procedimiento Administrativo General; o dicho término se define más bien con un criterio material, identificándolo con el ejercicio de la función administrativa, lo que también produciría una definición incompleta del acto administrativo; o más bien, dicho término se define a través de criterios combinados de orden material, formal y orgánico, que es lo que se ha pretendido líneas arriba.

La naturaleza del acto que genera efectos respecto de particulares es un elemento adicional a tomar en cuenta. A diferencia del acto legislativo o de los actos normativos en general, el acto administrativo genera efectos individualizados o individualizables. Los actos administrativos no producen efectos generales y abstractos, sino más bien operan en una situación concreta, como

840 Artículo 1º, inciso 1.1 de la Ley.

841 DROMI, José Roberto, *Manual de derecho administrativo*, Astrea, Buenos Aires, 1987, T. 1, p. 109.

842 GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, cit., T. I, p. 538.

establece la norma. En consecuencia, no existen los actos administrativos de naturaleza normativa.

1.1. El acto administrativo: ¿declaración de voluntad?

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

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

El acto administrativo solo admite componentes cognitivos, puesto que resulta ser el resultado de un procedimiento previo, regulado por la Ley. Sin embargo, un importante sector de la doctrina y de la legislación comparada sigue considerando al acto administrativo como una modalidad de acto jurídico[843], y al acto administrativo como una declaración de voluntad[844], como resultado del incorrecto traslado de concepto de acto jurídico propio del Derecho Civil al ámbito del procedimiento administrativo[845].

1.2. Hechos y actos de la Administración que no configuran actos administrativos

Ahora bien, es necesario definir qué hechos y situaciones no se consideran actos administrativos[846]. De conformidad con la norma que es materia de estudio, no son actos administrativos aquellos que no generan efectos respecto a los administrados, así como aquellos actos que no se encuentran sometidos

843 GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de procedimiento administrativo*, cit., p. 192.

844 SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de derecho administrativo*, cit., p. 147.

845 Sobre el particular: JIMÉNEZ DORANTES, Manuel, "La delimitación del acto administrativo como elemento esencial para el desarrollo del derecho administrativo mexicano", en *Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano*, UNAM, México D.F., 2006, pp. 243 y ss.

846 Sobre el particular: GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, cit., T. I, p. 539.

directamente al derecho público. Ejemplos de lo antes indicado podemos ver en los párrafos que siguen.

En efecto, no son actos administrativos los comportamientos y actividades materiales de la Administración, que no se configuran en instrumentos legales y que no afectan derechos de las personas[847]. A esto último, buena parte de la doctrina lo denomina hecho de la administración, para diferenciarlo del simple acto o del acto administrativo propiamente dicho, lo cual no es óbice para considerar que dicho acto se da en cumplimiento de la función administrativa de la entidad[848].

Además, debemos considerar en este rubro a los llamados actos de administración interna, que no son actos administrativos puesto que no afectan a los terceros que no forman parte de la entidad, como lo hemos señalado líneas arriba. Los actos de administración interna de las entidades están destinados a organizar o hacer funcionar las actividades o servicios de las mismas. Estos actos son regulados por cada entidad, con sujeción a las disposiciones del Título Preliminar de esta Ley, y de aquellas normas que expresamente así lo establezcan[849]. Sin embargo, de acuerdo con el artículo 7º de la Ley dichos actos requieren ciertos requisitos para su validez, la misma que se traduce en efectos jurídicos concretos, como veremos más adelante.

Por otro lado, no son actos administrativos aquellos actos de la administración que caen bajo la esfera del derecho privado, sean estos unilaterales o bilaterales, en los cuales la Administración actúa como si fuese un ente privado[850]. Ejemplos de ello son los contratos de la Administración que no caen dentro de la categoría de contratos administrativos o de las declaraciones sometidas al derecho civil. De hecho, gran parte del personal de la Administración Pública moderna se encuentran sometidos al régimen laboral de la actividad privada o a contratación civil.

1.3. El caso de los contratos administrativos

Finalmente no son actos administrativos los contratos de naturaleza administrativa, al no implicar los mismos una declaración por parte de la Administración, sino más bien un acuerdo entre un particular y el Estado o entre dos entes estatales. Puede definirse el contrato administrativo como aquel en que la Administración ejerce prerrogativas en cuanto a su interpretación, ejecución y extinción, cuidando de no alterar la ecuación financiera del mismo.

El objeto de este contrato se rige, en consecuencia, por el derecho público. Si bien en todo contrato administrativo tiene que participar por lo menos un

847 Artículo 1º, inciso 1.2.2 de la Ley.
848 DROMI, *Manual de derecho administrativo*, cit., T. 1, p. 197.
849 Artículo 1º, inciso 1.2.1 de la Ley.
850 GARCÍA TREVIJANO, José Antonio, *Los actos administrativos*, Civitas, Madrid, 1986, p. 43.

órgano público en ejercicio de función administrativa, la naturaleza bilateral del mismo impide considerarlo un acto administrativo. Ello no impide que existan ciertos actos administrativos en el proceso de selección iniciado a propósito de la celebración de dicho contrato administrativo, como podría ser por ejemplo el propio otorgamiento de la buena pro.

1.4. Diferencias entre los actos administrativos y los reglamentos

Hasta hace algún tiempo, parte de la doctrina y la legislación comparada confundía los reglamentos con los actos administrativos[851]. Dicha confusión se basaba en la existencia de actos emitidos por la administración que poseían alcance general, actos que por su naturaleza conformaban en realidad normas jurídicas emitidas por las entidades administrativas. Por ello resultó indispensable establecer claras diferencias entre unos y otros. En primer término, y como venimos refiriendo, el acto administrativo tiene siempre efectos particulares, mientras que el reglamento administrativo tiene efectos generales[852].

Sin embargo, algún sector de la doctrina, en especial en materia regulatoria, señala la existencia de reglamentos singulares, que regulan la prestación del servicio por parte de una sola empresa o entidad regulada. Dicha regulación singular únicamente se justifica ante la existencia de monopolio, en la cual la regulación del mercado equivale a la regulación de la única empresa que existe en aquel. En situación de competencia dicha regulación singular es evidentemente inconsistente.

Asimismo, el marco legal a aplicar es distinto: el reglamento se basa en la Ley del Poder Ejecutivo y las normas legales respectivas, en particular las que refieren a la estructura estatal; mientras que el acto administrativo se basa en la Ley de Procedimiento Administrativo General y en ciertas normas especiales. A su vez, los actos administrativos deben emitirse respetando incluso los reglamentos que regulan la actividad administrativa en cuestión. Como resultado, los reglamentos requieren ser publicados, para asegurar su conocimiento por parte de quienes se verán afectados por el mismo, mientras que el acto administrativo requiere ser modificado, siendo su publicación una situación más bien especial.

Por otro lado, contra el acto administrativo cabe no solo el recurso administrativo, sino también la iniciación del proceso contencioso administrativo, el mismo que procede contra gran parte de las actuaciones administrativas; mientras que contra el reglamento cabe únicamente la acción popular, de conformidad con lo establecido por la Constitución. El actual proceso contencioso administrativo es un mecanismo de plena jurisdicción, que permite una defensa más eficiente de los intereses de los particulares, pero que no incorpora la impugnación de reglamentos, diferencia de lo que ocurre en la regulación de dicho proceso

851 JIMÉNEZ DORANTES, "La delimitación del acto administrativo como elemento esencial para el desarrollo del derecho administrativo mexicano", cit., pp. 29 y ss.

852 DROMI, *Manual de derecho administrativo*, cit., T. 1, p. 311.

en otros países. A diferencia de ello, la acción popular constituye un proceso constitucional, que puede ser iniciado por cualquier persona.

Además, cualquier funcionario puede emitir actos administrativos en el marco de sus competencias, pero no todo funcionario posee potestad reglamentaria, la misma que se encuentra señalada en la ley, como ya lo hemos visto en su momento. La posibilidad de emitir actos administrativos se deriva de la facultad de tramitar procedimientos administrativos, función básica de las entidades administrativas. A su vez, los reglamentos pueden derogarse y modificarse con entera libertad[853], mientras que la revocación de actos administrativos es una circunstancia excepcional, sometida a múltiples parámetros, como veremos más adelante.

Finalmente, los reglamentos, como toda norma jurídica, no pueden tener efectos retroactivos, dada su aplicación general. Los actos administrativos, como veremos más adelante, pueden tener efectos retroactivos en determinadas circunstancias, como pueden ser los actos en enmienda, los actos rectificatorios o los actos que declaran la nulidad de otros actos administrativos anteriores.

2. LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

La doctrina reconoce ciertos principios aplicables a los actos administrativos, los cuales le otorgan una definición propia en el ordenamiento jurídico y que permiten distinguirlo de otras figuras provenientes del derecho privado, y en particular, del acto jurídico civil.

2.1. Ejecutividad

Es aquella virtud de la cual, los actos administrativos firmes, así como los que agotaron la vía administrativa, producen los efectos perseguidos por su emisión. La ejecutividad es la idoneidad del acto administrativo para obtener el objetivo para el cual ha sido dictado. La ejecutividad propiamente dicha está constituida por la condición especial de estos actos cuya eficacia implica actuaciones y operaciones materiales a ser cumplidos por el propio órgano que lo dictó o por cualquier otro órgano actuante dentro de la esfera administrativa[854]. La ejecutividad resulta ser entonces resultado directo del principio de legitimidad de los actos administrativos.

2.2. Ejecutoriedad

Este principio implica una cualidad más específica de los actos administrativos, puesto que es igualmente una condición relativa de eficacia del acto, pero solo

853 SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de derecho administrativo*, cit., p. 314.

854 Respecto a los conceptos de ejecutividad y ejecutoriedad en la doctrina: BARCELONA LLOP, Javier, *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, Santander, 1995, pp. 42 y ss.

de los actos capaces de incidir en la esfera jurídica de los particulares imponiéndole cargos tanto reales como personales, de hacer, de dar o abstenerse[855]. Lo relevante de la ejecutoriedad es que la administración puede obtener el cumplimiento del ordenado aún en contra de la voluntad del administrado y sin necesidad de recurrir a los órganos jurisdiccionales, tal como lo establece la Ley de Procedimiento Administrativo General[856], la misma que sin embargo no define que debe entenderse por carácter ejecutorio, dejando la definición a la doctrina y la jurisprudencia.

Por otro lado, es necesario señalar que el acto administrativo puede perder su carácter ejecutorio, dada la ocurrencia de determinadas consideraciones. A ello la doctrina denomina *decaimiento del acto administrativo*[857]. La razón más importante de decaimiento del acto tiene que ver con el paso del tiempo. En nuestra legislación se habla de un término de cinco años, transcurrido el cual el acto administrativo pierde ejecutoriedad, facultándose al administrado la oposición del decaimiento a fin de evitar la ejecución forzosa del acto. Sin embargo, el acto administrativo puede perder ejecutoriedad también por suspensión provisional en los casos establecidos por la Ley, o cuando se cumpla la condición resolutiva a que estaba sujeto el mismo.

Finalmente, existen algunos actos administrativos que requiere que la Administración recurra al Poder Judicial a fin de hacer efectiva su ejecución. Un ejemplo claro de lo que acabamos de comentar el supuesto contenido de la reciente Ley Orgánica de Municipalidades, en la cual se señala que la autoridad municipal debe obtener autorización judicial para demoler obras inmobiliarias que contravengan determinadas normas jurídicas[858].

2.3. Impugnabilidad

Los actos administrativos, en principio, son susceptibles de ser impugnados, sea administrativamente —a través de los recursos administrativos existentes— si es que existe dicha vía; y/o judicialmente, a través del proceso contencioso administrativo[859], denominado anteriormente impugnación de acto o resolución administrativa como figuraba en nuestro Código Procesal Civil, opción que evidentemente limitaba las opciones del particular, a fin de obtener la revocación de dichos actos[860].

855 GARCÍA TREVIJANO, *Los actos administrativos*, cit., pp. 104-105.

856 Artículo 192º de la Ley.

857 Artículo 193º de la Ley.

858 Artículo 49º, párrafo final de la Ley Orgánica de Municipalidades, N.º 27972.

859 De la Constitución de 1993:

Artículo 148º. Acción contencioso-administrativa

Las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso-administrativa.

860 DROMI, *Manual de derecho administrativo*, cit., T. 1, p. 157.

Sin embargo, la Constitución reconoce dos tipos de resoluciones emitidas por entidades públicas que no admiten impugnación judicial alguna: las emitidas por el Consejo Nacional de la Magistratura, en cuanto a la destitución de magistrados, y las emitidas en materia electoral por el Jurado Nacional de Elecciones[861]. Sin embargo, y en el caso particular de las resoluciones del primero de los organismos nombrados, el Tribunal Constitucional ha resuelto en reiteradas oportunidades que el citado ente puede revisar las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura cuando se haya generado una afectación a derechos fundamentales de la persona, no obstante que en recientes sentencias se ha pronunciado declarando infundadas las demandas de amparo en cuestión[862].

2.4. Irrevocabilidad

En principio, los actos administrativos son irrevocables una vez emitidos por la autoridad competente y en el supuesto de que favorezcan al administrado. En consecuencia, los actos administrativos declarativos o constitutivos de derechos o intereses legítimos no pueden ser revocados, modificados o sustituidos, de

861 De la Constitución de 1993:
Artículo 142º. Resoluciones no revisables por el Poder Judicial
No son revisables en sede judicial las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral, ni las del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de evaluación y ratificación de jueces.

862 En la sentencia emitida en el expediente 2209-2002-AA, de fecha 12 de mayo de 2003, el Tribunal Constitucional resolvió, entre otras cuestiones, lo siguiente:
"(...)
6. Por ello, el Tribunal Constitucional no puede aceptar, como una derivación del artículo 142º de la Constitución, la falaz idea de que este órgano constitucional no pueda ser objeto de control jurisdiccional, pues ello supondría tener que considerarlo como un ente autárquico y carente de control jurídico en el ejercicio de sus atribuciones.
   Como este Tribunal ha recordado (Exp. N.º 014-2002-AI/TC) "(...) Los poderes constituidos (...) –y el Consejo Nacional de la Magistratura lo es– deben su origen, su fundamento y el ejercicio de sus competencias (...) a la Constitución" (Fund. Jur. 61). De manera que ni se encuentra desvinculado de la Constitución ni, por ese hecho, carente de adecuados y eficaces mecanismos de control jurídico sobre la forma como ejerce sus atribuciones constitucionales. Y es que si el Consejo Nacional de la Magistratura es un órgano constitucional más del Estado y, en esa condición, se trata de un poder constituido dotado de competencias –como la de la ratificación de los jueces y miembros del Ministerio Público– que deben ejercerse dentro del marco de la Constitución y su Ley Orgánica, entonces, no es admisible que se pueda postular que su ejercicio antijurídico no pueda ser objeto de control jurisdiccional.
7. En consecuencia, la limitación contenida en el artículo 142º de la Constitución no puede entenderse como exención de inmunidad frente al ejercicio de una competencia ejercida de modo inconstitucional, pues ello supondría tanto como que se proclamase que en el Estado Constitucional de Derecho, la Constitución Suprema puede ser rebasada o afectada y que contra ello no exista control jurídico alguno que pueda intentarse (Expediente N.º 2409-2002-AA/TC). La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico-estatal y, como tal, la validez de todos los actos y normas expedidos por los poderes públicos depende de su conformidad con ella.

(...)".

oficio, sea por razones de oportunidad, mérito o conveniencia por parte de la entidad que los emitió[863].

Sin embargo, y excepcionalmente, cabe la revocación de actos administrativos, con efectos siempre a futuro, en ciertos casos establecidos taxativamente por la Ley de Procedimiento Administrativo General[864]. En primer lugar, cabe revocar actos administrativos cuando la facultad revocatoria haya sido expresamente establecida por una norma con rango legal y siempre que se cumplan los requisitos previstos en dicha norma. Si bien la Ley establece que este es un elemento alternativo, en puridad debe considerarse como un elemento concurrente, toda vez que la potestad revocatoria deberá estar siempre determinada por la Ley, dado su carácter excepcional. A su vez, la norma materia de estudio no distingue en este supuesto entre actos favorables y actos desfavorables, mientras que en derecho comparado queda claro que solo puede ser materia de revocación los últimos de los mencionados[865].

Por otro lado, cabe la revocación cuando sobrevenga la desaparición de las condiciones exigidas legalmente para la emisión del acto administrativo cuya permanencia sea indispensable para la existencia de la relación jurídica creada. En este caso, el acto administrativo que se revoca es evidentemente favorable al administrado y, por ello, el empleo de este mecanismo debe ser excepcional.

Finalmente, procede la citada revocación cuando apreciando elementos de juicio sobrevinientes se favorezca legalmente a los destinatarios del acto y siempre que no se genere perjuicios a terceros. El citado supuesto no ofrece mayores complicaciones, puesto que siempre podrá beneficiarse al administrado a través de la revocación del acto administrativo que no lo favorezca, en especial si es un acto de gravamen.

A fin de cautelar los derechos de los administrados que puedan verse afectados, la revocación solamente podrá ser declarada por la más alta autoridad de la entidad competente, previa oportunidad a los posibles afectados para presentar sus alegatos y evidencia en su favor. La revocación, en consecuencia, siempre será resultado de un procedimiento de oficio. Asimismo, la resolución revocatoria deberá establecer el monto de la respectiva indemnización, cuando la misma genere perjuicio económico al particular, en aplicación del principio general de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Finalmente, el acto que declara la revocación de otros actos administrativos genera el agotamiento de la vía administrativa, lo cual deja el camino expedito para la iniciación del proceso contencioso administrativo[866].

863 Artículo 203º inciso 203.1 de la Ley.
864 Artículo 203º inciso 203.2 de la Ley.
865 GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de procedimiento administrativo*, cit., p. 512.
866 Artículo 218º inciso 218.2 de la Ley.

EL ACTO ADMINISTRATIVO

Concepto de acto administrativo → Declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta.

No son actos administrativos → No son actos administrativos los comportamientos y actividades materiales de la Administración, que no se configuran en instrumentos legales y que no afectan derechos de las personas.

Los principios rectores
- Ejecutividad
- Ejecutoriedad
- Impugnabilidad
- Irrevocabilidad
- Discrecionalidad limitada

Elemento del acto administrativo
- Competencia
- Motivación
- Objeto o contenido
- Procedimiento regular
- Finalidad pública

Nulidad del acto administrativo → La nulidad es consecuencia de un vicio en los elementos constitutivos del acto. En el derecho administrativo, el particular o administrado sólo puede pedir la nulidad si está legitimado, es decir solamente en los casos en que el acto afecte sus derechos subjetivos o intereses legítimos.

Eficacia de los actos administrativos → Se entiende por eficacia de un acto administrativo su capacidad para producir efectos jurídicos, a diferencia de la validez, que es más bien la conformidad del acto con el ordenamiento jurídico.

2.5. Discrecionalidad limitada

La Ley consagra la existencia de discrecionalidad administrativa de manera restrictiva, permitiendo que, por disposición legal o reglamentaria, pueda dejarse algunas medidas o providencias a juicio de la autoridad competente. La posibilidad de disponer un margen de libre apreciación que permita al órgano administrativo aplicar su criterio de oportunidad y conveniencia en la emanación del acto, no emerge solo del legislador sino también del uso de la potestad reglamentaria ya que si por dicha vía puede acordarse la discrecionalidad, esta deberá efectuarse manteniendo la debida proporcionalidad y adecuación con la situación específica que se había planteado.

Es claro, sin embargo, que la tendencia en el derecho administrativo moderno está enfocada en limitar dicha discrecionalidad dentro de márgenes lo suficientemente estrechos como para impedir la emisión de decisiones arbitrarias. De hecho, la doctrina y la jurisprudencia comparada han establecido la posibilidad de establecer control jurídico incluso de las decisiones administrativas en las cuales se ha dejado cierto margen de acción al órgano administrativo, lo cual se hace efectivo a través de la interdicción de la arbitrariedad[867] —que también se encuentra presente en la legislación peruana— y la aplicación de los principios generales del Derecho[868].

3. LOS ELEMENTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Los actos administrativos poseen elementos que lo configuran y definen su estructura, diferenciándose aquellos que resultan ser esenciales para su validez —*sine qua non*—, de aquellos que no son esenciales para reputar el acto como válido; pero que sin embargo, pueden estar presentes en su configuración.

3.1. Requisitos esenciales

Son aquellos que si faltan o están viciados provocan la invalidez del acto, retrotrayéndose todo a la situación anterior, como si no hubiera se hubiera emitido acto administrativo alguno. Evidentemente, el acto administrativo es válido si cumple con los requisitos establecidos por la Ley, es decir, si es emitido conforme a la normatividad existente[869].

3.1.1. Competencia

Aptitud legal expresa que tiene un órgano para actuar, en razón del lugar (o territorio), la materia, el grado, la cuantía y/o el tiempo. Se entiende por competencia, entonces, el conjunto de atribuciones de los órganos y entes que compo-

867 GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, cit., T. I, pp. 455 y ss.
868 COSCULLUELA MONTANER, *Manual de derecho administrativo*, cit., pp. 165-166.
869 Artículo 8º de la Ley N.º 27444.

nen el Estado, las mismas que son precisadas por el ordenamiento jurídico[870]. Dicha competencia se ejerce a través de la autoridad regularmente nominada al momento del dictado y en caso de los órganos colegiados, cumpliendo los requisitos de sesión, quórum y deliberación, indispensables para su emisión[871].

La competencia por razón de territorio hace referencia al ámbito espacial respecto del cual se establece las facultades del ente administrativo, al lugar donde la entidad ejerce su influencia. Las municipalidades, por ejemplo, tienen ámbitos territoriales específicos. Lo mismo ocurre con las oficinas desconcentradas de los ministerios u otras entidades públicas.

La competencia por razón de materia implica aquello respecto de lo cual puede resolver la entidad, de acuerdo a lo previsto por la Ley, en especial cuando las entidades pertenecen a sectores distintos de la Administración Pública[872]. Se refiere a las actividades o tareas que legítimamente puede desempeñar el órgano, al objeto de los actos y a las situaciones de hecho ante las que puede dictarlos.

La competencia por razón de grado se establece en cuanto la ubicación jerárquica del órgano destinado a resolver, al nivel que ocupa en el organigrama del ente en cuestión. Y es que la competencia puede variar dependiendo de la jerarquía del funcionario dentro de un organismo público o entidad administrativa.

Asimismo, la competencia por razón de tiempo hace referencia, en primer lugar, a los turnos de los entes administrativos que ejercen la misma función en momentos distintos, como podrían ser las competencias asignadas a las salas de los tribunales administrativos, por ejemplo, cosa que aun así resulta poco común. Por otro lado, la competencia temporal se adquiere una vez que el funcionario o autoridad se encuentra investido en el cargo, a fin de poder cumplir sus funciones. Ello incluye también las circunstancias de adquisición de competencia a través de la delegación.

Finalmente, las situaciones en que se establecen competencias distintas por razón de cuantía resultan ser menos comunes que las que generan los tipos de competencia que hemos reseñado en los párrafos precedentes. En algunos casos, se establecen competencias por el monto o el valor de los bienes o servicios respecto de los cuales se resuelve. Un ejemplo es el de la cuantía en los procesos de selección en materia de contratación administrativa, lo cual fuera modificado por las reformas al Decreto Legislativo N.º 1017 y su Reglamento.

Ahora bien, en determinadas circunstancias, la competencia puede ser transferida o ejercida de manera alternativa, sea por delegación, avocación, encargo de gestión, delegación de firma o suplencia. La delegación implica el traslado de la competencia a otras entidades, cuando existen circunstancias que lo

870 DROMI, *Manual de derecho administrativo*, cit., T. 1, p. 115.
871 Artículo 3º, inciso 1 de la Ley N.º 27444.
872 GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, cit., T. I, p. 541.

justifiquen, traslado que permite reasumir dicha competencia a la entidad que delega dado que no genera pérdida de titularidad sobre aquella[873]. La avocación se da cuando una entidad superior asume la tramitación de un procedimiento que es competencia de un órgano de inferior jerarquía, dados ciertos supuestos excepcionales establecidos en la Ley.

Por otro lado, el encargo de gestión implica la asignación de determinadas actividades a otros órganos o entidades por razones de eficacia, hecho que no implica traslación de competencia, como en la delegación. Dicha asignación es de carácter material, pero no jurídico, a diferencia de la delegación. La delegación de firma es la simple delegación de la facultad de suscribir un acto determinado, del titular de un órgano administrativo a subalternos o a titulares de órganos o entidades que dependan de aquel. Finalmente, la suplencia consiste en el reemplazo de quien ejerce el cargo en caso de vacancia o ausencia por quien se encuentre designado para ello. Es necesario precisar que los supuestos descritos en el presente párrafo no implican alteración de la titularidad de la competencia del órgano.

3.1.2. Motivación

Es la expresión de las razones que han llevado al órgano administrativo a dictar el acto, así como la expresión de los antecedentes de hecho y de derecho (causas) que lo preceden y justifican[874]. La motivación contiene los fundamentos de hecho y derecho que sustentan una decisión administrativa.

La motivación del acto administrativo resulta ser un componente esencial del principio del debido procedimiento, el mismo que como lo hemos señalado, regula el funcionamiento del procedimiento administrativo general en todas sus etapas. La motivación permite, en primer lugar, que el administrado conozca los fundamentos y presupuestos que dan lugar a la resolución, a efectos de la ejecución del acto o la interposición de los recursos que correspondan. En segundo término, permite a la Administración una ejecución adecuada de las resoluciones que la misma emite, así como posibilita la revisión de oficio de los actos administrativos por parte de la Administración, incluyendo el llamado proceso de lesividad.

A mayor abundamiento, la falta de motivación equivale a una falta de fundamentación y afecta la validez del acto, ya que la Administración Pública no puede obrar arbitrariamente. Las decisiones de las entidades deben expresar los motivos de hecho y de derecho que concurren para determinar la legitimidad del acto.

a. Requisitos de la motivación

La motivación deberá ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la

873 SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de derecho administrativo*, cit., p. 421.
874 Artículo 3º, inciso 2 de la Ley N.º 27444.

exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado[875].

Sin embargo, puede motivarse mediante la declaración de conformidad con los fundamentos y conclusiones de anteriores dictámenes, decisiones o informes obrantes en el expediente, a condición de que se les identifique de modo certero, y que por esta situación constituyan parte integrante del respectivo acto[876].

b. Motivación aparente

No son admisibles como motivación, la exposición de fórmulas generales o vacías de fundamentación para el caso concreto o aquellas que por su oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras para la motivación del acto[877]. A ello se denomina motivación aparente puesto que no presenta todos los elementos fácticos y jurídicos que justificarían de manera razonable la decisión o que permitirían verificar la razonabilidad de la misma[878].

c. Resoluciones que no requieren ser motivadas

Sin embargo, en determinadas ocasiones, no resulta indispensable que la resolución emitida se encuentre motivada. Ello ocurre en las resoluciones de mero trámite —a las que hacemos referencia más adelante—, en los actos que favorecen al administrado y no perjudican a terceros, dado que no son actos que se vayan a impugnar en el futuro, por lo menos por el particular; y cuando se producen muchos actos sustancialmente iguales[879]. Evidentemente, en tales circunstancias la ausencia de motivación no invalida el acto.

3.1.3. El objeto o contenido[880]

En la resolución adoptada por la Administración Pública en el caso concreto, el objeto resulta ser el efecto práctico que se pretende obtener con el acto[881]. Es decir, la materia o contenido sobre el cual se declara. El objeto o contenido del acto administrativo es aquello que decide, declara o certifica la autoridad. El objeto resulta indispensable a fin de que pueda determinarse con claridad los efectos jurídicos del acto.

875 Artículo 6º, inciso 6.1 de la Ley N.º 27444.
876 Artículo 6º, inciso 6.2 de la Ley N.º 27444.
877 Artículo 6º, inciso 6.3 de la Ley N.º 27444.
878 BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo, *Derechos fundamentales y proceso justo*, ARA, Lima, 2001, p. 250.
879 Artículo 6º, inciso 6.4 de la Ley N.º 27444.
880 Artículo 3º, inciso 2 de la Ley N.º 27444.
881 Artículo 5º, inciso 5.1 de la Ley N.º 27444.

Ahora bien, la doctrina no siempre identifica el objeto del acto con el contenido del mismo, como sí ocurre en nuestra legislación, identificando este último más bien con la causa, a la que nos referiremos más adelante[882]. Lo que ocurre es que en nuestra legislación no se asume que el acto administrativo sea una modalidad de acto jurídico civil, lo cual se justifica en el hecho de que la decisión de la Administración no sea una declaración de voluntad, como hemos señalado líneas arriba.

a. Posibilidad del objeto

Por otro lado, el objeto debe ser posible, física y jurídicamente. Es necesario señalar, por un lado, que todo tipo de imposibilidad debe ser de naturaleza originaria para que se genere la invalidez del acto administrativo. La imposibilidad sobreviniente genera más bien la ineficacia del acto administrativo. La Ley de Procedimiento Administrativo General señala que en ningún caso será admisible un objeto o contenido prohibido por el orden normativo, ni incompatible con la situación de hecho prevista en las normas; ni impreciso, obscuro o imposible de realizar[883].

El objeto es físicamente imposible cuando no es posible materialmente. A su vez, dicha imposibilidad puede ser de ámbito personal —si es que se enfoca en una persona inexistente—, o de ámbito material —si la cosa o la actividad determinada que conforma el objeto es en sí misma imposible o inexistente—.

El objeto es jurídicamente imposible cuando es incompatible con los supuestos de hecho y derecho existentes en el ordenamiento jurídico. Dentro de la categoría de la posibilidad jurídica debemos encuadrar la llamada tipicidad, que implica que los actos administrativos no pueden estar diseñados de manera distinta a como está especificado normativamente[884]. Es necesario señalar, finalmente, que para algunos tratadistas la imposibilidad jurídica equivale en realidad a la ilicitud[885] —o ilegalidad—, afirmación incompatible con nuestro ordenamiento, en el cual ambas categorías se tratan claramente en forma distinta, como ya lo hemos visto.

b. Otros requisitos del objeto del acto administrativo

Por otro lado, hablamos de objeto ilícito cuando está prohibido por el ordenamiento jurídico, sea este conformado por normas constitucionales, legales, mandatos judiciales firmes o normas administrativas

882 GARCÍA TREVIJANO, *Los actos administrativos*, cit., p. 138.

883 Artículo 5º, inciso 5.2 de la Ley N.º 27444.

884 SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Comentario sistemático a la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común*, Carperi, Madrid, 1993, p. 149.

885 GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, cit., T. I, p. 60.

de carácter general[886], aun cuando provengan de autoridad de igual, inferior o superior jerarquía, e incluso de la misma autoridad que dicta el acto. A esto último se le denomina inderogabilidad singular de los reglamentos, concepto al cual hemos aludido con amplitud en capítulos anteriores del presente texto.

Ahora bien, contrariamente a lo que señala parte de la doctrina[887], no es posible —en nuestro ordenamiento— considerar nulo un acto administrativo si es que contraviene la moral y/o las buenas costumbres, previsión aplicable únicamente a los actos jurídicos que regula el derecho privado, cuya naturaleza jurídica, como ya hemos visto, se reconoce eminentemente distinta.

Asimismo, el objeto debe ser preciso, determinado en forma clara. Ello evidentemente permite tener una idea clara de los efectos jurídicos del acto administrativo en cuestión, lo cual beneficia al administrado y a la propia Administración.

c. El principio de congruencia

El contenido debe comprender todas las cuestiones de hecho y de derecho planteadas por los administrados, pudiendo involucrar otras no propuestas por estos que hayan sido apreciadas de oficio[888], siempre que otorgue posibilidad de exponer su posición al administrado y, en su caso, aporten las pruebas a su favor. Es necesario señalar que ello significa que el contenido del acto debe establecerse de tal manera que la resolución decida todas las peticiones formuladas. A ello se denomina en general principio de congruencia. Sin embargo, la Administración puede además introducir otros temas no señalados o solicitados expresamente por el administrado, que hayan sido apreciados de oficio.

Ahora bien, si la Administración introduce una nueva cuestión, sea de hecho o de derecho, no puede resolver hasta tanto el administrado conteste por dicha cuestión ya que, en caso contrario, se estaría violando el derecho de réplica, el mismo que forma parte también de los conceptos de debido procedimiento que se están implementando en la nueva Ley. Evidentemente, las nuevas cuestiones introducidas por la Administración no pueden afectar derechos adquiridos.

3.1.4. Procedimiento regular

Son los pasos que deben darse previamente a la emisión del acto, que conforman lo que se conoce como procedimiento administrativo. Antes de su emi-

886 Artículo 5º, inciso 5.3 de la Ley N.º 27444.
887 DROMI, *Manual de derecho administrativo*, cit., T. 1, p. 123.
888 Artículo 5º, inciso 5.4 de la Ley N.º 27444.

sión, el acto debe ser conformado mediante el cumplimiento del procedimiento administrativo previsto para su generación[889]. En consecuencia, la emisión de un acto administrativo sin un procedimiento previo, o si este se ha tramitado de manera indebida, el acto deviene en inválido.

Dichos pasos previos deben estar sometidos a los principios de legalidad, y en especial, al del debido proceso en sede administrativa. El primero de dichos principios implica que el acto administrativo debe emitirse de conformidad con el ordenamiento jurídico, en particular, de acuerdo con lo señalado en la Constitución y la Ley.

El segundo de ellos, el de debido proceso, resulta aplicable en sede administrativa por imperio de la propia Ley de Procedimiento Administrativo General y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, como lo hemos señalado de manera reiterada. La justificación de lo antes indicado estriba en el hecho de que el concepto primigenio del *due process of law* del derecho anglosajón no hacía distinción alguna respecto a la sede en la cual operaba el principio antes precisado, pudiendo aplicarse en sede judicial, administrativa, e inclusive, en sede corporativa.

3.1.5. Finalidad pública

El fin del acto administrativo consiste en la satisfacción del interés general. Es el objetivo tenido en cuenta por el legislador al redactar la norma; no se pueden perseguir fines encubiertos, es decir que la finalidad no debe ser contraria a la ley. De acuerdo con la doctrina, no se trata de la satisfacción genérica del interés general, sino más bien de una concretización del mismo, a través de mecanismos específicos, los cuales no pueden alterarse[890]. El acto administrativo debe adecuarse a las finalidades de interés general asumidas por las normas que otorgan las facultades al órgano emisor, sin que pueda habilitársele a perseguir mediante el acto, aun encubiertamente, alguna finalidad sea personal de la propia autoridad, a favor de un tercero, u otra finalidad pública distinta a la prevista en la ley. La ausencia de normas que indique los fines de una facultad no genera discrecionalidad[891].

Resulta complejo verificar la existencia de vicios en la finalidad. El fin siempre está reglado de acuerdo a nuestro derecho positivo y la discrecionalidad puede ejercerse solo con respecto al objeto del acto; es decir que la Administración Pública no puede, en ejercicio de sus facultades discrecionales, violar la finalidad del interés general señalada por la norma. El típico vicio en la finalidad es la llamada desviación de poder, a la que haremos referencia más adelante.

889 Artículo 3º, inciso 5 de la Ley N.º 27444.
890 MORELL OCAÑA, *Curso de derecho administrativo II*, cit., p 197.
891 Artículo 3º, inciso 3 de la Ley N.º 27444.

3.2. Elementos no esenciales

En cuanto al acto administrativo debemos considerar también a los elementos o requisitos no esenciales, que son aquellos elementos que, si bien es cierto se encuentran presentes en el acto administrativo, su ausencia no genera *per se* la invalidez del mismo, siendo posible la conservación del mismo, como veremos más adelante.

3.2.1. La causa

Para cierto sector de la doctrina, son los antecedentes y circunstancias de hecho y de derecho existentes al momento de emitirse el acto, considerados por la Administración para el dictado del mismo, con lo cual puede confundirse con el objeto o la motivación. Para otro sector de la doctrina, la causa es más bien la finalidad práctica del acto[892], definida así para diferenciarla de la finalidad pública, que es elemento esencial del acto administrativo.

Ahora bien, la causa, si bien es reconocida por parte de la doctrina como un elemento determinante en la formación de los actos administrativos, no es considerada por nuestra ley como elemento esencial para la validez del acto. Sin embargo, para efectos prácticos, la causa resulta ser un elemento constituyente de la motivación del acto, elemento que sí resulta esencial para la conformación del acto administrativo. Por otro lado, la concepción de causa que se emplea en el derecho comparado proviene a su vez de la identificación —en nuestra opinión indebida— del acto administrativo con el acto jurídico civil.

3.2.2. La forma

Se refiere al modo en que, posteriormente al dictado del acto, la resolución llega a conocimiento del administrado. Las formas, en derecho administrativo, cumplen fundamentalmente una función de garantía, tanto de los derechos de los administrados como de la legalidad que debe existir en la actividad administrativa. En general, el acto administrativo debe ser *escrito*, fechado y firmado por la autoridad emisora[893]. Excepcionalmente pueden admitirse otras formas, como la verbal, que es la forma generalmente usada cuando se trata de la actividad de policía, y en casos excepcionales, la gráfica.

Ahora bien, cuando el acto administrativo es producido por medio de sistemas automatizados, debe garantizarse al administrado conocer el nombre y cargo de la autoridad que lo expide[894], dado que los mismos no poseen la firma o el sello del funcionario en cuestión. Dichos sistemas automatizados pueden incluir la emisión de actos administrativos a través de sistemas computarizados o en red.

892 GARCÍA TREVIJANO, *Los actos administrativos*, cit., pp. 143-144; MORELL OCAÑA, *Curso de derecho administrativo II*, cit., p. 196.

893 Artículo 4º, inciso 4.1 de la Ley N.º 27444.

894 Artículo 4º, inciso 4.3 de la Ley N.º 27444.

La norma establece además que cuando deban emitirse varios actos administrativos de la misma naturaleza, podrá ser empleada firma mecánica o integrarse todos los actos en un solo documento bajo una misma motivación, siempre que se individualice a los administrados sobre los que recaen los efectos del acto. Para todos los efectos subsiguientes, los actos administrativos serán considerados como actos diferentes[895]. Para cierto sector de la doctrina nos encontraríamos ante el denominado acto administrativo complejo, que en realidad se define de otra manera, como aquel acto que posee varias decisiones de distinta naturaleza, como podría ser una sanción y una medida correctiva.

3.2.3. Modalidad

Desde el punto de vista doctrinario, y al amparo de la Ley N.º 27444, los actos administrativos admiten modalidad —de manera similar a lo que ocurre con el acto jurídico civil—, y en este caso, la existencia de condición, modo y término. Estas modalidades afectan más bien la eficacia del acto y no su validez como tal; vale decir, modifican la producción de los efectos del acto, que resulta ser enteramente válido.

En mérito de ello, y cuando una ley lo autorice, la autoridad, mediante decisión expresa, puede someter el acto administrativo a condición, término o modo, siempre que dichos elementos incorporables al acto, sean compatibles con el ordenamiento legal, o cuando se trate de asegurar con ellos el cumplimiento del fin público que persigue el acto[896].

La condición implica que los efectos jurídicos del acto se sujetan a la ocurrencia de un evento determinado, futuro e incierto. El modo o cargo implica la sujeción del administrado a la realización de un hecho concreto a fin de que se haga efectivo el acto respecto a su persona. Finalmente, el término o plazo implica más bien la sujeción de dichos efectos jurídicos a un hecho futuro, pero cierto.

A la vez, la condición y el término pueden ser suspensivos o resolutorios. Se habla de condición o término suspensivo cuando el acto empezará a producir efectos a partir de la generación del hecho al que se refieren dichas modalidades. Por otro lado, se habla de condición o término resolutorio cuando los efectos del acto se dan hasta que se genere el hecho, el cual generará la ineficacia del acto[897].

Ahora bien, la doctrina no se ha puesto de acuerdo aun respecto a la pertinencia de la condición en el contexto del acto administrativo, en especial de la condición suspensiva. El sometimiento de los efectos de un acto a un hecho futuro e incierto parece estar reñido con la finalidad pública del acto. A esto

895 Artículo 4º, inciso 4.4 de la Ley N.º 27444.
896 Artículo 2º, inciso 2.1 de la Ley N.º 27444.
897 GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de procedimiento administrativo*, cit., p. 236.

vamos a volver más adelante cuando tratemos acerca de la eficacia diferida del acto administrativo.

La Ley del Procedimiento Administrativo General especifica que una modalidad accesoria no puede ser aplicada contra el fin perseguido por el acto administrativo[898]. Ello implica que la modalidad no puede perjudicar los efectos del acto, en mérito a la protección de los administrados y el interés general. La modalidad debe permitir más bien el ejercicio adecuado de los intereses del particular y la obvia consecución de los intereses comunes.

4. CLASIFICACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

Es necesario establecer diversas clasificaciones de los actos administrativos, a fin de poder determinar a qué tipo pertenece cada uno de los que encontremos y poder determinar características comunes entre ellos. Ello a su vez genera la posibilidad de regulaciones distintas respecto de los diversos tipos de actos administrativos existentes. Las clasificaciones finalmente permiten dar coherencia a las diversas categorías existentes[899], facilitando su identificación y regulación.

4.1. Los actos administrativos según sus efectos

Es posible establecer una clasificación de los actos administrativos por sus efectos, en dos términos, uno más antiguo, que se encuentra en desuso y que se enfoca en el carácter normativo del acto; y uno más moderno, que resulta consistente con la actual doctrina, nacional y comparada y que permite distinguir actos administrativos según los sujetos a los cuales va dirigido los mismos.

4.1.1. La antigua distinción entre actos administrativos de efectos generales y los actos administrativos de efectos particulares

En primer lugar, según el carácter normativo o no normativo de actos administrativos, algún sector de la doctrina los clasifica en actos o disposiciones de efectos generales y actos de efectos particulares. Dicho sector acoge entonces una forma de clasificación de los actos administrativos según sus efectos, en actos administrativos normativos (de efectos generales) y en actos administrativos no normativos (de efectos particulares). Esta es la clasificación que permite distinguir los actos administrativos de efectos generales de los actos administrativos de efectos particulares. Los primeros son aquellos de contenido normativo, es decir, que crean normas que integran el Ordenamiento Jurídico; en cambio, los segundos, los actos administrativos de efectos particulares, son aquellos que contienen una decisión no normativa, sea que se aplique a un sujeto o a muchos sujetos de derecho.

898 Artículo 2º, inciso 2.2 de la Ley N.º 27444.

899 MORÓN URBINA, Juan Carlos, "El nuevo régimen de los actos administrativos en la Ley N.º 27444", en AA.VV., *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Ley N.º 27444*, Lima, ARA, 2003, p. 148.

Sin embargo, los actos normativos de la Administración —en especial los reglamentos autónomos, aun cuando se aprueben a través de una resolución emitida por el órgano estatal— no son actos administrativos, pues estos últimos se aplican a administrados particularmente considerados; mientras que las normas, incluso las de naturaleza administrativa, se aplican a una cantidad indeterminada de personas[900]. Como lo hemos señalado líneas arriba, existen muy claras diferencias entre los actos administrativos y los reglamentos, cualquiera sea su origen y etiología

La Ley puede decirse que identifica los actos de efectos generales, con los que ella califica en el artículo 23.1.1 como "disposiciones de alcance general" y los actos administrativos de efectos particulares a los que la misma norma califica como actos administrativos "de carácter particular". En esta norma, al prescribir que un acto administrativo de carácter particular no puede vulnerar lo establecido en una "disposición administrativa de carácter general", lo que está señalando es que un acto de efectos particulares (de contenido no normativo) no puede vulnerar un acto normativo o de efectos generales. Ello no implica que la Ley de Procedimiento Administrativo General esté considerando la existencia de actos administrativos de efectos generales.

4.1.2. Actos administrativos generales e individuales

Existe una clasificación más adecuada de los actos administrativos, según sus efectos y sus destinatarios, al distinguirse los actos administrativos generales de los actos administrativos individuales. Los actos administrativos generales son aquellos que interesan a una pluralidad de sujetos de derecho, sea formado por un número indeterminado de personas; mientras que, en cambio, los actos administrativos particulares, que son aquellos que interesan a uno o varios sujetos de derecho debidamente identificados[901].

Esta distinción estimamos que se acoge también en el artículo 23.1.1. de la Ley de Procedimiento Administrativo General al exigirse que sean publicados aquellos actos administrativos que interesen a un número indeterminado de personas, que no sean necesariamente actos normativos o de carácter general. Es decir, esta norma establece indirectamente la diferencia entre el acto de efectos generales o de contenido normativo —que no es un acto administrativo, como ya hemos visto— y el acto general, el cual aun cuando pueda no tener contenido normativo, interese a un número indeterminado de personas. En estos casos, el acto es general porque interesa a un número indeterminado de

900 GUZMÁN NAPURÍ, Christian, "El nuevo régimen jurídico de los actos administrativos", en *Revista Jurídica del Perú*, Año 52, N.º 34, Trujillo, 2002.

901 GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, cit., T. I, p. 564; SANTAMARÍA PASTOR, *Comentario sistemático a la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común*, cit., p. 134; MORÓN URBINA, "El nuevo régimen de los actos administrativos en la Ley N.º 27444", cit., pp. 150-151.

personas, y no porque tenga un contenido normativo. Por supuesto, también el acto administrativo de carácter particular, puede tener por destinatarios a un número determinado de personas, debidamente identificado.

El acto administrativo particular, al contrario, es destinado a un conjunto determinado de sujetos de derechos, el cual es, además, un acto de efectos particulares, de acuerdo a la clasificación anterior. El acto administrativo particular solo requiere ser notificado a los interesados, salvo que existan terceros administrados que se hayan incorporado al procedimiento una vez iniciado este. A su vez, el acto administrativo particular, como hemos visto, puede estar dirigido a un sujeto —acto individual— o a varios, lo cual constituye lo que la doctrina denomina acto plúrimo.

4.2. Los actos administrativos según su contenido

Existen a su vez diversas clasificaciones de los actos administrativos según su objeto o contenido, es decir, según lo que resuelven, declaran o certifican. En este sentido podemos hablar de actos definitivos y actos de trámite, así como de actos que establecen derechos o que generan obligaciones.

4.2.1. Actos definitivos y actos de trámite

En primer lugar, puede distinguirse el acto que pone fin al asunto administrativo, en cuyo caso sería un acto definitivo, del acto de trámite, que no pone fin al procedimiento ni al asunto, sino que, en general, tiene carácter preparatorio o instrumental respecto al procedimiento administrativo[902]. Esta clasificación de los actos administrativos, según el contenido, se deduce claramente de diversos artículos de la Ley.

En efecto, el numeral 6.4.1. del artículo 6º de la Ley establece una excepción al principio general de que todos los actos administrativos de carácter particular, es decir, de efectos particulares, deben ser motivados, al indicar que no precisan motivación las decisiones de mero trámite que impulsan el procedimiento. Distingue aquí, por tanto, la Ley, el acto administrativo de trámite, el cual se opone, por supuesto, al acto administrativo definitivo.

Asimismo, el artículo 206.2. de la Ley del Procedimiento Administrativo General hace referencia directa a la distinción que venimos describiendo, al señalar que solo son impugnables los actos definitivos que ponen fin a la instancia y los actos de trámite que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión.

En definitiva, la distinción, según el contenido de la decisión, se refiere a que el acto administrativo definitivo es el que pone fin a un asunto y en cambio, el

902 GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de procedimiento administrativo*, cit., pp. 194-195; SANTAMARÍA PASTOR, *Comentario sistemático a la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común*, cit., p. 136.

acto administrativo de trámite, es el de carácter preparatorio para el acto definitivo y que forma parte del íter que compone el procedimiento administrativo[903].

4.2.2. Actos creadores de derechos o que establecen obligaciones

Otra distinción que la doctrina prevé respecto de los actos administrativos y que también se refiere a su contenido, es la que se refiere al acto favorable al administrado, es decir, el acto creador de derechos subjetivos o de intereses personales y legítimos a favor de los particulares; y al acto administrativo desfavorable, es decir, aquel que no crea derechos o intereses personales, legítimos y directos a favor de particulares[904]. Inclusive, es necesario distinguir claramente aquellos actos de los que más bien generan una obligación, carga o un gravamen al particular, pudiendo incluso afectar su patrimonio o ciertos derechos en general[905].

De hecho, el tratamiento que hace la Ley de cada uno de estos actos resulta, en algunos casos, distinto. Por ejemplo, los actos que favorecen al administrado generan efectos (son eficaces) desde su emisión. Incluso, pueden gozar de eficacia anticipada, si es que al momento del inicio de dicha eficacia se gozaba de los presupuestos para la emisión del acto y no se afecte derechos de terceros.

Sin embargo, debe tenerse cuidado con aquellos actos que tienen una conformación más bien mixta, pudiendo resultar favorables para ciertos administrados y a la vez desfavorables para otros, como es el caso de ciertas resoluciones sancionadoras, y en particular, de los actos administrativos resultantes de procedimiento trilateral. El régimen a aplicar en este caso puede resultar difícil de determinar en ciertos supuestos.

4.3. Los actos administrativos según la declaración: actos administrativos expresos, tácitos y presuntos

La declaración que produce el acto administrativo es en principio formal, conteniendo el acto una serie de requisitos que deben manifestarse por escrito. Por tanto, el acto administrativo que regula la Ley de Procedimiento Administrativo General, en principio, es un acto administrativo expreso formalizado[906]. Sin embargo, la Ley admite —como lo hemos señalado anteriormente— la posibilidad del acto administrativo tácito y del acto administrativo presunto.

Un acto administrativo tácito o implícito es aquel que, si bien es cierto no ha sido emitido expresamente, se muestra con claridad en un comportamiento

903 GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, cit., T. I, p. 565.
904 SANTAMARÍA PASTOR, *Comentario sistemático a la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común*, cit., p. 135.
905 GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, cit., T. I, p. 566.
906 MORÓN URBINA, "El nuevo régimen de los actos administrativos en la Ley N.º 27444", cit., p. 157.

específico de la entidad, quedando claro cuál es la decisión que la misma ha tomado. Estos actos solo pueden estar permitidos si es que favorecen al administrado por ejemplo, en los supuestos de petición graciable[907], así como los que son resultado de procedimientos de aprobación automática. Otro ejemplo interesante es el de la expedición del kit electoral por parte de la ONPE. Así, debe señalarse que en estos actos la motivación se encuentra sobreentendida.

Caso distinto es el de los actos administrativos fictos o presuntos, los mismos que son resultado del silencio administrativo positivo. Así se establece expresamente en el artículo 188º de la Ley, cuando se prevé que en los casos en los cuales un órgano de la Administración Pública no resolviera un asunto o un recurso dentro de los lapsos que prevé la misma Ley, se considera que ha resuelto negativamente, pudiendo el interesado intentar el recurso inmediato siguiente o positivamente, actuando como si la Administración hubiese accedido a la petición.

En este orden de ideas, el silencio administrativo positivo, una vez que el administrado ha optado por el mismo, conforma claramente un acto administrativo ficto o presunto, puesto que el ordenamiento jurídico asume que la autoridad administrativa ha resulto conceder lo solicitado al administrado. Ello a diferencia del silencio administrativo negativo, que es tan solo una ficción procesal que permite acceder a la siguiente instancia administrativa o eventualmente al contencioso administrativo. El silencio administrativo, en consecuencia, resulta ser siempre una garantía a favor del administrado.

En cambio, es necesario diferenciar la figura del silencio administrativo negativo con la de la llamada resolución denegatoria ficta. En determinados supuestos, poco comunes incluso en el derecho comparado, la Ley señala que al transcurrir el plazo sin que exista pronunciamiento de la Administración, se entiende necesariamente que esta ha resuelto negativamente. Aquí no existe facultad del administrado para poder asumir la denegatoria, puesto que la misma se genera de manera automática

Ahora bien, la diferencia más saltante entre esta figura y la del silencio administrativo estriba en que la generación de la resolución ficta denegatoria inicia el cómputo del plazo para la interposición de los recursos correspondientes. El único caso en el Perú de este fenómeno excepcional se encuentra en el Decreto Legislativo N.º 1017, Ley de Contrataciones del Estado, en la cual se establece la existencia de denegatoria ficta cuando la entidad administrativa o el Tribunal de Contrataciones del Estado no ha resuelto en el plazo establecido por el Reglamento. Sobre esto vamos a tratar con amplitud en el capítulo dedicado al silencio administrativo.

907 MORÓN URBINA, "El nuevo régimen de los actos administrativos en la Ley N.º 27444", cit., p. 159. No obstante, el autor identifica los actos tácitos con aquellos actos derivados del silencio administrativo, cuando los mismos deben considerarse más bien fictos o presuntos.

4.4. Los actos administrativos según su impugnabilidad: los actos administrativos impugnables, los actos administrativos que causan estado y los actos administrativos firmes

Otra clasificación de los actos administrativos que resulta de la Ley del Procedimiento Administrativo General, se refiere a la impugnabilidad o no de los actos administrativos, y así se distingue el acto administrativo firme de aquel que no lo es, porque aún puede ser impugnado[908]. El acto que no es firme es el que puede ser impugnado, sea por vía administrativa a través de los recursos administrativos regulados en el artículo 206º y los siguientes de la Ley, sea por vía judicial a través del proceso contencioso-administrativo.

En cambio, el acto firme es el que ya no puede ser impugnado por las vías ordinarias de recurso. Son actos que no fueron impugnados en su oportunidad, y que vencidos los lapsos de impugnación, son actos administrativos inimpugnables en el ámbito administrativo[909]. Un tema que resulta discutible en la doctrina es la posibilidad de iniciar un proceso contencioso administrativo respecto a actos firmes.

Ahora bien, se dice que una resolución causa estado cuando no cabe contra ella recurso administrativo alguno, es decir, cuando se ha agotado la vía administrativa respecto al mismo por que fija la decisión de la Administración[910]. Una vez que la resolución causa estado, la misma es susceptible únicamente de impugnación judicial. En este punto es necesario precisar que un acto puede ser firme sin que necesariamente cause estado, dado que el acto que no ha sido impugnado en el plazo de ley queda firme, pero no genera el agotamiento de la vía administrativa.

4.5. Los actos administrativos según su ejecución

Por último, también en materia de clasificación de los actos administrativos, debe señalarse una clasificación según la ejecución y así puede distinguirse el acto administrativo ejecutivo del acto administrativo meramente formal. El acto administrativo ejecutivo es aquel que para generar efectos jurídicos debe ejecutarse, a través de los denominados actos de ejecución, que permiten llevar a cabo, de manera material la decisión ejecutiva de la autoridad[911]. El acto admi-

908 SANTAMARÍA PASTOR, *Comentario sistemático a la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común*, cit., pp. 136-137; MORÓN URBINA, "El nuevo régimen de los actos administrativos en la Ley N.º 27444", cit., pp. 159-161; GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, cit., T. I, pp. 564-565.

909 Artículo 212º de la Ley N.º 27444.

910 DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge, "Las resoluciones que ponen fin al procedimiento administrativo", en *Ius et Veritas*, N.º 16, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1998, p. 152.

911 MORÓN URBINA, "El nuevo régimen de los actos administrativos en la Ley N.º 27444", cit., p. 168.

nistrativo formal es aquel que no requiere actos de ejecución, como la emisión de certificaciones, el otorgamiento de autorizaciones y licencias, entre otros.

El artículo 194º y los siguientes de la Ley, Hablan de la existencia de los llamados actos de ejecución, algunos de los cuales se configuran como actos administrativos —en especial, el inicio de la ejecución y otras decisiones emitidas por los ejecutores coactivos—, pero en su mayoría configuran actos materiales de la Administración.

5. EL CASO DE LOS ACTOS DE ADMINISTRACIÓN INTERNA

Como se ha señalado, los llamados actos de administración interna no configuran actos administrativos, puesto que los mismos no generan efectos sino al interior de la entidad. En consecuencia, si bien pueden ser decisiones de la entidad, sometidas a derecho público, no generan efectos jurídicos respecto de particulares en una situación concreta. Sin embargo, requieren una regulación propia, establecida por el ordenamiento jurídico.

Los actos de administración interna se orientan a la eficacia y eficiencia de los servicios y a los fines permanentes de las entidades. Son emitidos por el órgano competente, su objeto debe ser física y jurídicamente posible, y su motivación será facultativa cuando los superiores jerárquicos impartan las órdenes a sus subalternos en la forma legalmente prevista[912]. La posibilidad de prescindir de la motivación en este último caso estriba en que las órdenes que siguen la línea de mando se generan como resultado de las relaciones de jerarquía al interior de la entidad, razón por la cual no precisan de motivación.

5.1. Distinción con los actos administrativos

La distinción entre los actos administrativos y los actos de administración interna es evidente, estando la misma relacionada directamente con el destino de los efectos del acto. Mientras el acto de administración interna se dirige a la propia entidad, los actos administrativos se dirigen hacia fuera, vale decir, hacia el administrado. En consecuencia, una decisión administrativa que designa un comité especial constituye un acto de administración interna. Lo mismo podemos señalar respecto a una resolución administrativa que declara la baja de un bien perteneciente a la entidad.

Asimismo, constituyen también actos de administración interna los actos relativos al personal de la entidad. Sobre esto hay que efectuar un conjunto de precisiones. Lo que ocurre es que, el empleado público no es un administrado respecto a la entidad en la cual labora, puesto que la naturaleza de la relación que lo vincula a dicha entidad es por completo distinta. El empleado público está sometido a un conjunto de obligaciones evidentes frente a la referida

912 Artículo 7º, inciso 7.1 de la Ley N.º 27444.

entidad, a la vez que goza de determinados derechos; los cuales no afectan a los administrados.

5.2. ¿Son impugnables los actos de administración interna?

El hecho de que nos encontremos ante un acto de administración interna no significa que el mismo no sea susceptible de impugnación. Ya ha señalado el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia que no existen zonas de decisión pública exentas de control jurisdiccional, lo cual es perfectamente consistente con el concepto de Estado de derecho, en el cual las atribuciones públicas deben estar debidamente limitadas, a fin de evitar que las mismas vulneren derechos fundamentales. Ello significa que un acto de administración interna puede ser impugnado si es que vulnera derechos o intereses de una persona determinada[913], en aplicación de lo dispuesto por el artículo 148º de la norma constitucional[914] que no debe considerarse restringida a los actos administrativos.

A ello debemos agregar la amplitud de actuaciones impugnables que muestra la Ley N.º 27584, Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo, al incluir en su artículo 4º los actos administrativos y cualquier otra declaración administrativa, así como las actuaciones administrativas sobre el personal dependiente al servicio de la administración pública.

Un ejemplo interesante de lo señalado es lo dispuesto en el artículo 24º de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, que preceptúa que los informes de control emitidos por el sistema constituyen actos de la administración interna de los órganos que conforman el mismo, y pueden ser revisados de oficio por la Contraloría General. Dicha entidad ha interpretado erróneamente de manera reiterada que ello implica que dichos informes no son impugnables, lo cual vulnera claramente lo establecido por las normas antes precisadas, así como por el Tribunal Constitucional.

5.3. Decisiones internas de mero trámite

Las decisiones internas de mero trámite son aquellas que sirven para impulsar procedimientos o trámites al interior de las entidades y que no implican una toma de decisión de fondo. Dichas decisiones pueden impartirse verbalmente por el órgano competente, en cuyo caso el órgano inferior que las reciba las documentará por escrito y comunicará de inmediato, indicando la autoridad de quien procede mediante la fórmula, *"Por orden de..."*[915].

913 MORÓN URBINA, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., p. 151.

914 Artículo **148º**. *Las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso- administrativa.*

915 Artículo 7º, inciso 7.1 de la Ley.

5.4. Las comunicaciones internas de la Administración

Las comunicaciones entre los órganos administrativos al interior de una entidad serán efectuadas directamente, evitando la intervención de otros órganos[916], que puedan efectuar traslados o reproducciones. No es necesario, en consecuencia, recurrir a las líneas de mando al interior de la entidad, siendo que la comunicación es directa, modalidad que además de ser razonable, se encuentra prescrita legalmente[917].

Las comunicaciones de resoluciones a otras autoridades nacionales o el requerimiento para el cumplimiento de diligencias en el procedimiento serán cursadas siempre directamente bajo el régimen de la notificación sin actuaciones de mero traslado en razón de jerarquías internas ni transcripción por órganos intermedios[918]. Como resultado, las comunicaciones se realizan de manera directa, en mérito del principio de celeridad.

En este orden de ideas, la Ley prescribe que cuando alguna otra autoridad u órgano administrativo interno deba tener conocimiento de la comunicación se le enviará copia informativa, sin que tenga que comunicársele formalmente. Ello tiene por finalidad evitar dilaciones en la puesta en conocimiento de las autoridades de la emisión de los actos al interior de las entidades.

La constancia documental de la transmisión a distancia por medios electrónicos entre entidades y autoridades, constituye de por sí documentación auténtica y dará plena fe a todos sus efectos dentro del expediente para ambas partes, en cuanto a la existencia del original transmitido y su recepción.

916 Artículo 28º, inciso 28.1 de la Ley.
917 GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de procedimiento administrativo*, cit., p. 301.
918 Artículo 28º, inciso 28.2 de la Ley.

Capítulo XIV

LA VALIDEZ Y LA NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO

SUMARIO: 1. Los vicios que generan la nulidad del acto administrativo. 1.1. Vicios específicos de los actos administrativos. 1.2. Vicios especiales de los actos administrativos. **2. Conservación del acto.** 2.1. Concepto de vicio no trascendente. 2.2. Parámetros de la conservación del acto administrativo. **3. Instancia competente para declarar la nulidad. La nulidad de oficio.** 3.1. El llamado proceso de lesividad. **4. Efectos de la declaración de nulidad del acto administrativo.** 4.1. Responsabilidad administrativa ante la nulidad. 4.2. Los alcances de la nulidad.

La nulidad del acto administrativo es consecuencia de un vicio en los elementos constitutivos del acto. En el derecho administrativo, el o administrado solo puede pedir la nulidad si está legitimado, es decir solamente en los casos en que el acto afecte sus derechos subjetivos o intereses legítimos. Asimismo, la entidad administrativa solo puede anular de oficio un acto administrativo si el mismo vulnera el interés general. A esto se le llama principio de doble lesividad, al cual nos vamos a referir más adelante.

Y es que, los actos administrativos, dada su condición de actos emitidos por razón de interés general, se presumen válidos y producen todos sus efectos mientras no se declare su nulidad mediante los medios establecidos por la Ley[919]. Este principio, denominado presunción de validez o principio o presunción de legitimidad, funciona como una presunción legal, que opera en tanto no se genere una declaración expresa en contrario, sea de naturaleza administrativa o judicial.

La presunción de validez de los actos administrativos tiene un evidente origen en el tantas veces señalado interés general[920]. Sin embargo, no han sido pocas las veces que se le ha considerado contradictorio con ciertos principios de derecho administrativo. Para algunos, el vicio manifiesto —aquel que genera

919 Artículo 9º de la Ley N.º 27444.

920 DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge, "Régimen de la nulidad de los actos administrativos en la nueva Ley N.º 27444", en AA.VV., *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Ley N.º 27444*, ARA, Lima, 2003, p. 229.

la nulidad del acto— debe destruir de inmediato la presunción que venimos analizando. Ahora bien, es claro que la concepción de la nulidad como una situación de efectos retroactivos, contenida en la Ley, corrige en algo la aparente incongruencia de este principio.

1. LOS VICIOS QUE GENERAN LA NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO

La doctrina señala que los actos nulos, que padecen de vicios trascendentes, no pueden sanearse. En consecuencia, no son susceptibles de convalidarse, ni de aplicársele los mecanismos de conservación del acto establecidos en la Ley. Ahora bien, los vicios que tornan nulo a un acto administrativo pueden ser de dos tipos:

1.1. Vicios específicos de los actos administrativos

Son los que afectan a los requisitos de validez o elementos esenciales, de los que se ha hablado líneas arriba[921]. Tales vicios pueden ser:

1. ***Incompetencia***: Puede ser por razón de:
   - *Territorio*: Se produce si el órgano actuante excede el ámbito físico dentro del cual debe ejercer su competencia.
   - *Materia*: El órgano administrativo debe realizar las funciones que específicamente le competen, debe actuar dentro de la esfera de competencia que le corresponde. La competencia material de cada órgano de la Administración Pública está señalada por la norma, en cumplimiento del principio de legalidad. Si un órgano administrativo dictara un acto con contenido judicial, o si invadiera la esfera de atribuciones pertenecientes a otro órgano de la Administración, dicho acto sería nulo.
   - *Tiempo*: Se produce si el agente decide antes (todavía no asumió) o después (ya cesó en sus funciones) del tiempo en que su decisión hubiera sido válidamente posible[922].
   - *Grado*: El inferior jerárquico no puede dictar un acto que sea de la competencia del superior, ni el superior dictar, en principio, alguno que fuera de la exclusiva competencia del inferior por razones técnicas. Ello, salvo las consideraciones referentes a avocación o encargo de gestión señaladas en la Ley.
   - *Cuantía*: Cuando el monto de lo que se va a resolver no corresponde a la entidad u órgano que emite el acto.

921 Artículo 10º, inciso 2 de la Ley N.º 27444.
922 MORÓN URBINA, *Derecho procesal administrativo*, cit., [1997], p. 276.

2. ***Falta de motivación***: Si el acto está fundado en elementos falsos, es arbitrario y por ello nulo. Asimismo, es nulo el acto que adolece de motivación aparente, como hemos visto líneas arriba. También es inválido el acto ilógicamente motivado, es decir, cuando se obtiene una conclusión que no tiene relación con el argumento que se utiliza. La omisión de la motivación da origen a nulidad, ya que dicha ausencia no resulta ser susceptible de enmienda al tratarse no solo de un vicio de forma sino también de un vicio de fondo[923], que permite la emisión de pronunciamientos arbitrarios.
3. ***Vicios en el objeto***: Cuando el acto tuviera un objeto que no fuera cierto, o cuando se tratara de un acto físico o jurídicamente imposible. Queda claro que la imposibilidad debe ser originaria, puesto que la imposibilidad sobrevenida genera más bien la ineficacia del acto[924]. Por otro lado, la ilicitud del objeto implicaría también nulidad del acto, pero podría configurar también la comisión de un delito.
4. ***Vicio en la finalidad o desviación de poder***: Cuando el acto se ha dictado con un fin distinto al previsto por el legislador. Para que ocurra la denominada desviación de poder —tan mentada por la doctrina europea[925]— debe haber una autoridad administrativa con competencia, que haga uso de poder para un fin distinto del conferido por la ley[926]. Entre los supuestos de desviación de poder pueden estar los siguientes[927]:
   - Que el agente actúe con una finalidad personal;
   - Que los actos sean realizados con el objeto de beneficiar a terceros;
   - Que el fin perseguido sea de interés general pero distinto del fin preciso que la ley asigna al acto que se emite.
5. ***Vicios en las formas esenciales o el procedimiento***: Cuando se incurre en vicios graves respecto de los procedimientos que deben seguirse o cuando hay falta absoluta de forma exigida por la ley para la exteriorización del acto. Ahora bien, cuando las formalidades no son esenciales, procede la conservación del acto.

923 GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de procedimiento administrativo*, cit., p. 221.
924 GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, cit., T. I, p. 616.
925 COSCULLUELA MONTANER, *Manual de derecho administrativo*, cit., p. 311.
926 GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de procedimiento administrativo*, cit., p. 206.
927 MORÓN URBINA, *Derecho procesal administrativo*, cit., [1997], p. 268.

1.2. Vicios especiales de los actos administrativos

La Ley establece que son nulos los actos administrativos emitidos en contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias. En buena cuenta, sin embargo, dichos actos resultan ser nulos sea por la ilicitud o imposibilidad jurídica del objeto, como hemos señalado líneas arriba[928]. Esta disposición es consecuencia, sin embargo, del principio general que establece que es válido el acto administrativo que es conforme al ordenamiento jurídico[929].

Además, la Ley establece también que son nulos los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o trámites esenciales para su adquisición[930]. Esta causal tiene sentido en tanto existen mecanismos que permiten al administrado pasar por encima de ciertos mecanismos verificatorios, como el silencio administrativo positivo, la aprobación automática, la presunción de veracidad y otros. Y ello permite que entidad pueda protegerse frente a actos administrativos obtenidos de esta manera a través de la nulidad de oficio.

Asimismo, son nulos los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma[931]. Es preciso señalar que el carácter delictivo de la acción solo podrá ser establecido por la autoridad jurisdiccional[932]. Cierto sector de la doctrina señala entonces que ello interrumpiría el plazo de caducidad para la obtención de la nulidad de oficio, o de la nulidad a través de la acción de lesividad, en su caso. Sin embargo, la Ley no se pronuncia de manera alguna sobre el particular.

2. CONSERVACIÓN DEL ACTO

Los actos administrativos que adolecen de vicios leves, que no impiden la existencia de los elementos esenciales, son susceptibles de ser conservados, dentro de determinados parámetros. Cuando ello ocurre, se da el supuesto de conservación del acto del que habla el artículo 14º de la Ley N.º 27444 y que hace referencia a aquellos vicios que no son trascendentes.

La disposición legal que estamos comentando es una aplicación del principio de conservación, íntimamente relacionado con el principio de presunción de validez del acto administrativo, por el cual la declaración de nulidad constituye *última ratio* y debe ser empleada únicamente cuando no existe mecanismo viable para corregir el vicio existente. Sin embargo, esto no debe confundirse

928 Artículo 10º, inciso 1 de la Ley N.º 27444.
929 Artículo 8º de la Ley N.º 27444.
930 Artículo 10º, inciso 3 de la Ley N.º 27444.
931 Artículo 10º, inciso 4 de la Ley N.º 27444.
932 GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de procedimiento administrativo*, cit., p. 205.

con el concepto de anulabilidad del acto jurídico como ocurre por ejemplo en el derecho comparado[933], puesto que la conservación del acto administrativo no ocurre como resultado de una convalidación, sino a través de una enmienda.

2.1. Concepto de vicio no trascendente

Ahora bien, como el concepto de vicio no trascendente resulta ser muy abstracto, la Ley del Procedimiento Administrativo General ha enumerado qué es aquello a lo que puede considerársele como tal, consignando un conjunto de posibilidades[934].

En primer lugar, que el contenido sea impreciso o incongruente con las cuestiones surgidas en la motivación. En este caso es claro que basta un acto de enmienda para subsanar el vicio en el que se ha incurrido, precisando o aclarando la motivación.

En segundo lugar, que el acto tenga una motivación insuficiente o parcial. Análogamente, basta un acto posterior de enmienda, el mismo que posee eficacia retroactiva, para corregir el vicio incurrido. Ello se da porque esta causal de convalidación, como la anterior, afecta a la motivación como elemento esencial del acto administrativo.

Asimismo, que nos encontremos frente a formalidades no esenciales del procedimiento. Se reputan formalidades no esenciales aquellas cuya realización adecuada no habría impedido o cambiado el sentido de la decisión final en aspectos importantes, o cuyo incumplimiento no afectare el debido proceso del administrado. Sobre este inciso es necesario hacer algunas precisiones importantes. En primer lugar, esta causal de conservación ocurre cuando el vicio afecta al requisito de procedimiento regular, que se asimila, como lo hemos indicado, al principio de debido procedimiento y este a su vez al de debido proceso. En consecuencia, no todo defecto de procedimiento genera los mismos efectos respecto de la validez del acto[935]. En segundo lugar, es necesario señalar que no existe una adecuada objetivación en cuanto a lo que pueden considerarse formalidades no esenciales, toda vez que no se define lo que son *aspectos importantes,* definición que parece estarse dejando a la discrecionalidad de la Administración.

Por otro lado, esta definición de vicio no trascendente se relaciona íntimamente con la última que se señala en el artículo materia de análisis, en la cual el acto se puede convalidar si se emite con omisión de documentación no esencial. Si existen documentos que no resultan ser indispensables, se entiende que es una formalidad no esencial del procedimiento.

933 ENTRENA CUESTA, Rafael, *Curso de derecho administrativo*, Tecnos, Madrid, 1988, pp. 223 y ss.

934 Artículo 14º, inciso 14.2 de la Ley N.º 27444.

935 DANÓS ORDÓÑEZ, "Régimen de la nulidad de los actos administrativos en la nueva Ley N.º 27444", cit., p. 250.

Finalmente, cuando se concluya que el acto habría tenido el mismo contenido, de no haber ocurrido el vicio. En este último caso, se entiende que el vicio no deberá afectar en forma directa al contenido del acto.

La Ley ha tenido cuidado de subsumir el concepto de conservación del acto con el de anulabilidad tan empleado en la doctrina y la legislación comparadas[936]. De hecho, en ciertos sectores de la doctrina aun se considera que el acto administrativo es finalmente una modalidad de acto jurídico, razón por la cual resultarían aplicables las categorías propias de dicha institución.

Sin embargo y como lo hemos señalado de manera reiterada, la Administración Pública carece propiamente de voluntad, puesto que sus decisiones son resultado de procesos cognitivos en su interior, denominados procedimientos administrativos, como veremos más adelante. Ello significa que no puede aplicarse la regulación proveniente del acto jurídico al acto administrativo, salvo contadas excepciones, como son por ejemplo las modalidades, las mismas que incluso están limitadas como ya hemos visto.

2.2. Parámetros de la conservación del acto administrativo

Sin embargo, para hacer efectivo este mecanismo se requieren algunos requisitos. El primero, que no nos encontremos ante un vicio que no pueda subsanarse a través de un acto de enmienda. En esa situación resulta imposible enmendar el acto. En general, se entiende que los vicios derivados de incompetencia no pueden ser subsanados, puesto que no existe manera de corregir un vicio proveniente de la propia gestación del acto. Similar consideración debe hacerse en el caso de los vicios provenientes del objeto, en particular si el mismo es ilegal o imposible.

En segundo lugar, que el acto de enmienda no debe modificar el sentido o los alcances de la decisión que ha sido tomada por la autoridad administrativa. Si ello ocurriese, nos encontraríamos en realidad ante un vicio que no es susceptible de ser subsanado, lo cual desvirtúa la naturaleza del acto de enmienda, afectando además la tramitación del procedimiento administrativo que ha dado lugar al acto.

En tercer lugar, la enmienda deberá ser efectuada cumpliendo con las mismas formalidades que fueron empleadas para emitir la actuación administrativa que se va a enmendar. Esto es evidente toda vez que el acto de enmienda tiene efecto retroactivo y debe entonces generar similares efectos que los del acto que pretende corregir. Caso contrario, afectaría el procedimiento que dio lugar al acto.

Finalmente, resulta indispensable que el vicio que se va a corregir no haya generado un perjuicio a la entidad o a terceros que constituya responsabilidad, sea administrativa, civil o penal. En este caso, dado que el perjuicio ha sido

936 COSCULLUELA MONTANER, *Manual de derecho administrativo*, cit., p. 323; GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de procedimiento administrativo*, cit., p. 253.

consumado, el efecto retroactivo del acto de enmienda sería imposible, con lo cual únicamente cabe anularlo.

3. INSTANCIA COMPETENTE PARA DECLARAR LA NULIDAD. LA NULIDAD DE OFICIO

En principio, la instancia competente para declarar la nulidad de un acto es la jerárquicamente superior a aquella que lo emitió, a menos que no exista subordinación jerárquica, caso en el cual será la misma entidad la que emitirá la declaración de nulidad[937]. Esta última precisión resulta controversial, pues establece la posibilidad de que un funcionario que no está sometido a subordinación pueda anular sus propios actos —en particular cuando se goza de la facultad de declarar la nulidad de oficio—, lo cual establece un régimen discrecional muy amplio, máxime si existen múltiples autoridades que carecen de superiores jerárquicos, en particular las autoridades máximas de organismos públicos descentralizados, organismos constitucionales autónomos y municipalidades.

Ahora bien, si bien la Administración puede declarar la nulidad de actos administrativos a pedido de parte —a través de los recursos administrativos establecidos por la Ley[938]— también puede ejercer dicha potestad de oficio cuando se incurra en las causales de nulidad del artículo 10º de la Ley, y aun cuando los mismos hayan quedado firmes[939]. La razón de ello la encontramos en el hecho de que la Administración Pública actúa bajo el impulso del cumplimiento de metas colectivas. De acuerdo con lo señalado, existe la posibilidad que la Administración pueda invocar hechos propios, facultad en principio vedada a los particulares. Esta previsión no resulta ser una novedad de la Ley de Procedimiento Administrativo General, puesto que se encontraba contenida en el artículo 112º del Reglamento de Normas Generales de Procedimientos Administrativos y en el artículo 109º del Decreto Supremo N.º 02-94-JUS.

Sin embargo, la declaración de nulidad de oficio posee evidentes límites establecidos por la Ley. En primer lugar, existe un límite temporal, pues la facultad prescribe al año de haber quedado consentido el acto administrativo[940]. Dicho límite no había sido establecido por el reglamento, pero sí por el Decreto Ley Nº 26111, que estableció el plazo de seis meses, y la Ley N.º 26960, que estableció (en su 1ª DFC, posteriormente declarada inconstitucional por la STC N.º 004-2000-AI/TC) el plazo, evidentemente excesivo, de tres años.

Asimismo existe un límite objetivo o material para el ejercicio de la nulidad de oficio, dado que el acto debe agraviar el interés general para que pueda justificarse su anulación, previsión que se encontraba también en las normas

937 Artículo 11º, inciso 11.2 de la Ley N.º 27444.
938 Artículo 11º, inciso 11.1 de la Ley N.º 27444.
939 Artículo 202º, inciso 202.1 de la Ley N.º 27444.
940 Artículo 202º, inciso 202.3 de la Ley N.º 27444.

derogadas. Finalmente, no cabe la nulidad de oficio declarada por consejos o tribunales regidos por leyes especiales, lo cual resulta obvio si consideramos que dichos organismos ejercen funciones de resolución de controversias[941]. Contra ellos solo cabe el proceso de lesividad, como veremos enseguida.

3.1. El llamado proceso de lesividad

De la misma forma, se justifica que la Administración pueda recurrir al proceso contencioso administrativo a fin de impugnar el acto nulo, una vez transcurrido el plazo de prescripción para poderlo hacer de oficio[942]. A ello la doctrina denomina *acción o proceso de lesividad*. Es necesario precisar que el plazo que se concede a la Administración —dos años— es sustancialmente mayor que el concedido a los particulares en la misma situación, el cual de acuerdo a la Ley del Proceso Contencioso Administrativo no excede, en el mejor de los casos, los tres meses.

Es evidente que la interposición de la demanda contencioso administrativa por parte de la entidad administrativa requiere la emisión de una acto administrativo habilitante, el mismo que precise la afectación del interés general que se ha generado con la emisión del acto, así como el vicio en el cual se ha incurrido. A su vez, dicho acto habilitante es resultado de un procedimiento de oficio en el cual se ha evaluado la iniciación del proceso judicial de lesividad.

La norma legal precedente, el Texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, señaló durante un periodo de tiempo la imprescriptibilidad de la acción de nulidad a iniciarse por parte de la Administración[943], a través de una modificación al artículo 109º de dicha norma, la misma que no establecía la existencia del proceso de lesividad. Dicha condición resultaba ser, a todas luces, inconstitucional, como indicaremos más adelante[944].

941 Artículo 202º, inciso 202.5 de la Ley N.º 27444.

942 Artículo 202º, inciso 202.4 de la Ley N.º 27444.

943 Del Texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos:

Artículo 109º.- En cualquiera de los casos enumerados en el artículo 43, podrá declararse de oficio la nulidad de las resoluciones administrativas, aun cuando hayan quedado consentidas, siempre que agravien el interés público.

En caso haya caducado el plazo correspondiente, el Estado deberá interponer la acción de nulidad ante el Poder Judicial. Dicha acción es imprescriptible, salvo ley expresa en contrario.

944 La sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de junio de 2001 declaró inconstitucional en parte la Ley N.º 26960, la cual incluía la modificación legal de la norma legal en mención señalando la imprescriptibilidad de la acción de nulidad. Ahora bien, se discutió ampliamente si la declaración de inconstitucionalidad antes indicada generaba un vacío legal, o más bien generaba la imposibilidad de que la Administración pueda accionar para obtener la nulidad de las resoluciones que emite, por lo menos hasta que entre en vigencia la Ley que venimos comentando. Sobre el particular, véase DANÓS ORDÓÑEZ, "Régimen de la nulidad de los actos administrativos en la nueva Ley N.º 27444", cit., p. 261.

Sin embargo, todavía se discute la pertinencia del establecimiento de una diferencia tan grande entre el plazo que se otorga a la Administración Pública en relación con los particulares. Hoy en día, el plazo para impugnar las resoluciones administrativas se encuentra señalado en la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo.

4. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO

En primer término, la declaración de nulidad tiene efectos retroactivos a la fecha de emisión del acto que se anula, dado que este se reputa inexistente, una vez declarada la nulidad, desde la fecha de su emisión[945]. Esta previsión legal busca matizar la rigidez de la presunción de validez a la que hemos hecho referencia líneas arriba.

Sin embargo, cabe la posibilidad de que dicho acto administrativo haya generado efectos a favor de administrados que han obrado de buena fe, desconociendo la existencia de causales de nulidad del citado acto. En este último supuesto, la nulidad produce efectos hacia delante y en cuanto a dichos administrados.

Asimismo, si un acto administrativo es declarado nulo, los administrados no están obligados a su cumplimiento y los servidores públicos deberán oponerse a la ejecución del acto, fundando y motivando su negativa[946]. El acto administrativo nulo es inexigible para los administrados, y a la vez, debe ser inaplicado por los funcionarios de las entidades.

4.1. Responsabilidad administrativa ante la nulidad

La emisión de actos nulos genera responsabilidades administrativas, cuya imputación resulta indispensable para desincentivar dichas conductas. En consecuencia, la resolución que declara la nulidad, además dispondrá lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad del emisor del acto inválido[947]. Dicha responsabilidad es de índole administrativa y genera las sanciones establecidas en la Ley. Inclusive, no obstante se genere la conservación del acto cuando ello procede, subsiste la responsabilidad administrativa de quien emitió el acto viciado, salvo que la enmienda se produzca sin pedido de parte y antes de la ejecución del citado acto[948].

En caso de que el acto viciado se hubiera consumado, o bien sea imposible retrotraer sus efectos, solo dará lugar a la responsabilidad de quien dictó el acto y en su caso, a la indemnización para el afectado[949]. En principio, sin embargo,

945 Artículo 12º, inciso 12.1 de la Ley N.º 27444.
946 Artículo 12º, inciso 12.2 de la Ley N.º 27444.
947 Artículo 11º, inciso 11.3 de la Ley N.º 27444.
948 Artículo 14º, inciso 14.3 de la Ley N.º 27444.
949 Artículo 12º, inciso 12.3 de la Ley N.º 27444.

la nulidad de un acto no genera necesariamente la obligación de indemnizar, a menos que exista un daño efectivo e individualizado que haya sido generado por dicha nulidad, como lo hemos señalado en el capítulo respectivo de este trabajo.

4.2. Los alcances de la nulidad

La Ley señala además los alcances de la declaración de nulidad de un acto administrativo y hasta dónde llega la misma. En primer lugar, la nulidad de un acto administrativo afecta a los demás actos que dependen directamente de este[950]. Es decir, a los sucesivos en el procedimiento, cuando se encuentren vinculados a aquel[951].

Asimismo, la Ley contempla la posibilidad de la nulidad parcial del acto y la posibilidad de validez de parte del mismo. Ello más bien nos pone en un supuesto del denominado acto administrativo complejo —de discutida existencia en la doctrina—, en el cual, en un solo acto, la Administración emite diversas declaraciones, las cuales generan distintos efectos jurídicos. Ahora bien, la nulidad parcial del acto administrativo no alcanza a las otras partes del acto que resulten independientes de la parte nula, salvo que sea su consecuencia, ni impide la producción de efectos para los cuales no obstante el acto pueda ser idóneo, salvo disposición legal en contrario[952].

Finalmente, la declaración de nulidad del acto no alcanza la de los actos, actuaciones o trámites que no hubiesen sido alcanzados por el vicio en cuestión. Quien declara la nulidad, dispone la conservación de aquellas actuaciones o trámites cuyo contenido hubiere permanecido igual de no haberse incurrido en el vicio[953]. Esto último tiene sentido a nivel del procedimiento administrativo, pues permite reconstruir el mismo a partir de la eliminación del vicio que condujo a la nulidad del acto que puso fin a dicho procedimiento.

950 GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de procedimiento administrativo*, cit., p. 264.
951 Artículo 13º, inciso 13.1 de la Ley N.º 27444.
952 Artículo 13º, inciso 13.2 de la Ley N.º 27444.
953 Artículo 13º, inciso 13.3 de la Ley N.º 27444.

Capítulo XV

LA EFICACIA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS: NOTIFICACIÓN Y PUBLICACIÓN

SUMARIO: 1. La eficacia de los actos administrativos. 1.1. Eficacia inmediata. 1.2. Eficacia anticipada. 1.3. Eficacia diferida. **2. La notificación de actos administrativos.** 2.1. Requisitos. 2.2. Plazo de la notificación. 2.3. Realización de la notificación. 2.4. La notificación personal y los ajustes efectuados por el Decreto Legislativo N.º 1029. 2.4.1. Cuando el domicilio del administrado ha sido ubicado. 2.5. Notificación no personal. 2.6. Actos con dispensa de notificación. **3. La publicación del acto administrativo.** 3.1. La publicación como notificación. 3.2. Requisitos. **4. Los efectos jurídicos de la publicidad del acto administrativo.** 4.1. Naturaleza jurídica de los medios de publicidad. **5. Notificaciones defectuosas.** 5.1. Saneamiento de notificaciones defectuosas.

Los actos administrativos están sujetos a ciertos requisitos a fin de que su procedimiento y eficacia no sean atacados de vicios que generen su invalidez. Ahora bien, se entiende por eficacia de un acto administrativo su capacidad para producir efectos jurídicos, a diferencia de la validez, que como ya dijimos es más bien la conformidad del acto con el ordenamiento jurídico. En consecuencia, un acto válido puede no ser eficaz, por diversas circunstancias que luego veremos.

Ahora bien, esta eficacia tiene relación directa con el hecho de que el contenido del acto sea conocido por quienes pueden ser afectados por el mismo, como una garantía para el administrado contra un accionar indebido de la Administración. La puesta en conocimiento del acto administrativo se denomina *notificación*, y constituye, de acuerdo a la doctrina, un medio de publicidad administrativa. A su vez, la publicación del acto administrativo constituye una modalidad de notificación, y puede operar en vía principal o de manera subsidiaria, como veremos más adelante.

1. LA EFICACIA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

Como lo hemos señalado líneas arriba, los actos de las Administraciones Públicas que se encuentren sujetos al derecho administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se notifiquen[954].

954 Artículo 16º, inciso 16.1 de la Ley N.º 27444.

1.1. Eficacia inmediata

La eficacia del acto está en principio supeditada a la notificación o publicación del acto. Ahora bien, y salvo que en ellos se disponga otra cosa, el acto que favorece al administrado genera efectos desde su emisión[955]. Esta previsión tiene a, por obvia finalidad, favorecer al administrado y permitirle no tener que esperar hasta la notificación del acto para hacer operativo este y exigir su ejecución. La Ley, sin embargo, no señala qué ocurre si es que el acto —no obstante que la Administración determine lo contrario— en realidad no favorece al particular y este quiere impugnarlo. Deberá entenderse entonces que el plazo para impugnar es a partir de la notificación del acto y no a partir de su emisión. De la misma manera, la Ley no se pronuncia respecto de aquellos actos que puedan favorecer a ciertos administrados, pero pudiera perjudicar a otros.

1.2. Eficacia anticipada

Como ya se había adelantado, el acto administrativo, en determinadas circunstancias puede tener efecto retroactivo, lo cual se traduce en la generación de efectos de manera anticipada. El establecimiento de estas circunstancias se basa en particular en presupuestos de protección a derechos de los administrados[956], así como en consideraciones de interés general; no obstante que importantes sectores de la doctrina consideran que la regla general, basada en la seguridad jurídica, es la irretroactividad de los actos administrativos[957].

En ese orden de ideas, el ordenamiento jurídico establece que podrá otorgarse eficacia retroactiva a los actos cuando produzcan efectos favorables a la persona interesada, siempre que los supuestos de hecho necesarios existieran ya en la fecha a que se retrotraiga la eficacia del acto y esta no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas[958]. Casos de esto son las licencias y permisos, así como las inscripciones registrales, cuyos efectos se retrotraen a la fecha de presentación de la solicitud.

Asimismo, tienen eficacia anticipada los actos que se dicten en enmienda y los que contengan una declaratoria de nulidad[959]. Un acto se dicta en enmienda cuando el efecto a conseguir es corregir o subsanar un defecto no sustancial, es decir, cuando este último no genera nulidad, a fin de obtener su conservación. Evidentemente, la enmienda debe surtir efecto desde la emisión del acto enmendado. Por otro lado, y como se ha indicado en el capítulo precedente, el acto nulo es tal desde su emisión, salvo evidentes consideraciones de posible afectación de derechos adquiridos de buena fe por parte de terceros.

955 Artículo 16º, inciso 16.2 de la Ley N.º 27444.
956 GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, cit., T. I, pp. 576-577.
957 GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de procedimiento administrativo*, cit., p. 232.
958 Artículo 17º, inciso 17.1 de la Ley N.º 27444.
959 Artículo 17º, inciso 17.2 de la Ley N.º 27444.

Finalmente, y no obstante no estar señalados de manera expresa en el artículo 17º de la Ley, debemos señalar que tienen también efectos retroactivos los llamados actos rectificatorios, es decir, aquellos que pretenden corregir errores materiales o aritméticos que existen en un acto determinado de fecha anterior. Dicha rectificación puede darse en cualquier momento, de oficio o a instancia de los administrados, siempre que no se altere lo sustancial del contenido del acto ni el sentido de la decisión. La rectificación antes referida adopta las formas y modalidades de comunicación o publicación que corresponda para el acto original[960].

1.3. Eficacia diferida

Por otro lado, los actos administrativos pueden poseer eficacia diferida, es decir, aquella que se da en un momento incluso posterior al de la notificación del acto[961]. Esta eficacia diferida se da por diversos motivos y ante diversas circunstancias que el ordenamiento jurídico considera pertinentes. Un ejemplo de acto administrativo de eficacia diferida es aquel sometido a modalidad, en particular a condición suspensiva, plazo suspensivo o sometido a modo o cargo. La eficacia del acto, en consecuencia, está supeditada a la generación del evento, sea incierto, cierto o sometido a la acción del administrado, respectivamente.

Ahora bien, existe una interesante controversia en la doctrina respecto a la pertinencia de la condición suspensiva en el acto administrativo, puesto que los ejemplos que se emplean para demostrar su existencia tienen como requisito la generación de un hecho futuro e incierto que condiciona la generación de sus efectos de manera general, lo cual en realidad constituye un reglamento. Es por ello que se señala que no existe la posibilidad de la generación de una condición suspensiva en el caso de un acto administrativo.

Otro supuesto, que no debe confundirse con la condición, es la suspensión provisional del acto administrativo, que según la ley genera la pérdida de efectividad y ejecutoriedad[962], cuando en realidad implica que dichas condiciones se encuentran pendientes mientras dure la suspensión. Un ejemplo de esta suspensión provisional es la generada ante la presentación de un recurso administrativo, cuando se cumple con los requisitos establecidos en la Ley N.º 27444, dado que, en principio, la impugnación administrativa no suspende los efectos del acto[963]. Dicha suspensión puede darse cuando la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación o cuando se aprecie objetivamente la existencia de un vicio de nulidad trascendente.

960 Artículo 201º de la Ley N.º 27444.
961 MORÓN URBINA, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., p. 100.
962 Artículo 193º, inciso 193.1 de la Ley N.º 27444.
963 Artículo 216º, inciso 216.1 de la Ley N.º 27444.

Es necesario señalar, por otro lado, que la resolución emitida en un proceso sancionador será ejecutiva únicamente cuando ponga fin a la vía administrativa, ello sin perjuicio de las medidas cautelares que puedan obtenerse en el eventual proceso contencioso administrativo que se promueva. Esto es una excepción adicional al principio general de ejecutoriedad del acto administrativo, admitida por gran parte del Derecho y la doctrina comparados[964], con lo cual la resolución en cuestión también tiene eficacia diferida. Sin embargo, la Administración podrá adoptar las medidas cautelares precisas para garantizar la eficacia de la resolución emitida, en tanto la misma no sea ejecutiva.

2. LA NOTIFICACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS

La notificación es el acto a través del cual se pone en conocimiento del interesado el contenido de un acto administrativo. Asimismo, existe un régimen de notificación aplicable a diversos actos de la Administración, tales como citatorios, emplazamientos y otros. En principio, todo acto que pueda afectar al administrado debe serle notificado, incluso los actos administrativos de mero trámite.

La función fundamental de la notificación es brindar eficacia al acto administrativo, al permitir que este pueda ser de conocimiento de aquella persona que va a ser afectada por la resolución. De hecho, la notificación genera certeza respecto al momento de emisión del acto administrativo, puesto que, en la práctica, la fecha que el acto administrativo muestra no es necesariamente la fecha en que el mismo ha sido emitido.

Asimismo, la notificación del acto administrativo permite que el administrado pueda realizar las acciones conducentes a la ejecución y/o cumplimiento del acto —cuando este le favorece— así como permite que pueda interponer los recursos que considere adecuados o iniciar los procesos judiciales pertinentes, si el acto administrativo perjudica sus intereses.

2.1. Requisitos

Ahora bien, las resoluciones y actos administrativos que afecten a los derechos e intereses de las personas interesadas se notificarán cumpliendo con un conjunto de requisitos[965]. En primer lugar deberá contener el texto íntegro de la resolución, con la respectiva motivación, lo cual puede implicar adjuntar copia certificada o transcribir el texto de la misma; sin modificación alguna[966].

Asimismo, deberá señalar el procedimiento administrativo dentro del cual haya sido dictado, información muy útil en especial en procedimientos administrativos iniciados de oficio. En este caso, el acto de inicio del procedimiento contiene

964 GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, cit., T. I, p. 199; GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de procedimiento administrativo*, cit., p. 475.

965 Artículo 24º, inciso 24.1 de la Ley.

966 MORÓN URBINA, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., p. 187.

un conjunto de elementos adicionales, los cuales se han establecido a fin de cautelar el derecho de defensa del administrado. A ello nos vamos a referir en el capítulo respectivo.

Además, la notificación deberá explicitar la autoridad e institución de la cual procede el acto y su dirección; así como la fecha de vigencia del acto notificado, debiéndose entender como tal la fecha de su notificación salvo que estemos frente a un acto administrativo sometido a plazo suspensivo, lo cual debe ser señalado expresamente.

Por otro lado, la notificación contiene la indicación respecto al agotamiento de la vía administrativa, lo cual es medular para la iniciación del proceso contencioso administrativo. Ello es muy importante teniendo en cuenta que el administrado no necesariamente conoce la estructura de la vía administrativa en una entidad determinada[967], la cual se puede complicar si es que dicha vía se agota a través de un ente distinto al que emitió la resolución de primera instancia.

Finalmente, la notificación del acto administrativo deberá contener también la expresión de los recursos que procedan contra dicho acto, el órgano ante el que hubieran de presentarse y el plazo para interponerlos; sin perjuicio de que las personas interesadas puedan ejercitar cualquier otro tipo de recurso que estimen procedente. Este requisito es complementario al que hemos descrito en el párrafo precedente, puesto que si el acto administrativo no agota la vía, la autoridad administrativa debe indicar el mecanismo requerido para concluir con la misma.

2.2. Plazo de la notificación

Una de la interesantes novedades que traía el Decreto Legislativo N.º 1029 es la reforma del artículo 188º de la Ley N.º 27444, preceptuándose que el plazo consignado establecido en el procedimiento administrativo respectivo, para que la autoridad administrativa emita el pronunciamiento correspondiente, incluye el plazo que la entidad tiene para notificar dicho pronunciamiento, que es de cinco días conforme lo dispuesto por el artículo 24º de dicha norma.

Antes de la vigencia de la actual redacción de dicho artículo se entendía que dicho plazo estaba incorporado en aquel tras el cual se generaba el silencio administrativo. La evidente razón de esta interpretación se encontraba en el hecho de que la fecha consignada en un acto administrativo como fecha de emisión no necesariamente es cierta, siendo la única fecha cierta la de notificación al administrado.

2.3. Realización de la notificación

La notificación es el mecanismo al interior del procedimiento administrativo por el que se da cuenta a quienes interese de los actos emitidos por las entidades

967 MORÓN URBINA, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., p. 187.

que forman parte de la Administración Pública. La notificación, entonces, es una actuación material de la Administración, también conocido como hecho administrativo, y no un acto administrativo adicional.

Las notificaciones se practicarán por cualquier medio que permita hacer que lo resuelto en el acto administrativo sea de conocimiento de la persona interesada o su representante, así como la fecha, la identidad y el contenido del acto notificado. La Ley prefiere, por razones de protección a los intereses de los administrados, la notificación personal en el domicilio del interesado, razón por la cual establece un evidente orden de prelación[968].

Por otro lado, de conformidad con la Ley, también es posible notificar al interesado vía telegrama, correo certificado, telefax, correo electrónico o cualquier otro medio que permita comprobar que ha sido recibida la comunicación, a falta de la posibilidad de efectuar la notificación personal. Ello es válido cuando el empleo de cualquiera de estos medios hubiese sido solicitado expresamente por el administrado.

Finalmente, la Ley considera que la publicación es una forma de notificación, la misma que también opera de manera residual, a falta de las dos modalidades previas. A ello haremos referencia en un acápite posterior. Es necesario señalar que, no obstante que la autoridad no puede suplir alguna modalidad con otra, esta podrá complementariamente recurrir a varios de los mecanismos a fin de asegurar que el administrado tenga la mayor posibilidad de conocer el acto emitido[969]. Lo que ocurre, en primer término, es que la notificación personal resulta ser siempre la modalidad más garantista. En segundo lugar, la publicación no es más que una notificación ficta, que no asegura que el administrado haya tenido conocimiento del acto emitido.

Asimismo, la norma menciona que respecto a los citatorios, a los emplazamientos, a los requerimientos de documentos o de otros actos administrativos análogos el tratamiento jurídico será similar el señalado en este punto[970]. Dichos actos, si bien son de trámite, requieren ser de conocimiento oportuno de los administrados, a fin de que los mismos puedan ejercer adecuadamente sus derechos.

2.4. La notificación personal y los ajustes efectuados por el Decreto Legislativo N.º 1029

La notificación personal se practicará en el lugar que esta haya señalado a tal efecto en la solicitud o en un escrito posterior, o en el último domicilio que la persona haya señalado en otro procedimiento análogo[971]. Ello implica ade-

968 Artículo 20º, inciso 20.1 de la Ley.
969 Artículo 20º, inciso 20.2 de la Ley.
970 Artículo 20º, inciso 20.3 de la Ley.
971 Artículo 21º, inciso 21.1 de la Ley.

más que la entidad tendrá por válido el domicilio señalado por el administrado mientras el mismo no lo modifique expresamente[972], sin que se admita prueba en contrario.

Ahora bien, el Decreto Legislativo N.º 1029 ha efectuado un importante ajuste a esta regulación estableciendo que en el caso de que el administrado no haya señalado domicilio, o el que haya señalado no exista, la autoridad deberá emplear el domicilio señalado en el documento nacional de identidad del administrado, salvo que se acredite que el mismo efectivamente ha desaparecido, que justifica la realización de la publicación como medio de notificación en aplicación del artículo 23º de la Ley del Procedimiento Administrativo General. La redacción anterior de la norma preceptuaba que si el administrado no ha señalado domicilio, la autoridad debía agotar su búsqueda mediante los medios que se encuentren a su alcance, recurriendo a fuentes de información de las entidades de la localidad.

Ahora bien, esto genera dos puntos que es preciso aclarar. En primer lugar, la Ley no determina qué es lo que ocurre si es que nos encontramos ante una persona jurídica cuyo domicilio la Administración Pública requiere ubicar. En este caso debería ser de aplicación el domicilio establecido en el Registro Único de Contribuyentes (RUC), el mismo que es válido en aplicación de la normativa de la materia y que además es verificado por la Administración Tributaria[973].

En segundo lugar, el artículo 23º de la Ley N.º 27444 no ha sido modificado por el Decreto Legislativo N.º 1029, con lo cual muestra cierta incoherencia con la redacción actual del artículo 21º antes referido. En particular porque no todos los supuestos originalmente establecidos en dicha norma resultan hoy aplicables a efectos de efectuar la publicación en vía subsidiaria. A ello nos referiremos más adelante.

2.4.1. Cuando el domicilio del administrado ha sido ubicado

Cuando la notificación se practique en el domicilio de la persona interesada, debe entregarse copia del acto notificado y señalar la fecha y hora en que es efectuada, recabando el nombre y firma de la persona con quien se entienda la diligencia[974]. En caso de que esta no se halle presente en él en el momento de entregarse la notificación, podrá hacerse cargo de la misma cualquier persona que se encuentre en el domicilio y haga constar su identidad, así como su relación con el administrado[975].

Ahora bien, cuando la persona interesada o su representante rechace la notificación de una actuación administrativa, se hará constar ello en el expediente,

972 Numeral 5 del artículo 113º de la Ley N.º 27444.
973 Artículo 11º del Código Tributario.
974 Artículo 21º, inciso 21.3 de la Ley N.º 27444.
975 Artículo 21º, inciso 21.4 de la Ley N.º 27444.

a través del acta respectiva, especificándose las circunstancias del intento de notificación, y se considerará efectuado el trámite, teniéndose por bien notificado[976], por lo que se seguirá adelante con el procedimiento administrativo de que se trate.

Esta última actuación genera amplia polémica en la doctrina, al no resultar suficientemente garantista en relación con los derechos del administrado[977], en especial si la notificación es en sí misma defectuosa, e incluso, en casos en que la misma en realidad no se haya realizado. En estos casos el administrado tampoco tendría mecanismos adecuados de defensa ante un comportamiento arbitrario de las entidades al momento de realizar la notificación. Por ello la notificación dejará constancia de las características del lugar donde se ha notificado.

El Decreto Legislativo N.º 1029 ha modificado dicho artículo 21º, disponiendo que en el caso de no encontrarse persona alguna en el domicilio, el notificador deberá dejar constancia de ello en el acto de notificación, dejar un aviso en dicho domicilio, y regresar en una nueva fecha a fin de efectuar la referida notificación, la misma que podrá ser colocada bajo la puerta en caso de que el administrado no se encuentre. Dicha regulación es muy similar a la contenida en el Código Procesal Civil[978], la misma que resulta más adecuada para ambas partes.

Finalmente, la notificación personal surte efecto desde el día que ha sido realizada[979]. Evidentemente, los plazos que corresponda, sea para impugnar, sea para cumplir con lo ordenado por el acto, se computan desde el día hábil siguiente al día en el cual ocurre la notificación. Respecto al cómputo de los plazos, lo trataremos más adelante en el capítulo respectivo.

2.5. Notificación no personal

La notificación vía correo o telegrama, o a través de medios electrónicos o informáticos, se encuentra sujeta, en principio, a los mismos requisitos de contenido que los que resulten aplicables a la notificación en general y en especial a la notificación personal. En este contexto resulta de particular relevancia la noti-

976 Artículo 21º, inciso 21.3 de la Ley N.º 27444.

977 GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de procedimiento administrativo*, cit., p. 305.

978 Código Procesal Civil:

Artículo 161º.- Entrega de la cédula a personas distintas.-

Si el notificador no encontrara a la persona a quien va a notificar la resolución que admite la demanda, le dejará aviso para que espere el día indicado en este con el objeto de notificarlo. Si tampoco se le hallara en la nueva fecha, se entregará la cédula a la persona capaz que se encuentre en la casa, departamento u oficina, o al encargado del edificio, procediendo en la forma dispuesta en el artículo 160º. Si no pudiera entregarla, la adherirá en la puerta de acceso correspondiente a los lugares citados o la dejará debajo de la puerta, según sea el caso.

Esta norma se aplica a la notificación de las resoluciones a que se refiere el artículo 459º.

979 Artículo 25º de la Ley N.º 27444.

ficación a través del correo electrónico, la misma que es empleada en ciertos procedimientos especiales

En particular, en el contexto de los procesos de selección en el ámbito de la contratación pública se señala que todos los actos realizados durante los procesos de selección deberán ser notificados a través del Seace. A solicitud del participante, en adición a la notificación efectuada por medio del Seace, se le notificará personalmente en la sede de la entidad o a la dirección de correo electrónico que consigne al momento de registrarse como participante[980].

Ahora, en el ámbito de lo señalado en el párrafo anterior existen dos limitaciones. La primera, que el administrado debe de haber solicitado expresamente la utilización de estos mecanismos de notificación. La segunda, que su empleo opera de manera residual al no existir posibilidad de la notificación personal[981]. Sin embargo, se establece como resultado del Decreto Legislativo N.º 1029 que el administrado podrá ser notificado vía correo electrónico si hubiera consignado en su escrito alguna dirección electrónica que conste en el expediente, siempre que haya dado su autorización expresa para ello; no siendo en este caso de aplicación el orden de prelación establecido en la Ley[982].

La principal dificultad que se encuentra a estos medios de notificación es que no siempre puede obtenerse constancia de su recepción, a menos que el administrado realice actos que permitan suponer que tuvo conocimiento oportuno del acto emitido. Para ello, es preferible emplear correo certificado, así como servidores de correo electrónico que permitan la obtención de constancia de su lectura por el destinatario.

Finalmente, las notificaciones de esta naturaleza surten efectos el día que conste haber sido recibidas por el administrado[983]. Lo complejo de esta disposición es que no siempre dicha constancia coincide exactamente con la fecha en la cual el administrado efectivamente toma conocimiento de la resolución emitida, como podría ocurrir por ejemplo con la recepción de un fax. Por ello debe preferirse siempre el correo certificado o la comunicación electrónica, como ya lo hemos señalado.

2.6. Actos con dispensa de notificación

Existen ciertos actos administrativos respecto de los cuales la Administración no se encuentra obligada a efectuar la notificación, al existir la certeza de que el Administrado ha tomado conocimiento indubitable del contenido de los mismos y en mérito de la aplicación del principio de eficacia[984]. El primer caso señalado

980 Artículo 25º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
981 Artículo 20º, inciso 20.1 de la Ley N.º 27444.
982 Artículo 20º, inciso 20.4 de la Ley N.º 27444.
983 Artículo 25º de la Ley N.º 27444.
984 MORÓN URBINA, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., p. 108.

en la Ley corresponde al del acto emitido en presencia del particular[985], por ejemplo en los casos en los cuales este asiste a una audiencia dentro de un proceso administrativo determinado. Requisito esencial aplicable a este supuesto es la existencia de acta en la cual conste la asistencia del administrado. En tal circunstancia, el particular ha sido informado de la emisión del acto y de su contenido. Como resultado inmediato, la fecha de la emisión del acto implica el inicio del plazo para la presentación de los recursos a los que haya lugar.

Por otro lado, la Ley entiende que no es necesaria la notificación cuando el administrado toma conocimiento del acto a través de la revisión que se realiza del expediente, obteniendo una copia de la resolución y dejándose constancia en el expediente, a modo de cargo de notificación[986]. Dicha figura se muestra similar con la denominada notificación por nota, propia de los procesos judiciales. En tal sentido, la toma de conocimiento por parte del particular en esta vía se configura como una verdadera notificación, con los efectos consiguientes.

3. LA PUBLICACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO

El principio general es que los actos administrativos sean objeto de publicación cuando así lo establezcan las normas reguladoras de cada procedimiento o cuando lo aconsejen razones de interés general apreciados por el órgano competente. La publicación implica la puesta en conocimiento del público en general de la emisión realizada, a diferencia de la notificación propiamente dicha, que es una puesta en conocimiento particular.

La publicación procede, en vía principal, cuando lo emitido por la entidad consiste en disposiciones de alcance general, las mismas que podrían subsumirse en los conceptos señalados respecto a los actos de contenido normativo, que como hemos señalado no configuran actos administrativos. El ejemplo más claro de esto son los reglamentos, a los cuales ya nos hemos referido en este trabajo.

Asimismo, procede la publicación cuando se ha emitido un acto administrativo que interesa a un número indeterminado de personas que no se han apersonado al proceso y que no tienen domicilio conocido[987]. Ejemplo de esto último lo encontramos en los procedimientos que tienen relación con el medio ambiente, la defensa al consumidor, los servicios públicos, entre otros.

3.1. La publicación como notificación

Por otro lado, la publicación sustituirá a la notificación, en cuanto a actos de carácter particular, operando en vía subsidiaria y surtiendo sus mismos efectos, en un conjunto de casos determinados legalmente[988]. En primer término, cuando

985 Artículo 19º, inciso 19.1 de la Ley N.º 27444.
986 Artículo 19º, inciso 19.2 de la Ley N.º 27444.
987 Artículo 23º, inciso 23.1.1 de la Ley N.º 27444.
988 Artículo 23º, inciso 23.1.2 de la Ley N.º 27444.

la Ley lo exija en forma expresa, no obstante que el acto se encuentra dirigido a un particular determinado, a fin de que dicho acto sea de conocimiento público.

Asimismo, deberá efectuarse la publicación cuando resulte impracticable cualquier otra modalidad, al haber agotado la Administración las pesquisas destinadas obtener el domicilio del administrado. En primer lugar, parece haberse dejado a discrecionalidad de la Administración la determinación respecto a cuándo se considera que se ha agotado la búsqueda en cuestión. En segundo lugar, siempre debería ser posible obtener el domicilio del administrado, a través del DNI, el mismo que se presume válido; salvo que incluso el domicilio consignado en dicho documento sea equivocado.

Además, debe emplearse la publicación cuando se han practicado las modalidades existentes a las que ya hemos hecho mención, sin que haya existido resultado alguno. Ello puede ocurrir sea porque la persona a quien deba notificarse haya desaparecido, sea equivocado el domicilio aportado por el administrado o se encuentre en el extranjero sin haber dejado representante legal, pese al requerimiento efectuado a través del Consulado respectivo.

En el primer caso, dadas las reformas generadas por el Decreto Legislativo N.º 1029º es evidente que deberá requerirse declaración judicial de dicha desaparición, lo que el Código Civil denomina designación de curador interino[989]. En este caso tampoco debería ser procedente la publicación, toda vez que se procedería a notificar con el acto administrativo al curador interino.

En el segundo caso, es evidente que dicha causal ya no resulta aplicable, pues siempre será posible recurrir al domicilio consignado en el DNI, a fin de determinar el domicilio correcto del administrado. Solo en el caso en el cual el domicilio señalado en el documento sea inexistente deberá procederse a la publicación, como ya se ha señalado líneas arriba.

Finalmente, en el último caso, es evidente que la publicación carece de todo sentido, puesto que es imposible que el administrado pueda revisar el diario oficial encontrándose fuera del país sin poder ser ubicado, a lo que debe agregarse que el Perú no posee consulados en todos los países del mundo. En este caso debería ser aplicable lo dispuesto por el Código Civil en materia de desaparición, debiendo preguntarnos si la Administración Pública goza de

989 Código Civil:
Artículo 47º.- Nombramiento de curador por desaparición
Cuando una persona no se halla en el lugar de su domicilio y han transcurrido más de sesenta días sin noticias sobre su paradero, cualquier familiar hasta el cuarto grado de consanguinidad o afinidad, excluyendo el más próximo al más remoto, pueden solicitar la designación de curador interino. También puede solicitarlo quien invoque legítimo interés en los negocios o asuntos del desaparecido, con citación de los familiares conocidos y del Ministerio Público. La solicitud se tramita como proceso no contencioso.
No procede la designación de curador si el desaparecido tiene representante o mandatario con facultades suficientes inscritas en el registro público.

legitimidad para solicitar la designación de curador interino establecida por dicha norma.

3.2. Requisitos

Resulta evidente que la publicación de un acto administrativo deberá contener los mismos elementos que hemos indicado con respecto a los términos de las notificaciones. Este precepto es de particular importancia para evitar que la autoridad administrativa publique simples emplazamientos en vez de efectuar una notificación cumpliendo con sus requisitos[990].

A ello debemos agregar el hecho de que la publicación se incluirá además cualquier otra información que pueda ser importante para proteger sus intereses y derechos[991], teniendo en cuenta la naturaleza poco garantista de la publicación de actos administrativos. Ello puede incluir datos adicionales del procedimiento o de la entidad, como si dirección electrónica o número de teléfono[992].

Sin embargo, por razones de economía procesal, en los supuestos de publicaciones de actos que contengan elementos comunes, podrán publicarse de forma conjunta los aspectos coincidentes, especificándose solamente los aspectos individuales de cada acto[993]. Asimismo, también le es aplicable a la publicación lo establecido para las notificaciones defectuosas, que detallaremos igualmente en un apartado posterior.

4. LOS EFECTOS JURÍDICOS DE LA PUBLICIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Se ha señalado que la publicidad del acto determina, por un lado, su vigencia y de allí su eficacia, en los casos en que la publicidad es la única circunstancia exigida para que el acto produzca efectos jurídicos[994]. La publicidad es el presupuesto para el ejercicio de los recursos administrativos que procedan y, en todo caso, así como el presupuesto para la impugnación judicial una vez agotada la vía administrativa; teniendo en cuenta que los actos favorables con eficaces desde su emisión y que los mismos evidentemente no van a ser impugnados por el administrado.

Por lo que a esta función se refiere —eficacia del acto—, puede afirmarse que la notificación constituye un principio del procedimiento vinculado al respeto de las garantías jurídicas del administrado. Se protege así el debido proceso y el

990 MORÓN URBINA, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., p. 185.

991 Numeral 24.1.5 del artículo 24º de la Ley N.º 27444.

992 MORÓN URBINA, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., pp. 188-189.

993 Artículo 23º, inciso 23.2 de la Ley N.º 27444.

994 COSCULLUELA MONTANER, *Manual de derecho administrativo*, cit., pp. 340-341.

derecho de petición de los administrados a los que la Administración impone una obligación o afecta en sus derechos[995].

Sin embargo, es necesario señalar que este conjunto de garantías se ve desvirtuado por el hecho de que el acto administrativo debe necesariamente ser recurrido a fin de agotar la vía administrativa y permitir el acceso al proceso contencioso administrativo. Los recursos administrativos, en tanto son mecanismos de ejercicio obligatorio, lejos de configurar una garantía a favor del administrado, constituyen una carga para el acceso a la justicia por parte del mismo, como veremos posteriormente.

4.1. Naturaleza jurídica de los medios de publicidad

Existen quienes consideran a la publicidad del acto administrativo —incluida la notificación como especie de aquella— como un requisito de forma del acto administrativo y, por ende, relativo a su validez y no a su vigencia o eficacia[996]. Esta concepción acerca de la publicidad parte de los postulados de la teoría pura del Derecho, conforme a los cuales para que determinado orden normativo o norma particular sea válida debe existir correspondencia con el principio de efectividad[997]. Obsérvese que al estimarse la falta de notificación como vicio formal del acto, se le aplicaría en todo caso la conservación del acto en tanto el vicio no es trascendente.

Sin embargo, la jurisprudencia y la doctrina, peruana y extranjera, ha asumido mayoritariamente la tesis de la notificación como un requisito de eficacia del acto y no de validez del mismo. Se ha señalado que el ejercicio del recurso administrativo por parte del administrado supone el cumplimiento de la finalidad perseguida por la notificación, esto es, el conocimiento del acto por sus destinatarios.

La Ley de Procedimiento Administrativo General es consistente con esta posición. De conformidad con el artículo 15º de la misma, los vicios incurridos en la ejecución de un acto administrativo, o en su notificación a los administrados, son independientes de la validez del acto. Los vicios en la ejecución o notificación de los actos pueden afectar su eficacia, pero no su existencia jurídica.

5. NOTIFICACIONES DEFECTUOSAS

Las notificaciones defectuosas generan la obligación de rehacerlas, subsanando las omisiones que se hayan generado por el incumplimiento de lo prescrito por la Ley, sin que ello perjudique de manera alguna al administrado, salvo que la autoridad administrativa desestime el cuestionamiento a la validez de

995 GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, cit., T. I, p. 578.

996 MORÓN URBINA, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., p. 104.

997 DROMI, *Derecho administrativo*, cit., pp. 134-135.

la notificación efectuada[998]. Para ello, sin embargo, debe demostrarse que la notificación se ha realizado sin las formalidades o requisitos legales.

En consecuencia, si el administrado realiza un acto determinado que es rechazado y este se basa en información errónea, el tiempo transcurrido no será tomado en cuenta para el vencimiento de los plazos respectivos[999]. Como resultado, el administrado tendrá una nueva oportunidad para realizar el acto en cuestión, por encontrase aún dentro del plazo, sin perjuicio de la aplicación del principio de informalismo, por ejemplo en el caso en que el administrado presente el recurso ante autoridad incompetente[1000].

Considerada la notificación como una garantía en beneficio del administrado, el legislador impone la obligación de informar en el acto de notificación, además del texto íntegro del acto, los recursos que contra este proceden, la autoridad revisora o la que deba conocer de ellos y los plazos para interponerlos.

Se sanciona la notificación defectuosa con su invalidez y, consecuentemente, con la ineficacia del acto notificado; pero también se prevé que los errores inducidos en los lapsos de interposición del recurso no pueden imputarse al interesado. Al punto que de este error, por ejemplo, en materia de recursos administrativos, no podría luego pretender ser sancionado con la falta de agotamiento de la instancia administrativa como presupuesto procesal exigido para acceder al proceso contencioso administrativo.

En lo que se refiere al caso de error de la notificación consistente en la falta de señalamiento de los lapsos legalmente establecidos para la interposición de los recursos, (bien en sede administrativa, bien en sede judicial) se entiende que tal error no podía menoscabar el derecho a la defensa del interesado y en consecuencia, si bien el mismo habría intentado el recurso fuera del lapso legalmente establecido, mal podía declararse la extemporaneidad del mismo.

Finalmente, la interposición incorrecta del recurso ante autoridad distinta a la pertinente, en virtud de un error inducido por una defectuosa notificación, no puede afectar el derecho del administrado de acceder a la justicia. La jurisprudencia y la doctrina, en especial la extranjera, ha señalado que en tales casos corresponde al órgano administrativo ante el cual se interpuso el recurso, remitir para su decisión al órgano que sea efectivamente competente.

5.1. Saneamiento de notificaciones defectuosas

No obstante lo anteriormente expuesto, la Ley establece mecanismos a través de las cuales pueden sanearse o convalidarse las notificaciones defectuosas a través de acciones del administrado. En tal sentido, la notificación defectuosa

998 Artículo 26º de la Ley.

999 Artículo 24º, inciso 24.2 de la Ley.

1000 MORÓN URBINA, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., p. 189.

por omisión de alguno de sus requisitos de contenido, surtirá efectos legales a partir de la fecha en que el interesado manifiesta expresamente haberla recibido, si no hay prueba en contrario[1001].

Asimismo, se tendrá por bien notificado al administrado a partir de la realización de actuaciones procedimentales del mismo que permitan suponer razonablemente que tuvo conocimiento oportuno del contenido o alcance de la resolución, o interponga cualquier recurso que proceda. No se considera tal la solicitud de notificación realizada por el administrado, a fin que le sea comunicada alguna decisión de la autoridad[1002].

1001 Artículo 27º, inciso 27.1 de la Ley N.º 27444.
1002 Artículo 27º, inciso 27.2 de la Ley N.º 27444.

Capítulo XVI

EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. CONCEPTO

SUMARIO: 1. El procedimiento administrativo. Generalidades. 1.1. Finalidad del procedimiento administrativo. 1.2. Clasificación de los procedimientos administrativos contenida en la ley de procedimiento administrativo general. 1.3. Procedimientos tramitados por la Administración que no son procedimientos administrativos. 1.4. El Manual de Procedimientos Institucionales. **2. Procedimiento administrativo de oficio.** 2.1. Supuestos habilitantes para el inicio de oficio de un procedimiento administrativo. 2.2. Iniciación de un procedimiento administrativo de oficio. 2.3. Notificación del acto de inicio del procedimiento. 2.4. Tramitación del procedimiento administrativo de oficio. **3. Procedimientos iniciados a pedido de parte.** 3.1. Procedimiento de aprobación automática. 3.1.1. Formalidades que se deben cumplir en el procedimiento de aprobación automática. 3.1.2. Procedimientos considerados de aprobación automática. 3.1.3. Fiscalización posterior. 3.1.4. Realización de la fiscalización posterior. 3.1.5. Consecuencias de la declaración falsa o fraguada de un acto administrativo. 3.2. Procedimiento de evaluación previa. 3.2.1. Plazo máximo para el procedimiento administrativo de evaluación previa. **4. Los sujetos del procedimiento administrativo.** 4.1. Los administrados. 4.2. Autoridad administrativa.

El procedimiento administrativo es uno de los más importantes conceptos del derecho administrativo, necesario para entender la función administrativa en relación directa con los administrados. Se entiende por procedimiento administrativo, al conjunto de actuaciones administrativas tramitadas en las entidades, que tienen por finalidad la emisión de un acto administrativo. Este deberá producir efectos jurídicos individuales o individualizables sobre intereses, obligaciones o derechos de los administrados, de acuerdo a la definición de acto administrativo que señala la propia Ley del Procedimiento Administrativo General[1003].

Claro, eventualmente un procedimiento administrativo podría no culminar con un acto administrativo, puesto que el mismo podría concluir con una forma anormal de terminación del procedimiento, como el desistimiento o el silencio administrativo; pero es claro que todo procedimiento administrativo está diseñado para generar actos administrativos. Además, todo acto administrativo

1003 Artículo 29º de la Ley N.º 27444.

debe ser el resultado de un procedimiento administrativo, tramitado además de manera regular, bajo sanción de nulidad

1. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. GENERALIDADES

El procedimiento administrativo es por definición un proceso cognitivo, pues implica una toma de decisión fundada en una análisis previo, tras el cual se emite una resolución. El procedimiento administrativo no implica entonces la generación de una declaración de voluntad, dado que esta última se encuentra limitada por el principio de legalidad, al cual ya hemos hecho referencia en su momento. Como lo hemos señalado al momento de referirnos al acto administrativo, este no constituye una declaración de voluntad, debiendo descartarse las posiciones doctrinarias y jurisprudenciales —nacionales y extrajeras— que identifican el acto administrativo con el acto jurídico civil.

1.1. Finalidad del procedimiento administrativo

El procedimiento administrativo, a su vez, tiene una doble finalidad. En primer lugar, constituir una garantía de los derechos de los administrados, haciendo efectivo en particular el derecho de petición administrativa. Y es que el procedimiento administrativo es la reacción del Estado Liberal de Derecho ante la existencia de potestades autoritarias de la Administración[1004], en mérito de concepciones provenientes de respeto por los derechos fundamentales y el sometimiento de la Administración a la Ley.

Pero a la vez, el procedimiento administrativo debe asegurar la satisfacción del interés general[1005]. Dentro de esta lógica, se incluyen principios como el de verdad material, eficacia o informalismo, así como conceptos tan importantes como los de simplificación administrativa, el impulso de oficio, oficialidad de la prueba y la participación de los administrados en el procedimiento y en la toma de decisiones por parte de la autoridad administrativa.

1.2. Clasificación de los procedimientos administrativos contenida en la ley de procedimiento administrativo general

En primer lugar, los procedimientos administrativos que inician los administrados ante las entidades para satisfacer o ejercer sus intereses o derechos —es decir, los iniciados a pedido de parte—, se clasifican en: procedimientos de aprobación automática o de evaluación previa por la entidad, y este último a su vez se encuentra sujeto, en caso de falta de pronunciamiento oportuno por parte de la Administración, a silencio positivo o silencio negativo[1006].

1004 SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de derecho administrativo*, cit., pp. 55-56.
1005 GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, cit., T. II, p. 437.
1006 Artículo 30º de la Ley N.º 27444.

Ahora bien, la Ley no establece una clasificación de los denominados procedimientos de oficio —iniciados sin participación directa del administrado—, ni establece esquemas de silencio administrativo para ello, no existiendo mecanismos de protección al administrado ante la inmovilidad de la Administración más allá de la denominada caducidad, de aplicación muy puntual en el procedimiento administrativo peruano. Nos referiremos a lo señalado más adelante.

1.3. Procedimientos tramitados por la Administración que no son procedimientos administrativos

Ahora bien, es evidente que no todo procedimiento tramitado al interior de una entidad pública es un procedimiento administrativo. Ello porque no todo procedimiento —entendido como una sucesión de actuaciones administrativas dirigidas a la obtención de un resultado específico— tiene por finalidad generar un acto administrativo. De hecho, existen múltiples procedimientos que tienen por finalidad generar actos de administración interna o actuaciones de naturaleza contractual. Denominar procedimiento administrativo a un procedimiento meramente institucional constituye una evidente contradicción.

Un ejemplo de lo antes señalado es el mal llamado *procedimiento administrativo disciplinario*. Por definición, los procedimientos disciplinarios al interior de la Administración Pública no son procedimientos administrativos, puesto que los mismos no culminan con un acto administrativo, sino con un acto de administración interna, por afectar a empleados públicos y no a administrados. La confusión se origina en el Decreto Legislativo N.º 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, la misma que nos hablaba ya de proceso administrativo disciplinario[1007] aplicable a los servidores y funcionarios públicos.

Sin embargo, el error antes señalado se mantiene en la Ley Marco del Empleo Público, norma que establece, en su artículo 21º, que el empleado público que incurra en falta administrativa grave será sometido a procedimiento administrativo disciplinario. Ello implicaría que el resultado de dicho procedimiento constituiría un acto administrativo, lo cual no es cierto, como lo hemos señalado líneas arriba.

1.4. El Manual de Procedimientos Institucionales

Un mecanismo que permite aclarar lo antes señalado es la existencia de los llamados Manuales de Procedimientos (MAPRO) al interior de las entidades de la Administración Pública[1008]. El MAPRO es un instrumento de gestión que debe

1007 Artículo 32.- En las entidades de la Administración Pública se establecerán comisiones permanentes de procesos administrativos disciplinarios para la conducción de los respectivos procesos.

1008 Directiva N.º 002-77-INAP/DNR.

contener todos los procedimientos que a su vez detallan las acciones que se siguen en la ejecución de los procesos generados para el cumplimiento de las funciones —a cargo de las diferentes unidades orgánicas de una entidad— y que debe guardar correspondencia con los dispositivos legales y/o administrativos que regulan el funcionamiento de la misma.

Según las normas aplicables, el Manual de Procedimientos es un documento descriptivo y de sistematización normativa, teniendo a la vez un carácter instructivo e informativo, puesto que pone en conocimiento del personal de la entidad respecto a los procedimientos que operan al interior de ella. En dicho documento se incluyen todos los procedimientos institucionales, siendo que únicamente los procedimientos administrativos son incorporados al Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) de la entidad[1009].

2. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE OFICIO

El procedimiento de oficio implica que la Entidad dé comienzo a un procedimiento administrativo sin intervención ni petición directa de administrado alguno a través de una decisión razonada de la Administración. Son iniciados de oficio los procedimientos de fiscalización posterior señalados en la Ley de Procedimiento General, los procedimientos sancionadores en general, los procedimientos tributarios de fiscalización y los procedimientos de control iniciados por el INDECOPI o los organismos reguladores, entre otros[1010].

La iniciación de oficio es la modalidad aplicable en general a los procedimientos cuya resolución puede generar consecuencias negativas a sus destinatarios[1011], puesto que resulta imposible que se genere ello a partir de una petición de un administrado, incluso si es el resultado de una denuncia. Sin embargo, la Ley no impide su uso en procedimientos cuyo resultado pueda resultar favorable a los destinatarios del acto administrativo en cuestión.

La existencia de procedimientos de oficio se justifica considerando que existe actos administrativos que la Administración debe emitir sin la participación de los administrados, e incluso, en contra de su voluntad puesto que los efectos de los mismos pueden resultar gravosos. A su vez, la necesidad de la activación del procedimiento por parte de la Administración se justifica en el interés

1009 Ley N.º 27444:

Artículo 36.- Legalidad del procedimiento

36.1 Los procedimientos, requisitos y costos administrativos se establecen exclusivamente mediante decreto supremo o norma de mayor jerarquía, norma de la más alta autoridad regional, de Ordenanza Municipal o de la decisión del titular de las entidades autónomas conforme a la Constitución, según su naturaleza. Dichos procedimientos deben ser compendiados y sistematizados en el Texto Único de Procedimientos Administrativos, aprobados para cada entidad. (...)".

1010 MORÓN URBINA, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., p. 253.

1011 SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de derecho administrativo*, cit., p. 75.

general, que se supone que no siempre concuerda con el interés individual de los particulares. Sin embargo, esta concepción es discutible, toda vez que el interés general se concibe como la sumatoria de los intereses particulares de la colectividad. Incluso a nivel del procedimiento sancionador, como veremos más adelante, la Administración se convierte en juez y parte, en especial si no existe una denuncia que haya generado la iniciación del procedimiento.

2.1. Supuestos habilitantes para el inicio de oficio de un procedimiento administrativo

Es evidente que no todo procedimiento administrativo puede ser iniciado de oficio, pues existen actividades que se ejercen únicamente por particulares. Por ello, la ley —de manera concordante con gran parte de la doctrina— establece los supuestos que deben existir en forma alternativa a fin de que pueda iniciarse de oficio un procedimiento administrativo, que son los siguientes[1012]:

- Disposición de una autoridad superior que la fundamente en ese sentido, la misma que ordena a actuar a quien efectivamente inicia el procedimiento, que es una autoridad de inferior jerarquía. Debe entenderse entonces que es la autoridad superior la que se encontraría directamente facultada para ordenar la iniciación del procedimiento de oficio.
- Una motivación basada en el cumplimiento de un deber legal, el mismo que debe estar claramente establecido en el ordenamiento jurídico. La ley explicita este requisito como si fuese alternativo. No obstante ello, y al amparo del principio de legalidad, este requisito debería ser concurrente a cualquiera de los otros dos y no alternativo. La competencia para iniciar procedimientos de oficio debe establecerse inequívocamente en la Ley, máxime si los mismos pueden generar consecuencias gravosas para el administrado.
- El mérito de una denuncia, que consiste en la comunicación a la administración de hechos que la misma debe conocer en cumplimiento de sus funciones y cuando los mismos afectan el ordenamiento jurídico. La denuncia implica la iniciación de un proceso de oficio a instancia de un administrado, por lo cual posee una naturaleza híbrida. A la denuncia hacemos referencia con mayor amplitud más adelante, dada su naturaleza más bien híbrida pues constituye un mecanismo para la iniciación de un procedimiento de oficio a instancia de un particular.
- Es necesario señalar que la doctrina —y la legislación comparada— incluye como un supuesto adicional el pedido que puedan hacer otras entidades —que no son competentes para conocer del caso— a la autoridad directamente competente, a fin de que esta inicie el proce-

1012 Artículo 104º, inciso 104.1 de la Ley N.º 27444.

dimiento de oficio[1013]. Este supuesto, sin embargo, no se encuentra regulado expresamente en nuestro ordenamiento, pero sí en la doctrina y la legislación comparada. Asimismo, se encuentra precisado en lo que concierne al procedimiento administrativo sancionador[1014].

2.2. Iniciación de un procedimiento administrativo de oficio[1015]

Todo procedimiento de oficio requiere de la emisión de un acto administrativo denominado *acto de inicio* a fin de conferirle validez. Como todo acto administrativo, el acto que da inicio a un procedimiento de oficio debe estar debidamente motivado —máxime si puede restringir derechos— y basarse en un objeto lícito, así como física y jurídicamente posible. En determinados casos, la acción de la Administración se encontrará sometida a plazos de prescripción o caducidad, razón por la cual la misma deberá tener cuidado al ejercer la facultad de inicio del procedimiento de oficio, puesto que el acto de iniciación devendría en nulo[1016].

Sin embargo, siendo la naturaleza del citado acto de inicio la de un acto de trámite, tendría que acreditarse que el mismo produce indefensión para que pueda ser impugnado de manera inmediata por parte del administrado[1017]. Y, ello ocurriría únicamente si el mismo genera efectos jurídicos de gravamen por sí mismo, o va acompañado de alguna medida cautelar u otra acción que pueda afectar los intereses del administrado, como podría ocurrir por ejemplo en un procedimiento de fiscalización o en un procedimiento sancionador. En todo caso, cualquier defecto del acto de inicio podrá ser invocado en el eventual recurso que se interponga contra la resolución que ponga fin al procedimiento.

2.3. Notificación del acto de inicio del procedimiento

Ahora bien, el acto de inicio de oficio del procedimiento es notificado a los administrados determinados cuyos intereses o derechos protegidos puedan ser afectados por los actos a ejecutar, a fin de que puedan ejercer su derecho de defensa. Se exceptúa de dicha notificación el caso de fiscalización posterior a solicitudes o a su documentación, acogidos a la denominada presunción de veracidad —principio de simplificación administrativa a la cual hemos hecho referencia con anterioridad—, en especial aquellos supuestos que generan procedimientos de aprobación automática, siendo que el procedimiento de fiscalización posterior se inicia sin poner ello en conocimiento del administrado.

Sin embargo, resulta evidente que los procedimientos fiscalización posterior no pueden generar los efectos señalados en la norma cuando se detecte la vulne-

1013 GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de procedimiento administrativo*, cit., p. 284; MORÓN URBINA, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., p. 254.

1014 Artículo 235º de la Ley N.º 27444.

1015 Artículo 104º inciso 104.2 de la Ley N.º 27444.

1016 GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de procedimiento administrativo*, cit., p. 286.

1017 GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de procedimiento administrativo*, cit., p. 283.

ración al principio de presunción de veracidad, sino una vez que se han iniciado y concluido los procedimientos de oficio respectivos, vale decir, el procedimiento de nulidad de oficio y el procedimiento sancionador que correspondan[1018].

Por otro lado, la norma establece que la notificación del acto de inicio del procedimiento debe incluir la información sobre la naturaleza, alcance y, de ser previsible, el plazo estimado de la duración del procedimiento, así como de los derechos y obligaciones del administrado en el curso de tal actuación. La referencia al plazo es de singular importancia, puesto que los procedimientos de oficio, a diferencia de los procedimientos iniciados a pedido de parte, no poseen plazo máximo establecido en la ley, y en consecuencia, tampoco se encuentran sometidos a silencio administrativo, por lo menos en primera instancia.

Debemos señalar además que la decisión que inicia el procedimiento se notifica inmediatamente luego de emitida la misma —en caso que ello proceda— salvo que la normativa autorice que sea diferida por su naturaleza confidencial basada a su vez en el interés general, lo cual evidentemente difiere también la eficacia del acto en cuestión[1019].

Esto último resulta ser una aparente contradicción que la Ley debería corregir, puesto que los actos de indagación o verificación habrían empezado sin que el administrado haya tenido conocimiento de ello. La doctrina y la legislación comparada establecen más bien que con anterioridad al acuerdo de iniciación, podrá el órgano competente abrir un período de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento, previsión que resultaría más tuitiva a favor del administrado.

2.4. Tramitación del procedimiento administrativo de oficio

Existen algunos principios comunes a los procedimientos de oficio que resulta necesario recalcar. En primer lugar, no procede establecer cobros por derecho de tramitación para procedimientos iniciados de oficio[1020], dado que los mismos se inician por interés de la Administración y no del administrado. En consecuencia, no existe un servicio individualizado respecto al administrado, supuesto habilitante para el cobro de un derecho, como veremos más adelante.

Por otro lado, los administrados tienen derecho a ser informados en los procedimientos de oficio sobre la naturaleza del mismo, el alcance de sus efectos y tramitación; y, de ser previsible, del plazo estimado de su duración, así como de sus derechos y obligaciones en el curso de tal actuación[1021].

1018 MORÓN URBINA, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., p. 214.

1019 Artículo 104º inciso 104.3 de la Ley N.º 27444.

1020 Artículo 44º inciso 44.3 de la Ley N.º 27444.

1021 Artículo 55º inciso 5 de la Ley N.º 27444.

Aquí existen algunos problemas. En primer lugar, el hecho de que no existe un plazo máximo de duración, como sí ocurre en el procedimiento a pedido de parte. En segundo lugar, no se establece efecto alguno a la falta de pronunciamiento de la autoridad administrativa, hecho que generaría, según la doctrina y derecho comparados, la denominada caducidad, la cual parece darse únicamente en el procedimiento administrativo sancionador.

3. PROCEDIMIENTOS INICIADOS A PEDIDO DE PARTE

Como su nombre lo indica, son aquellos procedimientos iniciados por el administrado en mérito del empleo de su derecho de petición y pretendiendo hacer efectivo un interés o derecho específico, sea particular o colectivo. Los procedimientos a pedido de parte pueden clasificarse en procedimientos de aprobación automática y procedimientos de evaluación previa.

3.1. Procedimiento de aprobación automática

El procedimiento de aprobación automática consiste en que la solicitud es considerada aprobada desde el mismo momento de su presentación ante la entidad competente para conocerla, siempre que cumpla con los requisitos y entregue la documentación completa, previsiones exigidas en el Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) de la entidad[1022].

La existencia de procedimientos de aprobación automática se basa en principios de simplificación administrativa, como la presunción de veracidad, celeridad y privilegio de controles posteriores. Asimismo, se justifica en el empleo de mecanismos de promoción de la inversión privada, favoreciendo el ingreso al mercado de los agentes económicos; además de permitir la participación de los administrados en los procedimientos y el manejo de la administración pública. De esta manera se establecen mecanismos a través de los cuales se favorece a los administrados de manera directa, fomentando su ingreso a la formalidad.

De hecho, la aprobación automática se concibió como un mecanismo para eliminar restricciones administrativas para la inversión privada, de conformidad con el Decreto Legislativo N.º 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, siendo evidentemente preferida sobre la evaluación previa. Sin embargo, la primera norma que consigna el procedimiento de aprobación automática fue el artículo 11º del Decreto Supremo N.º 070-89-PCM, Reglamento de la Ley de Simplificación Administrativa, para circunstancias derivadas de la tramitación de autorizaciones, licencias y permisos, en mérito al principio de presunción de veracidad, sujetándose evidentemente a fiscalización posterior.

Finalmente, los procedimientos de aprobación automática permiten a la Administración Pública mejorar su eficiencia, enfocando la evaluación previa a los

1022 Artículo 31º, inciso 31.1 de la Ley.

supuestos que realmente lo justifiquen, es decir, aquellos en los cuales la intensidad del interés general involucrado requiera de un análisis más exhaustivo de la legalidad o pertinencia de lo solicitado por el administrado. Tal situación genera una reducción de costos evidente en el ámbito de las entidades, que beneficia a la sociedad en su conjunto, dado que los costos administrativos que asume el Estado son finalmente cargados a aquella a través del sistema impositivo.

3.1.1. Formalidades que se deben cumplir en el procedimiento de aprobación automática[1023]

En el procedimiento de aprobación automática, la entidad no emite pronunciamiento alguno que confirma la aprobación automática. El procedimiento no es sustanciado al interior de la entidad, sino que es instruido fuera de él, puesto que el interesado prueba la licitud de lo solicitado con la documentación pertinente[1024], la misma que se da por válida en mérito de la aplicación del principio de presunción de veracidad. Para algunos, más que una autorización, el procedimiento de aprobación automática consiste en una comunicación documentada realizada por el particular. Para otros, sin embargo, al procedimiento de aprobación automática implica la emisión de un acto administrativo tácito, como resultado del cual se adquiere el derecho o la autorización respectiva.

Ahora bien, cuando en los procedimientos de aprobación automática se requiera necesariamente de la expedición de un documento sin el cual el usuario no puede hacer efectivo su derecho, el plazo máximo para su expedición es de cinco días hábiles, sin perjuicio de aquellos plazos mayores fijados por leyes especiales anteriores a la vigencia de la Ley de Procedimiento Administrativo General. Dicho documento no puede ser considerado un acto administrativo, sino más bien la constancia de la existencia de la autorización o el derecho adquirido como resultado del procedimiento de aprobación automática.

Es así que, como constancia de la aprobación automática de la solicitud del administrado, basta la copia del escrito o del formato presentado —el denominado cargo de presentación—, conteniendo el sello oficial de recepción, sin observaciones e indicando el número de registro de la solicitud, fecha, hora y firma del agente receptor, salvo lo señalado en el párrafo precedente.

3.1.2. Procedimientos considerados de aprobación automática

En el mismo orden de ideas, la norma señala que son procedimientos de aprobación automática, sujetos evidentemente a la presunción de veracidad,

1023 Artículo 31, inciso 31.2 y 31.3 de la Ley.

1024 MORÓN URBINA, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., p. 138.

aquellos que cumplan con determinados requisitos establecidos por la Ley[1025]. Estos requisitos operan sin perjuicio de la fiscalización posterior que realice la administración, procedimiento que como veremos más adelante es la evidente respuesta del ordenamiento jurídico a la presunción de veracidad.

1. Aquellos conducentes a la obtención de licencias, autorizaciones, constancias y copias certificadas o similares; resultados que favorecen al administrado y que le permiten ejercer determinados derechos, los cuales requieren una respuesta inmediata de la administración.
2. Que sean procedimientos que habiliten para el ejercicio continuado de actividades profesionales, sociales, económicas o laborales en el ámbito privado, de tal manera que ante el incumplimiento de alguno de los requisitos la Administración puedan declarar la nulidad de la autorización en cuestión.
3. Que las actividades a realizar no afecten derechos de terceros, de tal manera que no sea indispensable informarles a estos de la existencia de la autorización o del ejercicio del derecho.

Lo que ocurre es que la obligación administrativa de solicitar autorizaciones para el ejercicio de determinadas actividades genera costos de transacción respecto a los particulares, que a su vez desincentivan dichas actividades, que resultan importantes para la colectividad. En consecuencia, y a fin de corregir la distorsión generada por dicho mecanismo de intervención estatal, y a la vez permitir corregir la lentitud e ineficiencia de la Administración Pública, se establece que la aprobación será automática[1026], siempre que se cumpla con los requisitos exigidos, y sin perjuicio de la fiscalización posterior.

Ejemplos de procedimientos de aprobación automática son las licencias de funcionamiento municipal para la apertura de locales o para la utilización de anuncios. Asimismo, se aplica la aprobación automática a mecanismos administrativos de habilitación profesional. Finalmente, debe emplearse la aprobación automática para procedimientos de autorización de entidades privadas para el ejercicio de determinadas actividades económicas que no se encuentren incluidas en los procedimientos que requieren evaluación previa. En tal sentido, los procedimientos de aprobación automática se habilitan de manera residual, respecto a los procedimientos de evaluación previa.

3.1.3. Fiscalización posterior

Por la fiscalización posterior —típico procedimiento iniciado de oficio, como ya hemos visto—, la entidad ante la que se realiza un procedimiento de aprobación automática o de evaluación previa, queda obligada a verificar de oficio

1025 Artículo 31, inciso 31.4 de la Ley N.º 27444.

1026 INDECOPI. ÁREA DE ESTUDIOS ECONÓMICOS, “Impulsando la simplificación administrativa: un reto pendiente”, cit., p. 21.

mediante el sistema del muestreo, la autenticidad de las declaraciones, de los documentos, de las informaciones y de las traducciones proporcionadas por el administrado[1027].

La fiscalización posterior es el comprensible correlato de la existencia de procedimientos de aprobación automática. Dado que se asume que la documentación es veraz —al amparo de la presunción de veracidad, elemento fundamental dentro de la concepción de simplificación administrativa, como bien sabemos— y se establece la asignación inmediata del derecho, la Administración Pública, en mérito de consideraciones de interés general, debe establecer mecanismos de fiscalización de la documentación presentada. Ello permite además que el Estado no renuncie a su función fiscalizadora, sin que ello perjudique a los administrados en la tramitación de los procedimientos administrativos[1028].

Lo indicado en el párrafo precedente no obsta para que no deba emplearse la fiscalización posterior respecto a los procedimientos de evaluación previa, en particular los sometidos a silencio administrativo positivo. Ello dado que la presentación de documentos y la información proporcionada por los administrados dentro de los procedimientos de evaluación previa, también gozan de presunción de veracidad, fundamentalmente cuando los mismos configuran sucedáneos documentales, como veremos más adelante.

3.1.4. Realización de la fiscalización posterior

La fiscalización posterior comprende no menos del diez por ciento de todos los expedientes sujetos a la modalidad de aprobación automática, con un máximo de 50 expedientes por semestre, pudiendo incrementarse dicho número teniendo en cuenta el impacto que en el interés general, en la economía, en la seguridad o en la salud ciudadana pueda conllevar la ocurrencia de fraude o falsedad en la información, documentación o declaración presentadas[1029].

Resulta imposible poder fiscalizar todos los expedientes tramitados ante una entidad en esta modalidad, razón por la cual se establece un sistema de muestreo. Ahora bien, esta fiscalización se realiza evidentemente a través de muestras obtenidas al azar, sin que la determinación de los expedientes a verificar pueda someterse a la discrecionalidad de la autoridad encargada.

Dicha fiscalización deberá efectuarse semestralmente de acuerdo a los lineamientos que para tal efecto dictará la Presidencia del Consejo de Ministros. La ley sin embargo no señala el mecanismo normativo que deberá emplear dicho organismo para establecer dichos lineamientos. Por otro lado, la norma

1027 Artículo 32, inciso 32.1 de la Ley N.º 27444.

1028 INDECOPI. ÁREA DE ESTUDIOS ECONÓMICOS, "Impulsando la simplificación administrativa: un reto pendiente", cit., p. 16. El texto compara la fiscalización posterior con, por ejemplo, el control de uso de sustancias indebidas en los deportes —*antidoping*—, y muestra como ejemplo el control aduanero de las personas que retornan al país.

1029 Artículo 32, numeral 32.2 de la Ley N.º 27444.

no señala el mecanismo a emplear cuando se deba verificar la autenticidad de aquello que ha sido presentado por el particular en un procedimiento de evaluación previa.

En este contexto, mediante Decreto Supremo N.º 096-2007-PCM se ha regulado los lineamientos para la realización de la fiscalización posterior. Así, el artículo 4º de la norma preceptúa que los expedientes administrativos materia de fiscalización posterior serán seleccionados por medios electrónicos o informáticos. Así, en el caso de procedimientos administrativos de aprobación automática, el sistema de selección deberá garantizar una muestra aleatoria simple de no menos del 10% del total de expedientes tramitados en el semestre, con un máximo de 50 expedientes por cada procedimiento administrativo previsto en el TUPA.

Asimismo, el artículo 5º prescribe que en caso que el mínimo de 10% del total de expedientes tramitados en el semestre por cada procedimiento exceda el número de 50 expedientes, se podrá reputar que, en razón de su número e incidencia, tal procedimiento tiene un impacto sustancial sobre el interés general. En este caso, las entidades de la Administración Pública están facultadas a seleccionar, conforme al procedimiento previsto en el párrafo anterior, más de 50 expedientes hasta completar una cantidad de expedientes equivalente a la raíz cuadrada del número total de expedientes por cada procedimiento administrativo previsto en el TUPA.

Además, cada entidad a que se refiere el artículo I del Título Preliminar de la Ley N.º 27444 dictará las normas internas referidas al personal a cargo de la fiscalización posterior[1030]. Corresponde a los directivos a cargo de los órganos y dependencias de las entidades que tramitan los procedimientos administrativos previstos en el TUPA respectivo, realizar la evaluación de los resultados de la fiscalización posterior, así como adoptar las acciones que correspondan.

Por otro lado, la revisión de los expedientes seleccionados comprenderá pero no se limitará a su verificación e investigación exhaustivas mediante la comprobación de su autenticidad y el cruce de información con aquellas personas o instituciones que puedan figurar en su contenido[1031], teniendo en cuenta que la facultad de verificación es amplia y no se limita a verificaciones documentales, pudiendo incluir inspecciones o pericias[1032].

La norma señala que se podrá solicitar a las entidades públicas y privadas que corroboren la autenticidad de las declaraciones, documentos, información y traducciones proporcionados por los administrados y que sirvió de sustento para el inicio del respectivo procedimiento administrativo. Asimismo, los in-

1030 Artículo 6º del Decreto Supremo N.º 096-2007-PCM.

1031 Artículo 7º del Decreto Supremo N.º 096-2007-PCM.

1032 MORÓN URBINA, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., p. 213.

formes semestrales conteniendo los resultados de la fiscalización posterior serán emitidos dentro del semestre siguiente a aquel en que se tramitaron los procedimientos administrativos materia de la fiscalización.

Finalmente, la norma crea la denominada ”Central de Riesgo Administrativo”[1033] donde se registrará el nombre y documento de identidad o RUC y domicilio de aquellos administrados que hayan presentado declaraciones, información o documentación falsa o fraudulenta al amparo de procedimientos de aprobación automática o a evaluación previa. Esta Central será de acceso exclusivo a las entidades de la Administración Pública y tiene como propósito que estas tengan información acerca de los administrados que hayan incurrido en los actos previstos en el numeral 3 del artículo 32 de la Ley N.º 27444.

Se señala además que, sin perjuicio de la selección aleatoria de expedientes regulada en la norma, las entidades están obligadas a incluir de manera automática en sus acciones de fiscalización posterior, todo expediente iniciado por los citados administrados. Los casos en que se hayan presentado declaraciones, información o documentación falsa o fraudulenta por parte de los administrados serán comunicados a la Presidencia del Consejo de Ministros para su incorporación en la referida central.

3.1.5. Consecuencias de la declaración falsa o fraguada de un acto administrativo

En aplicación de la concepción garantista de la fiscalización posterior, la norma establece que, en caso de comprobar fraude o falsedad en la declaración, información o en la documentación presentada por el administrado, la entidad considerará no satisfecha la exigencia respectiva para todos sus efectos, procediendo a comunicar el hecho a la autoridad jerárquicamente superior, si lo hubiere, para que se declare la nulidad del acto administrativo sustentado en dicha declaración, información o documento. Como ya hemos señalado, dicha nulidad debe declararse una vez efectuado el procedimiento de nulidad de oficio respectivo, en el cual se le ha otorgado al administrado la posibilidad de defenderse.

Como resultado, la nulidad que se declare debe estar relacionada directamente con la generación de los vicios del procedimiento establecidos en la Ley. En tal sentido, esta previsión legal no está creando una nueva causal de nulidad, sino más bien estableciendo una consecuencia ante la existencia de fraude o falsedad. Dicha consecuencia deberá concordar con las normas de la Ley de Procedimiento General que establecen las causales por las cuales puede declararse la nulidad de los actos administrativos.

Además, la autoridad procederá a imponer a quien haya empleado esa declaración, información o documento una multa a favor de la entidad entre dos y cinco

1033 Artículo 8º del Decreto Supremo N.º 096-2007-PCM.

Unidades Impositivas Tributarias vigentes a la fecha de pago. Es evidente que, para ello, la entidad debe tramitar el procedimiento administrativo sancionador respectivo, con las obligaciones y derechos que ello conlleva, incluyendo la notificación al administrado para los respectivos descargos.

Ello, porque si la conducta se adecua a los supuestos previstos en el Título XIX Delitos contra la Fe Pública del Código Penal, esta deberá ser comunicada al Ministerio Público para que tramite la denuncia respectiva, la misma que podría generar el inicio de la acción penal correspondiente[1034]. Sin embargo, en este caso concreto no existe una afectación al *non bis in ídem,* toda vez que si bien es cierto nos encontramos ante el mismo hecho y el mismo sujeto, el fundamento es distinto. Mientras que la sanción administrativa se dirige a la vulneración del principio de presunción de veracidad, la pena se dirige al bien jurídico denominado fe pública. Finalmente, la nulidad del acto administrativo constituye más bien una medida correctiva. Sobre estos conceptos vamos a volver en el capítulo final de la presente obra.

3.2. Procedimiento de evaluación previa

En el procedimiento de evaluación previa, a diferencia del procedimiento de aprobación automática, se requiere de la sustanciación del procedimiento respectivo por parte de la entidad, así como la emisión de un pronunciamiento por parte de la misma. En el procedimiento de evaluación previa se da propiamente actos de instrucción, así como la resolución final en el procedimiento, actos que no se generan en el procedimiento de aprobación automática, convirtiéndose en el procedimiento administrativo por excelencia[1035].

Ahora bien, si bien es cierto la entidad tiene siempre la obligación de resolver, es necesaria la existencia de mecanismos aplicables a la inacción de la Administración, que se encuentran configurados a través de silencio administrativo, creado como garantía de los derechos del administrado. En consecuencia, existen procedimientos de evaluación previa sujetos a silencio administrativo positivo, así como los procedimientos sujetos a silencio administrativo negativo.

Existe silencio administrativo positivo cuando el administrado se encuentra facultado a asumir que la autoridad ha accedido a lo solicitado ante la inactividad de la misma. Se habla de silencio administrativo negativo cuando el administrado, ante el transcurso del plazo, puede asumir que lo solicitado ha sido denegado. En ambos casos, se mantiene el derecho del administrado de esperar el pronunciamiento de la administración en caso lo considerase conveniente. A esto nos referiremos con amplitud más adelante.

1034 Artículo 32, numeral 32.3 de la Ley.

1035 MORÓN URBINA, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., p. 141.

3.2.1. Plazo máximo para el procedimiento administrativo de evaluación previa

El plazo que transcurra desde el inicio de un procedimiento administrativo de evaluación previa hasta que sea dictada la resolución respectiva, no puede exceder de treinta (30) días hábiles, salvo que por ley o decreto legislativo se establezcan procedimientos cuyo cumplimiento requiera una duración mayor[1036]. El TUPA evidentemente puede establecer plazos menores, pero nunca mayores.

Transcurrido el citado plazo, los administrados pueden hacer uso de los mecanismos que les provee el sistema jurídico, en particular el silencio administrativo que corresponda, de acuerdo a la Ley. La doctrina sigue discutiendo respecto a la iniciación de procesos judiciales ante la inactividad formal de la Administración, las mismas que incluyen el proceso de cumplimiento y el proceso contencioso administrativo por omisión.

Cierto sector de la doctrina consideraba que el proceso de cumplimiento era procedente únicamente ante inactividad material de la Administración Pública, puesto que ante la inactividad formal existe el silencio administrativo[1037]. Sin embargo, las normas vigentes no establecen distinción alguna, a lo que hay que agregar lo señalado por el texto del Código Procesal Constitucional[1038], con lo cual la discusión estaría saldada. Por otro lado, el silencio administrativo, y en especial el negativo, constituyen en realidad garantías limitadas, que no resultan ser paliativos por completo efectivos ante la inmovilidad de las entidades públicas.

4. LOS SUJETOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Los sujetos que intervienen en el procedimiento administrativo general son los administrados y la autoridad administrativa[1039]. Ambos son partes en tanto interactúan en el procedimiento a fin de obtener el resultado de manera conjunta, los administrados en términos de interés personal y la Administración Pública al amparo, en principio, del denominado interés general. La citada interacción, sin embargo, no implica ni configura necesariamente un conflicto de intereses

1036 Artículo 35º de la Ley N.º 27444.

1037 Sobre el particular: CARPIO MARCOS, Edgar, "Inactividad administrativa y acción de cumplimiento", en *Revista Jurídica del Perú*, N.º 18, Trujillo, 2001, p. 16.

1038 Código Procesal Constitucional:

Artículo 66.- Objeto

Es objeto del proceso de cumplimiento ordenar que el funcionario o autoridad pública renuente:

1. Dé cumplimiento a una norma legal o ejecute un acto administrativo firme; o
2. Se pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenan emitir una resolución administrativa o dictar un reglamento.

1039 Artículo 50º de la Ley N.º 27444.

entre las citadas partes, pero deja en claro la relación desigual existente entre ambos.

En cambio, en un proceso trilateral, y como su nombre lo indica, existen tres partes claramente diferenciadas, una de ellas es la Administración —el ente encargado de la solución del conflicto, en general un órgano colegiado o un tribunal administrativo— y las otras son dos administrados con intereses claramente contrapuestos, respecto de los cuales la autoridad debe resolver.

4.1. Los administrados[1040]

Como ya lo hemos señalado en un capítulo previo, el administrado es la persona natural o jurídica que, cualquiera sea su calificación o situación procedimental, participa en el procedimiento administrativo. Para que una persona pueda ser considerada administrado, se debe encontrar en una relación de subordinación respecto a la Administración y bajo su tutela en una situación jurídica determinada. Asimismo, se requiere la existencia de un interés por parte del administrado, lo cual lo convierte en protagonista del procedimiento[1041].

Ahora bien, una entidad estatal puede intervenir como administrado en un procedimiento administrativo cuando se somete a las normas que lo disciplinan, en igualdad de facultades y deberes que los demás administrados. Esto se ve por ejemplo en procedimientos administrativos trilaterales, en donde la autoridad administrativa puede resolver conflictos incluso entre dos entes administrativos.

4.2. Autoridad administrativa[1042]

La autoridad administrativa, al interior de un procedimiento administrativo es el agente de las entidades que bajo cualquier régimen jurídico, ejercen potestades públicas y conducen el inicio, la instrucción, la sustanciación, la resolución, la ejecución, o que de otro modo participan en la gestión de los procedimientos administrativos.

Autoridad administrativa, en el sentido del procedimiento administrativo no son solo los órganos administrativos de la administración central (o Gobierno Nacional), sino también de los entes descentralizados y las empresas del Estado en tanto emitan actos administrativos. Se ha afirmado el criterio de la ausencia de aplicación de las normas específicas del procedimiento administrativo a las empresas estatales, excepción hecha de sus actos administrativos emitidos en circunstancias particulares, como podría ser en el contexto de la contratación

1040 Artículo 50º inciso 1 de la Ley N.º 27444.

1041 Por ello, parte de la doctrina utiliza el término "interesado" para referirse a los administrados. Sobre el particular: GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, cit., T. I, p. 475.

1042 Artículo 50º, inciso 2 de la Ley N.º 27444.

administrativa. Tampoco se considera factible dicha aplicación a las entidades binacionales o supranacionales.

También pueden ser entidades administrativas, conforme a las más recientes orientaciones del derecho administrativo comparado, órganos de personas públicas no estatales —como los colegios profesionales— y hasta personas privadas, como por ejemplo las que prestan servicios públicos. A ello nos hemos referido con amplitud en la primera parte de este manual.

Capítulo XVII

LA LEGALIDAD DEL PROCEDIMIENTO Y LOS MECANISMOS DE SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA

SUMARIO: 1. La legalidad del procedimiento. El Texto Único de Procedimientos Administrativos. 1.1. El Texto Único de Procedimientos Administrativos. Generalidades. 1.2. Contenido del Texto Único de Procedimientos Administrativos. 1.2.1. Los servicios prestados por las entidades administrativas. 1.2.2. Los parámetros de los servicios exclusivos. 1.2.3. Duplicidad de procedimientos administrativos. 1.3. Previsiones formales del Texto Único de Procedimientos Administrativos. 1.3.1. Autoridades competentes. 1.3.2. Procedimiento para aprobar el TUPA. 1.3.3. La calificación de los procedimientos. 1.3.4. Opinión previa. 1.3.5. Difusión y publicación del TUPA. 1.3.6. Modificación de un TUPA ya aprobado. 1.3.7. Entidades que no cumplen con publicar su respectivo TUPA. 1.4. Los servicios que no son prestados de manera exclusiva por las entidades y su regulación. **2. Mecanismos de simplificación administrativa en general.** 2.1. Antecedentes y evolución. 2.2. Mecanismos que se utilizan para la simplificación del procedimiento administrativo. 2.3. Simplificación procedimental. 2.3.1. Requisitos para la tramitación del procedimiento administrativo. 2.3.2. La presunción de veracidad en el procedimiento administrativo. 2.3.3. Traducciones de parte, informes o constancias profesionales o técnicas. 2.4. Documentación que no puede solicitarse a los administrados por parte de las entidades. 2.4.1. Información o documentación existente en la entidad. 2.4.2. Información o documentación de la propia entidad. 2.4.3. La presentación de más de dos ejemplares de un mismo documento. 2.4.4. Fotografías de los administrados. 2.4.5. Otros posibles requerimientos que no resultan exigibles. 2.4.6. Presentación espontánea. 2.5. Sucedáneos documentales. 2.5.1. Admisión de los sucedáneos documentales en los procedimientos administrativos. 2.5.2. Labor de los fedatarios. 2.5.3. Régimen de fedatarios existente y requisitos de autenticación de documentos. 2.5.4. Autenticación de actos propios. 2.5.5. Copia de un documento público. 2.5.6. El caso de la documentación privada. 2.6. Políticas en materia de simplificación administrativa. 2.6.1. Principios. 2.6.2. Objetivos estratégicos. 2.6.3. Metodología de Simplificación Administrativa. **3. Derechos de tramitación. Determinación de los costos de los procedimientos administrativos.** 3.1. Determinación del monto de los derechos de tramitación. 3.1.1. Condiciones que se exigen a la entidad para el cobro del derecho de tramitación. 3.1.2. Límites de los derechos de tramitación. 3.1.3. Forma de cancelación del derecho de tramitación. 3.1.4. Procedimiento de determinación. 3.2. Situaciones de improcedencia del cobro de derechos de tramitación. 3.2.1. Improcedencia de la división el procedimiento administrativo para efectos del cobro de derechos de tramitación. 3.2.2. Excedentes económicos. 3.2.3. Igualdad en el pago del derecho de tramitación para los administrados. 3.3. Gastos administrativos. 3.3.1. Supuestos en los que procede el reembolso de los gastos administrativos. 3.3.2. Condena de costas en el procedimiento administrativo. **4. Entidades encargadas del cumplimiento de las normas de procedimiento.** 4.1. La competencia de las entidades encargadas de garantizar el cumplimiento de las normas antes señaladas. El Indecopi. 4.1.1.

Barreras burocráticas. 4.1.2. Evolución de la normativa. 4.1.3. La regulación actual. 4.1.4. Como se efectúa el análisis de una barrera burocrática. 4.1.5. Lo señalado por el Tribunal Constitucional sobre el particular. 4.2. Facultades propias de la Presidencia del Consejo de Ministros para garantizar el cumplimiento de lo establecido en la Ley. 4.3. Mecanismo bajo el cual se regulará las facultades de la Presidencia del Consejo de Ministros para el cumplimiento de lo dispuesto en la Ley. .

1. LA LEGALIDAD DEL PROCEDIMIENTO. EL TEXTO ÚNICO DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

El ordenamiento jurídico administrativo se basa en el principio de legalidad, como mecanismo de protección de derechos fundamentales y como parámetro ordenador de la actividad administrativa. Pero, por otro lado, las entidades administrativas deben establecer mecanismos administrativos ordenados para beneficio de los administrados, en aplicación de los principios de debido procedimiento, celeridad y predictibilidad. Finalmente, es necesario hacer uso de los necesarios mecanismos de simplificación administrativa en el ámbito normativo, a fin de reducir los costos de acceso al procedimiento administrativo, como veremos más adelante.

En aplicación directa de los principios antes citados, y al amparo de las normas de rango legal habilitantes, los procedimientos, requisitos y costos administrativos se establecen exclusivamente mediante decreto supremo o norma de mayor jerarquía — como puede ser una ley— en el caso del Poder Ejecutivo; norma de la más alta autoridad regional, en este caso ordenanza regional, emitida por el Concejo respectivo; de Ordenanza Municipal, en el caso de gobiernos locales; o de la decisión del titular de las entidades autónomas conforme a la Constitución, según su naturaleza[1043]. La evidente justificación de lo antes precisado surge de la necesidad de establecer mecanismos idóneos y efectivos para el establecimiento de trámites y procedimientos al interior de las entidades. Ello permite, en primer término, propender a la eficiencia de la Administración y a un adecuado control a su interior, así como permitir al administrado un acceso cada vez mayor a los procedimientos que puedan beneficiarlo

En este punto, y a fin de hacer operativas las consideraciones señaladas anteriormente, la norma expresamente señala que los referidos procedimientos deben ser compendiados y sistematizados en el denominado Texto Único de Procedimientos Administrativos, el mismo que es aprobado por cada entidad. Resultan de tal importancia estas previsiones que se establece además que las entidades solamente exigirán a los administrados el cumplimiento de procedimientos, la presentación de documentos, el suministro de información o el

1043 Artículo 36º, numeral 36.1 de la Ley N.º 27444.

pago por derechos de tramitación cuando se haya cumplido con los requisitos normativos que venimos señalando[1044].

Y es que la administración, en mérito de principios de simplificación administrativa, no puede exigir a los administrados el cumplimiento de determinadas acciones de manera discrecional. Situación contraria permitiría la violación de derechos, incluso constitucionales, de los particulares e impediría un funcionamiento eficiente de la Administración, incrementando los costos de tramitación de los procedimientos administrativos. Asimismo, la norma materia de estudio establece que incurre en responsabilidad —de conformidad con el régimen establecido por la propia Ley— la autoridad que procede de modo diferente, realizando exigencias a los administrados fuera de estos casos.

Asimismo, la Ley N.º 26090 preceptúa que solamente podrá exigirse a los administrados el cumplimiento de los procedimientos o requisitos administrativos que se encuentren previamente establecidos en el Texto Único de Procedimientos Administrativos - TUPA, no pudiendo requerirse procedimiento, trámite, requisito u otra información, documentación o pago que no consten en dicho Texto, bajo responsabilidad del empleado público que los exija; aplicándosele las sanciones establecidas por dicha norma[1045], que consisten en la generación de las respectivas responsabilidades, sean administrativas, civiles o penales; sin perjuicio de la queja administrativa o la denuncia ante el órgano de control institucional de la entidad.

La norma antes señalada[1046] establece, además, que el órgano de control interno —órgano de control institucional, se entiende[1047]— de las entidades de la Administración Pública supervisará el cumplimiento de los plazos, requisitos y procedimientos a fin de que sean tramitados conforme al Texto Único de Procedimientos Administrativos - TUPA de la entidad. En este punto es de particular interés como se ha incorporado al Sistema Nacional de Control en la labor de cautelar la simplificación administrativa en tanto debe velar por el funcionamiento eficiente de las entidades.

Finalmente, la norma señala que el órgano de control debe elevar al Titular del Pliego un informe mensual sobre el estado de los procedimientos iniciados, así como sobre las responsabilidades en que hubieran incurrido los funcionarios o servidores públicos que incumplan con las normas de la Ley del Procedimiento Administrativo General, la Ley del Silencio Administrativo y aquellos que hayan sido denunciados por los administrados.

1044 Artículo 36º, numeral 36.2 de la Ley N.º 27444.
1045 Artículo 9º de la Ley N.º 29060.
1046 Artículo 8º de la Ley N.º 29060.
1047 Artículo 20º del Decreto Supremo N.º 079-2007-PCM.

1.1. El Texto Único de Procedimientos Administrativos. Generalidades

Como lo hemos señalado, la necesidad de crear mecanismos a través de los cuales el administrado conozca con claridad la tramitación y el resultado de los procesos que inicie —en aplicación de los principios de predictibilidad, simplicidad y uniformidad—, genera la obligación de crear los llamados textos únicos de Procedimientos Administrativos (TUPA), los mismos que compendian los diversos trámites y procedimientos que deben seguirse ante una entidad determinada. El TUPA configura no solo un medio para asegurar la legalidad del procedimiento, sino también constituye un mecanismo de simplificación administrativa normativa[1048], que pretende a su vez mayor seguridad jurídica y transparencia[1049].

La concepción a emplear, por parte de la norma administrativa, sigue siendo la de reducir costos —en términos de tiempo, dinero y esfuerzo— a fin de que el sistema sea más eficiente, incentivando al administrado al empleo de las entidades administrativas para la tutela de sus derechos. Es evidente que tal previsión tiene por finalidad fomentar la formalidad; así como evitar que los particulares y el mercado funcionen al margen de la Ley. El texto único de procedimientos administrativos es también una primera muestra del llamado principio de *no agravación* del procedimiento administrativo, presente en la doctrina española e italiana[1050], principio al cual también nos referiremos más adelante.

Ahora bien, el denominado TUPA no resulta ser ninguna novedad en el ordenamiento jurídico peruano, puesto que se encontraba previsto en el artículo 21º del Decreto Legislativo N.º 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada[1051]. Dicha norma establecía que las entidades de la Administración Pública de cualquier naturaleza, ya sean dependientes del Gobierno Central, Gobiernos Locales o Regionales deberán aprobar su correspondiente Texto Único de Procedimientos Administrativos, estableciendo los conceptos de los que constará obligatoriamente dicha norma.

La previsión de la existencia del Texto Único de Procedimientos Administrativos se había diseñado inicialmente a fin de eliminar restricciones administrativas para la inversión, pero se ha convertido actualmente en el mecanismo idóneo para garantizar los derechos de los particulares al interior del procedimiento administrativo, permitiéndoles conocer de manera clara los mecanismos a emplear para el ejercicio de su derecho de petición administrativa.

1048 MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, “De la simplificación de la administración pública”, cit., pp. 10 y ss.

1049 CIERCO SEIRA, “La simplificación de los procedimientos administrativos en Italia”, cit., p. 405.

1050 MASUCCI, “Apuntes reconstructivos de la Ley sobre el Procedimiento Administrativo en Italia”, cit., p. 315.

1051 MORÓN URBINA, *Derecho procesal administrativo*, cit., [1997], p. 131.

1.2. Contenido del Texto Único de Procedimientos Administrativos

La importancia del TUPA genera que se haya establecido desde el principio parámetros materiales para su elaboración. La Ley establece como resultado que las entidades elaboran y aprueban o gestionan la aprobación —según sea el caso— de su Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA), incluyendo un conjunto de elementos[1052].

Todos los procedimientos de iniciativa de parte requeridos por los administrados para satisfacer sus intereses o derechos mediante el pronunciamiento de cualquier órgano de la entidad, siempre que esa exigencia cuente con respaldo legal, el cual deberá consignarse expresamente en el TUPA con indicación de la fecha de publicación en el Diario Oficial.

La descripción clara y taxativa de todos los requisitos exigidos para la realización completa de cada procedimiento. Ello impide a la autoridad el exigir requisitos adicionales una vez iniciado el procedimiento. Ello opera sin perjuicio de lo señalado respecto a la actuación probatoria en la Ley, la misma que opera de oficio[1053].

La calificación de cada procedimiento según corresponda entre procedimientos de evaluación previa o de aprobación automática. Ello debe realizarse al amparo de los lineamientos establecidos en la Ley y considerando que la preferencia debe establecerse en lo posible a favor de los segundos, en aplicación además del principio de privilegio de controles posteriores[1054].

En el caso de procedimientos de evaluación previa el TUPA deberá establecer si el silencio administrativo aplicable es negativo o positivo, de conformidad con lo señalado por la Ley. Esta previsión cobra especial importancia teniendo en cuenta además que la Ley establece cierto margen de acción para que la entidad pueda determinar un régimen específico de silencio administrativo, teniendo en cuenta el carácter preferente del silencio administrativo positivo.

Los supuestos en que procede el pago de derechos de tramitación, con indicación de su monto y forma de pago. El monto de los derechos se expresará con relación a la Unidad Impositiva Tributaria (UIT), publicándose en las entidades en moneda de curso legal. Es evidente que la ausencia de indicación de la existencia de un pago para la tramitación de una solicitud o la prestación de un servicio permite al administrado presumir que dicha tramitación o dicho servicio son gratuitos. Por otro lado, dicha indicación puede establecerse únicamente si la entidad se encuentra facultada al cobro mediante una norma con rango de ley[1055].

1052 Artículo 37º, inciso 1 al 8 de la Ley.
1053 Artículo 159º, numeral 159.1 de la Ley.
1054 MORÓN URBINA, *Derecho procesal administrativo*, cit., [1997], p. 148.
1055 Artículo 44º, numeral 44.2 de la Ley.

El TUPA debe señalar también las vías de recepción adecuadas para acceder a los procedimientos contenidos en el TUPA, de acuerdo a lo dispuesto por los artículos 117º y siguientes de la Ley de Procedimiento Administrativo General. Ello incluye la posibilidad de emplear la oficina de trámite documentario o los mecanismos alternativos de recepción.

El TUPA deberá señalar también la autoridad competente para resolver en cada instancia del procedimiento, a fin de que pueda establecerse con claridad a quien corresponde la instrucción y resolución del trámite y la responsabilidad respecto del mismo. Asimismo, debe señalar los recursos a interponerse para acceder a cada una de las instancias del procedimiento. En este último caso, si bien es cierto que la interposición de un recurso requiere la participación de abogado[1056], es necesario que el administrado conozca la existencia del recurso para poder decidir emplearlo. Ello implica también poder conocer qué resolución en concreto pone fin a la vía administrativa, para efectos de un eventual proceso contencioso administrativo.

Finalmente, el TUPA debe establecer los formularios que son empleados durante la tramitación del respectivo procedimiento administrativo. Mediante los formularios los administrados, o algún servidor a su pedido, completando datos, o marcando alternativas planteadas, proporcionan la información usual que se estima suficiente, sin necesidad de otro documento de presentación. Los formularios se emplean en especial cuando los administrados deban suministrar información para cumplir exigencias legales y en los procedimientos de aprobación automática. Los formularios también son utilizados cuando las autoridades deben resolver una serie numerosa de expedientes homogéneos, así como para las actuaciones y resoluciones recurrentes, que sean autorizadas previamente[1057], convirtiéndose en un importante mecanismo de gestión.

1.2.1. Los servicios prestados por las entidades administrativas

El TUPA también incluirá la relación de aquellos servicios prestados en exclusividad por las entidades, cuando el administrado no tiene posibilidad de obtenerlos acudiendo a otro lugar o dependencia[1058]. Ello asegura que la prestación de dichos servicios —muchos de los cuales se consideran servicios públicos— no esté sujeta a la discrecionalidad de la autoridad administrativa, dado que el administrado carece de opción alguna de elegir quien le va a prestar el servicio que demanda. En términos económicos, la entidad en cuestión posee una clara posición de dominio respecto al administrado, posición de la cual fácilmente podría abusar.

1056 Artículo 211º de la Ley.
1057 Artículo 154º de la Ley N.º 27444.
1058 Artículo 37º, segundo párrafo, de la Ley N.º 27444.

Como resultado, el ordenamiento administrativo se convierte nuevamente en un mecanismo encargado de la reducción de costos a favor del particular, costos que se elevan sustancialmente cuando dicho particular carece de mecanismos alternativos para acceder a servicios básicos. El análisis a este nivel se nos muestra similar al que debemos hacer cuando en el mercado existe una situación de monopolio, puesto que el Estado podría determinar de manera discrecional la calidad, el costo y el modo de prestación de los servicios, situación que se complica cuando los servicios son calificados como públicos.

En consecuencia, se precisará en el TUPA, con respecto a dichos servicios, la descripción de todos los requisitos exigidos para la prestación del servicio, los derechos que proceda cobrar, los mecanismos para acceder al servicio, la autoridad competente para la prestación del servicio en cuestión y los formularios a emplear para ello por parte del administrado. Asimismo, los requisitos y condiciones para la prestación de los servicios por las entidades se fijarán por decreto supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros[1059].

1.2.2. Los parámetros de los servicios exclusivos

En este caso, la norma en cuestión debe contener los parámetros para la prestación de servicios exclusivos. Esos servicios son prestados por la Administración en ejercicio de un ámbito de la función administrativa denominado actividad prestacional, que consiste en la realización de acciones que favorecen a los administrados, razón por la cual debe crearse una regulación adecuada para impedir que ese servicio no se preste.

En primer lugar, los servicios que están incorporados en el TUPA son aquellos que la entidad presta en condiciones de exclusividad, es decir, constituyendo un monopolio, razón por la cual debe ser regulados de manera estricta, a fin de que los mismos no afecten los intereses de los administrados, quienes evidentemente no puede recurrir a otra entidad o empresa. Ello implica que se definida con claridad la prestación de los servicios en la norma legal que define la competencia de la entidad y de los órganos que la conforman.

En segundo lugar, el TUPA debe contener la descripción clara y taxativa de todos los requisitos exigidos para la prestación de cada servicio, de tal forma que el cumplimiento de los referidos requisitos obliga, bajo responsabilidad, a la ejecución de las acciones que corresponden a dicho servicio, son incluir requisitos innecesarios o que no aporten información relevante.

Asimismo, el TUPA debe contener los supuestos en que procede el pago de tasas por la prestación del servicio, con indicación de su monto y forma de pago; así como las vías de recepción adecuadas para acceder a los servicios respectivos, las mismas que deben estar al alcance de todos los administrados.

1059 Artículo 37º, tercer párrafo, de la Ley N.º 27444.

Finalmente, debe establecerse la autoridad competente para la prestación directa del servicio así como los recursos a interponerse en el caso en que dicho servicio sea denegado; así como los formularios que sean empleados durante la tramitación del respectivo procedimiento administrativo.

1.2.3. Duplicidad de procedimientos administrativos

Se entiende por duplicidad la existencia de dos —o más— trámites para la obtención de un mismo fin, sea en la misma entidad o en distintas entidades de la Administración Pública. Para la elaboración del TUPA, entonces, deberá procurase evitar la duplicidad de procedimientos administrativos en las distintas entidades de la administración pública[1060]. Ello es consistente con las normas sobre modernización del Estado, en especial la Ley Nº 27658, Ley Marco de Modernización de la Gestión del Estado.

Adicionalmente, es la Presidencia del Consejo de Ministros la entidad encargada de detectar los casos de duplicidad y proponer las medidas necesarias para su corrección. Las previsiones legales antes referidas se encontraban precisadas en el artículo 16º del Reglamento del Decreto Legislativo N.º 757, que sin embargo debían de estar contenidas en una norma con rango de ley, como ocurre hoy en día.

La duplicidad de procedimientos administrativos vulnera de manera evidente principios del procedimiento administrativo como los de celeridad y predictibilidad, puesto que genera demoras en los trámites e impide al administrado tener un conocimiento razonablemente exacto del resultado del procedimiento administrativo en curso. Perjudica además la gestión administrativa, permitiendo el uso indebido de recursos humanos y logísticos, los mismos que podrían ser destinados a otros fines.

1.3. Previsiones formales del Texto Único de Procedimientos Administrativos

El TUPA, dada su importancia, manifestada en los párrafos precedentes, requiere de la máxima formalidad posible para su aprobación. Si bien es cierto no puede exigirse en todos los casos su aprobación mediante una norma con rango de ley —situación que no obstante se encontraría en concordancia directa con el principio de legalidad— dados los altos costos administrativos que ello generaría, si es necesario exigir a las entidades el empleo de normas administrativas de la mayor jerarquía posible.

En consecuencia, y en el caso del Poder Ejecutivo, el TUPA es aprobado necesariamente por Decreto Supremo del sector —decreto que requiere evidente aprobación presidencial— y por Resolución del Titular de Organismo constitucionalmente autónomo, en su caso. En este último caso se requiere la menor

1060 Artículo 38º, numeral 38.6 de la Ley N.º 27444.

formalidad posible, puesto que la decisión del titular de un organismo constitucional autónomo no requiere decisión adicional de ninguna autoridad, a diferencia de todos los demás casos que hemos señalado. Ello tiene evidente relación con la autonomía de dichos órganos establecida en la Constitución, autonomía que tiene un límite expreso en las normas legales que estamos describiendo.

Sin embargo, se exige su aprobación mediante norma de máximo nivel de las autoridades regionales —ordenanza regional—, o en el caso de gobiernos locales, a través de Ordenanza Municipal[1061]; normas que en ambos casos gozan de rango legislativo. El TUPA, en consecuencia, no puede ser aprobado mediante normas administrativas de inferior jerarquía, en especial en estos dos últimos casos.

No encontramos, sin embargo, diferencias de rango entre las normas que aprueban requisitos, procedimientos y costos y las que a su vez aprueban el respectivo TUPA. Sin embargo, es válido recordar que el TUPA, en principio, no constituye una norma reglamentaria, ni mucho menos puede constituir propiamente una fuente de derecho administrativo, siendo simplemente un compendio de los procedimientos que se realizan ante la entidad.

La previsión formal a este nivel no debería permitir la modificación de las normas que ya habían sido emitidas para determinar los citados procedimientos. Lo que ocurre en la práctica, no obstante lo antes indicado, es la generación simultánea de las normas que generan procedimientos y el respectivo texto único que compendia los mismos.

1.3.1. Autoridades competentes

La conducción del proceso de elaboración y formulación del TUPA de las entidades estará a cargo del órgano responsable de las funciones de planeamiento o quien haga sus veces[1062]. Ello es por completo razonable si te toma en cuenta que el TUPA es también un instrumento de gestión puesto que guía el funcionamiento de la entidad. Como resultado, dicha autoridad administrativa es la encargada de elaborar el sustento técnico de cada uno de los procedimientos administrativos contenidos en el TUPA[1063].

Asimismo, la Oficina de Asesoría Jurídica de la Entidad o quien haga sus veces, deberá sustentar ante el órgano responsable de la elaboración del TUPA la base legal de los procedimientos contenidos en el TUPA de la entidad y su calificación en cada caso como procedimientos de aprobación automática o de evaluación previa, y en este último caso, como procedimientos sometidos a silencio administrativo positivo o a silencio administrativo negativo. Ello tiene por finalidad satisfacer el cumplimiento de las normas legales que sean perti-

1061 Artículo 38º, numeral 38.1 de la Ley N.º 27444.
1062 Artículo 5º del Decreto Supremo N.º 079-2007-PCM.
1063 Artículo 6º del Decreto Supremo N.º 079-2007-PCM.

nentes, en especial la Ley del Procedimiento Administrativo General y la Ley del Silencio Administrativo.

Finalmente, el responsable de la Oficina de Administración y Finanzas de cada entidad o quien haga sus veces, en el caso de los procedimientos administrativos que no tengan la condición de gratuitos, deberán sustentar ante el órgano responsable de la elaboración del TUPA, los costos de cada procedimiento administrativo y los derechos de tramitación que se establezcan en el TUPA[1064]. Sobre los costos de los procedimientos vamos a tratar más adelante en este mismo capítulo.

1.3.2. Procedimiento para aprobar el TUPA[1065]

En primer lugar, la entidad deberá identificar las normas que determinan las competencias de la Entidad y los procedimientos administrativos a su cargo que deben seguir los administrados. Para ello deberá identificar el sustento legal de cada procedimiento y evaluar los requisitos que deben cumplir los administrados para la tramitación de cada procedimiento.

Seguidamente, deberá evaluar si los requisitos establecidos por cada trámite son necesarios, aportan valor y suministran información indispensable al objetivo del trámite, así como esté fundamentado en razones técnicas y legales respecto de la regulación general materia del trámite. Es evidente que, mientras menos requisitos innecesarios se exijan, la labor de la entidad es más eficiente, a la vez que se resuelve con mayor rapidez, beneficiando al administrado.

Asimismo, se debe identificar a la autoridad competente para pronunciarse en cada instancia de cada procedimiento y los recursos a interponerse para acceder a ellas. Para esto debe tenerse en cuenta que la autoridad en cuestión debe ser una sola en cada instancia y que dicha competencia debe fluir de la ley, los reglamentos y los instrumentos de gestión.

Además, se debe identificar la norma que ha aprobado el derecho de tramitación que se cobra en cada procedimiento; así como identificar los costos asociados a cada procedimiento o servicio prestado en exclusividad y el monto resultante del derecho de tramitación a cobrar al administrado. En la actualidad existe una norma que permite efectuar dicho cálculo, la cual vamos a comentar más adelante.

Finalmente, la entidad debe llenar los formatos que la norma establece, conforme al instructivo. Como es lógico, dichos formatos debe ser suscritos por los funcionarios responsables a los que nos hemos referido líneas arriba, debiendo actualizarse de manera permanente, así como reflejar los procedimientos administrativos vigentes de la Entidad. Los anexos de dichos formatos deberán

1064 Artículo 7º del Decreto Supremo N.º 079-2007-PCM.
1065 Artículo 8º del Decreto Supremo N.º 079-2007-PCM.

estar a disposición del público en general para lo cual deberán publicarse en el portal electrónico de la entidad.

1.3.3. La calificación de los procedimientos

La entidad deberá definir la calificación de cada uno de los procedimientos, precisando si son de aprobación automática o de evaluación previa y, en este último caso, el plazo máximo de tramitación, y si corresponde la aplicación del silencio administrativo positivo o negativo. En todos estos casos debe observarse de manera integral las normas legales aplicables.

En este orden de ideas, la primera disposición complementaria y transitoria del Decreto Supremo N.º 096-2007-PCM, preceptúa que en un plazo de 90 días hábiles desde la publicación de la referida norma, las entidades a que se refiere el artículo I del Título Preliminar de la Ley N.º 27444 deberán recalificar los procedimientos administrativos previstos en sus TUPA procurando la generalización de los procedimientos de aprobación automática.

Finalmente, la norma preceptúa que solo en caso de procedimientos sujetos a plazos con aplicación del silencio administrativo negativo se debe consignar una breve explicación que sustente de dicha calificación, teniendo en cuenta los supuestos a que se refiere la primera disposición transitoria complementaria y final de la Ley N.º 29060, Ley del Silencio Administrativo..

1.3.4. Opinión previa

El TUPA, dada su importancia, requiere de la opinión de determinadas autoridades a fin de que el mismo pueda emitirse, configurándose ello como un informe obligatorio y vinculante[1066]. En primer término, el caso de los ministerios, deberá contarse con la opinión de la Secretaría de Gestión Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros, dadas sus funciones de coordinación en la administración pública.

En el caso de los Organismos Públicos del Gobierno Nacional, incluidos aquellos adscritos a la Presidencia del Consejo de Ministros, los mismos deberán contar con la opinión de la Oficina General de Planeamiento y Presupuesto del Ministerio al cual se encuentren adscritos. Ello no solo porque la autonomía de los organismos públicos se encuentra relativamente limitada, sino además porque, por su importancia, el TUPA del Poder Ejecutivo se aprueba por decreto supremo, el mismo que debe ir refrendado por el ministerio que corresponde.

Ahora bien, en el caso de los Gobiernos Regionales y Locales se deberán contar con la opinión favorable de la Gerencia Regional y de la Gerencia Municipal, respectivamente, dado que poseen autonomía. En el caso de los Organismos Públicos Descentralizados de estos gobiernos, deberá contarse con la opinión

1066 Artículo 11º del Decreto Supremo N.º 079-2007-PCM.

de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto, o quien haga sus veces, del Gobierno Regional o Local al que se encuentre adscritos dichos organismos.

En el caso de las demás entidades, previamente a su aprobación, ellos deberán contar con la opinión favorable de la Secretaría General o del órgano que haga sus veces. Un ejemplo son los organismos constitucionales autónomos, los mismos que emiten su TUPA sin discutirlo con ninguna entidad.

1.3.5. Difusión y publicación del TUPA

Cada 2 (dos) años, las entidades están obligadas a publicar el íntegro del TUPA, bajo responsabilidad de su titular. Al respecto, el plazo se computará a partir de la fecha de la última publicación del mismo. Sin embargo, las entidades podrán realizar dicha publicación antes de cumplimiento de dicho plazo, cuando consideren que las modificaciones producidas en el TUPA lo ameriten.[1067] Esta última atribución se configura como una facultad, cuando debería concebirse como una obligación, toda vez que a publicación favorece al administrado al permitirle conocer el nuevo texto una vez emitida la modificación.

Ahora bien, el TUPA es publicado en el Diario Oficial El Peruano cuando se trata de entidades con alcance nacional, o en el diario encargado de los avisos judiciales en la capital de la región o provincia, tratándose de entidades con alcance menor. Por otro lado, la norma señala que sin perjuicio de la indicada publicación, cada entidad realiza la difusión de su TUPA mediante su ubicación en un lugar visible de la referida entidad[1068], previsión que se contrapone a la flexibilización observada respecto a la publicación del citado texto[1069].

1.3.6. Modificación de un TUPA ya aprobado[1070]

Una vez aprobado el TUPA, toda modificación que no implique la creación de nuevos procedimientos y que no determinen el incremento de derechos de tramitación o requisitos —sino que se establezca en beneficio de los particulares—, se realizará por Resolución Ministerial del Sector, Norma Regional de rango equivalente o Decreto de Alcaldía, o por Resolución del Titular del Organismo Autónomo conforme a la Constitución, según el nivel de gobierno respectivo. La previsión tiene por finalidad facilitar a la Administración Pública la puesta en práctica de mecanismos de simplificación administrativa.

En caso contrario, la modificación del TUPA se realiza indiscutiblemente por Decreto Supremo del sector, por ordenanza regional —la norma de máximo nivel de las autoridades regionales—, por Ordenanza Municipal o por Resolución del Titular de organismo constitucionalmente autónomo, como se ha indicado

1067 Artículo 38º, numeral 38.2 de la Ley N.º 27444.
1068 Artículo 38º, numerales 38.3 y 38.4 de la Ley N.º 27444.
1069 MORÓN URBINA, *Derecho procesal administrativo*, cit., [1997], p. 150.
1070 Artículo 38º, numeral 38.5 de la Ley N.º 27444.

anteriormente. Ello tiene sentido dada la necesidad de establecer límites formales para el establecimiento de nuevos costos o requisitos en perjuicio de los particulares.

La publicación de las mencionadas modificaciones, se realizara conforme al mecanismo establecido por la Ley materia de comentario y precisado en los párrafos precedentes, en especial si la modificación implica beneficios para el administrado como resultado de la simplificación de trámites.

1.3.7. Entidades que no cumplen con publicar su respectivo TUPA[1071]

El ordenamiento jurídico estableció la necesidad de generar mecanismos coercitivos para obligar a las entidades públicas a aprobar sus respectivos TUPA. En consecuencia, se ha establecido que las entidades que no cumplan con publicar su Texto Único de Procedimientos Administrativos, o lo publique omitiendo procedimientos, quedan sujetas a un régimen especial, en el cual se le otorga al administrado ciertas prerrogativas:

1. Respecto de los procedimientos administrativos que corresponde ser aprobados automáticamente, los administrados quedan liberados de la exigencia de iniciar ese procedimiento para obtener la autorización previa, para realizar su actividad profesional, social, económica o laboral, sin ser pasibles de sanciones por el libre desarrollo de tales actividades. Ello implica además la inexistencia de la obligación de efectuar pago alguno por el procedimiento a iniciarse.

   Asimismo, la suspensión de esta prerrogativa de la autoridad concluye a partir de la publicación del TUPA, sin que dicha situación tenga efecto retroactivo, lo cual significa que las autorizaciones obtenidas mantienen su validez y eficacia. Es evidente además que ello opera sin perjuicio de hacer efectiva la responsabilidad de la autoridad infractora.
2. Respecto de las demás materias sujetas a procedimiento de evaluación previa, se sigue el régimen previsto en cada caso por lo que señale al efecto la presente Ley. Previsión esta última que resulta ser de compleja aplicación, toda vez que somete al administrado a la decisión de la Administración si es que se requiere de una actuación material de esta, sea de dar o de hacer[1072]. Como resultado, el administrado se emplea el mecanismo que señala indebidamente la entidad, por temor a los perjuicios generados por no acatar el procedimiento generado de manera ilegal[1073].

1071 Artículo 49º, incisos 1 y 2 de la Ley.

1072 MORÓN URBINA, *Derecho procesal administrativo*, cit., [1997], pp. 168-169.

1073 MARAVÍ SUMAR, Milagros, "La simplificación administrativa: un asunto complejo", en *Thémis,* N.º 40. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000, p. 295.

1.4. Los servicios que no son prestados de manera exclusiva por las entidades y su regulación

Respecto a aquellos servicios que no sean prestados en exclusividad —en los cuales el administrado goza de capacidad de elección, por lo menos limitada—, las entidades a través de Resolución del Titular del Pliego establecerán los requisitos y costos correspondientes a los mismos, los cuales deberán ser debidamente difundidos para que sean de público conocimiento. Sin embargo, la Ley del Procedimiento Administrativo General no regula los parámetros para que las entidades puedan prestar servicios que los actores privados también prestan.

Ahora bien, la primera norma en regular el tema que venimos señalando es el Decreto Supremo N.º 088-2001-PCM, el mismo que por primera vez intentó regular al aplicación del principio de subsidiaridad. Lo que ocurre es que, como hemos señalado anteriormente en la presente obra, la actividad empresarial del Estado se encuentra intensamente limitada por el artículo 60º de la Constitución.

Lo señalado se encuentra corroborado por lo establecido por el artículo 1º del referido decreto supremo, en el sentido que, para desarrollar actividades de comercialización de bienes y servicios y efectuar los cobros correspondientes a los ciudadanos, las Entidades del Sector Público requieren contar con autorización de Ley expresa. La norma prescribe que el Titular de la Entidad correspondiente cautela que dichas actividades se sujeten a las limitaciones y condiciones impuestas por la Constitución y la Ley que autoriza su desarrollo.

A su vez, el artículo 2º de la norma preceptúa que el Titular de la Entidad mediante Resolución establecerá la descripción clara y precisa de los bienes y/o servicios que son objeto de comercialización por parte de la Entidad, las condiciones y limitaciones para su comercialización si las hubiere así como el monto del precio expresado en porcentaje de la UIT y su forma de pago. Estos parámetros son insuficientes, en especial si lo que se está cautelando es el principio de subsidiaridad, que se encuentra constitucionalmente consagrado.

Asimismo, la Resolución a que se refiere el párrafo precedente deberá ser publicada en la misma oportunidad en que se publica el Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) de la Entidad correspondiente. Toda modificación a dicha Resolución deberá aprobarse por Resolución del Titular y publicarse en el Diario Oficial El Peruano. Debemos recordar que el propio TUPA no requiere ya ser publicado en el Diario Oficial, conforme lo dispuesto por la Ley N.º 29091.

Un segundo problema en este ámbito es la necesidad real de que dicha resolución sea emitida con las mismas formalidades que el TUPA, puesto que dicha regulación va dirigida también a los administrados. Sin embargo, la emisión de la decisión a través de una resolución se encuentra señalado en la Ley del Procedimiento Administrativo General de la misma manera, razón por la cual no

puede modificarse dicha previsión legal a través de una norma reglamentaria como la que estamos proponiendo.

Asimismo, el artículo 3º de esta norma establece que en la delimitación del alcance de la actividad comercial que con carácter subsidiario desarrolla la Entidad, el Titular de la Entidad deberá evaluar cuando menos si el desarrollo de dichas actividades puede afectar negativamente el cumplimiento de los objetivos y metas institucionales aprobados, y el riesgo de deterioro del equipamiento e infraestructura física en perjuicio del Patrimonio del Estado. Estas condiciones son insuficientes, en especial en un contexto de necesidad de que la inversión privada sea incentivada de manera integral e intensa.

Para que no queden dudas, el artículo 10º de la referida norma preceptúa que para efectos de lo establecido en la misma, se entiende por "Actividades Comerciales", la venta o alquiler de bienes o servicios que no son suministrados en exclusividad por las Entidades del Sector Público, independientemente de que sean o no producidos por la misma Entidad, y que generalmente se brinda en condiciones de competencia con el sector privado.

Ahora, resulta evidente que esta regulación es anacrónica, puesto que en la actualidad se encuentran vigentes un conjunto de normas que regulan la actividad empresarial del Estado, en particular el Decreto Legislativo N.º 1031, así como el Decreto Legislativo N.º 1044, que sanciona la competencia desleal. Asimismo, la regulación en cuestión debe ponerse en el contexto de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

2. MECANISMOS DE SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA EN GENERAL

La Ley de Procedimiento Administrativo General ha subsumido en su articulado las denominadas normas de simplificación administrativa, contenidas en la respectiva Ley y su reglamento, las mismas que pretendían hacer posible que la tramitación de los procedimientos administrativos fuese más ágil y sencilla, en beneficio de los administrados. Es obvio que la dificultad en la tramitación de los procedimientos eleva el costo de la formalidad, perjudica los derechos de los administrados e impide el funcionamiento adecuado de la economía. La razón de ser de este mecanismo estriba en la reducción de intervenciones administrativas que gravan de forma injustificada o desproporcionada la actividad de los ciudadanos y de las empresas[1074]. Es por ello que la Ley N.º 27444 ha establecido un régimen unificado, que reúne la normativa que se había elaborado sobre el particular.

1074 TORNOS MÁS, Joaquín, "La simplificación procedimental en el ordenamiento español", en *Revista de Administración Pública*, N.º 151, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2000, p. 42.

Y es que las colas innecesarias, los trámites burocráticos irracionales, los requisitos ilegales, la información no comunicada al ciudadano y las demás barreras burocráticas generan sobrecostos innecesarios, es decir, consumen recursos reales, tanto en el sector público, como en las empresas y en los ciudadanos. Estos recursos podrían usarse en ampliación de infraestructura productiva, en acciones estatales de lucha contra la pobreza o en una mejor atención de nuestras necesidades personales. Sin embargo, es común que queden sepultados en trámites complejos y absurdos. Estos sobrecostos no solo desperdician recursos, sino que frenan la iniciativa privada, la desalientan y la alejan de convertirla en el impulso del desarrollo.

La simplificación administrativa, en consecuencia, no es solo un problema de incomodidad o de pérdida de tiempo en colas o en trámites. Es un tema que involucra la inversión, el desarrollo económico y la credibilidad del Estado y sus instituciones frente al ciudadano. De ahí la importancia y trascendencia de tomar medidas. La simplificación administrativa es el mecanismo necesario para eliminar estos sobrecostos[1075].

Ahora bien, las exigencias de simplificación derivan de la las necesidades de eficacia de la Administración Pública, así como del respeto a los derechos del administrado[1076]. La simplificación administrativa pretende liberar al ciudadano del lastre que constituye las relaciones, en la mayoría de los casos, obligatorias, que debe tener con la Administración Pública. Hoy en día, en el derecho comparado, se admite el principio general de la actuación administrativa al servicio del ciudadano, razón por la cual debe corregirse las disfuncionalidades en el actuar de la Administración[1077]. Por un lado, la simplificación trata de mejorar la relación del ciudadano con la Administración, permitiendo agilidad y facilidad en el acceso. Sin embargo, no debe de dejarse de lado, además, la consideración de que la simplificación también tiene incidencia en la intervención sobre la economía[1078].

Sin embargo, no debe desconocerse los costos y la carga económica que representa un aparato administrativo muy grande y por ende, disfuncional, carga económica que finalmente debe distribuirse en toda la sociedad en su conjunto, a través del sistema impositivo. Dicha carga genera, de manera inmediata, desperdicio de recursos al amparo de una concepción mal entendida de interés general.

Ahora bien, se reconocen en general tres ámbitos en la denominada simplificación administrativa. En primer lugar, la simplificación normativa, tanto a nivel del ordenamiento legal como al nivel de los reglamentos y los textos únicos de

1075 INDECOPI. ÁREA DE ESTUDIOS ECONÓMICOS, "Impulsando la simplificación administrativa: un reto pendiente", cit., p. 15.

1076 MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, "De la simplificación de la administración pública", cit., p. 8.

1077 TORNOS MÁS, "La simplificación procedimental en el ordenamiento español", cit., p. 39.

1078 TORNOS MÁS, "La simplificación procedimental en el ordenamiento español", cit., p. 43.

procedimientos administrativos, a los cuales ya hemos referido con anterioridad. En segundo lugar, es necesaria una simplificación orgánica, que implica la racionalización del aparato administrativo, simplificación relacionada además con los procesos de modernización del Estado. Finalmente, se habla de una simplificación procedimental, que es en buena cuenta simplificar el accionar de la Administración[1079].

Como resultado de estas constataciones, y como veremos a continuación, el Estado emitió, a fines de la década de los 80, una norma legal, denominada Ley de Simplificación Administrativa, que tenía por función facilitar la realización de los trámites administrativos, reducir costos innecesarios, así como evitar las exigencias innecesarias a favor del administrado. Otro hito de particular importancia estuvo constituido por la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, Decreto Legislativo Nº 757. Evidentemente, la actual Ley establece un conjunto de criterios más adecuado y moderno respecto a la necesidad de simplificar los procedimientos administrativos, en beneficio de la colectividad y de los administrados.

2.1. Antecedentes y evolución

Los antecedentes de los presupuestos de simplificación administrativa los podemos encontrar en el propio Reglamento de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativo, la misma que estableció un procedimiento ordenado, a diferencia de las normas desordenadas que existían con anterioridad en el país, imputables a los distintos sectores de la Administración Pública.

Desdichadamente, la década de 1980 conoció un Estado sumamente sobredimensionado, el mismo que requería de un reforzamiento del ordenamiento administrativo procesal. Dentro de esta lógica, se hizo necesaria, a fines de la década de los 80´, establecer mecanismos de desburocratización del aparato estatal. En este orden de ideas, el Instituto Libertad y Democracia impulsó el Proceso de Simplificación Administrativa, que se inició con la promulgación de la Ley Nº. 25035 y su reglamento, en el año 1989[1080].

Los principios fundamentales de dicha norma, consagrados en el artículo 2º de la misma, eran los siguientes, establecidos al nivel de los mecanismos que la Administración debía emplear para hacer efectivos sus procedimientos:

1. La presunción de veracidad, que rige en las relaciones de aquélla con sus funcionarios y servidores y con el público, y que consiste en suponer que las personas dicen la verdad. Esta presunción evidentemente admitía prueba en contrario, configurándose como una presunción legal relativa. Esta fue la primera norma que consagró

1079 MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, "De la simplificación de la administración pública", cit., p. 8.
1080 MORÓN URBINA, *Derecho procesal administrativo*, cit., [1997], p. 127.

este principio, al cual hemos hecho referencia en reiteradas oportunidades

2. La eliminación de las exigencias y formalidades cuando los costos económicos que ellas impongan sobre la sociedad, excedan los beneficios que le reportan. Esta previsión, originada en consideraciones de naturaleza económica, inició una moda en el manejo administrativo, al imputar el análisis costo beneficio al derecho administrativo procesal. Ello es lo que en la doctrina italiana se conoce como principio de no agravación, establecido claramente en la normatividad de dicho país[1081].
3. La desconcentración de los procesos decisorios a través de una clara distinción entre los niveles de dirección y de los de ejecución, lo que implicó transferencia de facultades hacia niveles de inferior jerarquía[1082].
4. La participación de los ciudadanos en el control de la prestación de los servicios por parte de la Administración Pública, y en la prestación misma de los servicios.

La simplificación administrativa, sin embargo, se hizo aún más evidente con la promulgación del Decreto Legislativo N.º 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, a la cual ya hemos hecho referencia, en cuyo título IV se hacía referencia a la seguridad jurídica de las inversiones en materia administrativa. Principios importantes que contenía esta norma estaban referidos a la existencia del Texto Único de Procedimientos Administrativos —al cual nos hemos referido en acápites precedentes—; la preferencia por la aprobación automática, siendo excepcional la evaluación previa y especialmente el silencio administrativo negativo; el principio de que el monto de los derechos a pagar por un servicio no puede exceder el costo real del mismo; así como la posibilidad del uso de copias de los documentos exigidos como requisitos para la tramitación de los procedimientos administrativos.

Ahora bien, la Ley de Procedimiento Administrativo General deroga las normas antes señaladas, estableciendo en como resultado dos consecuencias básicas. La primera, basada en el hecho de que la simplificación administrativa es un elemento integrante de la nueva normatividad del procedimiento administrativo general. En segundo lugar, es evidente que el procedimiento administrativo debe ser un mecanismo que no solamente asegure la protección de los derechos de los administrados, sino que además se convierta en un mecanismo que permite un adecuado funcionamiento del mercado.

1081 MASUCCI, "Apuntes reconstructivos de la Ley sobre el Procedimiento Administrativo en Italia", cit., p. 315; CIERCO SEIRA, "La simplificación de los procedimientos administrativos en Italia", cit., p. 390.

1082 MORÓN URBINA, *Derecho procesal administrativo*, cit., [1997], p. 130.

Por otro lado, la simplificación administrativa no resulta ser solo una necesidad en el país. De hecho, en Europa, y al amparo de la normatividad comunitaria, se han implementado mecanismos de simplificación en los últimos diez años, en especial en Francia, Reino Unido, Alemania, España e Italia[1083]. De hecho, la administración pública norteamericana, caracterizada por su gran tamaño, ha sufrido importantes reformas en los últimos años, en especial durante la administración Clinton[1084].

2.2. Mecanismos que se utilizan para la simplificación del procedimiento administrativo

Es preciso señalar, en la lógica de simplificación normativa, que la eliminación de procedimientos, requisitos o la simplificación de los mismos, se aprobarán mediante Resolución Ministerial, Norma Regional de rango equivalente o Decreto de Alcaldía, según se trate de entidades dependientes del Gobierno Central, Gobiernos Regionales o Locales, respectivamente; mientras que para establecer procedimientos, requisitos y costos administrativos se requieren normas de rangos superiores, de acuerdo con lo establecido por la Ley de Procedimiento Administrativo General[1085].

La previsión antes citada permite que la modificación de los trámites, a fin de favorecer a los administrados, no requiera de la emisión de normas por medio de los órganos de mayor nivel jerárquico, precisamente como mecanismo de garantía de los derechos de los administrados, puesto que facilita la simplificación normativa. A la vez, este esquema genera una mejora en el manejo de los procedimientos al interior de las entidades.

2.3. Simplificación procedimental

Como se ha señalado líneas arriba, un importante ámbito de la simplificación administrativa la constituye la denominada simplificación procedimental, que radica en la racionalización del actuar de la Administración. La simplificación procedimental implica la disminución de cargas burocráticas que se proyectan sobre la actuación de los administrados en sus relaciones con la Administración.

2.3.1. Requisitos para la tramitación del procedimiento administrativo

Un primer elemento que constituye la denominada simplificación procedimental se relaciona de manera directa con la exigencia de requisitos por parte de las entidades para la tramitación de los diversos procedimientos. En este orden de

1083 CIERCO SEIRA, "La simplificación de los procedimientos administrativos en Italia", cit., pp. 385-386.

1084 Sobre el particular: MORENO MOLINA, Ángel Manuel, "La reforma administrativa en los Estados Unidos", en *Revista de Administración Pública*, N.º 134, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, pp. 521 y ss.

1085 Artículo 36º, numeral 36.3 de la Ley.

ideas, debe tenerse en cuenta que la Administración debe basarse en criterios objetivos para establecer requisitos para la tramitación de procedimientos. En consecuencia, solamente serán incluidos como requisitos exigidos por la Administración Pública para la realización de cada procedimiento administrativo aquellos que sean indispensables para obtener el pronunciamiento correspondiente, con pleno conocimiento de sus costos y beneficios[1086].

En esta línea de pensamiento, la norma materia de estudio indica ciertos criterios que cada entidad deberá considerar[1087] a fin de estructurar debidamente los procedimientos administrativos, que son los siguientes[1088].

1. La documentación que conforme a esta ley pueda ser solicitada, la que está impedida de requerir y aquellos sucedáneos que se han establecido en reemplazo de documentación original. Este criterio, que implica en buena cuenta el cumplimiento de lo establecido por la Ley, asegura la imperatividad de las previsiones sobre simplificación administrativa y genera un marco respecto del cual se elaboran los requerimientos de la entidad administrativa.
2. Su necesidad y relevancia en relación con el objeto del procedimiento administrativo y para obtener el pronunciamiento requerido. Este es más bien un análisis de razonabilidad. Es decir, que los requisitos exigidos sean razonables y proporcionales al fin que se pretende obtener y el interés general que se pretende garantizar. A su vez, esto incluye un análisis en términos de costo beneficio, entendiendo el costo como aplicable al administrado comparándolo con el beneficio respecto al interés general[1089], lo cual es plenamente concordante con la moderna concepción de búsqueda de equilibrio entre dicho interés y los derechos de los particulares, contenida en la propia Ley[1090].
3. La capacidad real de la entidad para procesar la información exigida, en vía de evaluación previa, e incluso, de fiscalización posterior. Este es un criterio más bien de gestión, que requiere evaluar si la institución puede tramitar el procedimiento de manera eficiente y que tanta documentación puede manejar en el mismo. Resulta evidente que, si la entidad carece de capacidad logística para el manejo de la documentación, debe procederse a tramitar de manera simplificada los procedimientos o evaluar si es que realmente resulta necesaria la existencia de los mismos.

1086 Artículo 39º, inciso 39.1 de la Ley N.º 27444.
1087 Artículo 39º, inciso 39.2 de la Ley N.º 27444.
1088 Estos criterios, no obstante su importancia, no resultan ser tampoco una novedad, puesto que se encontraban presentes, casi en su integridad, en el artículo 15º del Reglamento de la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, Decreto Legislativo N.º 757.
1089 MORÓN URBINA, *Derecho procesal administrativo*, cit., [1997], p. 152; CIERCO SEIRA, "La simplificación de los procedimientos administrativos en Italia", cit., p. 400.
1090 Artículo III del Título Preliminar de la Ley N.º 27444.

2.3.2. La presunción de veracidad en el procedimiento administrativo

La presunción de veracidad a nivel del procedimiento administrativo —principio al cual nos hemos referido reiteradamente— es un elemento crucial dentro de la simplificación administrativa, puesto que permite acelerar los trámites y facilitarle al administrado el manejo de los procedimientos administrativos, a partir de la presunción de que el particular dice la verdad. Asimismo, la presunción de veracidad genera una mejora sustancial en la gestión, permitiendo una reducción sustancial de los costos administrativos que la entidad debe asumir en la verificación[1091]. Como resultado, la presunción de veracidad se convierte en el principio rector de la simplificación administrativa procedimental.

La presunción de veracidad aparece por primera vez en el ordenamiento jurídico peruano en el artículo 2º de la Ley de Simplificación Administrativa, así como en los artículos 3º a 7º de la citada norma legal. Disposición similar se encuentra en el artículo 29º de la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión privada, Decreto Legislativo N.º 757, previsión legal que se reconoce antecedente inmediato de la que venimos comentando.

En este orden de ideas, la presunción de veracidad, a nivel del procedimiento administrativo, implica que todas las declaraciones juradas, los documentos sucedáneos presentados y la información incluida en los escritos y formularios que presenten los administrados durante la tramitación de un procedimiento administrativo, se presumen verificados por quien hace uso de ellos, así como de contenido veraz para fines administrativos, salvo prueba en contrario[1092]. Dicha prueba en contrario se puede obtener a través del procedimiento de fiscalización posterior que debe realizar la entidad, en su caso. En tal sentido, la presunción de veracidad en el ámbito del procedimiento de evaluación previa tiene un alcance distinto que en el procedimiento de aprobación automática, pues en este último caso el citado principio opera como justificación del procedimiento en sí mismo, a diferencia de la situación que venimos describiendo, en la cual la presunción de veracidad permite, entre otras cosas, admitir medios probatorios y en especial los sucedáneos documentales, que resultan indispensables en una lógica de simplificación administrativa[1093].

2.3.3. Traducciones de parte, informes o constancias profesionales o técnicas

En los casos de las traducciones de parte, así como de los informes o constancias profesionales o técnicas presentados como sucedáneos de documentación

1091 De hecho, al realizar exigencias indebidas al administrado, el Estado incurre en mayores gastos respecto a los ingresos que pueda obtener. Sobre el particular: INSTITUTO LIBERTAD Y DEMOCRACIA, *La simplificación administrativa: primer paso hacia la desburocratización*, cit., p. 35.

1092 Artículo 42º, inciso 42.1 de la Ley N.º 27444.

1093 INSTITUTO LIBERTAD Y DEMOCRACIA, *La simplificación administrativa: primer paso hacia la desburocratización*, cit., p. 36.

oficial, la responsabilidad de la presunción de veracidad recae solidariamente en quién los haya expedido y en quién los presentó[1094]. Es decir, si la fiscalización posterior detecta la existencia de fraude o falsedad, la responsabilidad del administrado se encuentra compartida con el traductor o quien emitió la constancia profesional o técnica. La solidaridad, a su vez, permite hacer efectivas responsabilidades de naturaleza civil contra cualquiera de ellos, en incluso contra ambos.

2.4. Documentación que no puede solicitarse a los administrados por parte de las entidades

Como se ha señalado líneas arriba, existe un conjunto de prohibiciones para las entidades respecto a la documentación que podrán solicitar a los administrados para el inicio, prosecución o conclusión de un procedimiento, sea de oficio o iniciado a petición de parte, a fin de propender a una mayor eficiencia en la tramitación de los procedimientos y la reducción de los costos innecesarios a favor de los particulares. Ello es congruente con la existencia de un régimen de sucedáneos documentales, a los cuales nos referiremos más adelante.

En tal sentido, la autoridad administrativa está prohibida de solicitar a los administrados la siguiente documentación o información[1095], que se considera innecesaria o cuya obtención corresponde a la propia autoridad administrativa:

2.4.1. Información o documentación existente en la entidad

Que está constituida por aquella información o documentación que la entidad solicitante posea o deba poseer en virtud de algún trámite realizado anteriormente por el administrado en cualquiera de sus dependencias, o por haber sido fiscalizado por ellas, durante los cinco (5) años anteriores inmediatos, siempre que los datos no hubieren sufrido variación ni haya vencido la vigencia del documento entregado. Ahora bien, para acreditar la presentación del documento, basta que el administrado exhiba la copia del cargo donde conste dicha presentación, debidamente sellado y fechado por la entidad ante la cual hubiese sido suministrada.

El origen de la previsión legal materia de análisis se encuentra en el artículo 8º de la derogada Ley de Simplificación Administrativa, la misma que establece, como parte de la eliminación de exigencias y formalidades costosas, que queda eliminada la presentación de documentos que contengan información que la entidad posea o deba poseer. A su vez, el reglamento de la citada norma, en su artículo 20º, contenía una redacción similar a la que contiene el inciso 40.1.1. de artículo 40º de la Ley de Procedimiento Administrativo General[1096].

1094 Artículo 42º, inciso 42.2 de la Ley N.º 27444.
1095 Artículo 40º, inciso 40.1 de la Ley.
1096 Redacción que a su vez es similar a la contenida en el artículo 17º inciso a) del D.S. N.º

Finalmente, el artículo 31º de la Ley Marco para el crecimiento de la inversión privada establece la prohibición de que las entidades soliciten documentación que haya sido presentada con anterioridad por el interesado.

La obligación antes citada tiene por finalidad evitar que la Administración Pública exija al administrado información que la entidad tenga o que deba tener[1097]. Permitir lo contrario equivale a complicar el procedimiento, haciéndolo más largo, lo cual a su vez no propende a la eficiencia de las entidades. La experiencia peruana y comparada[1098] demuestra que la Administración tiene a exigir documentos que la misma posee, como resultado de una mezcla de mal entendida seguridad jurídica con la proverbial inercia que rodea al actuar administrativo.

2.4.2. Información o documentación de la propia entidad

Es aquella que haya sido expedida por la misma entidad o por otras entidades públicas del mismo sector. Es evidente que en este caso, la Administración no puede solicitar el documento o la información respectiva al administrado. Ahora bien, en el caso de distintas entidades de un mismo sector, la obligación de recabar la documentación corresponde a la propia entidad, a solicitud del administrado. Es necesario señalar que el esquema peruano no impide que la Administración pueda solicitar documentos que obran en otras entidades públicas, a diferencia de otros ejemplos en el derecho comparado, como el italiano.

La lógica de la prescripción legal que venimos señalando estriba en la propia simplificación del procedimiento, estableciendo que la entidad no puede solicitar información o documentación que ella posee, consideración que justifica también la previsión legal que se comentara en el acápite precedente. De la misma manera, la Administración muestra la tendencia de solicitar información o documentos que ella misma ha expedido en su momento[1099]. A su vez estas normas tienen por finalidad facilitar la obtención por parte de los administrados de la documentación de la cual se debe hacer acopio para la iniciación o continuación de un trámite determinado.

094-92-PCM, Reglamento de las disposiciones sobre seguridad jurídica en materia administrativa contenidas en el Decreto Legislativo N.º 757.

1097 En el derecho comparado se encuentran ejemplos interesantes de esta previsión, en particular el artículo 35º inciso f) de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común en el caso español y el artículo 18.2 de la Ley 241/1990 italiana. En este último caso la previsión es aún más estricta, estableciendo que la Administración no puede exigir ningún documento que obre en su poder o de cualquier otra administración pública.

1098 Sobre el particular: MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, "De la simplificación de la administración pública", cit., p. 32; CIERCO SEIRA, "La simplificación de los procedimientos administrativos en Italia", cit., p. 393-394.

1099 MARAVÍ SUMAR, "La simplificación administrativa: un asunto complejo", cit., p. 297.

2.4.3. La presentación de más de dos ejemplares de un mismo documento

Como parte de la simplificación procedimental que venimos describiendo, se establece que no cabe la presentación de la más de dos ejemplares de un mismo documento ante la entidad, salvo evidentemente que sea necesario notificar a un número determinado de interesados[1100], como podría ocurrir en procedimientos en los cuales deba incorporarse a terceros administrados o en procedimientos trilaterales.

Esta previsión tiene por finalidad evitar la acumulación de documentación innecesaria, propendiendo a la aceleración del procedimiento. Por otro lado, traslada a la entidad el costo de la emisión de fotocopias, en caso fueran necesarias para la elaboración de documentos distintos al expediente principal o cuando deba comunicarse a una autoridad distinta a la que tramita el procedimiento[1101].

2.4.4. Fotografías de los administrados

Asimismo, se establece que no debe exigirse la presentación de fotografías, salvo evidentemente los procedimientos para la obtención de documentos de identidad, pasaporte, así como licencias o autorizaciones de índole personal o por razones de seguridad nacional.

La norma establece que los administrados tendrán la libertad de escoger la empresa en la cual sean obtenidas las fotografías, con excepción de los casos de digitalización de imágenes, la misma que es necesaria para impedir la falsificación de los documentos antes precisados, como ocurre por ejemplo con el trámite para la obtención de pasaportes.

2.4.5. Otros posibles requerimientos que no resultan exigibles

- Documentos de identidad personal distintos a la Libreta Electoral o Documento Nacional de Identidad (DNI), como la libreta militar o la licencia de conducir. Asimismo, solo se exigirá para los ciudadanos extranjeros carnet de extranjería o pasaporte según corresponda. Ahora bien, la Ley no señala si la libreta electoral o el documento nacional de identidad pueden ser reemplazados a su vez por otros documentos en caso no se tengan a la mano los antes precisados. En estricto, debería existir un rango amplio de documentos de identidad, entre los cuales deberá preferirse, evidentemente, el documento nacional de identidad.
- Recabar los sellos de la propia entidad, que en todo caso deben ser acopiados por la autoridad a cargo del expediente. En este caso nuevamente se aplica el principio de asignar el costo de la tramita-

1100 Artículo 40º, numeral 40.1.3 de la Ley.
1101 MORÓN URBINA, *Derecho procesal administrativo*, cit., [1997], p. 154.

ción a quien se encuentra en condición de efectuarla al menor costo posible.

- Documentos o copias nuevas, cuando sean presentadas otras, no obstante haber sido producidos por otra finalidad, salvo que sean ilegibles.
- Constancia de pago realizado ante la propia entidad por algún trámite, en cuyo caso el administrado solo queda obligado a informar en su escrito el día de pago y el número de constancia de pago, correspondiendo a la administración la verificación inmediata.

2.4.6. Presentación espontánea

Evidentemente, lo señalado en la Ley respecto a las exigencias que la entidad no puede solicitar no limita la facultad del administrado para presentar espontáneamente, si así lo cree conveniente, la documentación mencionada en el acápite precedente[1102]. Ello permite dejar a la decisión del administrado la documentación que considere pertinente, a fin de cautelar su derecho de petición administrativa, puesto que por estrategia procesal, el administrado puede considerar útil la presentación, por ejemplo, de documentos que la propia entidad posee —a fin de acelerar el procedimiento—, la presentación de documentos que la entidad ha emitido o la obtención de sellos de la misma.

2.5. Sucedáneos documentales

En mérito de las consideraciones que venimos explicitando, y teniendo en cuenta el principio de presunción de veracidad, la norma materia de estudio establece la existencia de los denominados sucedáneos documentales, que poseen el mismo valor que los originales y que se establecen a fin de que los administrados puedan reemplazar con aquellos a los documentos originales que probarían lo señalado por dichos administrados.

En consecuencia las entidades están obligadas a recibir, en vez de la documentación oficial, ciertos instrumentos e informaciones que en definitiva reemplazan a los originales con el mismo mérito probatorio[1103]. Encontramos entre ellas a las siguientes:

1. Las copias simples o autenticadas por los fedatarios institucionales, en reemplazo de los documentos originales o de las copias legalizadas notarialmente de tales documentos[1104]. La Ley establece que las copias simples serán aceptadas, estén o no certificadas por notarios, funcionarios o servidores públicos en el ejercicio de sus funciones y tendrán el mismo valor que los documentos originales para el

1102 Artículo 40º, numeral 40.2 de la Ley.
1103 Artículo 41º, numeral 41.1 de la Ley N.º 27444.
1104 MARAVÍ SUMAR, "La simplificación administrativa: un asunto complejo", cit., p. 296.

cumplimiento de los requisitos correspondientes a la tramitación de procedimientos administrativos seguidos ante cualquier entidad[1105]. Solo se exigirán copias autenticadas por fedatarios institucionales en los casos en que sea razonablemente indispensable y de acuerdo al régimen establecido por la Ley, al cual hacemos referencia a continuación.

2. Las traducciones simples con la indicación y suscripción de quién oficie de traductor debidamente identificado, en lugar de las traducciones oficiales, cuya obtención es más costosa. Esta previsión se encontraba también en la normatividad derogada, pero era también incumplida sistemáticamente[1106]. Por otro lado, las traducciones, como lo hemos señalado líneas arriba, se encuentran sometidas a responsabilidad solidaria en caso de detectarse fraude o falsedad como resultado de la evaluación posterior[1107]. Dicha responsabilidad afecta entonces al traductor y al administrado que presenta la citada traducción.
3. Las expresiones escritas del administrado contenidas en declaraciones con carácter jurado mediante las cuales afirman su situación o estado favorable en relación con los requisitos que solicita la entidad, en reemplazo de certificaciones oficiales sobre las condiciones especiales del propio administrado, tales como antecedentes policiales, certificados de buena conducta, de domicilio, de supervivencia, de orfandad, de viudez, de pérdida de documentos, entre otros. Este precepto es otro resultado directo de la aplicación de la presunción de veracidad, encontrándose su antecedente también en la norma de simplificación administrativa[1108].
4. Los instrumentos privados, boletas notariales o copias simples de las escrituras públicas, en vez de instrumentos públicos de cualquier naturaleza, o testimonios notariales, respectivamente.
5. Las constancias originales suscritas por profesionales independientes debidamente identificados en reemplazo de certificaciones oficiales acerca de las condiciones especiales del administrado o de sus intereses cuya apreciación requiera especiales actitudes técnicas o profesionales para reconocerlas, tales como certificados de salud o planos arquitectónicos, entre otros. Se tratará de profesionales

1105 El antecedente inmediato de esta previsión está contenido en el artículo 32º del decreto Legislativo N.º 757, al cual hemos hecho referencia reiteradamente. Sin embargo, también estaba contenida en el artículo 56º del Texto Único Ordenado de la Ley de Normas generales de Procedimientos Administrativos.

1106 MARAVÍ SUMAR, "La simplificación administrativa: un asunto complejo", cit., p. 296.

1107 Artículo 42º, inciso 42.2 de la Ley N.º 27444.

1108 INSTITUTO LIBERTAD Y DEMOCRACIA, *La simplificación administrativa: primer paso hacia la desburocratización*, cit., p. 35.

colegiados solo cuando la norma que regula los requisitos del procedimiento así lo exija.

6. Las copias fotostáticas de formatos oficiales o una reproducción particular de ellos elaborada por el administrador respetando integralmente la estructura de los definidos por la autoridad, en sustitución de los formularios oficiales aprobados por la propia entidad para el suministro de datos.

2.5.1. Admisión de los sucedáneos documentales en los procedimientos administrativos[1109]

Ahora bien, la presentación y admisión de los sucedáneos documentales, se realizará bajo la batuta del principio de presunción de veracidad, que determinará la realización de una fiscalización posterior con carácter obligatorio a cargo de las mencionadas entidades, de conformidad con lo establecido en la Ley. Ello significa que la presentación de sucedáneos documentales activa el procedimiento de fiscalización posterior, típico procedimiento de oficio, al igual que en el caso de los procedimientos de aprobación automática. Es evidente, entonces, que dicha activación no debería darse en el caso en el que se presenten originales o copias notarialmente legalizadas, fedateadas o autenticadas.

Como consecuencia directa de lo que venimos señalando, los documentos e informaciones presentados en vez de la información oficial, que posean el mismo mérito que los originales, tendrán plena validez en el procedimiento administrativo, aun cuando una norma expresa disponga la presentación de documentos originales[1110]. De esta manera, las normas sobre sucedáneos documentales tienen preponderancia sobre cualesquiera otras que establezcan la presentación de originales.

Asimismo, lo señalado en este punto no limita el derecho del administrado a presentar la documentación prohibida de exigir, en caso lo considere conveniente para su derecho. En determinados casos, el administrado puede considerar eficiente, como resultado de su estrategia procesal, la presentación de documentos originales, traducciones públicas o documentos públicos; decisión que está sometida a su entera discrecionalidad.

2.5.2. Labor de los fedatarios[1111]

El fedatario tiene como labor personalísima, el comprobar y autenticar, previo cotejo entre el original que exhibe el administrado y la copia presentada, la fidelidad del contenido de esta última para su empleo en los procedimientos de la entidad, cuando en la actuación administrativa sea exigida la agregación de

1109 Artículo 41º, inciso 41.2 de la Ley.
1110 Artículo 41º, inciso 41.3 y 41.4 de la Ley.
1111 Artículo 127º, numeral 2, de la Ley N.º 27444.

los documentos o el administrado desee agregados como prueba. La existencia de fedatarios permite, al nivel de los principios genéricos de simplificación administrativa, reducir costos y simplificar trámites, al permitir la presentación de copias autenticadas con el mismo valor del original, sin tener que recurrir al notario, funcionario que normalmente cobra un honorario por la realización de sus servicios. La Ley señala que los fedatarios también pueden, a pedido de los administrados, certificar firmas, previa verificación de la identidad del suscriptor, para las actuaciones administrativas concretas en que sea necesario.

La figura del fedatario surge a partir de la Ley de Simplificación Administrativa, como ente encargado de autenticar las copias que se presenten ante la Administración Pública, a través de su cotejo con el original[1112]. Un desarrollo más profundo de dicha institución se encontró en el reglamento de dicha Ley, estableciéndose las características de la labor del mismo y los requisitos para su nombramiento.

2.5.3. Régimen de fedatarios existente y requisitos de autenticación de documentos

Cuando se establezcan requisitos de autenticación de documentos —que se entiende excepcional—, el administrado podrá acudir al régimen de fedatarios que se describe la Ley[1113]. Dicho régimen permite la presentación de documentos certificados por fedatario, la reducción consiguiente de costos y la mejora de gestión administrativa.

1. En primer lugar, cada entidad designa fedatarios institucionales adscritos a sus unidades de recepción documental, en número proporcional a sus necesidades de atención, sin exclusión de sus labores ordinarias. Dichos servicios deben brindarse gratuitamente a los administrados, puesto que, dado que la labor del fedatario implica simplificación administrativa, no debe generar costo alguno al administrado.
2. En caso de complejidad derivada del cúmulo o de la naturaleza de los documentos a autenticar, la oficina de trámite documentario consulta al administrado la posibilidad de retener los originales, para lo cual se expedirá una constancia de retención de los documentos al administrado, por el término máximo de dos días hábiles, para certificar las correspondientes reproducciones. Cumplido este, devuelve al administrado los originales mencionados.
3. Asimismo, la Ley señala que la entidad puede requerir en cualquier estado del procedimiento la exhibición del original presentado para la autenticación por el fedatario. Esta previsión legal no tiene sentido

1112 Artículo 5º de la Ley de Simplificación Administrativa.
1113 Artículo 127º de la Ley N.º 27444.

si tomamos en cuenta que la fe que da el fedatario implica que la copia posee el mismo valor que el original, puesto que contiene la misma información.

2.5.4. Autenticación de actos propios[1114]

La existencia de un régimen de fedatarios institucionales no obsta para la existencia de la potestad administrativa de las autoridades para dar fe de la autenticidad de los documentos que ellos mismos hayan emitido[1115]. En general, se reconoce la facultad de los órganos administrativos de certificar la emisión de los actos emitidos por sus funcionarios. Normalmente, dicho rol corresponde a alguna oficina de la entidad, especialmente a la denominada Secretaría General.

2.5.5. Copia de un documento público

La Ley señala que son considerados documentos públicos aquellos que son emitidos válidamente por los órganos de las entidades[1116]. Ello implica que todo documento emitido por las entidades goza de validez *per se*, en cualquier procedimiento que se tramite, ante cualquier otra entidad, y cualesquiera sean las circunstancias o la actividad dada.

Ahora bien, no todo documento público tiene el carácter de acto administrativo. Ciertos documentos públicos, como pueden ser los informes o los dictámenes no generan efectos jurídicos directos respecto a los administrados. Asimismo, los pronunciamientos institucionales emitidos por las entidades, por ejemplo, se adscriben más bien al concepto de actividad material de la administración. Finalmente, los documentos internos no se aplican a administrados propiamente dichos, razón por la cual no pueden ser considerados actos administrativos.

La copia de cualquier documento público goza de la misma validez y eficacia que los originales, solo cuando exista constancia de que es auténtico[1117]. Para que exista dicha constancia de autenticidad, es necesario que la copia del documento haya sido fedateada, legalizada mediante notario o sino autenticada por la propia autoridad que emitió el documento.

2.5.6. El caso de la documentación privada

Son documentos privados aquellos emitidos por particulares o que contienen actos realizados por particulares. Es claro, por otro lado, que dichos documentos pueden ser empleados al interior de un procedimiento administrativo.

1114 Artículo 128º de la Ley N.º 27444.

1115 Esta previsión legal no es ninguna novedad, pues se encontraba precisada en el artículo 9º del Reglamento de la Ley de Simplificación Administrativa. La norma, entonces, la eleva al rango de Ley.

1116 Artículo 43º, numeral 43.1 de la Ley N.º 27444.

1117 Artículo 43º, numeral 43.2 de la Ley N.º 27444.

Ahora bien, las copias de los documentos privados que han sido certificados por el fedatario, poseen validez y eficacia plena. Sin embargo, dicha validez y eficacia solo surten efecto en el ámbito de la actividad de la entidad que la auténtica[1118]. Evidentemente, si la certificación es notarial, la validez de la copia del documento es aplicable a todo acto que pueda realizar el particular.

2.6. Políticas en materia de simplificación administrativa

El Decreto Supremo N.º 027-2007-PCM, en su artículo 2º, define y establece las Políticas Nacionales de Obligatorio Cumplimiento para las entidades del gobierno nacional, entre las cuales se encuentran las políticas nacionales en materia de simplificación administrativa. Posteriormente, mediante el Decreto Supremo N.º 004-2013-PCM (que derogó el Decreto Supremo N.º 025-2010-PCM), se aprobó la Política Nacional de Modernización de la Gestión Pública, en donde se estableció que el PCM debía elaborar un Plan Nacional de Simplificación Administrativa. Dicho Plan fue aprobado mediante la Resolución Ministerial N.º 048-2013-PCM, la misma que también vamos a comentar a continuación, y es aplicable a la integridad de la Administración Pública[1119].

2.6.1. Principios

El Decreto Supremo Nº 004-2013-PCM establece que es objetivo general de la Política Nacional de Modernización de la Gestión Pública el orientar, articular e impulsar en todas las entidades públicas, el proceso de modernización hacia una gestión pública para resultados que impacte positivamente en el bienestar del ciudadano y el desarrollo del país. Para lograrlo, se plantea como uno de sus objetivos específicos el implementar la **gestión por procesos** y promover la simplificación administrativa en todas las entidades públicas a fin de generar resultados positivos en la mejora de los procedimientos y servicios orientados a los ciudadanos y empresas[1120].

Se entienden los **procesos** como una secuencia de actividades o tareas que se dirigen a generar un resultado o producto que posee un valor añadido respecto de los insumos empleados para generarlos, y que dicho producto satisfaga los

1118 Artículo 43º, numeral 43.3 de la Ley N.º 27444.

1119 Resolución Ministerial N.º 048-2013-PCM:

Artículo 2º.- Alcance del Plan Nacional de Simplificación Administrativa

El Plan Nacional de Simplificación Administrativa 2013-2016, es de alcance para todas las entidades que conforman la Administración Pública, señaladas en el Artículo I del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, las mismas que deberán adecuar sus actividades, planes y presupuestos de acuerdo a las acciones, metas, indicadores y plazos establecidos en el citado Plan Nacional de Simplificación Administrativa 2013-2016.

1120 Política Nacional de Modernización de la Gestión Pública, ítem 2.3, aprobado por el Decreto Supremo N.º 004-2013-PCM.

requerimientos de los administrados en los procedimientos y en la prestación de los servicios[1121].

Ello implica que debe darse relevancia a la optimización de procesos superando las desventajas de los modelos de organización existentes, que están basados en estructuras rígidas y jerárquicas, la operación por funciones o manuales bajo una óptica tradicional. Ya hemos señalado que la Nueva Gestión Pública prefiere las estructuras horizontales[1122] y que las actividades administrativas sean realizadas sobre la base de la eficiencia. Ello implica también establecer accesos multicanal para los procedimientos y los servicios administrativos en función de su naturaleza, con énfasis en los canales no presenciales, en particular los procedimientos en línea, que son cada vez más comunes en la administración pública, o centros de atención telefónica.

El **principio de rigor técnico** implica que la simplificación administrativa debe realizarse siguiendo un modelo y desarrollando metodologías elaboradas con rigor técnico, implementadas en el marco de un sistema de modernización, todo lo cual está definido legalmente.

Por el **principio de transversalidad**, la simplificación administrativa debe abordarse como un proceso que integra a todas las entidades de los diferentes ámbitos de gobierno de la administración pública, y no como un proceso que corresponde a cada entidad individualmente. Así, no solo se requiere que las entidades coordinen entre sí, como ya lo hemos tratado, sino además que se use adecuadamente la tecnología, en particular información y comunicación, de tal manera que los procedimientos administrativos se tramiten con celeridad y eficacia.

Por otro lado, las entidades públicas deben buscar permanentemente mejorar su atención a la ciudadanía, adaptándose a los cambios del entorno, autoevaluándose y sometiéndose a evaluación permanentemente. Este principio, que la norma denomina de **mejoramiento continuo**, implica que debe primar una visión autocrítica que las lleve a dejar de lado su auto ratificación respecto de todo lo que lo hacen bien y se puedan ver en una perspectiva de optimización continua.

En relación con lo anterior, se establece un **principio de competencia**, a fin de que las entidades trabajen en función de logros concretos que puedan ser medidos, exhibidos y comparados. Lo que ocurre es que el administrado debe ser tratado como un consumidor[1123], de tal manera que el trato que la autoridad administrativa le proporciona sea el que se le proporcionaría en el mercado en un supuesto de competencia.

1121 PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS, *Política y Plan Nacional de Simplificación Administrativa*, PCM-GTZ, Lima, 2010, p. 72.

1122 OLIAS DE LIMA GETE (coord.), *La nueva gestión pública*, cit., pp. 13-14.

1123 PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS, *Política y Plan Nacional de Simplificación Administrativa*, cit., p. 73; OLIAS DE LIMA GETE (coord.), *La nueva gestión pública*, cit., pp. 29 y ss.

La **valoración de la función de atención a la ciudadanía** es también crucial para lo que estamos tratando. Para ello debe recogerse la opinión de los administrados, implementar mecanismo de respuesta obligatoria a los mismos, así como hacerles conocer sus derechos apropiadamente[1124]. Se señala además que este principio recoge la participación ciudadana como un elemento transversal y continuo de las políticas públicas contemplado en la Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública.

2.6.2. Objetivos estratégicos[1125]

La simplificación administrativa requiere del cumplimiento de un conjunto de objetivos estratégicos a fin de obtener los resultados que se requiere. Un primer objetivo es promover la implementación de los procesos de simplificación administrativa orientada a generar resultados e impactos positivos para todos los ciudadanos. Ello supone, conforme la norma, implementar metodologías y mecanismos de simplificación administrativa que contribuyan a la optimización de los procedimientos y los servicios administrativos y a la eliminación de los innecesarios[1126], propendiendo a la eficiencia de la gestión pública, generando valor en los procesos administrativos, como lo hemos señalado.

Este objetivo incluye implementar la metodología de simplificación y la metodología de costos de los procedimientos y servicios administrativos, para lo cual existen afortunadamente existen normas aplicables que se encuentran actualizadas. Asimismo, debe procederse a implementar el Sistema Único de Trámites a nivel nacional. Ello va acompañado de la adopción de los modelos de procedimientos y servicios administrativos comunes en entidades públicas, a fin de permitir uniformidad y predictibilidad. Finalmente, se requiere la ejecución de campañas anuales de eliminación de procedimientos innecesarios, lo cual supone la participación de los administrados.

Un segundo objetivo se dirige a promover la incorporación progresiva de las tecnologías de la información y de la comunicación como una estrategia para brindar servicios y trámites de calidad a los ciudadanos y empresas. Para ello se debe promover el uso de herramientas informáticas estandarizadas, procedimientos en línea y el intercambio de información entre entidades públicas. Existen cada vez más entidades que proveen servicios en línea, permitiendo tramitar procedimientos administrativos empleando internet, lo cual reduce costos para la entidad y los particulares, favoreciendo la formalidad.

Aquí se presentan dos importantes acciones. La primera, la implementación de la firma digital y el expediente electrónico, necesarios para darle celeridad a los procedimientos administrativos permitiendo la interacción entre órganos y

1124 PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS, *Política y Plan Nacional de Simplificación Administrativa*, cit., p. 61.

1125 Resolución Ministerial N.º 048-2013-PCM, Anexo, 4.4. Estrategias y Acciones.

1126 PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS, *Política y Plan Nacional de Simplificación Administrativa*, cit., p. 29.

organismos de la Administración Pública, debiendo las entidades evitar solicitar documentos que otras entidades posean. Asimismo, se dispone la incorporación de procedimientos administrativos más demandados en la plataforma de interoperabilidad del Estado Peruano. Esta última permite la realización de servicios que corresponden a dos o más entidades que interactúan entre si e intercambian datos de manera electrónica. Un ejemplo interesante es la constitución de empresas en línea.

Un tercer objetivo se dirige a desarrollar un Modelo de Atención al Ciudadano y promover su implementación. Ello supone mejorar el nivel de atención a la Ciudadanía mediante la implementación de un Modelo de Atención al Ciudadano como parte integrante de la Modernización de la Gestión Pública. El *New Public Management* se dirige a satisfacer al ciudadano a través de una política de calidad, asumiendo que el mismo es un cliente. Ello explica, por ejemplo, la existencia de libro de reclamaciones en las entidades, pero también la necesidad de mejorar los servicios sin que sea necesario reclamar por ellos.

Una primera acción es precisamente el diseño e implementación del Modelo de Atención al Ciudadano. Asimismo, se requiere la implementación de Centros de Atención MAC, así como la ampliación de la cobertura del centro de atención telefónica MAC. Los MAC (Mejor Atención al Ciudadano) constituyen centros de atención integrados, donde se brindan diversos servicios públicos en una misma plataforma, con la tecnología apropiada.

Finalmente, se postula el fortalecimiento del proceso de simplificación administrativa. Ello supone promover el fortalecimiento de las distintas instancias y grupos de actores relacionados al proceso de simplificación administrativa para que los mismos realicen debidamente las acciones necesarias para obtener los resultados previstos, lo cual incluye a los administrados.

Para ello, en primer lugar debe fortalecerse al órgano rector en temas de Simplificación Administrativa y de las entidades con competencia en Simplificación Administrativa, así como a las unidades responsables de la implementación del Plan Nacional de Simplificación Administrativa en las entidades públicas. Ello supone, por un lado, optimizar la normativa aplicable pero también gozar del personal adecuado, para lo cual debe existir una adecuada política de gestión de recursos humanos.

Asimismo, se requiere el fortalecimiento de la plataforma TRAMIFACIL como un espacio de articulación público-privado-sociedad civil. Dicha plataforma supone una asociación entre la administración pública y los privados a fin de generar la simplificación de los trámites que se realizan ante las municipalidades, que ha tenido resultados interesantes.

Se requiere asimismo la mejora regulatoria del marco normativo de la simplificación administrativa. Dicho marco no existe o si existe es incluso contradictorio[1127] Finalmente, es necesaria la sensibilización a la ciudadanía respecto

1127 PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS, *Política y Plan Nacional de Simplificación Administrativa*, cit., p. 30.

a sus derechos y deberes como usuaria, mediante la implementación de una campaña anual de difusión, convirtiéndose en la principal fiscalizadora del proceso de simplificación administrativa.

2.6.3. Metodología de Simplificación Administrativa

Por otro lado, mediante el Decreto Supremo N.º 007-2011-PCM se aprobó la Metodología de Simplificación Administrativa y se estableció disposiciones para su implementación, para la mejora de los procedimientos administrativos y servicios prestados en exclusividad.

Para lo antes señalado resulta medular, en primer lugar, la planificación. Para ello deben conformarse los equipos. En primer lugar, el Comité de Dirección de Simplificación Administrativa. Constituye la instancia política responsable de la puesta en marcha del proceso de simplificación y de supervisar y facilitar la labor del Equipo de Mejora Continua. Este último, a su vez, está encargado de planificar y gestionar el proceso de simplificación administrativa.

Una segunda fase preparatoria es la sensibilización a través de talleres de capacitación. Seguidamente, se deberá identificar y priorizar procedimientos administrativos o servicios prestados en exclusividad para iniciar el proceso de simplificación, lo cual puede constituir una tarea complicada. Para ello es medular determinar que procedimientos agregan valor para el interés general y los administrados, en el marco del enfoque por procesos. Una cuarta fase es determinar los actores involucrados, siendo la última de ellas la elaboración del respectivo Plan de Trabajo.

Una segunda etapa es la de diagnóstico, en la cual se analizan los procedimientos que se han priorizado a fin de tener claro sus dificultades y estableciendo como es que se va a simplificar. Ello implica primero caracterizar el procedimiento administrativo de manera integral, en todos sus elementos. Asimismo, es necesario efectuar el diagnóstico legal, puesto que es necesario definir si es la normativa la que complica el procedimiento. El diagnóstico incluye también el equipamiento y la infraestructura, que pueden mejorar la tramitación. Una cuarta fase es el diagnóstico de costos, conforme lo señalado en el siguiente acápite. Seguidamente se establece cuáles son las capacidades del personal. Finalmente, se presentan los resultados al Comité de Dirección.

Una tercera etapa es la de rediseño. Ello implica analizar el procedimiento con la información que ya se tiene del mismo, determinando como puede mejorarse. Una segunda fase es la del rediseño, para generar un nuevo procedimiento administrativo. Un tercer caso entonces es la elaboración del necesario marco normativo. Seguidamente, se elabora una propuesta de acondicionamiento de la infraestructura y el equipamiento. Luego, una propuesta de nuevo costeo, así como de fortalecimiento de capacidades. Posteriormente, se presenta el rediseño al Comité de Dirección, procediendo a ajustar la propuesta final.

La cuarta etapa es la implementación de propuesta que ha sido diseñada. Para ello es necesario primero capacitar y sensibilizar al personal involucrado con el procedimiento administrativo rediseñado. Seguidamente debe procederse a aprobar el marco normativo que regule el procedimiento rediseñado. Asimismo, debe adecuarse los ambientes físicos si es necesario. Y, finalmente, es necesario difundir el procedimiento administrativo respecto a los administrados.

La quinta etapa es el seguimiento y la evaluación. El primero es continuo y se dirige a la eficiencia del proceso de simplificación. El segundo se dirige a los fines y los recursos de los procedimientos administrativos. Finalmente, es preciso asegurar la mejora continua y la sostenibilidad, para asegura la tramitación de los procedimientos y la prestación de los servicios con la calidad debida.

3. DERECHOS DE TRAMITACIÓN. DETERMINACIÓN DE LOS COSTOS DE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

Quizá uno de los temas más polémicos del derecho administrativo adjetivo —o procesal, si se quiere— es el de la fijación de tasas o derechos de tramitación, en especial porque las normas establecidas respecto de la determinación de los mismos son constantemente vulneradas. Es necesario señalar, en primer lugar, que procede establecer derechos en los procedimientos administrativos cuando la tramitación implique para la entidad la prestación de un servicio específico e individualizable a favor del administrado, o en función del costo derivado de las actividades dirigidas a analizar lo solicitado, salvo en los casos que existan tributos —impuestos, contribuciones— destinados a financiar directamente las actividades de la entidad. Dicho costo incluye los gastos de operación y mantenimiento de la infraestructura asociada a cada procedimiento[1128].

Por otro lado, y en principio, los derechos de tramitación incluyen el costo de la actividad probatoria, y en general de los actos de instrucción, en especial si es realizada a iniciativa de la entidad. Sin embargo, y como veremos más adelante, en el caso de la actuación de pruebas propuestas por el administrado que importe la realización de gastos que no deba soportar racionalmente la entidad, esta podrá exigir el depósito anticipado de tales costos, con cargo a la liquidación final que el instructor practicará documentadamente al administrado, una vez realizada la probanza. Dichos costos no han sido determinados previamente por la entidad, de conformidad con el mecanismo señalado a continuación.

3.1. Determinación del monto de los derechos de tramitación

Como resultado de lo antes señalado, el ordenamiento jurídico debe señalar los mecanismos para que pueda determinarse válidamente los derechos de tramitación. En primer lugar, los parámetros y mecanismos para la determinación de los costos de los procedimientos y servicios administrativos que brinda la

1128 Artículo 44º, numeral 44.1 de la Ley.

administración, así como para la fijación de los propios derechos de tramitación se establecerán mediante Decreto Supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro de Economía y Finanzas[1129]. Es decir, mediante norma reglamentaria se establecerán lineamientos a través de los cuales la Administración Pública podrá determinar los costos administrativos —en términos de costo marginal— y en consecuencia, los derechos de tramitación.

3.1.1. Condiciones que se exigen a la entidad para el cobro del derecho de tramitación

Por otro lado, la reducción de los costos innecesarios a favor del administrado es una de las funciones principales de la concepción de la simplificación administrativa procedimental. En tal sentido, resulta necesario establecer ciertas condiciones para que proceda el cobro de derechos de tramitación por parte de la entidad, considerando que, en principio, los costos de funcionamiento de la Administración Pública deben ser cubiertos por el sistema impositivo. En este orden de ideas, las condiciones para la procedencia del cobro de derechos son las siguientes[1130]:

1. Que la entidad esté facultada para exigirlo, facultad que debe estar expresamente señalada en una norma con rango de ley. Si es que dicha facultad no se encuentra debidamente determinada, debe entenderse que la entidad financia la tramitación de los procedimientos a través de asignación presupuestaria.
2. Que el derecho a cobrar se encuentre consignado en el Texto Único de Procedimientos Administrativos vigente. Si es que el TUPA de la entidad no señala monto de los derechos, deberá entenderse que el servicio es gratuito puesto que la entidad no tendría mecanismo alguno para hacer efectivo el cobro en cuestión.
3. Que el monto del derecho de tramitación se determine en función del costo del mismo, como veremos a continuación.

3.1.2. Límites de los derechos de tramitación

El límite del derecho de tramitación es determinado en función al importe del costo que su ejecución genera para la entidad por el servicio prestado durante toda su tramitación y, en su caso, por el costo real de producción de documentos que expida la entidad. Este monto debe ser sustentado por el funcionario a cargo de la oficina de administración de cada entidad[1131].

Finalmente, cuando el monto de los derechos sea superior a una Unidad Impositiva Tributaria (UIT), la entidad deberá acogerse a un régimen de excepción, el

1129 Artículo 44º, numeral 44.6 de la Ley N.º 27444.
1130 Artículo 44º, numeral 44.2 de la Ley N.º 27444.
1131 Artículo 45º, numeral 45.1 de la Ley N.º 27444.

mismo que será establecido mediante Decreto Supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros —quien en buena cuenta es el encargado de aprobar dicho régimen excepcional— y el Ministro de Economía y Finanzas[1132].

Las previsiones antes citadas impiden la determinación de derechos de manera discrecional, y estableciendo claramente que la Administración no puede lucrar a través de la prestación de servicios públicos o la tramitación de procedimientos administrativos. Sin embargo, la jurisprudencia no tiene una posición clara en este aspecto estableciendo la posibilidad de generar derechos de tramitación que puedan ser mayores, por razones sociales.

3.1.3. Forma de cancelación del derecho de tramitación

La forma de cancelación de los derechos de tramitación es establecida por el TUPA de cada entidad, el mismo que debe ser realizado a favor de la entidad mediante cualquier forma que permita su constatación, incluyendo incluso abonos en cuentas bancarias o transferencias electrónicas de fondos[1133]. La verificación en este último caso se efectúa a través de la constancia que emita la entidad financiera respectiva.

3.1.4. Procedimiento de determinación

Inicialmente, las entidades debían utilizar la metodología aprobada mediante Resolución Jefatural N.º 087-95-INAP/ DTSA que aprueba la Directiva N.º 001-95-INAP/DTSA "Pautas metodológicas para la fijación de costos de los procedimientos administrativos". Sin embargo, dicha norma ya había devenido en obsoleta, máxime si había sido emitida antes de las reformas administrativa que han empezado con la Ley N.º 27444.

Como resultado, mediante Decreto Supremo N.º 064-2010-PCM se aprueba la metodología de determinación de costos de los procedimientos administrativos y servicios prestados en exclusividad comprendidos en los Textos Únicos de Procedimientos Administrativos de las Entidades Públicas, la misma que se ha elaborado de manera consistente con las normas legales vigentes sobre la materia, que ya hemos comentado en este capítulo.

En este orden de ideas, debe tenerse en cuenta el concepto de elemento de costo, que son los elementos que se consumen y como resultado de ello se costean en el llamado objeto de costo —procedimiento administrativo o servicio prestado en exclusividad— formando parte del mismo los elementos de costo directo identificable y aquellos que no son identificables. Los primeros, a diferencia de los segundos, se consumen en un solo objeto de costo.

1132 Artículo 45º, numeral 45.1 segundo párrafo de la Ley N.º 27444.
1133 Artículo 46º de la Ley N.º 27444.

Entre los primeros vamos a incluir el personal directo, el material fungible y el servicio directo identificable, lo cual es bastante evidente. A su vez, determinar este costo constituye el primer paso del costeo. En el caso del personal directo primero se determina el costo del personal directo por minuto y luego el costo del personal directo por prestación. En los demás casos, se determina el costo por actividad, y luego, el costo por prestación. Se define como actividad el conjunto de tareas realizadas por el personal involucrado en el desarrollo de procedimientos administrativos y servicios prestados en exclusividad.

Dentro de los elementos de costo directo no identificable se encuentra el material no fungible, los servicios de terceros, la depreciación de activos, la amortización de intangibles, así como el costo fijo. Para determinar el costo de estos elementos de costo se determina, primero, de los centros de actividad[1134], luego de cada centro de actividad a las actividades, seguidamente hacia los objetos de costos, y finalmente por prestación, empleando un factor determinado llamado inductor.

3.2. Situaciones de improcedencia del cobro de derechos de tramitación[1135]

A fin de asegurar un uso adecuado de la potestad de determinar los derechos de tramitación de los procedimientos administrativos, la Ley establece determinados límites a dicha potestad. En primer lugar, la Ley señala que no procede establecer cobros de derechos de tramitación —ni aún los generados por actuaciones probatorias especiales— en los casos de los procedimientos iniciados de oficio, los mismos que son de iniciativa y directa responsabilidad de la entidad.

Tampoco procede dicho cobro en aquellos procedimientos en los que se ejerce el derecho de petición graciable o el de denuncia ante la entidad por infracciones funcionales de sus propios funcionarios o que deban ser conocidas por las Oficinas de Auditoria Interna de las entidades[1136]. Esta última precisión de la Ley nos podría llevar a pensar que los demás casos de denuncias si pueden ser pasibles de generar cobros por derechos de tramitación, lo cual es, a todas luces, incorrecto dado que la denuncia es un mecanismo es un mecanismo de colaboración del administrado a favor de la entidad administrativa y no una solicitud en interés particular de aquel.

1134 Según la norma, unidad orgánica o área de la entidad en la que se desarrollan las actividades de los objetos de costo. La tramitación de un objeto de costo —procedimiento o servicio prestado en exclusividad— recorre uno o más centros de actividad.

1135 Artículo 44º, numeral 44.3 de la Ley N.º 27444.

1136 De acuerdo con la Ley del Sistema Nacional de Control, deberá entenderse que la Ley se refiere a los actuales Órganos de Control Institucional, que forman parte de dicho sistema al interior de las entidades respectivas.

3.2.1. Improcedencia de la división el procedimiento administrativo para efectos del cobro de derechos de tramitación

A través de la separación del procedimiento administrativo en etapas puede establecerse mecanismos de cobro diferenciado, lo cual perjudica al administrado, dejando de lado la simplificación y reducción de costos que venimos reseñando de manera reiterada. Por otro lado, la división de los procedimientos en etapas ha sido empleada para eludir el límite de una UIT impuesto por las normas administrativas, límite que era excedido en cada etapa de dicho procedimiento[1137].

A ello debe agregarse el hecho de que el procedimiento administrativo se encuentra sometido a un principio denominado unidad de vista[1138], por el cual el procedimiento administrativo carece de etapas sucesivas y rígidas, a diferencia del proceso judicial, caracterizado por la existencia del denominado principio de preclusión. Como resultado de lo antes indicado, la Ley establece la prohibición, por completo pertinente, de dividir los procedimientos administrativos, así como de establecer cobros por etapas[1139].

3.2.2. Excedentes económicos

Si bien existen expresas limitaciones para que las entidades administrativas generen beneficios como resultado de la tramitación de procedimientos administrativos, es posible que se generen excedentes como resultado de mecanismos administrativos de gestión, o por una modificación de la estructura de costos que maneja la entidad. En consecuencia, y a fin de beneficiar a los particulares, la entidad está obligada a reducir los derechos de tramitación en los procedimientos administrativos si se hubieran generado excedentes económicos en el ejercicio anterior producto de la tramitación de los mismos[1140]. La previsión se justifica jurídicamente en la necesidad de cautelar los principios de simplificación tantas veces señalados, pero también se sustenta económicamente en la concepción de costo marginal que la gestión administrativa emplea.

3.2.3. Igualdad en el pago del derecho de tramitación para los administrados

En mérito del principio de imparcialidad, la Ley prohíbe a las entidades establecer pagos diferenciados que tengan por finalidad dar preferencias o tratamiento especial a una solicitud, distinguiéndola de las demás que tengan la misma naturaleza. Asimismo, prohíbe la discriminación en relación con el

1137 MARAVÍ SUMAR, "La simplificación administrativa: un asunto complejo", cit., p. 297.
1138 Artículo 144º de la Ley N.º 27444.
1139 Artículo 44º, numeral 44.4 de la Ley N.º 27444.
1140 Artículo 44º, numeral 44.5 de la Ley N.º 27444.

tipo de administrado que siga el procedimiento[1141]. Los costos administrativos deben ser los mismos para todos los administrados en similares condiciones de prestación del servicio.

Un ejemplo claro de violación de este principio se encuentra en el mecanismo empleado por las municipalidades para cobrar los respectivos arbitrios, mecanismo que procede de porcentajes del valor de autovalúo del inmueble. El costo del servicio no varía con el valor del inmueble, razón por la cual la variación es abiertamente discriminatoria. De hecho, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado estableciendo que dichos mecanismos de cobro vulneran derechos fundamentales, puesto que una tasa derivada de la prestación de un servicio debe estar en relación con el costo que demanda el mismo[1142], como lo venimos señalando de manera reiterada.

3.3. Gastos administrativos

Los gastos administrativos son aquellos ocasionados por actuaciones específicas solicitadas por el administrado dentro del procedimiento[1143], en general, enmarcados en actos de instrucción y que se encuentran fuera de lo que la Administración puede razonablemente soportar. Y es que, la autoridad podrá exigir el depósito anticipado de los costos en el caso de que la actuación de pruebas propuestas por el administrado importe la realización de gastos que no deba soportar racionalmente la entidad, con cargo a la liquidación final que el instructor practicará documentadamente al administrado, una vez realizada la probanza[1144].

El reembolso de los gastos administrativos se solicita una vez iniciado el procedimiento administrativo, y es de cargo del administrado que haya solicitado la actuación o de todos los administrados, únicamente cuando el asunto fuera

1141 Artículo 45, numeral 45.2 de la Ley N.º 27444.

1142 En una interesante sentencia, de 9 de setiembre de 2002, emitida en el Expediente N.º 1238-2001-AA, el Tribunal señaló lo siguiente:

"(...)

6. También se observa que los criterios de determinación de los costos no están en función del número de contribuyentes de la localidad, sino del valor de predio y del uso o actividad desarrollada en él. Tal criterio de determinación, mutatis mutandis, "desnaturaliza el tributo, ya que, establecido de esta manera, resulta obvio que no permite una distribución equitativa del costo del servicio, sino todo lo contrario, se crea un tratamiento desigual entre los contribuyentes, tratamiento que solo podría tener como base de justificación, si dicha capacidad contributiva estuviera directa o indirectamente relacionada con el nivel de beneficio real o potencial recibido por el contribuyente"; lo que no ocurre en el caso de la Ordenanza N.º 138-98MML, donde los Anexos I y II solo se basan en el valor del autoavalúo como criterio de determinación, que –empleado aisladamente– no sirve para sustentar los costos.

(...)".

1143 Artículo 47º, numeral 47.1 de la Ley N.º 27444.

1144 Artículo 178º de la Ley N.º 27444.

de interés común. Como obvia consecuencia, el administrado tiene derecho a constatar y a observar el sustento de los gastos a rembolsar.

3.3.1. Supuestos en los que procede el reembolso de los gastos administrativos[1145]

Solo procede el reembolso de gastos administrativos cuando una ley expresamente lo autoriza. Ello no solo es resultado de la aplicación del principio de legalidad al procedimiento administrativo, sino un mecanismo creado por el ordenamiento jurídico para proteger al administrado de posibles agresiones económicas generadas por los gastos en los que el mismo incurre en el proceso, gastos que deberían estar sustentados por el presupuesto público, o en el peor de los casos, por los derechos de tramitación. Por ello, el reembolso de gastos administrativos se convierte más en una excepción que en una regla.

3.3.2. Condena de costas en el procedimiento administrativo

Es el mismo orden de ideas, es necesario precisar que la norma expresamente señala la inexistencia de condena de costas en los procedimientos administrativos[1146]. Ello no obsta para que la entidad pueda cobrar aquellos gastos en los que ha incurrido y que no se encuentra obligada razonablemente a soportar, de conformidad con la Ley. La interpretación a emplear respecto a esta última previsión debe ser eminentemente restrictiva, para impedir que sea la entidad la que discrecionalmente establezca cuando es que no se encuentra en condición de asumir los gastos generados por las actuaciones probatorias.

4. ENTIDADES ENCARGADAS DEL CUMPLIMIENTO DE LAS NORMAS DE PROCEDIMIENTO

En cuanto a las normas de procedimiento la Ley establece determinados mecanismos a fin de hacer efectivo cumplimiento de las mismas. Al control interno al interior de cada unidad administrativa debe sumarse el control exterior realizado por ciertas entidades administrativas expresamente facultadas para ello. Las entidades encargadas de ello son la Presidencia del Consejo de Ministros, el INDECOPI, y en lo que fuese pertinente, la Contraloría General de la República, el Poder Judicial y en general todos los organismos encargados de efectuar control respecto de la Administración Pública.

De conformidad con la Ley N.º 27444, la Presidencia del Consejo de Ministros tendrá a su cargo garantizar el cumplimiento de las normas establecidas en el presente capítulo en todas las entidades de la administración pública[1147]. Esta previsión tiene su origen en las atribuciones constitucionales del Consejo de

1145 Artículo 47º, numeral 47.1 de la Ley N.º 27444.
1146 Artículo 47, numeral 47.2 de la Ley N.º 27444.
1147 Artículo 48º de la Ley, primer párrafo.

Ministros como coordinador de las actividades de los diversos sectores que componen la Administración Pública Central. Ello lo convierte en el organismo tutelar del funcionamiento adecuado de los diversos organismos públicos a nivel del cumplimiento de las normas contenidas en la Ley de Procedimiento Administrativo General.

4.1. La competencia de las entidades encargadas de garantizar el cumplimiento de las normas antes señaladas. El Indecopi

Ahora bien, las facultades de la Presidencia del Consejo de Ministros operan sin perjuicio de las facultades que han sido atribuidas a la Comisión de Acceso al Mercado —hoy Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas[1148]— del Instituto Nacional de la Competencia y Defensa de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), en el artículo 26º bis del Decreto Ley N.º 25868 y en el artículo 61º del Decreto Legislativo N.º 776, que le permiten conocer y resolver denuncias que los ciudadanos o agentes económicos le formulen respecto a la existencia de barreras burocráticas que impidan la interacción de los administrados dentro del mercado[1149].

4.1.1. Barreras burocráticas

Tales facultades resultan necesarias dado que normalmente es el Estado el que establece barreras innecesarias para que los particulares puedan acceder o actuar en el mercado, cuando se vulnera legalidad administrativa, se viola normas de simplificación administrativa o se imputan costos que no guardan la debida correlación con el servicio que se presta o el trámite que se realiza.

Desde el punto de vista económico, la regulación económica puede resultar contraproducente en el mercado, generando aún más distorsiones que las que pretende conjurar. De hecho, gran parte de las distorsiones existente en un mercado determinado son generadas por el propio Estado, que genera limitaciones para la inversión[1150], que se definen en general como barreras burocráticas[1151].

1148 Decreto Legislativo N.º 1033:
Artículo 23.- De la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas
Corresponde a la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas aplicar las leyes que regulan el control posterior y eliminación de las barreras burocráticas ilegales o carentes de razonabilidad que afectan a los ciudadanos y empresas, y velar por el cumplimiento de las normas y principios que garantizan la simplificación administrativa, así como de aquellas que complementen o sustituyan a las anteriores.

1149 Artículo 48º de la Ley N.º 27444, primer párrafo.

1150 PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS, *Política y Plan Nacional de Simplificación Administrativa*, cit., pp. 26-27.

1151 Ley N.º 28996:
Artículo 2º.- Definición de barreras burocráticas
Constituyen barreras burocráticas los actos y disposiciones de las entidades de la Administración Pública que establecen exigencias, requisitos, prohibiciones y/o cobros para la

Para corregir la distorsión es necesaria la actuación del Estado, pero no para regular, sino para reducir la intensidad de la regulación o para eliminarla si la misma no es pertinente. Y es que la regulación además es costosa y el Estado termina cargando dicho costo precisamente a la población, sea a través de los tributos, sea a través de los precios, a través de los cuales los proveedores trasladan el costo de mantenerse en el mercado, el cual incluye evidentemente el costo de la regulación.

4.1.2. Evolución de la normativa

La redacción original del artículo 48º de la Ley N.º 27444 establecía que cuando en un asunto de competencia de la Comisión de Acceso al Mercado, la presunta barrera burocrática ha sido establecida por un decreto supremo o resolución ministerial, el INDECOPI elevará un informe a la Presidencia del Consejo de Ministros para su elevación al Consejo de Ministros, el cual deberá necesariamente resolver lo planteado en el plazo de 30 (treinta) días. Igual mecanismo se aplicará cuando la presunta barrera burocrática se encuentre establecida en una Ordenanza Municipal, debiendo elevar, en este caso, el informe al Concejo Municipal, para que resuelva legalmente en el plazo de 30 (treinta) días.

Posteriormente, la norma permitió una mejor intervención de la Comisión de Acceso al Mercado de INDECOPI en la eliminación de las barreras burocráticas[1152]. En primer lugar, se estableció que el plazo de 30 (treinta) días se computará desde la recepción del informe por la Presidencia del Consejo de Ministros. Asimismo se estableció adicionalmente que cuando la barrera burocrática se encuentre establecida en una norma regional de carácter general —ordenanza regional—, la Comisión elevará el informe respectivo al Consejo Regional, para que resuelva legalmente en el plazo de 30 (treinta) días. Análogamente, dicho plazo se computará desde la recepción del informe por la autoridad regional correspondiente.

La modificación en cuestión establecía que si al vencimiento del plazo antes establecido el Consejo de Ministros, el Concejo Municipal o el Consejo Regional no emiten pronunciamiento, se entenderá que la denuncia interpuesta es fundada. En caso de que la autoridad continúe exigiendo la barrera burocrática identificada, el interesado podrá interponer la acción de cumplimiento correspondiente, a fin de obtener el cese de la barrera burocrática. Si bien esta prescripción legal permitía un mejor ejercicio de la labor de la Comisión, seguí siendo incompleta, puesto que requería necesariamente la iniciación de un proceso judicial posterior.

realización de actividades económicas, que afectan los principios y normas de simplificación administrativa contenidos en la Ley N.º 27444 y que limitan la competitividad empresarial en el mercado.

1152 Artículo 2º de la Ley N.º. 28032.

Finalmente, la norma establecía que, si el Consejo de Ministros, el Concejo Municipal o el Consejo Regional resolvían expresamente mantener la barrera burocrática, el INDECOPI tenía que interponer la respectiva demanda de acción popular. En caso de tratarse de barreras sustentadas en Ordenanzas Municipales o Regionales, la Comisión de Acceso al Mercado remitía lo actuado a la Defensoría del Pueblo, organismo que procederá a interponer la demanda de inconstitucionalidad correspondiente, de acuerdo con sus funciones previstas en el inciso 2) del artículo 9º de la Ley N.º 26520.

4.1.3. La regulación actual

Actualmente la norma preceptúa que, cuando en un asunto de competencia de la Comisión la barrera burocrática haya sido establecida por un decreto supremo, una resolución ministerial o una norma municipal o regional de carácter general se pronunciará, mediante resolución, disponiendo su inaplicación al caso concreto[1153]. Esta disposición es sumamente interesante, puesto que establecería el empleo del control difuso por parte de la Comisión, supuesto que se encuentra autorizado por el Tribunal Constitucional a través del respectivo precedente, pero que es por demás discutible en aplicación del artículo 138º de la norma constitucional, que limita dicho control a los jueces. Sin embargo, y como veremos más adelante, el Tribunal Constitucional sustenta esta atribución en supuestos distintos al control difuso, lo cual es muy interesante, tomando en cuanto lo controversial del control difuso en manos de los tribunales administrativos.

La norma establece además que la resolución de la Comisión podrá ser impugnada ante la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI. Sin perjuicio de la inaplicación al caso concreto, la resolución será notificada a la entidad estatal que emitió la norma para que pueda disponer su modificación o derogación. Dado que la decisión del Tribunal genera precedente, la modificación o derogación de la norma se convertiría en una formalidad más que en un hecho jurídico real, puesto que la norma se convertiría en inaplicable para todos aquellos supuestos en los cuales el administrado denuncie la existencia de la barrera burocrática.

Asimismo, la norma prescribe que, tratándose de procedimientos iniciados de oficio por la Comisión, el INDECOPI podrá interponer la demanda de acción popular contra barreras burocráticas contenidas en decretos supremos, a fin de lograr su modificación o derogación y, con el mismo propósito, acudir a la Defensoría del Pueblo para que se interponga la demanda de inconstitucionalidad

1153 Modificación efectuada por la Ley N.º 28996.

contra barreras burocráticas contenidas en normas municipales y regionales de carácter general, que tengan rango de ley.

4.1.4. Como se efectúa el análisis de una barrera burocrática

Para ello, el INDECOPI efectúa un análisis que opera en dos niveles[1154]. Un primer nivel consiste en el análisis de legalidad de la medida administrativa cuestionada, vale decir, si es que la misma se encuentra conforme con el ordenamiento jurídico, encontrándose debidamente sustentada en una norma legal y en la competencia del órgano u organismo que la ha implantado.

Un segundo nivel, aplicable una vez que el primero es superado, es de la racionalidad de la citada medida, para lo cual debe determinarse que la misma no sea discriminatoria, que se encuentre debidamente justificada y que sea proporcional al fin perseguido. Ello implica efectuar un análisis similar al que se efectúa precisamente para determinar si una limitación a un derecho fundamental es pertinente, en base a la razonabilidad y la proporcionalidad.

4.1.5. Lo señalado por el Tribunal Constitucional sobre el particular

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre este tema, como resultado de una demanda de inconstitucionalidad presentada por la Municipalidad Metropolitana de Lima contra el artículo 48º de la Ley N.º 27444[1155], la misma que fuera declarada infundada. Señaló la municipalidad que la norma vulnera la autonomía municipal, así como la jerarquía normativa, haciendo referencia además a la aplicación del control difuso por parte de la Administración Pública.

Sin perjuicio de volver más adelante sobre el control difuso administrativo y las serias discrepancias que muestra la doctrina sobre el particular, es preciso analizar lo señalado por el Tribunal respecto a la pertinencia de las facultades otorgadas por las normas legales a la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas, en particular en cuento le permite decidir respecto de la aplicación de ordenanzas municipales o regionales.

El Tribunal señala que la Comisión cuando resuelve respecto a una ordenanza, formalmente no alega su inconstitucionalidad sino su ilegalidad, resolviendo las antinomias entre aquella y las normas provenientes del Gobierno Nacional en virtud del *principio de competencia excluyente*, el mismo que es aplicable cuando un órgano con facultades legislativas regula un ámbito material de validez, el cual, por mandato expreso de la Constitución o una ley orgánica, comprende única y exclusivamente a dicho ente legisferante[1156].

1154 Precedente de observancia obligatoria contenido en la Resolución N.º 182-1997/TDC, emitida por el Tribunal de INDECOPI.

1155 STC emitida en el Exp. N.º 00014-2009-PI/TC.

1156 Exp. N.º 0047-2004-AI/TC, fund. 54, e.

Continúa este organismo señalando que la situación generada se resuelve a partir de determinar que se trata de una antinomia entre dos normas del mismo rango, como pueden ser las leyes formales y las ordenanzas regionales y municipales; siendo la solución la aplicación de la norma legal al caso concreto en tanto competencias repartidas y no propiamente analizando la jerarquía entre ordenanza (regional o local) y la Constitución[1157].

Este argumento del Tribunal resulta muy importante. Primero porque resulta más pertinente que el empleo del control difuso, al cual no resultaba necesario recurrir, dada su controversial existencia. Pero además porque el Tribunal hace énfasis en la distribución de competencias entre el Gobierno Central los gobiernos locales, teniendo en cuenta que nuestra Forma de Estado sigue siendo unitaria, por más descentralizada que la misma se encuentre.

Finalmente, el Tribunal ha señalado que el ejercicio de la Comisión se circunscribe al ámbito de protección de la competitividad del mercado, tarea que, en virtud de la unidad del mercado, está bajo la competencia del Ejecutivo que vigilará la preservación del orden público económico, en el contexto de una economía de mercado. Siendo que no es pertinente que, en el ejercicio de la autonomía municipal y regional se contravengan normas de alcance nacional, como por ejemplo la Ley del Procedimiento Administrativo General o la Ley Marco de Licencia de Funcionamiento, en virtud de una ordenanza municipal o regional[1158].

4.2. Facultades propias de la Presidencia del Consejo de Ministros para garantizar el cumplimiento de lo establecido en la Ley

El ordenamiento jurídico ha establecido ciertas facultades a favor de la Presidencia del Consejo de Ministros, a fin de que la misma sea el ente encargado de asegurar el cumplimiento de la Ley de procedimiento Administrativo General. Algunas de las dichas facultades le correspondían al Instituto Nacional de Administración Pública, hoy inexistente. Dichas prerrogativas pasan a engrosar las que dicho organismo posee por aplicación de la Constitución Política y la Ley del Poder Ejecutivo. En consecuencia, la Presidencia del Consejo de Ministros, en cuanto a los procedimientos administrativos, está facultada para lo siguiente[1159]:

1. Asesorar a las entidades en materia de simplificación administrativa y evaluar de manera permanente los procesos de simplificación administrativa al interior de las entidades, para lo cual podrá solicitar toda la información que requiera de estas. Este proceso es permanente y participa del mismo la integridad de la Administración Pública.

1157 Fundamento N.º 25.
1158 Fundamento N.º 26.
1159 Artículo 48º, inciso 1 al 10 de la Ley.

2. Supervisar y fiscalizar el cumplimiento de las normas de la presente Ley. Esta previsión, de alcance amplio, asigna una potestad de gran importancia a favor de la Presidencia del Consejo de Ministros, la misma que se hace efectiva de conformidad con lo señalado por el punto subsiguiente. Dicho organismo se convierte, como lo hemos señalado, en el gran ente rector de la Ley.
3. Detectar los incumplimientos a las normas de la presente Ley y recomendar las modificaciones que considere pertinentes, otorgando a las entidades un plazo perentorio para la subsanación, lo cual incluye la emisión de las normas reglamentarias y de rango inferior que se requieran.
4. En caso de no producirse la subsanación señalada, la Presidencia del Consejo de Ministros formulará las propuestas normativas requeridas para realizar las modificaciones que considere pertinentes y realizará las gestiones conducentes a hacer efectiva la responsabilidad de los funcionarios involucrados.
5. La Presidencia del Consejo de Ministros debe detectar los casos de duplicidad de los procedimientos administrativos en las distintas entidades y proponer las medidas necesarias para su corrección, que implican la revisión del Texto Único de Procedimientos Administrativos las citadas entidades. Debe entenderse entonces que dichas medidas son fundamentalmente de naturaleza normativa al interior de las entidades.
6. Dictar directivas de cumplimiento obligatorio tendientes a garantizar el cumplimiento de las normas de la presente Ley. Estas directivas son típicas disposiciones generales al interior de la entidad y pueden ser empleadas por los administrados en su favor. Un ejemplo interesante son los lineamientos que deberá dictarse para la realización eficiente de la fiscalización posterior[1160].
7. Realizar las gestiones del caso conducentes a hacer efectiva la responsabilidad de los funcionarios por el incumplimiento de las normas del presente capítulo, para lo cual cuenta con legitimidad para accionar ante las diversas entidades de la administración pública. Como resultado, la Presidencia del Consejo de Ministros o quien esta designe organiza y conduce en forma permanente un Registro Nacional de Sanciones de destitución y despido que se hayan aplicado a cualquier autoridad o personal al servicio de la entidad[1161].
8. Establecer los mecanismos para la recepción de denuncias y otros mecanismos de participación de la ciudadanía. Cuando dichas de-

1160 Artículo 32º, inciso 32.2 de la Ley.
1161 Artículo 242º de la Ley.

nuncias se refieran a asuntos de la competencia de la Comisión de Acceso al Mercado, se inhibirá de conocerlas y las remitirá directamente a esta.

9. Aprobar el acogimiento de las entidades al régimen de excepción para el establecimiento de derechos de tramitación superiores a una (1) UIT al cual se ha aludido anteriormente. Dicho régimen de excepción es aprobado mediante decreto supremo.
10. Otras que señalen los dispositivos correspondientes. Dichos dispositivos incluyen la Ley del Poder Ejecutivo, las recientes Leyes Orgánicas de los Gobiernos Regionales y Locales, entre otras.

4.3. Mecanismo bajo el cual se regulará las facultades de la Presidencia del Consejo de Ministros para el cumplimiento de lo dispuesto en la Ley

Las facultades de la Presidencia del Consejo de Ministros conducentes a garantizar el cumplimiento de lo dispuesto en la Ley se determinarán mediante Decreto Supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros, donde se dictarán las medidas reglamentarias y complementarias para dicho cometido[1162]. Dicho decreto supremo es una reglamentación a la presente ley, establecida por la misma y que permitirían desarrollar las normas marco que se ha estado comentando.

Sin embargo, resulta discutible asignar facultades a través de una norma de rango secundario, en este caso un reglamento, puesto que la competencia solamente puede ser determinada por la Constitución y la Ley, como veremos más adelante. Debe entenderse entonces que las normas que se emitan en el citado reglamento deben tener carácter operativo y técnico, mas no sustantivo. Dichas facultades deberán incorporarse en el Reglamento de Organización y Funciones y asignarse a las unidades orgánicas que correspondan.

1162 Artículo 48º de la Ley N.º 27444, segundo párrafo.

Capítulo XVIII

FORMAS DE INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

SUMARIO: 1. El caso especial de las denuncias. 1.1. La naturaleza jurídica del denunciante. 1.2. Colaboración del administrado con la Administración. 1.3. Requisitos de la denuncia. 1.4. Elementos deben tomarse en cuenta en la denuncia. **2. Derecho del administrado a la petición administrativa.** 2.1. El derecho de petición en las normas. 2.2. Solicitudes que se pueden plantear ante la autoridad administrativa. **3. Solicitudes en interés particular del administrado. 4. Solicitudes en interés general de la colectividad.** 4.1. Contenido de las solicitudes en interés general de la colectividad. **5. Contradicción administrativa.** 5.1. Garantías de la contradicción administrativa. 5.1.1. El pago de tasas. 5.2. Interés del administrado para que proceda la facultad de contradicción. **6. Facultad de solicitar información.** 6.1. Finalidad del acceso a la información. 6.2. Limitaciones. **7. Facultad de formular consultas.** 7.1. Los pronunciamientos vinculantes. **8. Peticiones de gracia.** 8.1. Regulación de la petición graciable.

La iniciación del procedimiento administrativo implica un conjunto de actos destinados a establecer una relación procedimental —más allá de la simple relación de sujeción general de la que habla la doctrina— entre el administrado y la administración. Como resultado de ello, los mecanismos de iniciación de los procedimientos administrativos son de lo más variados, así como los medios que pueden emplearse para ello.

En este orden de ideas, el procedimiento administrativo puede iniciarse de oficio por el órgano competente o puede iniciarse también a instancia del administrado. La excepción que señala la Ley es que por disposición legal o por su finalidad corresponda que un procedimiento administrativo sea iniciado exclusivamente de oficio, o exclusivamente a instancia del interesado[1163].

En general, el procedimiento administrativo sancionador se inicia de oficio. Por otro lado, los procedimientos administrativos que podrían definirse en interés exclusivo del administrado se inician únicamente a instancia de parte, como podrían ser la obtención de licencias o permisos. Son más bien raros los ejemplos de procedimientos administrativos que puedan iniciarse, bien de oficio, bien a

1163 Artículo 103º de la Ley.

instancia de parte, de manera indistinta. Sobre los procedimientos de oficio ya hemos tratado en el capítulo relativo al procedimiento administrativo en general.

Los procedimientos iniciados a pedido de parte implican necesariamente la intervención de un administrado o un conjunto de ellos, a fin de que ellos activen la iniciación del procedimiento, a diferencia del procedimiento de oficio, que opera como resultado de la decisión de la Administración. Esta activación del procedimiento parte en gran medida del interés del administrado, el mismo que puede surgir de diversas consideraciones, basadas en su derecho de petición reconocido constitucionalmente. Los procedimientos iniciados a instancia de parte se promueven para resolver pretensiones que deducen los particulares y que pretenden obtener un resultado favorable para los mismos[1164].

1. EL CASO ESPECIAL DE LAS DENUNCIAS

La denuncia consiste en la comunicación por parte del administrado de un hecho antijurídico. La Ley de Procedimiento Administrativo General establece que todo administrado está facultado para comunicar a la autoridad competente aquellos hechos que conociera que sean contrarios al ordenamiento jurídico. La denuncia es uno de los tantos mecanismos existentes de colaboración entre los administrados y la Administración Pública, a través de los cuales el administrado coadyuva a la consecución de los fines públicos.

De hecho, la denuncia va a generar la iniciación de un procedimiento administrativo de oficio —en general, de naturaleza sancionadora—, siempre que vaya acompañada de la respectiva decisión de la Administración de iniciar el mismo. A diferencia de las solicitudes presentadas en uso del derecho de petición administrativa, la denuncia por sí misma no puede impulsar un procedimiento[1165]. Si bien la denuncia es un mecanismo de activación del procedimiento a pedido de parte, no opera en defensa de intereses legítimos directos del administrado ni constituye propiamente ejercicio de su derecho de petición. Por ello la denuncia posee una naturaleza mixta e intermedia, que participa tanto de ciertos elementos de los procedimientos de oficio como de aquellos que corresponden a los procedimientos que se inician a pedido del administrado.

1.1. La naturaleza jurídica del denunciante

Como lo hemos indicado, al presentar una denuncia, no es necesario que el denunciante sustente la afectación inmediata de algún derecho o interés legítimo. Pero, a su vez, por esta actuación el denunciante no es considerado sujeto del procedimiento que se vaya a iniciar[1166]. En consecuencia, el denunciante

1164 SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de derecho administrativo*, cit., p. 75.
1165 MORÓN URBINA, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., p. 256.
1166 Artículo 105º inciso 105.1 de la Ley N.º 27444.

no puede ser considerado parte del procedimiento de manera alguna, aún en el supuesto de que invoque una afectación a un interés específico.

Lo antes indicado genera algunas importantes consecuencias, como el hecho de la nula implicancia —salvo contadas excepciones— del desistimiento del denunciante en la continuación del procedimiento, o la imposibilidad de que el citado denunciante pueda impugnar la resolución que no es emitida satisfaciendo su interés, lo cual incluye la imposibilidad de iniciar un proceso contencioso administrativo contra dicha resolución.

Lo señalado en el párrafo precedente es la razón por la cual aquellos procedimientos administrativos, en los cuales existe una parte denunciante y esta interactúa como tal, no son procedimientos sancionadores sino más bien procedimientos trilaterales. Un ejemplo interesante lo encontramos en el ámbito de los procedimientos que se siguen ante ciertas comisiones de INDECOPI, en las cuales el recurrente se denomina denunciante cuando en puridad jurídica es un reclamante.

Sin embargo, la posición de negarle al denunciante los derechos del interesado en el procedimiento que se genere como resultado de su denuncia, ha sido muy criticada por la doctrina moderna. Dicha posición —que es la que está plasmada en nuestra Ley— se basa en determinados criterios que resultan ser, por lo menos discutibles. Como por ejemplo que no puede existir un tercero interesado en que la Administración sancione a un administrado, o que la potestad sancionadora de la Administración es libre y discrecional y que no puede compelérsele a ejercerla[1167]; no existiendo plazo alguno respecto a la presentación de una denuncia y la tramitación de la misma por parte de la Administración. En primer lugar, es perfectamente posible que un tercero, o un conjunto de ellos, se encuentren interesados en la sanción que se genere como resultado del procedimiento, en particular si la misma no es de naturaleza pecuniaria.

Por otro lado, la existencia de potestades libres o discrecionales a favor de la Administración es una concepción que cada vez se encuentra más discutida en el derecho administrativo moderno. De hecho, la potestad sancionadora, como cualquier otra potestad administrativa, se encuentra claramente sujeta al principio de legalidad, como veremos más adelante. Es evidente que, ante la existencia de una infracción, la Administración se encuentra obligada a la iniciación del procedimiento correspondiente[1168] y a resolver sobre las denuncias que hubiesen sido presentadas[1169].

1167 COBREROS MENDAZONA, E., "El reconocimiento al denunciante de la condición de interesado en el procedimiento sancionador", en *Actualidad y perspectivas del derecho público a fines del siglo XX. Homenaje al Profesor Garrido Falla*, Editorial Complutense, Madrid, 1995, pp. 1439 y ss.

1168 COBREROS MENDAZONA, "El reconocimiento al denunciante de la condición de interesado en el procedimiento sancionador", cit., p. 1449.

1169 GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, cit., T. II, p. 188.

1.2. Colaboración del administrado con la Administración

En realidad la denuncia implica más bien un supuesto de colaboración del administrado a favor de la administración, lo cual no deberá generar ninguna carga o costo para aquel. Sin embargo, aún existen instituciones públicas que establecen ciertos costos para la presentación de solicitudes que contienen denuncias, lo cual complica los procedimientos y la propia labor de la Administración, desincentivando conductas vigilantes de los administrados respecto del cumplimiento de las normas legales. Ello se da en el contexto derivado del hecho de que la denuncia administrativa no resulta ser propiamente el resultado del ejercicio del derecho de petición administrativa, sino más bien un mecanismo de iniciación de un procedimiento de oficio, tal como lo hemos señalado anteriormente.

Asimismo, la denuncia es en principio meramente facultativa para el administrado, salvo los supuestos señalados expresamente en la Ley en los cuales la misma es obligatoria. Estos últimos casos son más bien raros y están sustentados en consideraciones de interés general. En algunos casos, la ausencia de denuncia puede generar sanciones administrativas, e incluso penales[1170].

Por otro lado, en algunos casos la ley establece ciertas ventajas a favor del administrado a fin de incentivar la presentación de denuncias ante la Administración Pública, en especial en ciertos procedimientos tributarios y aduaneros. Dichas ventajas normalmente se traducen en beneficios pecuniarios, pero también pueden poseer distinta índole.

1.3. Requisitos de la denuncia

La comunicación que contiene la denuncia a realizarse debe exponer claramente la relación de los hechos, las circunstancias de tiempo, lugar y modo que permitan su constatación, la indicación de sus presuntos autores, partícipes y damnificados, el aporte de la evidencia o su descripción para que la administración proceda a su ubicación, así como cualquier otro elemento que permita su comprobación[1171]. Una de las finalidades inherentes a estos requisitos estriba en la necesidad de que las denuncias se sustenten en base cierta, lo cual a su vez impide la indebida activación del procedimiento de oficio.

Desde el punto de vista de las garantías a favor del administrado, no resulta un requisito de procedencia que el denunciante se encuentre identificado, decisión

1170 Código Penal:

Artículo 407. Omisión de denuncia

El que omite comunicar a la autoridad las noticias que tenga acerca de la comisión de algún delito, cuando esté obligado a hacerlo por su profesión o empleo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.

Si el hecho punible no denunciado tiene señalado en la ley pena privativa de libertad superior a cinco años, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años.

1171 Artículo 105º inciso 105.2 de la Ley N.º 27444.

que se somete a criterio del mismo. Ello a su vez permite promover comportamientos ajustados a derecho por parte de los administrados, sin perjuicio de la investigación que deberá realizar la entidad.

1.4. Elementos deben tomarse en cuenta en la denuncia

La presentación de una denuncia obliga a la entidad a practicar las diligencias preliminares necesarias y, una vez comprobada su verosimilitud, a iniciar de oficio la respectiva fiscalización[1172], previsión que es enteramente compatible con lo que hemos referido respecto a la inexistencia de discrecionalidad en cuanto a la potestad sancionadora de la Administración.

En consecuencia, el rechazo de una denuncia debe ser motivado y comunicado al denunciante, si el mismo estuviese individualizado, no obstante la imposibilidad que existe de que el mismo pueda impugnar dicha decisión mediante recursos administrativos o a través del proceso contencioso administrativo, dado que no es considerado sujeto del procedimiento que se vaya a iniciar. Esta posición, como lo hemos indicado, se encuentra en proceso de revisión por la doctrina, que considera la posibilidad de impugnación si es que el denunciante posee interés específico en la sanción a imponerse.

2. DERECHO DEL ADMINISTRADO A LA PETICIÓN ADMINISTRATIVA

Cualquier administrado, individual o colectivamente, puede promover por escrito el inicio de un procedimiento administrativo ante todas y cualesquiera de las entidades, ejerciendo el derecho de petición reconocido en el artículo 2º inciso 20) de la Constitución Política del Estado[1173]. Dicho derecho fundamental implica la facultad de formular peticiones ante la autoridad competente, la misma que está obligada a dar una respuesta en el plazo legal. Esta obligación se mantiene no obstante la existencia de mecanismos paliativos como el silencio administrativo o la queja. De hecho, la generación del silencio administrativo no sustituye la obligación de la administración de resolver. Inclusive, como veremos más adelante, el incumplimiento de los plazos genera responsabilidad administrativa.

El derecho de petición administrativa resulta ser el equivalente administrativo del derecho de acción propio del ámbito jurisdiccional: es un derecho público subjetivo que permite el acceso a la autoridad competente, así como la excitación de la actividad administrativa a través de una solicitud, sin perjuicio de que esta última otorgue o deniegue lo pedido[1174]. En consecuencia, la facultad que venimos describiendo no depende de la existencia del derecho o interés

1172 Artículo 105º inciso 105.3 de la Ley N.º 27444.
1173 Artículo 106º inciso 106.1 de la Ley.
1174 GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de procedimiento administrativo*, cit., p. 287.

sustantivo que podría sustentar la solicitud del administrado. Entonces, el derecho de petición operaría siempre en abstracto.

Por lo antes indicado, a diferencia de los procedimientos de oficio, los procedimientos iniciados como resultado del empleo del derecho de petición no requieren la emisión de un acto de inicio por parte de la Administración, pues la misma se encuentra obligada a iniciar el procedimiento una vez cumplidos los requisitos establecidos legalmente.

Por otro lado, es preciso indicar que el derecho de petición se origina en los albores del constitucionalismo moderno, dada la obligación de la Administración de sujetarse a la legalidad en tanto y en cuanto representante de los intereses de la colectividad. Ello surge de la aparición del principio de legalidad como componente del Estado de Derecho, de manera conjunta con el principio de preferencia por los derechos fundamentales y el principio de separación de poderes.

2.1. El derecho de petición en las normas

Asimismo, es preciso señalar que en el ámbito internacional el derecho de petición se encuentra consagrado en diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos, y en forma expresa en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre[1175]; no obstante que el mismo no se encuentra explícitamente referido en la Convención Americana de Derechos Humanos; situación que a su vez no impide su protección por parte de las instancias internacionales.

Ahora bien, el derecho de petición no resulta ser ninguna novedad en nuestro ordenamiento, pues se establece inclusive desde la Constitución de 1828, definiéndose como el derecho de presentar peticiones al Congreso o al Poder Ejecutivo, pero únicamente si se suscribían individualmente, limitación que fue dejándose de lado conforme evolucionó el constitucionalismo peruano[1176]. El antecedente más directo de lo señalado por la Carta de 1993 sobre el particular es la prescripción contenida en el artículo 2º, inciso 18) de la Constitución de 1979, la misma que hacía expresa referencia al silencio administrativo negativo.

Finalmente, la jurisprudencia peruana ha señalado con claridad que el derecho de petición es un instrumento o mecanismo que permite a los ciudadanos relacionarse con los poderes públicos y, como tal, es instituto característico y esencial del Estado democrático de derecho. El Tribunal ha señalado que todo cuerpo político que se precie de ser democrático, deberá establecer la posibilidad de la participación y decisión de los ciudadanos en la cosa pública, así

1175 Artículo XXIV. Toda persona tiene derecho de presentar peticiones respetuosas a cualquiera autoridad competente, ya sea por motivo de interés general, ya de interés particular, y el de obtener pronta resolución.

1176 Sobre el particular: LUNA CERVANTES, “El derecho de petición”, cit., p. 194.

como la defensa de sus intereses o la sustentación de sus expectativas, ya sean estos particulares o colectivos en su relación con la Administración Pública[1177].

2.2. Solicitudes que se pueden plantear ante la autoridad administrativa

El derecho de petición administrativa, de acuerdo a la Ley, comprende fundamentalmente las facultades de presentar solicitudes en interés particular del administrado, de realizar solicitudes en interés general de la colectividad, de contradecir actos administrativos, las facultades de pedir informaciones, de formular consultas[1178] y de presentar solicitudes de gracia[1179], cada una de las cuales es regulada por la Ley del Procedimiento Administrativo General.

Este derecho implica además la obligación de las entidades públicas de dar al interesado una respuesta por escrito dentro del plazo legal[1180], sin perjuicio de lo preceptuado en la Ley sobre el silencio administrativo, dado que este último es una garantía a favor del administrado, mas no una prerrogativa de la Administración que le permita eximirse del cumplimiento de sus obligaciones. Tanto es así, que el administrado puede optar por aplicar el silencio administrativo que corresponda —sea negativo o positivo— o esperar el pronunciamiento expreso de la autoridad administrativa. El incumplimiento de la obligación de resolver por parte de la Administración Pública, en consecuencia, devenga las respectivas responsabilidades administrativas.

3. SOLICITUDES EN INTERÉS PARTICULAR DEL ADMINISTRADO

Mediante las solicitudes en interés particular, cualquier administrado con capacidad jurídica —es decir, capacidad de goce— tiene derecho a presentarse personalmente o hacerse representar ante la autoridad administrativa, para solicitar por escrito la satisfacción de su interés legítimo, obtener la declaración, el reconocimiento u otorgamiento de un derecho, la constancia de un hecho, ejercer una facultad o formular legítima oposición[1181].

Esta facultad es el componente primigenio —contenido esencial o núcleo pétreo como lo señala la teoría constitucional moderna— del derecho de petición administrativa, pues implica la búsqueda de la satisfacción de intereses o necesidades específicas en términos particulares por parte de los administrados. Es a lo que el Tribunal Constitucional denomina petición subjetiva[1182], orientándola fundamentalmente a la satisfacción de un derecho.

1177 STC N.º 1042-2002-AA/TC, de fecha 6 de diciembre de 2002.
1178 RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, *Derecho administrativo*, cit., p. 235.
1179 Artículo 106º, inciso 106.2 de la Ley N.º 27444.
1180 Artículo 106º, inciso 106.3 de la Ley N.º 27444.
1181 Artículo 107º de la Ley.
1182 El Tribunal señala que es aquella que se encuentra referida a la solicitud individual o colectiva que tiene por objeto el reconocimiento administrativo de un derecho administrativo;

Además, es necesario señalar que la concepción de administrado resulta ser muy amplia, incluyendo a todos aquellos que gocen de capacidad jurídica, individual o colectivamente, incluso personas jurídicas o incapaces, quienes actúan a través de sus representantes legales. A su vez, y como bien se sabe, la concepción de capacidad jurídica es también sumamente amplia en el ámbito del derecho administrativo.

Asimismo, y en determinadas circunstancias, una entidad administrativa podría actuar como administrado, gozando de las prerrogativas que ello implicaría, de acuerdo a la Ley. Ello implica que dicha entidad actúe despojada de las potestades propias de su calidad de organismo administrativo. Ello es muy común en el contexto de procedimiento trilaterales como los que se tramitan ante el Tribunal Fiscal (en materia tributaria) o ante el Tribunal de Contrataciones del Estado.

4. SOLICITUDES EN INTERÉS GENERAL DE LA COLECTIVIDAD

Las personas naturales o jurídicas pueden presentar petición o contradecir actos ante la autoridad administrativa competente, aduciendo el interés difuso de la sociedad[1183]. Se entiende por interés difuso aquellos intereses que no pueden imputarse a personas individualmente consideradas, sino más bien a un grupo indeterminado de ellas, de manera colectiva, respecto a bienes que no son susceptibles de apropiación exclusiva[1184]. Como resultado, en determinados supuestos un particular o grupo de ellos puede considerarse legitimado para ejercer la tutela de dichos intereses[1185]. A ello el Tribunal ha denominado petición cívica, señalando que se encuentra referida a la representación de un grupo indeterminado de personas o de la colectividad en su conjunto, la cual tiene por objeto la protección y promoción del bien común y el interés público[1186].

Esta facultad se justifica en el hecho de que cada miembro de la colectividad es responsable del buen funcionamiento de la misma, pero además en el hecho de que dicho miembro está facultado para ejercer control sobre la Administración, a fin de que esta actúe debidamente. A la vez, dichos intereses difusos por su naturaleza no resultan ser susceptibles de imputarse a un conjunto de personas determinado, razón por la cual requieren ser representados por un administrado o conjunto de administrados determinados.

---

es decir, conlleva a la admisión de la existencia de una facultad o atribución para obrar o abstenerse de obrar y para que el administrado peticionante haga exigible a terceros un determinado tipo de prestación o comportamiento.

1183 Artículo 108º inciso 108.1 de la Ley.

1184 MATHEUS LÓPEZ, Carlos Alberto, "Introducción propedéutica a la tutela procesal del medio ambiente en el Perú", en *Derecho-PUCP*, N.º 56, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003, p. 552.

1185 MASUCCI, "Apuntes reconstructivos de la Ley sobre el Procedimiento Administrativo en Italia", cit., p. 321.

1186 STC N.º 1042-2002-AA/TC, de fecha 6 de diciembre de 2002, ya citada.

4.1. Contenido de las solicitudes en interés general de la colectividad[1187]

De conformidad con la Ley de Procedimiento Administrativo general esta facultad comprende además la posibilidad de comunicar y obtener respuesta sobre la existencia de problemas, trabas u obstáculos normativos o provenientes de prácticas administrativas; que afecten el acceso de los administrados a las entidades, así como la relación con administrados o el cumplimiento de los principios procedimentales establecidos por la Ley. La facultad se configura en este caso como un elemento de participación y de colaboración de los administrados con la entidad administrativa.

Asimismo, la facultad de presentar solicitudes en interés general de la colectividad incluye el poder de presentar alguna sugerencia o iniciativa dirigida a mejorar la calidad de los servicios, incrementar el rendimiento o cualquier otra medida que suponga un mejor nivel de satisfacción de la sociedad respecto a los servicios públicos. La Ley, sin embargo, no define que debemos entender por servicios públicos, máxime si gran parte de los mismos hoy en día son prestados por particulares y no por el Estado. Si queremos aventurar un concepto, podemos decir que un servicio público es la prestación obligatoria, individualizada y concreta de bienes y servicios, para satisfacer necesidades primordiales de la comunidad.

5. CONTRADICCIÓN ADMINISTRATIVA

La contradicción en el ámbito administrativo tiene por finalidad discutir en la misma sede la pertinencia de un acto determinado, a fin de generar su impugnación. En este orden de ideas, la Ley N.º 27444 señala que frente a un acto que supone que viola, afecta, desconoce o lesiona un derecho o un interés legítimo del administrado, procede la contradicción del mismo, en la vía administrativa, y en la forma prevista en la Ley, para que sea revocado, modificado, anulado o sean suspendidos sus efectos[1188].

La contradicción administrativa se ejerce fundamentalmente a través de los recursos administrativos que regula la ley de procedimiento administrativo general[1189]. Sin embargo, es posible ejercerla también a través de solicitudes que generen procedimientos administrativos separados y autónomos, como por ejemplo a través del pedido para que la autoridad administrativa haga uso de su facultad de nulidad de oficio o de revocación; con la atingencia que la administración posee la prerrogativa de iniciar el procedimiento o no.

1187 Artículo 108º inciso 108.2 de la Ley N.º 27444.

1188 Artículo 109º inciso 109.1 de la Ley N.º 27444.

1189 Sobre el particular: GUZMÁN NAPURÍ, Christian, "Los recursos administrativos", en *Normas Legales*, N.º 326, Trujillo, 2003.

Por otro lado, para cierto sector de la doctrina la facultad de contradecir actos administrativos es un componente del derecho al debido proceso[1190], más que un elemento constitutivo del derecho de petición, el cual se considera aplicable más bien a las solicitudes que inician el procedimiento[1191]. Sin embargo, para que nos encontremos frente a una verdadera garantía a favor del administrado, dicha contradicción no puede ser un requisito previo para el ejercicio de la facultad del administrado de iniciar un proceso contencioso administrativo contra la resolución que se impugna, como veremos más adelante. Asimismo, esta última facultad no es parte del derecho de petición, sino más bien del derecho de acción o de tutela jurisdiccional efectiva, puesto que es aplicable al Poder Judicial y no a la Administración Pública.

5.1. Garantías de la contradicción administrativa

Una garantía a favor del administrado en este rubro que debemos tomar en cuenta es el hecho de que la recepción o atención de una contradicción no puede ser condicionada al previo cumplimiento del acto respectivo[1192]. Sin embargo, en principio la presentación de una contradicción no interrumpe la ejecución del acto, salvo supuestos claramente establecidos por la ley o decisión expresa de la autoridad respectiva —como veremos más adelante cuando tratemos el procedimiento administrativo trilateral—, y ello en aplicación del principio de ejecutoriedad del acto administrativo.

5.1.1. El pago de tasas

El pago de tasas en los procedimientos administrativos es un asunto que genera gran discusión. Se sabe, en primer lugar, que solo procede establecer derechos en los procedimientos administrativos cuando la tramitación implique para la entidad la prestación de un servicio específico e individualizable a favor del administrado, y en función del costo derivado de las actividades dirigidas a analizar lo solicitado, salvo en los casos que existan tributos —impuestos, contribuciones— destinados a financiar directamente las actividades de la entidad; siempre que dichos derechos se encuentren señalados en el Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) de la entidad. Dicho costo

1190 CANOSA, Armando, *Los recursos administrativos*, Abaco, Buenos Aires, 1996, p. 66; ESPINOSA SALDAÑA B., Eloy, Eloy, "Recursos administrativos: algunas consideraciones básicas y el análisis del tratamiento que les ha sido otorgado en la Ley N.º 27444", en AA.VV., *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Ley N.º 27444*, ARA, Lima, 2003, p. 434. A favor de la posición contraria: GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de procedimiento administrativo*, cit., p. 287. Este último autor señala que son manifestaciones del derecho de petición el excitar la actividad administrativa, sea para solicitar una declaración en primera instancia o para impugnar un acto previamente dictado.

1191 STC N.º 3741-2004-AA/TC, de fecha 14 de noviembre de 2005, fundamento 31.-2.

1192 Artículo 109º inciso 109.3 de la Ley N.º 27444.

incluye los gastos de operación y mantenimiento de la infraestructura asociada a cada procedimiento[1193].

En este orden de ideas, el Tribunal Constitucional ha señalado como precedente que todo cobro que se haya establecido al interior de un procedimiento administrativo, como condición o requisito previo a la impugnación de un acto de la propia administración pública —situación común en la Administración Pública moderna—, es contrario a los derechos constitucionales al debido proceso, de petición y de acceso a la tutela jurisdiccional y, por tanto, las normas que lo autorizan son nulas y no pueden exigirse a partir de la publicación de la citada sentencia[1194].

5.2. Interés del administrado para que proceda la facultad de contradicción

Para que el interés pueda justificar la titularidad del administrado, debe ser legítimo, personal, actual y probado[1195]. El interés legítimo implica que el mismo se encuentre amparado por la ley. El interés personal se encuentra referido a que el hecho reclamado se encuentre relacionado con el sujeto que reclama. Asimismo, el interés actual es aquel que se da en el momento presente, lo cual elimina la posibilidad de intereses expectaticios. Finalmente, queda claro que el recurrente debe probar la existencia del interés respecto del cual se reclama.

La Ley señala que el interés del administrado, a fin de que pueda hacer uso de la facultad de contradicción, puede ser material o moral. Se habla de interés material cuando se basa en bienes valuables pecuniariamente. El interés moral se restringe más bien a aquellos derechos que no son valuables en términos patrimoniales, en especial los referidos a la esfera personal del administrado.

6. FACULTAD DE SOLICITAR INFORMACIÓN

La Ley del Procedimiento Administrativo General señala que el derecho de petición administrativa incluye también la facultad de solicitar la información que obra en poder de las entidades, siguiendo el régimen previsto en la Constitución y la Ley[1196]. De hecho, el Tribunal denomina a ello petición informativa, señalando que se encuentra referida a la obtención de documentación oficial contenida en los bancos informativos o registros manuales de la institución requerida.

Sin embargo, aquí nos encontramos en realidad ante un derecho constitucional distinto, que es el derecho de acceso a la información pública, cuyo ámbito también es diferente. En tal sentido, el inciso 5) del artículo 2º de la Constitución señala que toda persona puede solicitar sin expresión de causa la información

1193 Artículo 44º, numeral 44.1 de la Ley N.º 27444.
1194 STC N.º 3741-2004-AA/TC, antes citada, fundamento 50.-B.
1195 Artículo 109º inciso 109.2 de la Ley N.º 27444.
1196 Artículo 110º de la Ley N.º 27444.

que requiera y recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal[1197]. La importancia de este derecho fundamental excede el ámbito administrativo, en tanto existe un proceso constitucional, denominado hábeas data, el mismo que se encuentra destinado a proteger dicho derecho a través del uso de los órganos jurisdiccionales, e inclusive, del Tribunal Constitucional.

A fin de cumplir con dicho derecho de acceso a la información, las entidades deben, en primer término, establecer mecanismos de atención a los pedidos sobre información específica. Ello se hace efectivo a través de la asignación de dicha competencia a un órgano o funcionario específico, elección que en general recae en la llamada Secretaría General, como órgano de apoyo encargado de la asesoría y asistencia a la Alta Dirección de la entidad. Asimismo, las entidades deben prever el suministro de oficio a los interesados, incluso vía telefónica, de la información general sobre los temas de interés recurrente para la ciudadanía. Esto último resulta ser una novedad en el ordenamiento jurídico peruano, y se hace efectivo a través incluso de mecanismos informáticos, como el correo electrónico o el uso de la página web institucional, mediante el empleo del llamado portal de transparencia.

6.1. Finalidad del acceso a la información

En términos de participación ciudadana, la facultad de obtener información respecto del Estado se configura como un mecanismo de control y fiscalización de los particulares respecto del Estado y la Administración Pública en particular a fin de verificar el respeto de los valores constitucionales referidos a los derechos fundamentales y el principio de legalidad[1198]. La obligación de otorgar la información pertinente por parte del Estado obliga a este a ser eficiente en su manejo de los servicios y bienes a su cargo.

En primer término, la existencia de información adecuada a la cual puede acceder el particular reduce los costos en que el mismo debe incurrir para realizar los diversos procedimientos administrativos existentes. El acceso a la información forma parte del cúmulo de formalidades costosas que se imputan al administrado y que buscan ser eliminadas mediante los procesos de simplifi-

1197 Constitución de 1993:

Artículo 2º. Toda persona tiene derecho:

(...)

5. A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional. El secreto bancario y la reserva tributaria pueden levantarse a pedido del juez, del Fiscal de la Nación, o de una comisión investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado.

(...)".

1198 MASUCCI, "Apuntes reconstructivos de la Ley sobre el Procedimiento Administrativo en Italia", cit., p. 311.

cación y racionalización administrativas a los cuales hemos aludido de manera reiterada en trabajos anteriores[1199].

En segundo lugar, y en el ámbito subjetivo del derecho fundamental en cuestión, es preciso indicar que la falta de acceso adecuado a la información genérica de la entidad puede colocar al administrado en abierta indefensión respecto a la administración, dado que este no podría conocer el funcionamiento de la entidad de manera directa[1200]. Como si ello fuera poco, dicha indefensión podría generarse también respecto de otros administrados, en particular en el contexto de procedimientos trilaterales o ante denuncias de parte. A ello debemos agregar el hecho de que el derecho de acceso a la información pública es también un derecho relacional, puesto que permite el ejercicio de otros derechos fundamentales, como las libertades informativas, o como ya se ha dicho, el debido proceso[1201].

Ahora bien, estas normas tienen por finalidad asegurar la transparencia del funcionamiento de la Administración Pública, de lo que ha dado a llamar derecho a la transparencia en otras latitudes[1202]. Y es que detrás de la concepción de transparencia existen preocupaciones diversas, como una mejor garantía de las libertades públicas, en especial las relativas a la defensa del particular[1203]; la mejora de las relaciones entre administración y administrados[1204]; el refuerzo del control de la administración por parte de los particulares y el Poder Judicial, entre otras.

Conforme a las normas de control, la transparencia implica que es el deber de los funcionarios y servidores públicos permitir que sus actos de gestión puedan ser informados y evidenciados con claridad a las autoridades de gobierno y a la ciudadanía en general, a fin de que estos puedan conocer y evaluar cómo se desarrolla la gestión con relación a los objetivos y metas institucionales y cómo se invierten los recursos públicos[1205].

Finalmente, hoy en día, y la luz de la doctrina administrativa moderna, el concepto de secreto administrativo está más bien siendo severamente discutido, cuando no concebido como un impedimento para el ejercicio de determinados

1199 Sobre el particular: GUZMÁN NAPURÍ, Christian, "Los administrados y sus derechos en el procedimiento", en *Revista Jurídica del Perú*, N.º 57, Trujillo, 2004, p. 128.

1200 MORÓN URBINA, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., p. 185.

1201 ABAD YUPANQUI, Samuel B., "El derecho de acceso a la información pública", en AA.VV., *La Constitución comentada*, Gaceta Jurídica, Lima, 2005, T. 1, p. 83.

1202 JEGOUZO, "El derecho a la transparencia administrativa: el acceso de los administrados a los documentos administrativos", cit., pp. 11 y ss. Para el caso portugués: CUETO PÉREZ, "Los derechos de los ciudadanos en el Código de Procedimiento Administrativo portugués", cit., p. 362.

1203 MORÓN URBINA, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., p. 173.

1204 JEGOUZO, "El derecho a la transparencia administrativa: el acceso de los administrados a los documentos administrativos", cit., p. 12.

1205 Novena disposición final de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República.

derechos fundamentales de los administrados. Ello implica, además, que no exista entidad alguna que pueda eximirse de la obligación antes indicada[1206].

6.2. Limitaciones

Están exceptuadas del precepto constitucional que venimos refiriendo las informaciones que afecten la intimidad personal —que configura también un derecho constitucional— y las que se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional. De hecho, la Ley de Transparencia y Acceso a la Información establece claramente la existencia de tres supuestos que limitan el derecho al acceso a la información: la información secreta, la información confidencial y la información reservada. La información secreta es aquella que se sustenta en razones de seguridad nacional, que además tenga como base fundamental garantizar la seguridad de las personas y cuya revelación originaría riesgo para la integridad territorial y/o subsistencia del sistema democrático; así como respecto a las actividades de inteligencia y contrainteligencia, en función de las situaciones expresamente contempladas en la Ley[1207].

Por otro lado, la información considerada como reservada se dirige a razones de seguridad nacional en el ámbito del orden interno cuya revelación originaría un riesgo a la integridad territorial y/o la subsistencia del sistema democrático; o toda aquella cuya revelación originaría un riesgo a la seguridad e integridad territorial del Estado y la defensa nacional en el ámbito externo, al curso de las

1206 Existen sentencias interesantes emitidas por el Tribunal Constitucional en esta materia. Una de ellas, de fecha 13 de diciembre de 2000, emitida en el expediente N.º 0950-2000-HD, señala lo siguiente:

"(...)

5. De conformidad con el inciso 5) del artículo 2º de la Constitución, toda persona tiene derecho 'A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga este pedido.' La Constitución Política del Estado ha consagrado en estos términos el derecho fundamental de acceso a la información, cuyo contenido esencial reside en el reconocimiento de la facultad de toda persona de solicitar y recibir información de cualquier entidad pública, lo cual incluye lógicamente también a las Fuerzas Armadas, no existiendo, en tal sentido, entidad del Estado o entidad con personería jurídica de derecho público que resulte excluida de la obligación de proveer la información solicitada. Pero es además otra característica del derecho en cuestión la ausencia de expresión de causa o justificación de la razón por la que se solicita la información, este carácter descarta la necesidad de justificar la petición en la pretensión de ejercer otro derecho constitucional (v.gr. la libertad científica o la libertad de información) o en la existencia de un interés en la información solicitada, de modo tal que cualquier exigencia de esa naturaleza es simplemente inconstitucional; por ello no resulta aceptable el alegato de la emplazada en el sentido de la ausencia de interés de la demandante para recibir la información solicitada.

(...)".

1207 Artículo 15º del Texto Único Ordenado de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 043-2003-PCM.

negociaciones internacionales y/o la subsistencia del sistema democrático en el ámbito de las relaciones internacionales del Estado[1208].

Finalmente, la información considerada como confidencial incluye un conjunto de limitaciones más o menos heterogéneas, que se refieren a la toma de decisión del Estado, o en particular, de la Administración Pública; la intimidad personal o familiar, que incluye la referencia a la salud personal; así como el secreto bancario, tributario, comercial, industrial, tecnológico y bursátil[1209].

Es evidente que el listado de los supuestos que conforman la citada información es taxativo y debe ser interpretado restrictivamente[1210]. Se presume entonces que la información que no está incluida en ninguno de dichos listados es información pública y el administrado posee irrestricto derecho de acceso a la misma. Como resultado, la negativa injustificada del funcionario público a cumplir con la obligación de proporcionar dicha información genera las responsabilidades establecidas por la Ley.

7. FACULTAD DE FORMULAR CONSULTAS

De acuerdo con la norma materia de comentario, el derecho de petición incluye también la facultad de formular consultas por escrito a las autoridades administrativas, sobre las materias a su cargo y el sentido de la normativa vigente que comprende su accionar, particularmente aquella que es emitida por la propia entidad[1211]. El Tribunal Constitucional ha señalado que la petición consultiva es aquella que se encuentra referida a la obtención de un asesoramiento oficial en relación con una materia administrativa concreta, puntual y específica[1212].

Es necesario precisar que cada entidad deberá atribuir a una o más de sus unidades la competencia para absolver las consultas sobre la base de los precedentes de interpretación seguidos en ella, situación en la cual la consulta es resuelta por un órgano de apoyo. Ello afecta a los órganos de dirección cuando la entidad posee atribuciones consultivas y las citadas consultas constituyen fuente de derecho, con lo cual la consulta es absuelta por órganos de línea[1213].

1208 Artículo 16º del Decreto Supremo N.º 043-2003-PCM.

1209 Artículo 17º del Decreto Supremo N.º 043-2003-PCM.

1210 Decreto Supremo N.º 043-2003-PCM:

Artículo 18.- Regulación de las excepciones

Los casos establecidos en los artículos 15, 16 y 17 son los únicos en los que se puede limitar el derecho al acceso a la información pública, por lo que deben ser interpretados de manera restrictiva por tratarse de una limitación a un derecho fundamental. No se puede establecer por una norma de menor jerarquía ninguna excepción a la presente Ley.

(...)

1211 Artículo 111º de la Ley N.º 27444.

1212 STC N.º 1042-2002-AA/TC, fundamento 2.2.1.

1213 Al interior de una entidad se denominan órganos de apoyo a los que prestan servicios al interior de la entidad, haciendo posible la labor de los órganos de línea. Se denominan órganos de línea a aquellos que ejecutan las tareas propias de los organismos, según las competencias de cada uno.

La Ley de Procedimiento Administrativo General diferencia claramente esta facultad de la prerrogativa de solicitar información a las entidades, dado que la naturaleza de ambas es por completo distinta. La solicitud de información implica consideraciones fácticas y puede considerarse incluso un mecanismo de control de la Administración por parte del administrado, a lo que debe agregarse su naturaleza de derecho fundamental. En cambio, la consulta permite al administrado conocer el funcionamiento de la entidad y la interpretación de la normatividad aplicable. La consulta es entonces un mecanismo didáctico, más que un mecanismo de control.

7.1. Los pronunciamientos vinculantes

Los pronunciamientos vinculantes de aquellas entidades facultadas expresamente para absolver consultas sobre la interpretación de normas administrativas que apliquen en su labor, debidamente difundidas[1214] constituyen fuente de derecho, absolución que no implica un juzgamiento en un caso concreto. En estos casos dichas absoluciones generan efectos jurídicos, puesto que deben aplicarse indubitablemente en la interpretación que realice la entidad a la cual se absuelve la consulta[1215], en especial al resolver los procedimientos administrativos que le competen.

Estos pronunciamientos vinculantes son especialmente comunes en el derecho comparado, donde se hace evidente la existencia de la denominada administración consultiva. En el caso español es de especial importancia el Consejo de Estado, configurado como el más importante órgano consultivo del gobierno[1216], sin perjuicio de la existencia de consejos sectoriales. En el Perú dicha competencia consultiva es desempeñada por diversos organismos técnicos, como el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, la Superintendencia de Bienes Nacionales, la Contraloría General de la República o la Dirección de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Justicia[1217].

8. PETICIONES DE GRACIA

Las peticiones de gracia no se apoyan en otro título que el nudo derecho de petición, por lo cual no resulta exigible el pronunciamiento expreso de la autoridad administrativa[1218]. En consecuencia, por la facultad de formular peticiones de gracia, el administrado puede solicitar al titular de la entidad competente la emisión de un acto sujeto a su discrecionalidad o a su libre apreciación, o la prestación de un servicio cuando no cuenta con otro título legal específico que permita exigirlo como una petición en interés particular[1219].

1214 Artículo V, inciso 2.9 del Título Preliminar de la Ley N.º 27444.
1215 MORÓN URBINA, *Derecho procesal administrativo*, cit., [1997], p. 58.
1216 MORELL OCAÑA, *Curso de derecho administrativo II*, cit., p. 375.
1217 MORÓN URBINA, *Derecho procesal administrativo*, cit., [1997], p. 58.
1218 MORÓN URBINA, *Derecho procesal administrativo*, cit., [1997], p. 71.
1219 Artículo 112º de la Ley N.º 27444.

El Tribunal Constitucional ha señalado que la llamada petición gracial se encuentra referida a la obtención de una decisión administrativa a consecuencia de la discrecionalidad y libre apreciación de un ente administrativo. Dicho ente señala que esta modalidad de ejercicio del derecho de petición es *stricto sensu* la que originó el establecimiento del mismo, dado que la petición no se sustenta en ningún título jurídico específico, sino que se atiene a la esperanza o expectativa de alcanzar una gracia administrativa.

Las peticiones graciables se enfocan entonces en solicitudes respecto de las cuales la Administración no está obligada a pronunciarse positivamente aun cuando el administrado cumpla con determinados requerimientos, puesto que se encuentran sujeta a la discrecionalidad de la misma. Ejemplos de ello son los pedidos de pensiones de gracia, de formulación de políticas, de emisión de determinados instrumentos legales de naturaleza normativa o de realización de determinadas acciones por parte de la Administración respecto de prestaciones a favor del administrado[1220].

8.1. Regulación de la petición graciable

Frente a esta petición, la autoridad comunica al administrado la calidad graciable de lo solicitado y es atendido directamente mediante la prestación efectiva de lo pedido, salvo disposición expresa de la ley que prevea una decisión formal para su aceptación. En principio, la petición graciable no requiere la emisión de acto administrativo expreso, encontrándonos ante un supuesto de acto administrativo tácito —acto administrativo que se da por emitido aun cuando no lo haya sido de manera expresa—, puesto que el procedimiento concluye con la prestación efectiva de lo solicitado[1221].

Se señala asimismo que no procede establecer cobros por derecho de tramitación para procedimientos en los que se ejerce el derecho de petición graciable[1222] dada la particular naturaleza de dichos procedimientos. En consecuencia, establecida la naturaleza graciable de lo solicitado, la autoridad administrativa no puede establecer tasa alguna.

La Ley señala además que se encuentran sometidos a silencio administrativo positivo todos los otros procedimientos a instancia de parte no sujetos al silencio negativo taxativo contemplado en la Ley, salvo los procedimientos de petición graciable y de consulta que se rigen por su regulación específica. Los procedimientos de petición graciable, en consecuencia, se encuentran sometidos a silencio administrativo negativo.

Finalmente, se señala que este derecho se agota con su ejercicio en la vía administrativa, lo cual implicaría la imposibilidad de impugnar la resolución emitida

1220 MORÓN URBINA, *Derecho procesal administrativo*, cit., [1997], p. 71.
1221 Artículo 186º inciso 186.1 de la Ley.
1222 Artículo 44º inciso 44.3 de la Ley.

por la Administración vía el proceso contencioso administrativo. Ello opera sin perjuicio del ejercicio de otros derechos reconocidos por la Constitución, si es que el administrado considera vulnerado su derecho.

Capítulo XIX

EL INICIO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

SUMARIO: 1. Efectos del inicio de procedimiento. 1.1. Establecimiento de la relación administrativa procesal. 1.2. Prioridad en la atención. 1.3. Posibilidad de adopción de medidas provisionales. 1.4. Interrupción de la prescripción. **2. Presentación de los escritos.** 2.1. Requisitos de los escritos. 2.1.1. Requisitos subjetivos de los escritos. 2.1.2. Requisitos materiales de los escritos. 2.2. El cargo en el procedimiento administrativo. **3. Recepción documental.** 3.1. Unidades de recepción de escritos administrativos. 3.1.1. Los órganos administrativos a los cuales van dirigidos. 3.1.2. Los órganos desconcentrados de la entidad. 3.1.3. Las autoridades políticas del Ministerio del Interior. 3.1.4. En las oficinas de correo. 3.1.5. El caso de los administrados que residen fuera del país. 3.1.6. El vencimiento de los plazos. 3.2. Obligaciones de las unidades de recepción. 3.3. Reglas para la celeridad en la recepción de documentación. 3.3.1. Programas de racionalización del tiempo. 3.3.2. Asesoramiento a los usuarios. 3.3.3. Adecuación de horas hábiles. 3.3.4. Estacionalidad de la demanda. 3.3.5. Mecanismos de autoservicio. **4. Observaciones a la documentación presentada por el administrado y la subsanación documental.** 4.1. Régimen jurídico mientras está pendiente la subsanación de un escrito. 4.2. Observaciones a nivel de la autoridad instructora. 4.3. Subsanación documental. **5. Ratificación de firma y del contenido del escrito.** 5.1. Mejora de la solicitud. **6. Acumulación originaria.** 6.1. Acumulación de solicitudes administrativas. 6.2. Acumulación objetiva de peticiones. 6.3. Planteamientos subsidiarios o alternativos. 6.4. Separación de las acumulaciones originarias. **7. La representación en el procedimiento administrativo.** 7.1. Poder general. 7.2. Poder especial. 7.3. La representación de las personas jurídicas en el procedimiento administrativo.

La determinación del inicio de un procedimiento administrativo es de medular importancia, puesto que permite establecer las consecuencias jurídicas de la existencia de dicho procedimiento, que van desde la existencia de una relación jurídica procedimental entre el administrado y la Administración Pública, más allá de la simple relación existente entre todo administrado y la autoridad administrativa, hasta la interrupción de la prescripción, cuando ello sea pertinente.

En este orden de ideas, debe tenerse en cuenta que el procedimiento administrativo es eminentemente escriturario, vale decir, requiere de la forma escrita; ello, a diferencia de proceso judicial, que es fundamentalmente oral. Ello se sustenta en criterios de seguridad jurídica, a favor del administrado y la autoridad administrativa. Esta es la razón por la cual el inicio de un procedimiento

administrativo de parte requiere necesariamente la presentación de un escrito, a través del cual se conforma un expediente administrativo.

Por otro lado, desde el punto de vista técnico no existe limitación alguna a los pedidos que el administrado puede realizar a la Administración, más allá de la competencia de la Administración y la licitud de lo solicitado. En el procedimiento administrativo no existen instituciones como las excepciones o defensas previas, y en consecuencia, la Administración no puede alegar hechos como la cosa decidida o la existencia de otro procedimiento en curso sobre la misma pretensión para no tramitar la que ha sido presentada. Dichas eventualidades son resueltas por la autoridad al momento de resolver el procedimiento o a través de mecanismos como la acumulación de procedimientos.

1. EFECTOS DEL INICIO DE PROCEDIMIENTO

La iniciación del procedimiento administrativo genera diversas consecuencias jurídicas, las mismas que son importantes para la situación jurídica de las partes en el mismo y la obtención de una resolución final que se adecue a las finalidades de la actuación administrativa. La importancia de determinar cuándo se inicia el procedimiento con exactitud posee entonces una especial trascendencia.

1.1. Establecimiento de la relación administrativa procesal

La iniciación del procedimiento establece la relación administrativa procesal, la misma que se sustancia entre Administración y administrado[1223]. A su vez, este efecto establece lo siguiente:

- La necesidad de que el procedimiento siga sus trámites preceptivos hasta poner fin al mismo[1224], en mérito del impulso de oficio al que se encuentra obligada la Administración[1225]. Ello implica, en primer término, que la Administración no podrá apartarse del conocimiento del caso, salvo por incompetencia o abstención. Por otro lado, implica que la administración deberá continuar con el procedimiento sin perjuicio de las subsanaciones que puedan ser pertinentes[1226]. Asimismo, debe señalarse que el procedimiento deberá concluir a

1223 Como veremos más adelante, la especial configuración del procedimiento administrativo trilateral no afecta esta afirmación, puesto que la relación se establece entre la Administración y los administrados, cuyos intereses se encuentran en conflicto. Sin embargo, existe una relación jurídica adicional que se genera entre los administrados cuya controversia debe ser dilucidada por la autoridad administrativa. Dicha relación también se genere al iniciarse el procedimiento y se asemeja a la llamada relación jurídica procesal que es propia del proceso judicial.

1224 SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de derecho administrativo*, cit., p. 76; GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de procedimiento administrativo*, cit., p. 291.

1225 CASSAGNE, *Derecho administrativo I*, cit., p. 352.

1226 COSCULLUELA MONTANER, *Manual de derecho administrativo*, cit., p. 333.

través de los medios establecidos por la Ley, siguiéndose los trámites establecidos en cada caso[1227], en cumplimiento del derecho al procedimiento previamente establecido por la Ley, componente del debido proceso. Finalmente, la Administración adquiere la obligación de resolver en el plazo establecido por la Ley[1228], y en consecuencia, el inicio del procedimiento inicia el conteo del plazo para el eventual silencio administrativo que corresponda, en caso de falta de pronunciamiento de la Administración y cuando nos encontramos ante procedimientos iniciados a pedido de parte.

- La atribución inmediata de potestades, obligaciones y deberes a favor de la Administración; así como de derechos, obligaciones y deberes respecto al administrado, como lo hemos señalado anteriormente. En estos caso se genera lo que la doctrina denomina relación de especial sujeción entre los administrados y el funcionario encargado de la tramitación del procedimiento que implica el sometimiento del administrado a la decisión del funcionario —sin perjuicio de la posibilidad de impugnarla— pero a la vez la posibilidad que tiene del administrado de participar de manera intensa en la tramitación del procedimiento.

1.2. Prioridad en la atención

La iniciación del procedimiento administrativo genera la prioridad en la atención a favor del Administrado, es decir, que este sea atendido en el orden que corresponda de acuerdo a la iniciación del procedimiento en cuestión[1229]. Como lo hemos indicado en capítulos precedentes, dicha prioridad es un derecho del administrado.

Ello implica además, en los supuestos en los que ello corresponda, que la iniciación del procedimiento confiere prioridad en la obtención de los derechos que se pretenden en la solicitud presentada[1230]. Ello ocurre por ejemplo en los procedimientos de obtención de licencias o de derechos de explotación, así como en el caso de los procedimientos registrales, sean industriales, mineros, mercantiles o de propiedad.

Y es que, los expedientes administrativos deben ser tramitados en el orden en que los mismos ingresan a la entidad. Ello no implica que dichos expedientes deban ser no necesariamente resueltos en dicho orden, dadas las diferentes

1227 GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de procedimiento administrativo*, cit., p. 291.

1228 GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, cit., T. I, p. 483.

1229 SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de derecho administrativo*, cit., p. 79; CASSAGNE, *Derecho administrativo I*, cit., p. 352; GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de procedimiento administrativo*, cit., p. 292.

1230 GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, cit., T. I, pp. 483-484; MORÓN URBINA, *Comentarios a la nueva Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., p. 284.

materias de las que pueden tratar los mismos, con el evidente límite temporal establecido por la Ley. Si bien es cierto, la Ley se refiere de manera directa al servicio público, debemos incluir en dicho concepto también a la tramitación de procedimientos administrativos[1231].

Este derecho, que se configura a la vez como una obligación de la autoridad administrativa, tiene por finalidad asegurar la tramitación adecuada de los expedientes y la prestación eficiente de los servicios por parte de la Administración, sin que la prioridad en su atención dependa de otras circunstancias que puedan a su vez afectar el derecho de los administrados a una atención en un plazo razonable[1232] y con respeto a las garantías del debido proceso.

Sin embargo, no debemos omitir referirnos a la propia prestación de los servicios públicos, puesto que también se encuentran sometidos a la Ley las entidades privadas que prestan dichos servicios, producto de la autorización o concesión por parte del Estado. Está de más señalar que la prelación antedicha es también aplicable a las actividades que realizan dichas entidades privadas.

1.3. Posibilidad de adopción de medidas provisionales

La iniciación del procedimiento permite a la Administración la adopción de medidas cautelares[1233], destinadas, como su nombre lo indica, a asegurar la ejecución de la resolución que ponga fin al procedimiento —su eficacia[1234]— y evitar la generación de perjuicios irreparables. Como resultado, en el procedimiento administrativo no cabe las medidas cautelares fuera de proceso a diferencia de lo señalado en la legislación comparada y como sí ocurre en el proceso judicial. A las medidas cautelares en general haremos referencia ampliamente más adelante, al referirnos a la ordenación del procedimiento.

1.4. Interrupción de la prescripción

Cuando existen plazos de prescripción o caducidad, como por ejemplo en los procedimientos sancionadores, la iniciación del procedimiento administrativo interrumpe los mismos[1235], lo cual obviamente puede ocurrir en los procedimientos de oficio o en los iniciados a pedido de parte[1236]. Si el procedimiento administrativo concluye sin que exista pronunciamiento sobre la pretensión —sea este expreso o ficto— debe entenderse que el transcurso del plazo de

1231 Artículo 55º, inciso 1) de la Ley. La redacción de la previsión legal que venimos comentando es casi una copia del inciso d) del artículo 3 del Reglamento de la Ley de Simplificación Administrativa, norma que era interpretada de la misma manera.

1232 Es necesario precisar que la concepción del plazo razonable, constitutiva del debido proceso en sede jurisdiccional, también resulta ser plenamente aplicable al procedimiento administrativo.

1233 SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de derecho administrativo*, cit., p. 79.

1234 COSCULLUELA MONTANER, *Manual de derecho administrativo*, cit., p. 333.

1235 GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, cit., T. I, p. 483.

1236 GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de procedimiento administrativo*, cit., p. 292.

prescripción se reinicia desde donde se hubiese suspendido. En el caso de los procedimientos sancionadores, esta previsión proviene de la reforma resultante del Decreto Legislativo N.º 1029, como veremos en el último capítulo de este trabajo.

2. PRESENTACIÓN DE LOS ESCRITOS

El escrito, como típico acto de los particulares, conforma el mecanismo a través del cual el administrado interactúa con la autoridad administrativa. Mediante el escrito el administrado da inicio a los procedimientos administrativos a pedido de parte. Pero, por otro lado, a través del escrito el administrado participa en el resto del procedimiento antes señalado, y participa además en el procedimiento de oficio. Mediante el escrito el administrado protege debidamente sus derechos.

En general, y de manera similar a la regulación existente respecto a los escritos judiciales, la norma administrativa debe establecer un régimen de los escritos que inician —y que continúan— los procedimientos administrativos y que se presentan ante las entidades de la Administración. Ello, al margen de la existencia de regímenes propios de procedimientos especiales, establecidos en cada caso por leyes especiales.

Lo antes indicado obliga a su vez a establecer determinados requisitos para el ejercicio del derecho de petición, el de contradicción e incluso de defensa. Sin embargo, dichos requisitos son mínimos, en méritos de principios como el de informalismo[1237]. Ejemplos de ello se encuentran en el hecho de que el escrito no requiere material especial para el papel, dimensiones específicas, membrete ni que el mismo sea necesariamente a mano o empleando medios técnicos[1238].

2.1. Requisitos de los escritos

Los escritos administrativos poseen una importancia capital en el procedimiento, dada la naturaleza eminentemente escrita del mismo. No obstante la existencia de los principios de informalismo y eficacia, los cuales ya hemos estudiado en detalle, es necesario el cumplimiento de requisitos mínimos para la procedencia del escrito administrativo como acto de los administrados, en tanto constituyan de manera efectiva una manifestación de la voluntad de los mismos.

1237 Asimismo, la citada consideración se manifiesta también en la doctrina y legislación comparadas. Sobre el particular: SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de derecho administrativo*, cit., p. 76; GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, cit., T. I, p. 481.

1238 MORÓN URBINA, *Comentarios a la nueva Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., p. 266.

2.1.1. Requisitos subjetivos de los escritos

Los requisitos subjetivos de los actos de los administrados provienen precisamente de las calidades de estos, entendiéndose que el sujeto que presenta el escrito debe tener aptitud —capacidad procesal— para realizar el acto, así como una voluntad libre, la misma que no haya sido afectada por coacción, situación que configura un delito contra la voluntad individual[1239]. En consecuencia, el acto administrativo resultante es nulo, no solo por originarse en un ilícito penal, sino además por vulnerar el debido procedimiento.

En este orden de ideas, tienen capacidad procesal ante las entidades las personas que gozan de capacidad jurídica conforme a las leyes[1240]. En consecuencia, todos los sujetos de derecho (sean personas físicas o jurídicas: asociaciones, cooperativas, federaciones, fundaciones, corporaciones, etc.) que posean capacidad civil pueden ser partes en el procedimiento administrativo, sea por su propio derecho, o en representación de otro u otros administrados.

Ahora bien, la referencia al término personas puede hacernos pensar que carecen de capacidad procesal aquellos sujetos de derecho que no son propiamente personas, como las diferentes organizaciones colectivas que interactúan con entes estatales[1241]. Asimismo, se debe incluir en el supuesto de capacidad procesal a los denominados patrimonios autónomos —propios del derecho procesal civil— que se configuran cuando dos o más personas tienen un derecho o interés común respecto a un bien, sin constituir una persona jurídica. Ejemplos de ello son la sociedad conyugal, las sucesiones indivisas, los bienes en copropiedad y las sociedades irregulares.

Por otro lado, la voluntad debe ser libre a fin de que el acto del administrado sea válido, de manera análoga a lo que ocurre con los actos jurídicos civiles. Ahora bien, el administrado manifiesta su voluntad a través de diversos actos de desarrollo en el procedimiento[1242]. En primer lugar, encontramos los actos de iniciación, a través de los cuales se da inicio al procedimiento. Pero, también encontramos actos de comparecencia, a través de los cuales el administrado se incorpora al procedimiento cuando no es él quien lo ha iniciado.

Asimismo, existen los actos de ordenación por parte de los administrados, que implican la presentación de articulaciones, como los incidentes o las medidas cautelares. Existen los actos de instrucción, los mismos que pueden ser actos de prueba, que implican el ofrecimiento de medios probatorios, y las alegacio-

1239 Código Penal:

Artículo 151.- Coacción

El que, mediante amenaza o violencia, obliga a otro a hacer lo que la ley no manda o le impide hacer lo que ella no prohíbe será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.

1240 Artículo 52º de la Ley.

1241 GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de procedimiento administrativo*, cit., p. 155.

1242 GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de procedimiento administrativo*, cit., p. 272.

nes propiamente dichas, a las que referiremos más adelante. Finalmente, los actos de terminación, los mismos que ponen fin al procedimiento, como por ejemplo el desistimiento[1243].

Y es que, el administrado está facultado para realizar toda actuación administrativa que no le sea expresamente prohibida por algún dispositivo jurídico[1244]. En específico, se entiende que dicha prohibición deberá estar contenida en una norma de rango legal, dada la aplicación inmediata del principio de no coacción (o de libertad negativa) contenida en el numeral 1) inciso 24, del artículo 2º de la Constitución. Asimismo, la Ley indica que se entiende prohibido todo aquello que impida o perturbe los derechos de otros administrados, o el cumplimiento de sus deberes respecto al procedimiento administrativo[1245]. Dado que esta previsión legal restringe derechos, debe interpretarse a su vez de manera restrictiva, entendiéndose que los derechos de los otros administrados o los deberes a los que estarán obligados los mismos deben estar determinados por la ley.

2.1.2. Requisitos materiales de los escritos

Por otro lado, el escrito requiere cumplir con un conjunto de requisitos materiales, a fin de asegurar su procedencia, siendo que los escritos deben contener necesariamente lo siguiente[1246]:

1. Nombres y apellidos completos, domicilio y número de Documento Nacional de Identidad o carné de extranjería del administrado, y en su caso, la calidad de representante y de la persona a quien represente. A esto se denomina en general datos identificatorios. La Ley sin embargo no precisa el mecanismo de identificación que podrán emplear los menores de edad que actúen por sí mismos ante la autoridad administrativa, hecho admisible por el ordenamiento jurídico peruano de conformidad con el Código de Niños y Adolescentes. Tampoco se precisa qué ocurre si el administrado carece de documento nacional de identidad y tiene otro documento identificatorio, ni qué ocurre si es que el administrado carece de documento alguno. En aplicación del principio de informalismo debe entenderse, en el primer caso, que puede emplearse otro documento. En el segundo caso la administración deberá establecer un mecanismo para identificar debidamente al administrado para no perjudicar su derecho de petición.

1243 Sobre el particular: GUZMÁN NAPURÍ, Christian, "La manifestación de voluntad del administrado en el procedimiento administrativo", en *Actualidad Jurídica*, T. 145, Lima, 2005, pp. 167-168.

1244 Artículo 54º, inciso 1 de la Ley N.º 27444.

1245 Artículo 54º, inciso 2 de la Ley N.º 27444.

1246 Artículo 113º de la Ley N.º 27444.

2. La expresión concreta de lo pedido —el petitorio o petición—, los fundamentos de hecho que lo apoye y, cuando le sea posible, los fundamentos de derecho. Es necesario que lo pedido sea lícito y además posible[1247], a fin de que el acto administrativo que se emita goce de validez. Dado que no es obligatoria la autorización de letrado para la presentación de escritos administrativos —salvo en el caso de recursos— la ley es flexible en el punto relativo a los fundamentos de derecho[1248]. Ello se origina, en primer lugar, en el hecho de que los ciudadanos no necesariamente son especialistas en derecho. Razón por la cual obligar al uso de fundamentos de derecho limitaría la participación de los ciudadanos. Asimismo, debe tenerse en cuenta que es más bien la Administración la que se encuentra obligada a emplear la norma jurídica que resulte pertinente[1249].
3. Lugar, fecha, firma o huella digital, en caso de no saber firmar o estar impedido de hacerlo. La data permite determinar la fecha de los escritos en especial cuando se emplean medios alternativos de recepción de los mismos. Por otro lado, la firma o huella digital permite la plena identificación del administrado — aun cuando el mismo sea analfabeto o se encuentre impedido por cualquier circunstancia— y justifica la ratificación de firma en los casos previstos por la Ley, como veremos más adelante. La Ley no se pone en el supuesto sin embargo, de la existencia de otros mecanismos para identificar al administrado, distintos a los dos antes citados[1250]. Debe entenderse además la posibilidad del empleo de la denominada firma a ruego, debidamente verificada por el funcionario administrativo que corresponda[1251].
4. La indicación del órgano, la entidad o la autoridad a la cual es dirigida, entendiéndose por tal, en lo posible, a la autoridad de grado más cercano al usuario, según la jerarquía, con competencia para conocerlo y resolverlo. Sin embargo, y tal como lo hemos indicado anteriormente, si una autoridad incompetente recibe el escrito, deberá remitirlo a la que considere competente, a fin de evitar indebidas dilaciones[1252].

1247 GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de procedimiento administrativo*, cit., p. 289.
1248 Ello, a diferencia de lo señalado en el artículo 62º de la norma derogada (el Decreto Supremo N.º 02-94-JUS), el mismo que establecía como un requisito del escrito el expresar los fundamentos de hecho y derecho que sustentan la petición.
1249 MORÓN URBINA, *Comentarios a la nueva Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., p. 267.
1250 Como ocurre por ejemplo en el derecho español. Sobre el particular: GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de procedimiento administrativo*, cit., p. 289.
1251 MORÓN URBINA, *Comentarios a la nueva Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., p. 268.
1252 MORÓN URBINA, *Comentarios a la nueva Ley del Procedimiento Administrativo General*,

5. La dirección del lugar donde se desea recibir las notificaciones del procedimiento, cuando sea diferente al domicilio real señalado entre los datos identificatorios. Este señalamiento de domicilio surte sus efectos desde su indicación y es presumido subsistente, mientras no sea comunicado expresamente su cambio, con carácter de domicilio legal. Ello implica además que las notificaciones realizadas a dicho domicilio se tendrán por válidas.
6. La relación de los documentos y anexos que acompaña, sean los indicados en el Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) e incluso, aquellos que el administrado tenga por conveniente incluir para un mejor ejercicio de su derecho de defensa. Esta indicación sirve además como una garantía a favor del administrado, a fin que el mismo tenga constancia de la recepción de los anexos.

Es necesario señalar que, si se trata de procedimientos ya iniciados, debe consignarse la identificación del expediente de la materia. Se entiende además que, en el caso de escritos que no inician el procedimiento, es posible no tomar en consideración ciertos requisitos, por no resultar aplicables, en especial los elementos o datos identificatorios, que basta que se encuentren en el escrito de iniciación del procedimiento. Finalmente, los recursos administrativos implican ciertos requisitos adicionales, de forma y fondo, a los cuales nos referimos más adelante, como podría ser la autorización de letrado, la misma que no es necesaria en los demás escritos que se presentan en el procedimiento administrativo.

2.2. El cargo en el procedimiento administrativo

El escrito es presentado en papel simple acompañado de una copia conforme y legible, salvo que fuere necesario un número mayor de ejemplares para notificar a terceros. Es evidente que cuando la Ley hace referencia a la copia conforme implica que la misma concuerda fielmente con el original. La duda que se presenta con la redacción de este precepto se enfoca en quien es el encargado de efectuar el cotejo de dicha copia, en especial si el escrito es de gran extensión. En términos de presunción de veracidad el cotejo debería ser más bien un mero trámite, a ser efectuado por el servidor encargado de la mesa de partes u oficina de trámite documentario.

La copia del escrito es entonces devuelta al administrado con la firma de la autoridad administrativa respectiva —el empleado de la oficina de trámite documentario o mesa de partes— y el sello de recepción que indique fecha, hora y lugar de presentación[1253]. A partir de entonces la copia adquiere la calidad de cargo para todos los efectos.

cit., p. 268.

1253 Artículo 114º, inciso 114.1 de la Ley N.º 27444.

Ahora bien, el cargo de todo escrito tiene el mismo valor legal que el original[1254], previsión que no se encontraba contenida en la norma procesal derogada. En primer término, el cargo sirve para acreditar la presentación y existencia del original en poder de la Administración, así como de los anexos que recaudaron el escrito, para lo cual el servidor que recibió el original deberá verificar dichos anexos.

En segundo lugar, y en el caso de los escritos iniciales, prueba el goce del derecho o atribución una vez obtenida la resolución favorable por parte de la entidad o una vez transcurrido el plazo para la obtención de consecuencias favorables como resultado de la aplicación del silencio administrativo positivo. Finalmente, y en el caso de procedimientos de aprobación automática, el cargo de recepción prueba la obtención de dicha aprobación y permite el ejercicio inmediato del derecho.

3. RECEPCIÓN DOCUMENTAL

La recepción documental es el acto a través del cual la Administración recibe los escritos presentados por los administrados. La misma implica entonces el inicio propiamente dicho del procedimiento administrativo iniciado a petición de parte. Las consecuencias de la recepción de las solicitudes son de gran importancia, entre otras, el nacimiento de la obligación de la entidad de instruir e impulsar el procedimiento, la iniciación del plazo que tiene la Administración para resolver, la determinación de la prioridad de atención del expediente y, cuando corresponda, que se interrumpan los plazos que podían estar corriendo a favor de la Administración u otros administrados, sean de prescripción o de otra índole. Sin recepción documental, entonces, el escrito no produce los efectos para el cual ha sido destinado por parte del administrado[1255].

En este orden de ideas, cada entidad debe poseer una unidad general de recepción documental, trámite documentado —o documentario— o mesa de partes, salvo cuando la entidad brinde servicios en varios inmuebles ubicados en zonas distintas, en cuyo caso corresponde abrir en cada local registros auxiliares al principal, al cual reportan todo registro que realicen[1256]. Este esquema, sin embargo, tiene sus desventajas. La más importante de ellas radica en el hecho de que, ante una institución pública grande y diversificada, la mesa de partes única puede tardar en ubicar el expediente al que corresponda el escrito y luego en enviar el mismo a la autoridad respectiva. Como bien lo hemos señalado, la entidad pública más eficiente es aquella que posee estructuras horizontales, de líneas de mando cortas y que a la vez posea un limitado número de órganos de línea. En este escenario, las dificultades de la mesa única se reducen sustancialmente.

1254 Artículo 114º, inciso 114.2 de la Ley N.º 27444.
1255 GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de procedimiento administrativo*, cit., p. 290.
1256 Artículo 117º, inciso 117.1 de la Ley N.º 27444.

Las unidades están a cargo de llevar un registro del ingreso de los escritos que sean presentados y la salida de aquellos documentos emitidos por la entidad dirigidos a otros órganos o administrados. Para el efecto, expiden el cargo, practican los asientos respectivos respetando su orden de ingreso o salida, indicando su número de ingreso, la naturaleza de lo pedido —lo cual facilita su remisión a la unidad que corresponda y la realización de las diligencias pertinentes—, la fecha, el remitente y destinatario. Concluido el registro, los escritos o resoluciones deben ser cursados el mismo día a sus respectivos destinatarios[1257].

Dichas unidades tenderán a administrar su información en soporte informático, cautelando su integración a un sistema único de trámite documentado[1258]. Ello permite además que los escritos sucesivos que van dirigidos a un expediente determinado puedan incorporarse a este[1259]. Ello hace posible además que a través de dichas unidades los administrados realicen todas las gestiones pertinentes a sus procedimientos y obtengan la información que requieran con dicha finalidad, de acuerdo a la Ley[1260]. Lo esperable es que toda entidad administrativa, en su unidad de trámite documentario pueda dar información, por lo menos básica, de la ubicación y estado de cada expediente que se tramita en aquella.

Asimismo, los escritos que los administrados dirigen a las entidades pueden ser presentados de modo personal o a través de terceros[1261]. Ello permite que el administrado pueda habilitar a otras personas la presentación de sus documentos, en particular si posee asesores legales. Para ello no se requiere poder alguno, en mérito de una aplicación más del principio de informalismo.

3.1. Unidades de recepción de escritos administrativos

El ordenamiento jurídico debe establecer aquellas entidades que resultan competentes para recibir los escritos que los administrados presenten. La Ley establece, en concordancia con la legislación comparada, un régimen amplio respecto a las unidades de recepción aplicables[1262]. Ello permite reducir costos a favor del administrado, facilitándole el acceso a las entidades pertinentes.

En consecuencia, los administrados pueden presentar sus escritos, de acuerdo a la Ley, ante las unidades de recepción de[1263]:

1257 Artículo 117º, inciso 117.2 de la Ley N.º 27444.

1258 Artículo 117º, inciso 117.3 de la Ley N.º 27444.

1259 Lo cual no significa que cada escrito genere un expediente distinto, a diferencia de lo señalado por sectores de la doctrina. Sobre el particular: MORÓN URBINA, *Comentarios a la nueva Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., p. 274.

1260 Artículo 117º, inciso 117.4 de la Ley.

1261 Artículo 119º de la Ley N.º 27444.

1262 SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de derecho administrativo*, cit., p. 78; GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, cit., T. I, pp. 482-483.

1263 Artículo 119º de la Ley N.º 27444.

3.1.1. Los órganos administrativos a los cuales van dirigidos

El escrito se presenta, como lo hemos indicado líneas arriba, ante la mesa de partes de la entidad que corresponda. Este es entonces el mecanismo típico aplicable a la presentación de escritos ante la Administración Pública. Sin embargo, no siempre es posible que el administrado tenga acceso al órgano administrativo que corresponde a la pretensión que contiene su escrito, razón por la cual el ordenamiento jurídico debe establecer mecanismos alternativos para la recepción documental, a fin de facilitar a los administrados la presentación de los escritos que tengan a bien presentar, como veremos seguidamente.

3.1.2. Los órganos desconcentrados de la entidad

Es decir, aquellos que no se encuentran ubicados en la sede de la misma y que permiten un mayor acercamiento al administrado. El órgano ante el cual se presenta deberá remitir el escrito a la autoridad a la cual va dirigido, en el plazo señalado por la Ley. En la medida de lo posible, todo organismo administrativo debe tener órganos desconcentrados en cada una de las regiones del país, e incluso, órganos desconcentrados por zonas por ejemplo, en la ciudad de Lima. La Ley regula debidamente la recepción por dependencias de la entidad, señalando que los administrados que residan fuera de la provincia donde se ubica la unidad de recepción de la entidad competente pueden presentar los escritos dirigidos a otras dependencias de la entidad por intermedio del órgano desconcentrado ubicado en su lugar de domicilio[1264].

3.1.3. Las autoridades políticas del Ministerio del Interior

Ello ocurre en la circunscripción correspondiente —gobernadores, tenientes gobernadores—, cuando la entidad no tiene órganos desconcentrados en dicho lugar. La Ley establece que cuando las entidades no dispongan de servicios desconcentrados en el área de residencia del administrado, los escritos pueden ser presentados en las oficinas de las autoridades políticas del Ministerio del Interior del lugar de su domicilio[1265]. Dentro de las veinticuatro horas inmediatas siguientes, dichas unidades remiten lo recibido a la autoridad destinataria mediante cualquier medio expeditivo a su alcance, indicando la fecha de su presentación[1266].

3.1.4. En las oficinas de correo[1267]

La presentación de los escritos en las oficinas de correo debe hacerse en la manera y empleando el mecanismo expresamente previstos en la Ley, es

1264 Artículo 121º de la Ley N.º 27444.
1265 Artículo 121º, inciso 121.2 de la Ley N.º 27444.
1266 Artículo 121º, inciso 121.3 de la Ley N.º 27444.
1267 Artículo 120º de la Ley N.º 27444.

decir, vía correo certificado. La Ley establece que los administrados pueden remitir sus escritos, con recaudos completos, mediante correo certificado con acuse de recibo a la entidad competente, la que consigna en su registro el número del certificado y la fecha de recepción. Esta previsión no resulta ser novedad, puesto que se encontraba señalada en la norma derogada, el Decreto Supremo N.º 02-94-JUS y en las normas sobre simplificación administrativa. Sin embargo, en las citadas normas la regulación era especialmente escueta, a diferencia de lo que ocurre en la norma vigente. Por otro lado, la previsión antes indicada no tuvo gran acogida, por el temor a las imprecisiones en la recepción de los escritos[1268].

La Ley establece que el administrado debe exhibir al momento de su despacho el escrito en sobre abierto y verificar que el agente postal imprima su sello fechador tanto en su escrito como en el sobre que lo contiene. En caso de duda respecto a la fecha de entrega, debe estarse a la fecha del sello estampado en el escrito, y, en su defecto, a la fecha de recepción por la entidad.

Ahora bien, la modalidad que venimos describiendo no cabe para la presentación de recursos administrativos ni en procedimientos trilaterales, ello dado la especial naturaleza de ambas instituciones, en los cuales los plazos tienen particular relevancia y donde la duda respecto a la fecha de recepción puede generar múltiples complicaciones.

3.1.5. El caso de los administrados que residen fuera del país

Tratándose de administrados residentes en el exterior, pueden presentar sus escritos en las representaciones diplomáticas u oficinas consulares en el extranjero, quienes derivan los escritos a la entidad competente, con indicación de la fecha de su presentación.

3.1.6. El vencimiento de los plazos

Finalmente, para los efectos del vencimiento de plazos, y a fin de cautelar los derechos de los administrados, se presume que los escritos y comunicaciones presentados a través del correo certificado, de los órganos desconcentrados y de las autoridades del Ministerio del Interior, han ingresado en la entidad destinataria en la fecha y hora en que fueron entregados a cualquiera de las dependencias señaladas[1269]. La Ley no señala que ocurre en caso de duda respecto a la fecha de ingreso del escrito, a diferencia de lo señalado en el derecho comparado, que se remite a la fecha señalada en el escrito[1270].

1268 MORÓN URBINA, *Comentarios a la nueva Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., p. 278.

1269 Artículo 122º de la Ley N.º 27444.

1270 CASSAGNE, *Derecho administrativo I*, cit., p. 352.

En este punto, el Decreto Legislativo N.º 1029 efectúa una agregado, estableciendo que cuando se trate de solicitudes sujetas a silencio administrativo positivo, el plazo que dispone la entidad destinataria para resolver se computará desde la fecha de recepción por esta y no desde la fecha de recepción de las dependencias antes señaladas. La justificación de esta medida estriba en no perjudicar a la autoridad administrativa por la demora en la recepción de la solicitud, lo cual es bastante discutible. Lo que resulta lógico es que el régimen se mantiene para efectos del silencio administrativo negativo, lo cual es evidentemente incongruente.

Finalmente, se establece que, en el caso que la entidad que reciba no sea la competente para resolver, remitirá los escritos y comunicaciones a la entidad que resulte competente en el término de la distancia, la que informará de la fecha en que los recibe al administrado para efecto del transcurso del plazo. Esto es consistente con lo establecido en el artículo 130º de la Ley N.º 27444 respecto de la presentación de escritos ante autoridad incompetente.

3.2. Obligaciones de las unidades de recepción[1271]

En primer lugar, las unidades de recepción documental orientan al administrado en la presentación de sus solicitudes y formularios, a fin de propender a una mayor celeridad en la tramitación de sus expedientes. Debemos recordar que la Ley pretende asegurar la mayor calidad posible a los servicios brindados por la Administración Pública.

Asimismo, las entidades están obligadas a recibir e ingresar a las solicitudes de los particulares para iniciar o impulsar los procedimientos, sin que en ningún caso la mesa de partes pueda calificar, negar o diferir su admisión[1272], aun en el caso de que la solicitud sea manifiestamente infundada. La unidad de trámite documentario carece de competencia para pronunciarse respecto a la procedencia o no de una petición determinada, correspondiéndole ello más bien a la unidad a la que va dirigida la petición.

Quien recibe las solicitudes o formularios debe anotar bajo su firma en el propio escrito, la hora, fecha y lugar en que lo recibe, el número de fojas que contenga, la mención de los documentos acompañados y de la copia presentada. Como constancia de recepción, es entregada la copia presentada —el cargo al cual hemos hecho referencia anteriormente— diligenciada con las anotaciones respectivas y registrada, sin perjuicio de otras modalidades adicionales, que por razón del trámite sea conveniente extender.

3.3. Reglas para la celeridad en la recepción de documentación

La Ley, en forma adecuada, establece diversos mecanismos que deben adoptar las entidades a fin de facilitar la recepción personal de los escritos de los admi-

1271 Artículo 124º de la Ley N.º 27444.
1272 Artículo 124º, inciso 124.1 de la Ley N.º 27444.

nistrados y evitar que los mismos se aglomeren. Ello evidentemente redunda en una mayor celeridad y eficiencia en el manejo de los procedimientos y en una mayor protección del interés de los particulares. Lo que ocurre es que los administrados, en principio, no pueden emplear mecanismos de mercado para ser atendidos por las entidades, es decir, no gozan de la posibilidad de elegir entre varias posibilidades. La competencia en el mercado, que es la que obliga a los actores privados —y algunas entidades públicas— a ser eficientes no puede emplearse como mecanismo que propenda a la eficiencia de la mayoría de instituciones públicas. Ello obliga al ordenamiento jurídico a establecer mecanismos que propendan a mejorar la calidad de los servicios que se brindan, lo cual a su vez redunda en una reducción del costo que genera al administrado el recurrir a una entidad pública determinada.

Dichas acciones, de acuerdo a la norma materia de estudio, son las siguientes[1273]:

3.3.1. Programas de racionalización del tiempo

Debe implementarse programas de racionalización del tiempo de atención por usuario y la mayor provisión simultánea de servidores dedicados exclusivamente a la atención de los usuarios en las unidades de recepción documental[1274]. Ello permite reducir el tiempo que permanece el administrado realizando las diligencias que le corresponden. A su vez, mejora la eficiencia medida en horas hombre por parte de la propia entidad. A ello debemos agregar los múltiples procedimientos administrativos que pueden realizarse en línea, a través de la página web de la entidad, de tal manera que el administrado no requiera apersonarse a las oficinas del organismo administrativo.

3.3.2. Asesoramiento a los usuarios

Resulta de particular importancia el servicio de asesoramiento a los usuarios para completar formularios o modelos de documentos[1275]. Este servicio no debe restringirse a la atención directa en las oficinas de la entidad, sino a través de diversos medios técnicos, como la habilitación de mecanismos telefónicos o informáticos, e inclusive, mediante el correo electrónico o la creación de páginas en Internet —páginas web— a través de las cuales pueda obtenerse información confiable. Ello también tiene por finalidad permitirle al administrado una mayor rapidez para la realización de sus trámites, con el consiguiente ahorro de tiempo, dinero y esfuerzo al entregarle información adecuada y útil[1276].

1273 Artículo 118º de la Ley N.º 27444.
1274 Artículo 118º, inciso 1 de la Ley N.º 27444.
1275 Artículo 118º, inciso 2 de la Ley N.º 27444.
1276 MORÓN URBINA, *Comentarios a la nueva Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., p. 275.

3.3.3. Adecuación de horas hábiles

Adecuar su régimen de horas hábiles para la atención al público, a fin de adaptarlo a las formas previstas en el artículo 138º de la Ley, que es el que hace mención al horario de atención de las entidades; al que nos referimos más adelante[1277]. Es necesario señalar que aquí existe un error en la redacción de la norma, pues el artículo que estamos comentando señala el artículo 137º de la Ley, que no refiere a las horas hábiles, sino al régimen aplicable a los días inhábiles[1278]. Ahora bien, esta previsión legal implica hacer posible que no coincida necesariamente las horas hábiles empleadas por la entidad con el horario de trabajo común de los administrados, y así estos no tengan que abandonar sus puestos para realizar sus trámites administrativos. En muchos casos ello implicará crear horarios que empiecen a primera hora de la mañana y concluyan muy avanzada la tarde.

3.3.4. Estacionalidad de la demanda

Debe estudiarse la estacionalidad de la demanda de sus servicios y dictarse las medidas preventivas para evitarla[1279], lo cual implica determinar en qué momentos del día o en qué días del año aumenta la demanda de un servicio determinado a fin de establecer mecanismos para contrarrestar los posibles inconvenientes que ello pueda generar. Un ejemplo de ello es la presentación de declaraciones en determinadas épocas del año o el pago de impuestos. Las citadas situaciones generan la necesidad de establecer mecanismos de rotación de personal, e incluso, generando esquemas de contratación temporal del mismo mediante contratos sujetos a modalidad, regulados por la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

3.3.5. Mecanismos de autoservicio

La Ley prevé la instalación de mecanismos de autoservicio que permita a los usuarios suministrar directamente su información, tendiendo al empleo de niveles avanzados de digitalización[1280]. Ello les permitirá además obtener en forma directa la información que necesitan, en especial si la misma se encuentra informatizada. El mecanismo más común en la gestión pública comparada es el uso de terminales de uso público en las oficinas de las entidades. A ello hay que agregar el hecho de que prácticamente todas las instituciones públicas poseen sitios en Internet, las mismas que sirven para hace pública la información estatal, en el ámbito de necesidades de transparencia y acceso a la información.

1277 Artículo 118º, inciso 3 de la Ley N.º 27444.

1278 MORÓN URBINA, *Comentarios a la nueva Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., p. 275.

1279 Artículo 118º, inciso 4 de la Ley N.º 27444.

1280 Artículo 118º, inciso 5 de la Ley N.º 27444.

Asimismo, como ya lo hemos indicado, el sitio de una entidad pública en Internet sirve para la realización de trámites de manera directa. Un ejemplo interesante es el del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC), que permite obtener duplicados del documento nacional de identidad (DNI) a través del acceso a su sitio web, previa pago de la tasa respectiva en el Banco de la Nación, mecanismo que facilita sobremanera la obtención de dicho documento, en especial si nos encontramos en época electoral. Otros ejemplos interesantes con los de OSCE o de SUNAT, que cumplen con varios de los objetivos estratégicos de las políticas nacionales en materia de simplificación administrativa a las cuales hemos aludido ampliamente.

4. OBSERVACIONES A LA DOCUMENTACIÓN PRESENTADA POR EL ADMINISTRADO Y LA SUBSANACIÓN DOCUMENTAL

Principios propios del procedimiento administrativo, como el de informalismo, obligan a la Administración a recibir todos los formularios o escritos presentados[1281], no obstante incumplir los requisitos establecidos en la presente Ley, que no estén acompañados de los recaudos correspondientes o que se encuentren afectados por otro defecto u omisión formal prevista en el TUPA, que requiera corrección.

La previsión legal antes citada permite que se haga posible la subsanación posterior de posibles defectos de los escritos que se presentan ante la autoridad[1282], no existiendo el rechazo o la falta de admisión de plano de los documentos presentados. El evidente sustento de esta consideración se encuentra en el derecho de petición, consagrado constitucionalmente[1283], al cual ya hemos referido con amplitud.

Ahora bien, a fin de permitir la subsanación documental, en un solo acto y por única vez, la unidad de recepción al momento de la presentación del escrito realiza las observaciones pertinentes, invitando al administrado a subsanarlas dentro de un plazo máximo de dos días hábiles[1284]. Esta prescripción legal proviene en realidad de la norma legal derogada, en su artículo 64º. No obstante, la actual norma establece una regulación más adecuada.

Ahora bien, la Ley establece con claridad que dichas observaciones se dan en supuestos en los cuales los incumplimientos de requisitos no pueden ser corregidos sin la participación del administrado, lo cual es un límite a la facultad de la Administración de establecer dichas observaciones. En los demás

1281 GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de procedimiento administrativo*, cit., p. 290.

1282 SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de derecho administrativo*, cit., pp. 76-77; GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, cit., T. I, p. 481-482; DROMI, *Derecho administrativo*, cit., p. 912.

1283 MORÓN URBINA, *Comentarios a la nueva Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., p. 285.

1284 Artículo 125º inciso 125º.1 de la Ley N.º 27444.

supuestos, la Administración debería encontrarse en capacidad de enmendar de oficio los errores incurridos. En consecuencia, el rechazo de una solicitud o un escrito administrativo debe darse en circunstancias excepcionales.

La Ley establece que la observación debe anotarse, bajo firma del receptor, en la solicitud y en la copia que conservará el administrado —el cargo de recepción—, con las alegaciones respectivas si las hubiere, indicando que, si así no lo hiciera, se tendrá por no presentada su petición[1285].

4.1. Régimen jurídico mientras está pendiente la subsanación de un escrito

La Ley señala que, mientras esté pendiente la subsanación, son aplicables las siguientes reglas, necesarias para mantener la legalidad del procedimiento[1286]:

1. No procede el cómputo de plazos para que opere el silencio administrativo, ni para la presentación de la solicitud o el recurso. Ello dado que, en este caso, la dilación en la tramitación del procedimiento se debe a la responsabilidad del administrado. Ello genera que la autoridad administrativa no pueda tomar conocimiento debido de lo que está solicitándose.
2. La unidad de trámite documentario no cursa la solicitud o el formulario a la dependencia competente para sus actuaciones en el procedimiento. La unidad debe entonces esperar la subsanación u operar como se indica en el párrafo siguiente.
3. Transcurrido el plazo sin que ocurra la subsanación, la entidad considera como no presentada la solicitud o formulario y la devuelve con sus recaudos cuando el interesado se apersone a reclamarles, reembolsándole el monto de los derechos de tramitación que hubiese abonado[1287]. Esta última previsión tiene su justificación en el hecho de que los derechos son la contraprestación por el servicio efectivamente prestado. Si es que no se ha iniciado procedimiento alguno, mal podría la entidad imputar la generación de gasto.
4. Asimismo, no procede la aprobación automática del procedimiento administrativo, cuando nos encontremos ante un procedimiento de dicha naturaleza de acuerdo a la Ley. Ello implica que la aprobación automática se sujeta al hecho de que la documentación presentada se encuentre completa, de acuerdo al TUPA de la entidad.

1285 Artículo 125º inciso 125º.2 de la Ley N.º 27444.
1286 Artículo 125º, inciso 125.3 de la Ley N.º 27444.
1287 Artículo 125º, inciso 125.4 de la Ley N.º 27444.

4.2. Observaciones a nivel de la autoridad instructora[1288]

El Decreto Legislativo N.º 1029 incorporó la posibilidad que la autoridad instructora pueda observar la documentación presentada, cuando las deficiencias impiden la continuación del procedimiento, y que por su naturaleza las mismas no pudieron ser advertidos por la unidad de recepción al momento de su presentación; así como en el supuesto en el que resultara necesaria una actuación del administrado para continuar con el procedimiento. Ello, a fin de que el administrado realice la subsanación correspondiente.

Se señala que mientras esté pendiente dicha subsanación no procede el cómputo de plazos para que opere el silencio administrativo, ni para la presentación de la solicitud o el recurso, ni procede la aprobación automática del procedimiento administrativo, de ser el caso. En el primer caso nos encontramos ante una modalidad de suspensión del procedimiento. En el segundo caso no resulta pertinente la aplicación del precepto, puesto que estamos necesariamente ante un procedimiento de evaluación previa.

Asimismo se establece que de no subsanarse oportunamente lo requerido resulta de aplicación lo dispuesto en materia de abandono, lo cual es muy discutible como veremos más adelante en el capítulo correspondiente, debiéndose más bien a proceder a declarar infundada la solicitud, a fin de que el administrado pueda, si lo considera conveniente, proceder al uso del recurso de reconsideración.

En este caso no resulta aplicable la queja que puede emplear el administrado en el caso el escrito o formulario fuera objetado nuevamente debido a presuntos nuevos defectos, o a omisiones existentes desde el escrito inicial que no hubieran sido detectados por la unidad de trámite documentario; salvo que la Administración emplace nuevamente al administrado a fin de que efectúe subsanaciones adicionales.

4.3. Subsanación documental

Ingresado el escrito o formulada la subsanación debidamente, se considera recibido a partir del documento inicial, salvo que el procedimiento confiera prioridad registral —por ejemplo, en el caso de los procedimientos de inscripción registral— o se trate de un procedimiento trilateral —del cual se hablará más adelante—, en cuyo caso la presentación opera a partir de la subsanación. Ello implica que, en general, los efectos de la iniciación del procedimiento se generan desde la presentación de la solicitud, salvo las excepciones anotadas[1289].

Por otro lado, si el administrado subsanara oportunamente las omisiones o defectos indicados por la entidad, y el escrito o formulario fuera objetado nuevamente debido a presuntos nuevos defectos, o a omisiones existentes

1288 Artículo 125º, inciso 125.5 de la Ley N.º 27444.
1289 Artículo 126º, inciso 126.1 de la Ley N.º 27444.

desde el escrito inicial, el solicitante puede, alternativa o complementariamente, presentar queja ante el superior, o corregir sus documentos conforme a las nuevas indicaciones del funcionario[1290].

Y es que resulta vulneratorio al derecho de petición que se señalen defectos u omisiones nuevas, que no fueron explicitadas en la primera presentación. Permitir actuaciones de tal naturaleza permitiría a las entidades negarse a la recepción documental discrecionalmente. Sin embargo, la Ley faculta al administrado a corregir la solicitud presentada, no obstante la irregularidad anotada, a fin de no perjudicar su derecho de petición administrativa.

5. RATIFICACIÓN DE FIRMA Y DEL CONTENIDO DEL ESCRITO

En la línea de la aplicación de principios como los de informalismo, celeridad y eficacia, en caso de duda sobre la autenticidad de la firma del administrado o de falta de claridad sobre los extremos de su petición y como primera actuación, la autoridad puede notificar al administrado para que dentro de un plazo prudencial ratifique la firma en la solicitud o aclare el contenido del escrito, sin perjuicio de la continuación del procedimiento[1291].

Ello implica, en primer lugar, que la autoridad debe hacer uso de tal facultad al inicio del procedimiento y no cuando este se encuentre en trámite. Asimismo, debe entenderse que ninguna de ambas potestades puede utilizarse para prolongar el procedimiento más allá del plazo establecido por la Ley. Finalmente, debe tenerse en cuenta que la facultad de la Administración que estamos refiriendo es a la vez una garantía para el administrado.

En tal sentido, la ratificación de la firma o el contenido puede hacerla el administrado por escrito o apersonándose a la entidad, en cuyo caso se levantará el acta respectiva, que es agregada al expediente[1292]. Se entiende, en consecuencia, que la aclaración debe hacerse necesariamente por escrito, para que conste su existencia real.

5.1. Mejora de la solicitud

Es posible la mejora de la solicitud por parte del administrado, en los casos que estamos precisando[1293]. Es decir, el administrado puede agregar argumentos o corregir posibles imperfecciones del escrito presentado a la autoridad administrativa, para sustentar de manera más efectiva su pretensión en el procedimiento administrativo que ha iniciado.

La forma de redacción de esta prerrogativa nos puede llevar pensar que cabe la mejora de la solicitud solamente en circunstancias en las cuales se deba

1290 Artículo 126º, inciso 126.2 de la Ley N.º 27444.
1291 Artículo 129º, inciso 129.1 de la Ley N.º 27444.
1292 Artículo 129º, inciso 129.2 de la Ley.
1293 Artículo 129º, inciso 129.3 de la Ley.

efectuar la ratificación del contenido o la firma de la solicitud, cuando dicha mejora puede realizarse también a iniciativa del administrado, sin afectar la tramitación del procedimiento, en aplicación de los principios de informalismo y de unidad de vista, a los cuales haremos referencia más adelante.

A ello debemos agregar el hecho de que las alegaciones pueden realizarse en cualquier momento del procedimiento, de conformidad con el artículo 161.1 de la Ley N.º 27444, alegaciones que permiten agregar a los argumentos expuesto por el administrado en su escrito inicial. Por otro lado, la aparente limitación que venimos discutiendo se encuentra ausente en ordenamientos como el español, que se nos muestran más garantistas, en los cuales incluso el órgano competente puede sugerir al solicitante la mejora de la solicitud[1294].

6. ACUMULACIÓN ORIGINARIA

La acumulación implica la posibilidad de utilizar un solo procedimiento administrativo cuando también podría emplearse varios, por la pluralidad de pretensiones o por la pluralidad de sujetos que intervienen en el mismo. La acumulación permite la reducción de los costos de tramitación de los procedimientos, con relación a los administrados y la propia administración. Ello propende entonces a la generación de instituciones administrativas más eficientes. La acumulación originaria, a diferencia de la acumulación sobrevenida —que veremos más adelante— se da al inicio del procedimiento, por decisión de los administrados y en mérito a su interés.

6.1. Acumulación de solicitudes administrativas

En este orden de ideas, la norma materia de análisis señala que, en caso de ser varios los administrados interesados en obtener un mismo acto administrativo, y los mismos no tienen intereses incompatibles, pueden comparecer conjuntamente por medio de un solo escrito, conformando un único expediente y unificando su apersonamiento[1295].

A lo indicado se le conoce como acumulación subjetiva de pretensiones y permite hacer efectivos principios de celeridad y economía procesal. Ahora bien, esta acumulación es originaria, puesto que opera al inicio de la tramitación del procedimiento. Con lo cual debemos diferenciarla de la acumulación sobrevenida de procedimientos, a la cual nos referiremos más adelante.

La existencia de pluralidad de sujetos genera ciertas consecuencias. En primer lugar, cuando sean varios los destinatarios de un acto administrativo, el mismo será notificado personalmente a todos, salvo sí actúan unidos bajo una misma representación o si han designado un domicilio común para notificaciones, en

1294 SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de derecho administrativo*, cit., p. 77.
1295 Artículo 116º inciso 116.1 de la Ley N.º 27444.

cuyo caso estas se harán en dicha dirección única. Si debiera notificarse a más de diez personas que han planteado una sola solicitud con derecho común, la notificación se hará con quien encabeza el escrito inicial, indicándole que trasmita la decisión a sus cointeresados.

6.2. Acumulación objetiva de peticiones

De acuerdo con la Ley, también puede acumularse en un solo escrito más de una petición siempre que se trate de asuntos conexos que permitan tramitarse y resolverse conjuntamente y que todos ellos sean de competencia de la entidad ante la cual se presenta la solicitud[1296]. El concepto de conexidad, entonces, debe ser tomado extensivamente, y no restrictivamente como ocurre en general en el proceso judicial.

La doctrina denomina acumulación objetiva originaria de pretensiones a lo señalado líneas arriba. La acumulación objetiva de pretensiones permite favorecer la celeridad y economía procesales en el contexto del procedimiento administrativo, pero también previene la generación de resoluciones contradictorias respecto a temas que guarden relación entre sí, situación que en sede administrativa es de compleja resolución.

6.3. Planteamientos subsidiarios o alternativos

Ahora bien, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito judicial, en el procedimiento administrativo no se permiten los planteamientos subsidiarios o alternativos. Se entiende por planteamientos subsidiarios aquellos en los cuales existe una pretensión principal, la cual, de no ampararse, implicaría el amparo de la pretensión subsidiaria. Se entiende por planteamientos alternativos aquellos en los cuales existen varias pretensiones, cualquiera de las cuales puede ser amparada. Ninguno de dichos planteamientos es susceptible de resolución conjunta, razón por la cual no son admisibles.

Por otro lado, dichos planteamientos proceden en la medida que existen intereses en conflicto, ninguno de los cuales corresponde a quien resuelve, que no es el caso del procedimiento administrativo bilateral, en el cual de haber intereses en conflicto, uno de ellos corresponde a quien resuelve, es decir, a la Administración. Cabría preguntarse entonces si dichos planteamientos caben en el procedimiento trilateral, respecto de lo cual no se indica nada en la norma, razón de lo cual debemos asumir que ello no es posible, como veremos en su momento.

6.4. Separación de las acumulaciones originarias

Es necesario precisar que, si a criterio de la autoridad administrativa no existiera conexión —en especial en el caso de acumulación objetiva originaria— o más

1296 Artículo 116º inciso 116.2 de la Ley N.º 27444.

bien existiera incompatibilidad entre las peticiones planteadas en un escrito, se emplazará al administrado o administrados para que presenten dichas peticiones por separado, bajo apercibimiento de proceder de oficio a sustanciarlas individualmente si fueren separables, o en su defecto, disponer el abandono del procedimiento[1297]. Este abandono evidentemente no afecta el derecho del administrado, el cual podría iniciar nuevamente un procedimiento para cada caso, estableciendo adecuadamente su petición.

7. LA REPRESENTACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Es evidente que no siempre el administrado podrá concurrir a las oficinas de la entidad administrativa para la tramitación de los procedimientos administrativos de los cuales es parte. Asimismo, es posible que el administrado no se encuentre en la localidad en donde se tramita el procedimiento. En consecuencia, los particulares pueden ser representados por otra persona a fin de que la misma actúe por ellos, realizando los actos propios de los procedimientos administrativos a tramitarse.

7.1. Poder general

El poder general implica la tramitación ordinaria de los procedimientos administrativos, de tal manera que la decisión no implique disposición directa de derechos. Para otorgar poder general por parte de un administrado se requiere que el mismo sea formalizado mediante simple designación de persona cierta en el escrito, o acreditando una carta poder con firma del administrado[1298]. Nuevamente encontramos aquí una clara aplicación del principio de informalismo, a favor del administrado, no siendo necesario emplear mayor formalidad.

7.2. Poder especial

Ahora bien, para ciertos actos de los administrados, como puede ser el desistimiento de la pretensión o del procedimiento, acogerse a las formas de terminación convencional del procedimiento —conciliación o transacción— o, para el cobro de dinero, no basta el poder general, dado que los citados actos implican disposición directa de derechos. Para ello es requerido poder especial indicando expresamente aquellos actos para los cuales fue conferido. El poder especial se rige entonces por el principio de literalidad.

El poder especial es formalizado, a elección del administrado, mediante documento privado con firmas legalizadas ante notario o funcionario público autorizado para el efecto, así como mediante declaración en comparecencia

1297 Artículo 116º inciso 116.3 de la Ley.
1298 Artículo 115º de la Ley.

personal del administrado y del representante ante la autoridad, que es lo que se denomina en general poder por acta.

Finalmente, el empleo de la representación no impide la intervención del propio administrado cuando este lo considere pertinente, ni tampoco el cumplimiento por el administrado de las obligaciones que exijan su comparecencia personal, según las normas de la Ley[1299].

7.3. La representación de las personas jurídicas en el procedimiento administrativo

La persona jurídica intervendrá en un procedimiento administrativo mediante sus representantes legales, quienes actuarán premunidos de sus respectivos poderes[1300]. Debe entenderse que el representante legal de la persona jurídica debe adjuntar a su solicitud el documento que acredita dicha representación, a fin de que la autoridad administrativa tenga conocimiento de ella.

Sin embargo, en mérito del principio de informalismo, la entidad pública debería poder suplir la deficiencia que pudiera existir en el caso de que el poder se encuentre debidamente inscrito y la entidad posea acceso directo al Registro, en mérito a un convenio con la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP) que le permita determinar con rapidez si la persona que comparece es la que efectivamente representa a la persona jurídica. Incluso, dicho convenio podría no ser indispensable, si la entidad decide acceder a través de la página web de dicha entidad a la información requerida, la cual sin embargo posee un costo que ni la entidad, ni el administrado tendrían que asumir.

Ahora bien, para establecer el régimen de representación es menester remitirnos a las normas civiles y societarias[1301], las cuales prescriben que los representantes legales por el mérito de serlo, gozan de todas las prerrogativas necesarias para la representación de la persona jurídica. Si bien es cierto, el artículo 14º de la Ley General de Sociedades hace referencia a facultades de representación procesal, debemos asumir que la misma incluye la tramitación de procedimientos administrativos. En todo caso, resultaría necesario remitirse al estatuto de la persona jurídica en cuestión, a fin de que el mismo deje claramente establecidas dichas facultades.

1299 Artículo 115º, inciso 115.3 de la Ley N.º 27444.

1300 Artículo 53º de la Ley N.º 27444.

1301 Ley General de Sociedades:

Artículo 14.- Nombramientos, poderes e inscripciones

(...)

El gerente general o los administradores de la sociedad, según sea el caso, gozan de las facultades generales y especiales de representación procesal señaladas en el Código de la materia, por el solo mérito de su nombramiento, salvo estipulación en contrario del estatuto.

Capítulo XX

EL TIEMPO EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO: PLAZOS Y TÉRMINOS

SUMARIO: 1. Plazos máximos para realizar los actos procedimentales. 1.1. Plazo máximo para la tramitación en un procedimiento administrativo. 1.2. Prórroga dentro del procedimiento administrativo. 1.3. Reducción del plazo o anticipación de los términos. **2. Transcurso del plazo.** 2.1. Inicio del cómputo de los plazos. 2.2. Plazo fijado en días. 2.3. Plazo fijado en meses o años. 2.4. Término de la distancia. 2.5. Régimen administrativo aplicable a los días inhábiles. 2.6. Cómputo del plazo en días calendario. **3. Horario de atención de las entidades. 4. Los efectos del vencimiento del plazo.** 4.1. Responsabilidades que asume la autoridad que incumple los plazos establecidos. **5. La reforma del Decreto de Urgencia N.º 099-2009 y su pertinencia.** 5.1. Gestión de personal. 5.2. Ámbito de aplicación.

El tiempo es un factor de particular importancia en el Procedimiento Administrativo y en general en toda actividad de la Administración Pública. No solo en términos de la tutela de los intereses de los administrados sino también en el ámbito de la propia actuación de los órganos administrativo y los procedimientos internos de la misma.

Como se ha señalado de manera reiterada, la falta de actuación de la Administración puede generar consecuencias jurídicas una vez transcurrido el plazo establecido por la Ley, a través del silencio administrativo —e inclusive a través de la denominada denegatoria ficta—, sin contar los efectos en materia de responsabilidades administrativas respecto a los funcionarios responsables de la demora en cuestión.

Además, la Ley establece un conjunto de plazos específicos para diversas actuaciones administrativas, lo cual permite un desarrollo eficiente del procedimiento. Finalmente, en ciertos casos la falta de acción del administrado puede originar la conclusión del procedimiento administrativo, a través del abandono.

En el mismo orden de ideas, los plazos y términos son un concepto de particular importancia en todo ordenamiento procesal. Dentro de esta concepción, la adecuada determinación de los plazos y términos se convierte en un tema medular en el procedimiento administrativo, donde el transcurso de los mismos puede generar importantes consecuencias jurídicas, como la adquisición de

derechos como resultado del silencio administrativo, como lo hemos señalado, o la generación de responsabilidad respecto de los funcionarios administrativos. En este orden de ideas, se entiende por plazo a la cantidad de unidades de tiempo que deben transcurrir para que se produzca determinado acto o situación jurídica. Se entiende por término, en cambio, la referencia a cuando finaliza el plazo establecido.

Ahora bien, como es obvio los plazos y términos son entendidos como máximos, se computan independientemente de cualquier formalidad, y obligan por igual a la administración y a los administrados, en aquello que respectivamente les concierna[1302]. Dicha obligación no requiere de apremio, es decir, no hace falta de alguna de las partes intime a la otra para el cumplimiento de los plazos. En consecuencia, estos plazos se cumplen y exigen de oficio, por parte de la entidad, sin perjuicio de la posibilidad de que el administrado conmine a la entidad a cumplir con los mismos. La prórroga entonces es excepcional.

Asimismo, toda autoridad debe cumplir con los términos y plazos a su cargo, así como supervisar que los subalternos cumplan con los propios de su nivel[1303], como parte de la relación de jerarquía. Como es evidente, el incumplimiento de los plazos genera responsabilidad administrativa, en el ámbito institucional e individual y sin perjuicio de lo preceptuado por la ley en cuanto a la queja y al silencio administrativo. Como obvio resultado, es derecho de los administrados exigir el cumplimiento de los plazos y términos establecidos para cada actuación o servicio de la Administración[1304], que a la vez es un componente del debido proceso como derecho fundamental.

1. PLAZOS MÁXIMOS PARA REALIZAR LOS ACTOS PROCEDIMENTALES

La Ley N.º 27444 señala, en forma novedosa en relación con la normativa previa, la existencia de plazos específicos para diversas actuaciones dentro del procedimiento. Ello tiene por finalidad evitar otorgarle a la Administración la entera discrecionalidad sobre la determinación de los plazos procesales, como ocurría en la normatividad derogada[1305].

En consecuencia, y a falta de plazo establecido por ley expresa, la Ley establece que las actuaciones administrativas deben producirse dentro de los siguientes términos[1306]:

1302 Artículo 131º de la Ley N.º 27444.
1303 Artículo 131º, inciso 131.2 de la Ley N.º 27444.
1304 Artículo 131º, inciso 131.3 de la Ley N.º 27444.
1305 MORÓN URBINA, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., pp. 398-399.
1306 Artículo 132º de la Ley N.º 27444.

1. Para recepción y derivación de un escrito a la unidad competente por parte de la mesa de partes o unidad de trámite documentario: dentro del mismo día de su presentación. Ello implica que la unidad antes descrita, a la cual hemos hecho referencia en el capítulo precedente, debe enviar los escritos al funcionario que corresponda el mismo día en que el escrito se presentó. La antes citada previsión tiene por finalidad asegurar la celeridad de los procedimientos y evitar que los documentos permanezcan en la unidad de trámite documentario, la cual, por definición, es un órgano en el cual el expediente está de manera temporal.
2. Para actos de mero trámite y para decidir peticiones de ese carácter: En tres días, que se suponen contados desde que se da el hecho habilitante, sea una actuación procesal de la administración, sea un escrito del administrado. Debe entenderse como actos de mero trámite a aquellos destinados a impulsar el procedimiento, pero que no implican una toma de decisión.
3. Para emisión de dictámenes, peritajes, informes y similares: dentro de siete días después de solicitados; pudiendo ser prorrogado a tres días más si la diligencia requiere el traslado fuera de su sede o la asistencia de terceros. Ello, teniendo en cuenta las limitaciones establecidas en la propia Ley para el pedido de informes, en especial si los mismos son facultativos y no son vinculantes.
4. Para actos de cargo del administrado requeridos por la autoridad, como entrega de información, respuesta a las cuestiones sobre las cuales deban pronunciarse: dentro de los diez días de solicitados. Este plazo permite al administrado obtener la información que le es solicitada o presentar la documentación respectiva. No obstante, en mérito de principios como informalismo u oficialidad de la prueba estos pedidos al administrado deben ser más bien la excepción a la regla. Finalmente, este plazo entra en contradicción por lo señalado por la Ley N.º 27444 en lo que corresponde al abandono. Sobre esto vamos a volver en el capítulo correspondiente.

1.1. Plazo máximo para la tramitación en un procedimiento administrativo[1307]

Como se ha señalado de manera reiterada, no puede exceder de treinta días —que se debe entender hábiles— el plazo que transcurra desde que es iniciado un procedimiento administrativo de evaluación previa hasta aquel en que sea dictada la resolución respectiva, salvo que la ley —lo cual excluye a

1307 Artículo 142º de la Ley N.º 2744.

la norma reglamentaria— establezca trámites cuyo cumplimiento requiera una duración mayor.

Evidentemente, el transcurso del plazo, sin que la autoridad se haya pronunciado, habilita al administrado a hacer efectivo el silencio administrativo que corresponda —silencio administrativo positivo o silencio administrativo negativo— de acuerdo con la Ley y/o el Texto Único de Procedimientos Administrativos de la entidad. Debe recordarse, en este ámbito, que el silencio administrativo, en especial el negativo, es una garantía a favor del administrado, nunca una prerrogativa de la Administración; y opera como un paliativo ante la inactividad formal de la misma, inactividad que también puede conjurarse a través de mecanismos alternativos como el proceso de cumplimiento o la queja.

Ahora bien, este plazo está señalado para procesos de evaluación previa, que implican, por definición, que se deban iniciar a pedido de parte. La Ley no se pronuncia respecto al plazo de duración máxima de los procedimientos de oficio, y en todo caso, respecto a que es lo que ocurre ante la falta de pronunciamiento de la autoridad administrativa en estos casos. En el derecho comparado existe una forma de conclusión de procedimientos de oficio denominada caducidad, que no se encuentra presente en la Ley de Procedimiento peruana. En el caso particular del procedimiento sancionador existe un mecanismo parecido que se activa con el cese de la interrupción del plazo de caducidad cuando el expediente se encuentra paralizado más de veinticinco días hábiles por causa no imputable al administrado[1308].

1.2. Prórroga dentro del procedimiento administrativo[1309]

Los plazos fijados por norma expresa son improrrogables, salvo disposición habilitante en contrario; siendo de orden público. La autoridad competente puede otorgar prórroga a los plazos establecidos para la actuación de pruebas o para la emisión de informes o dictámenes, cuando así lo soliciten antes de su vencimiento los administrados o los funcionarios, respectivamente. Ello implica que no puede prorrogarse los plazos imputables directamente a la autoridad, ni aquellos imputables a los administrados que tengan carácter perentorio, en particular si implican el ejercicio de prerrogativas como la de contradicción en el caso de recursos administrativos.

La prórroga es concedida por única vez mediante decisión expresa, siempre que el plazo no haya sido perjudicado por causa imputable a quien la solicita, y siempre que aquella no afecte derechos de terceros. Para ello se requiere, o que el plazo no haya transcurrido aun, o si el plazo se ha agotado, que el responsable de dicha situación no sea quien solicita la prórroga.

1308 Artículo 233º de la Ley N.º 27444.
1309 Artículo 136º de la Ley N.º 27444.

En este orden de ideas existen tres tipos de plazos[1310]. Los simples, cuyo vencimiento no impide que se generen los efectos respectivos, siendo la notificación el ejemplo típico, generándose la responsabilidad del empleado público respectivo. Los plazos perentorios, aquellos que impiden la ejecución del acto respectivo a su vencimiento, como por ejemplo el plazo para impugnar. Finalmente, tenemos los plazos prorrogables, los mismos que la entidad puede extenderlos en aplicación del precepto que venimos comentando.

1.3. Reducción del plazo o anticipación de los términos[1311]

La autoridad a cargo de la instrucción del procedimiento, mediante decisión irrecurrible, puede reducir los plazos o anticipar los términos, dirigidos a la administración, atendiendo a razones de oportunidad o conveniencia del caso, y en particular, en beneficio del administrado. En consecuencia, no es posible hacer efectivas reducciones o anticipaciones respecto de los plazos y términos aplicables a los administrados con relación al cumplimiento de requerimientos o pedidos de la entidad.

2. TRANSCURSO DEL PLAZO

La determinación del transcurso del plazo adquiere una medular importancia para el derecho del procedimiento administrativo, puesto que permite conocer con exactitud la fecha del vencimiento del mismo, así como establecer las consecuencias jurídicas que se generan. En la mayoría de los casos, las reglas son similares a las que se emplean en el proceso judicial y en el derecho común, con las peculiaridades propias del accionar administrativo.

2.1. Inicio del cómputo de los plazos[1312]

En este orden de ideas, el establecimiento de las reglas de inicio del plazo resulta indispensable en el procedimiento administrativo a fin de determinar los efectos del mismo. Ahora bien, de acuerdo a lo señalado por la Ley, y al igual que nuestra normatividad derogada, el plazo expresado en días es contado a partir del día hábil siguiente de aquel en que se practique la notificación o la publicación del acto, salvo que este señale una fecha posterior, o que sea necesario efectuar publicaciones sucesivas, caso en el cual el cómputo es iniciado a partir de la última publicación. En consecuencia, el día inicial no se encuentra incluido en el plazo y sí lo está el día final.

Asimismo, el plazo expresado en meses o años es contado a partir de la notificación o de la publicación del respectivo acto, salvo que este disponga

1310 MORÓN URBINA, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., pp. 403-404.

1311 Artículo 141º de la Ley N.º 27444.

1312 Artículo 133º de la Ley N.º 27444.

fecha posterior. En estos casos, el día inicial sí formaría parte del cómputo del plazo, a diferencia de la regla general señalada en el párrafo anterior. Esto impide además la equivalencia de plazos; puesto que el plazo en días no debe convertirse en meses.

2.2. Plazo fijado en días

Cuando el plazo es señalado por días, y como es de rigor en nuestra normatividad administrativa, se entenderá por hábiles consecutivos, excluyendo del cómputo aquellos no laborables del servicio, y los feriados no laborables de orden nacional o regional[1313]. Ello implica que dichos días no entran en el cómputo no obstante la entidad los haya habilitado. Esto tiene especial importancia considerando que existen ciertas entidades públicas que han establecido horarios de atención en días como los sábados, y en algunos casos, también domingos y feriados. Dicha habilitación debe entenderse a favor del administrado, sin que exista posibilidad de perjuicio respecto al transcurso de los plazos.

Por otro lado, cuando el último día del plazo o la fecha determinada es inhábil o por cualquier otra circunstancia la atención al público ese día no funcione durante el horario normal, el plazo se entiende prorrogado al primer día hábil siguiente. Esta norma es en realidad de carácter general, aplicable a todo cómputo, sea en días, meses o años[1314].

La norma no señala de manera explícita que ocurre con aquellos días que son declarados feriados por parte del Poder Ejecutivo, pero solo a partir de las doce horas. En este supuesto debe entenderse que para efectos del cómputo del plazo, nos encontramos ante un día que es por completo inhábil, a fin de no perjudicar al administrado con un día que no es por completo laborable.

2.3. Plazo fijado en meses o años[1315]

Cuando el plazo es fijado en meses o años, es contado de fecha a fecha, concluyendo el día igual al del mes o año que inició, completando el número de meses o años fijados para el lapso. Esto implica, en concordancia con lo señalado respecto al inicio del cómputo de los plazos expresados en meses o años, que el plazo vence el mismo día de aquel en el cual se dio la notificación o publicación y no el siguiente.

Ahora bien, si en el mes de vencimiento no hubiere día igual a aquel en que comenzó el cómputo, es entendido que el plazo expira el primer día hábil del siguiente mes calendario. Ello otorga mayores garantías al administrado que la tradicional regla —contenida en la norma derogada— que señalaba que

1313 Artículo 134º, inciso 134.1 de la Ley N.º 27444.
1314 Artículo 134º, inciso 134.2 de la Ley N.º 27444.
1315 Artículo 134º, inciso 134.3 de la Ley N.º 27444.

el plazo expiraba el último día del mes que concluía, regla que también está presente en ciertos ordenamientos comparados.

2.4. Término de la distancia[1316]

Al cómputo de los plazos establecidos en el procedimiento administrativo, se agrega el término de la distancia previsto entre el lugar de domicilio del administrado dentro del territorio nacional y el lugar de la unidad de recepción más cercana a aquél facultado para llevar a cabo la respectiva actuación. Ello tiene sentido si consideramos que las distancias geográficas en el Perú pueden ser muy grandes, aun existiendo unidades desconcentradas de las instituciones públicas.

Asimismo, el término de la distancia es de particular importancia a fin de que los administrados puedan presentar sus escritos dentro del plazo establecido para ello, en aplicación de la Ley y del Texto Único Ordenado de Procedimientos Administrativos y los mismos no sean declarados improcedentes por la autoridad administrativa, en especial en el caso de los recursos administrativos.

El cuadro de términos de la distancia es aprobado por la autoridad competente. Sin embargo, la Ley ha omitido señalar cuál es dicha autoridad competente y cuál es el instrumento jurídico a emplearse para dicha aprobación. De hecho, hasta el momento no existe cuadro alguno que además permita establecer los plazos en el caso de distancias lejanas al lugar de notificación.

Las entidades han estado utilizando por defecto el cuadro de distancias elaborado por la autoridad jurisdiccional, el mismo que evidentemente no se encuentra diseñado para ser empleado por los administrados y por la Administración Pública en los procedimientos administrativos. Ello ocurre no solo por el hecho de que dicho cuadro de términos de la distancia se ha elaborado sobre la base de los distintos distritos judiciales sino además porque el mismo incorpora los plazos judiciales, los mismos que a su vez no están en función de proceso formales sino de procedimientos informales, que en principio se encuentran sometidos al principio de unidad de vista[1317] y no al principio de preclusión.

2.5. Régimen administrativo aplicable a los días inhábiles

La norma señala que el Poder Ejecutivo fija por decreto supremo, dentro del ámbito geográfico nacional o alguno particular, los días inhábiles, a efecto del

1316 Artículo 135º de la Ley N.º 27444.

1317 Ley N.º 27444:

Artículo 144º.- Unidad de vista

Los procedimientos administrativos se desarrollan de oficio, de modo sencillo y eficaz sin reconocer formas determinadas, fases procesales, momentos procedimentales rígidos para realizar determinadas actuaciones o responder a precedencia entre ellas, salvo disposición expresa en contrario de la ley en procedimientos especiales.

cómputo de plazos administrativos[1318]. Es muy común que se establezca días entre los feriados ya determinados, a fin de favorecer la actividad turística. Dicha fecha no se computa. Sin embargo, la norma siempre establece el mecanismo para que dicho feriado sea recuperado laboralmente por el personal al servicio de la Administración.

Esta norma debe publicarse previamente —indicación evidente en tanto una norma reglamentaria debe publicarse siempre en el Diario Oficial— y difundirse permanentemente en los ambientes de las entidades, a fin de permitir su conocimiento a los administrados[1319]. Muchas entidades poseen directivas específicas a fin de reglamentar los efectos de estas normas y el mecanismo de compensación del feriado establecido por la Administración.

Las entidades no pueden unilateralmente inhabilitar días, y, aun en caso de fuerza mayor que impida el normal funcionamiento de sus servicios, debe garantizar el mantenimiento del servicio de su unidad de recepción documental, por lo menos, a fin de no perjudicar el derecho de los administrados[1320]. Como lo hemos señalado líneas arriba sí es posible habilitar días que sean inhábiles, siempre que dicha decisión no perjudique a los particulares.

2.6. Cómputo del plazo en días calendario

Tratándose del plazo para el cumplimiento de actos procedimentales internos a cargo de las entidades, una norma legal puede establecer que su cómputo sea en días calendario, o que el término expire con la conclusión del último día aun cuando fuera inhábil[1321]. Esto último es más bien excepcional, si consideramos que solo algunas entidades poseen mesas de partes operativas en día inhábil.

Cuando una ley señale que el cómputo del plazo para un acto procedimental a cargo del administrado sea en días calendario, esta circunstancia le es advertida expresamente en la notificación. Existe un conjunto de normas que establecen plazos en días calendario, incluso en cuanto a obligaciones que le corresponden a la Administración, pero esa indicación debe ser expresa. Ejemplos interesantes de lo que hemos señalado son los plazos establecidos en la Ley Orgánica de Elecciones, los mismos que en general son calendario, por la premura que rodea a los procesos electorales.

3. HORARIO DE ATENCIÓN DE LAS ENTIDADES

Dentro de la concepción de la Ley de Procedimiento Administrativo General, que implica un mayor acercamiento a los administrados y una mayor protección a sus derechos, es necesario establecer normas relativas a las horas de

1318 Artículo 137º inciso 137.1 de la Ley N.º 27444.
1319 Artículo 137º inciso 137.2 de la Ley N.º 27444.
1320 Artículo 137º inciso 137.3 de la Ley N.º 27444.
1321 Artículo 139º de la Ley N.º 27444.

atención de las oficinas de la Administración Pública. Ello implica definir cuáles son las horas hábiles y cuáles no para efectos de la atención al usuario. La tendencia actual en el derecho comparado se muestra favorable a habilitar horas normalmente inhábiles y a habilitar días inhábiles a favor del administrado, con horarios flexibles.

En consecuencia, el horario de atención se encuentra estrechamente ligado con los plazos y términos de las actuaciones administrativas, puesto que establece cuándo es que pueden hacerse efectivas estas. Dicho horario de las entidades, para la realización de cualquier actuación, se rige entonces por las siguientes reglas[1322]:

1. Son horas hábiles las correspondientes al horario fijado para el funcionamiento de la entidad, sin que en ningún caso la atención a los usuarios pueda ser inferior a ocho horas diarias consecutivas. Ello implica que incluso durante las horas de refrigerio debe existir personal atendiendo en forma directa a los particulares para lo cual se establecen mecanismos de rotación.
2. El horario de atención diario es establecido por cada entidad cumpliendo un período no coincidente con la jornada laboral ordinaria, para favorecer el cumplimiento de las obligaciones y actuaciones de la ciudadanía y evitar la pérdida innecesaria de horas-hombre laboradas. Para el efecto, la entidad distribuye su personal en turnos, cumpliendo jornadas no mayores de ocho horas diarias en cada uno de dichos turnos.
3. El horario de atención es continuado para brindar sus servicios a todos los asuntos de su competencia, sin fraccionarlo para atender algunos en determinados días u horas, ni afectar su desarrollo por razones personales. La entidad administrativa atiende todos los temas que le corresponden durante todo su horario de atención.
4. El horario de atención concluye con la prestación del servicio a la última persona compareciente dentro del horario hábil. La razón de esta precisión se enfoca en impedir que la demora en la atención a los particulares perjudique a quien llegó a las oficinas de la entidad en horario hábil, pero que tendría que ser atendido en horario inhábil. Ello no implica en realidad la habilitación de horas inhábiles, sino más bien consiste en la simple continuación del servicio.
5. Los actos de naturaleza continua iniciados en hora hábil son concluidos sin afectar su validez después del horario de atención, salvo que el administrado consienta en diferirlos. Lo antes indicado también implica la habilitación de horas inhábiles, dependiendo del caso.

1322 Artículo 138º de la Ley N.º 27444.

En cada servicio rige la hora seguida por la entidad, la misma que debe ser de conocimiento público; en caso de duda o a falta de aquella, debe verificarse en el acto, si fuere posible, la hora oficial, que prevalecerá.

4. LOS EFECTOS DEL VENCIMIENTO DEL PLAZO

En primer lugar, la Ley N.º 27444 señala que el plazo vence el último momento del día hábil fijado; o anticipadamente, si antes de esa fecha son cumplidas las actuaciones para las que fuera establecido dicho plazo[1323], lo cual permite generar efectos jurídicos sin tener que esperar al día hábil fijado.

En cuanto al administrado, al vencimiento de un plazo improrrogable para realizar una actuación o ejercer una facultad procesal, previo apercibimiento, la entidad declara decaído el derecho al correspondiente acto, notificando la decisión[1324]. Esta previsión legal no debe confundirse con la aplicación del principio de preclusión, de aplicación muy limitada en el procedimiento administrativo, pero de especial importancia en el proceso judicial.

Por otro lado, el vencimiento del plazo para cumplir un acto a cargo de la Administración, no la exime de sus obligaciones establecidas por la norma legal, atendiendo al orden público. La actuación administrativa fuera de término no queda afecta de nulidad, salvo que la ley expresamente así lo disponga por la naturaleza perentoria del plazo[1325]. Sin embargo, dicha actuación genera responsabilidad administrativa del funcionario infractor, y en caso se haya generado daño al administrado, la responsabilidad institucional de la Administración de indemnizar dicho perjuicio, conforme a las reglas establecidas por el artículo 238º de la Ley, a las cuales referiremos con amplitud más adelante.

Sin embargo, la Ley señala que la denominada preclusión por el vencimiento de plazos administrativos opera en procedimientos trilaterales, concurrenciales[1326], y en aquellos que por existir dos o más administrados con intereses divergentes, deba asegurárseles tratamiento paritario, en igualdad de condiciones[1327], convirtiéndose en una excepción al principio de unidad de vista al cual nos referiremos más adelante. Esto tiene sentido si consideramos que

1323 Artículo 140º, inciso 140.1 de la Ley N.º 27444.

1324 Artículo 140º, inciso 140.2 de la Ley N.º 27444.

1325 Artículo 140º, inciso 140.3 de la Ley N.º 27444.

1326 El concepto de procedimiento concurrencial es poco común. En la Ley de Procedimiento Administrativo General aparece una sola vez en el artículo bajo comentario. Para empezar, se muestra distinto al procedimiento trilateral, que implica la existencia de una controversia entre partes que es resuelta por la administración. El procedimiento concurrencial implica más bien la existencia de intereses distintos por parte de varios administrados, que se dan de manera paralela y cuya naturaleza no permite su tutela simultánea. Sin embargo, no existe necesariamente una controversia o conflicto entre dichos administrados. Un ejemplo muy común de procedimiento administrativo concurrencial son los procesos de selección en el ámbito de la contratación administrativa.

1327 Artículo 140º, inciso 140.4 de la Ley N.º 27444.

estos procedimientos administrativos gozan de una naturaleza híbrida, puesto que generan solución de conflictos o resolución de controversias, función típicamente jurisdiccional, pero desde el ámbito de la Administración Pública. Sin embargo, como veremos más adelante, en el caso de los procedimientos trilaterales es posible mediatizar dicha preclusión dada la atribución concedida a favor de la autoridad administrativa para que la misma pueda admitir una contestación presentada fuera de plazo.

La preclusión antes citada, sin embargo, no resulta directamente aplicable al tradicional proceso administrativo bilateral, el mismo que goza de lo que se denomina unidad de vista, principio al cual haremos referencia más adelante. A su vez, debemos tomar en cuenta principios como el de eficacia o el de informalismo, en beneficio del administrado y al amparo de consideraciones de interés público.

4.1. Responsabilidades que asume la autoridad que incumple los plazos establecidos

El incumplimiento injustificado de los plazos previstos para las actuaciones de las entidades genera responsabilidad disciplinaria para la autoridad obligada, sin perjuicio de la responsabilidad civil por los daños y perjuicios que pudiera haber ocasionado, de acuerdo a lo señalado por la propia Ley respecto a la responsabilidad de la Administración Pública[1328].

También alcanza solidariamente la responsabilidad al superior jerárquico, por omisión en la supervisión, si el incumplimiento fuera reiterativo o sistemático. La autoridad superior tiene el deber —responsabilidad *in vigilando*, que se configura también como responsabilidad vicaria— de verificar el cumplimiento de los deberes de los funcionarios que supervisa.

5. LA REFORMA DEL DECRETO DE URGENCIA N.º 099-2009 Y SU PERTINENCIA

El artículo 1º del Decreto de Urgencia antes señalado establecía que, para efectos del cómputo de los plazos en los procedimientos administrativos que realizan las entidades del Poder Ejecutivo comprendidas en el artículo I del Título Preliminar de la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, así como los Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales, deberán considerarse días hábiles los días sábado, domingo y feriados no laborables, únicamente en lo que beneficie a los derechos de los particulares establecidos en dicha norma, y con la finalidad de que la Administración Pública brinde ininterrumpidamente sus servicios a los administrados, con excepción del 1 de enero, 1 de mayo, 28 y 29 de julio y el 25 de diciembre.

1328 Artículo 143º de la Ley N.º 27444.

Asimismo, se señalaba que la norma no será aplicable en el cómputo del plazo de la Administración para resolver recursos administrativos ni para la realización de actuaciones procedimentales de notificación personal a los administrados, actuaciones coactivas o de ejecución forzosa, ni para el cómputo de plazos para formular recursos administrativos, salvo lo dispuesto en leyes especiales.

Por otro lado, se establecía que los plazos de los procedimientos iniciados con anterioridad a la vigencia del presente Decreto de Urgencia continuarán computándose, hasta su conclusión definitiva, como días inhábiles los días sábado, domingo y feriados no laborables[1329]. En este caso, la norma procesal no se aplica a los procedimientos en trámite.

En primer término, era sumamente discutible la pertinencia constitucional de este decreto de urgencia, no solo por la materia, que no califica como económico o financiera, sino además porque no se percibe la situación de urgencia que lo justifica. En segundo lugar, este régimen genera una situación compleja, al operar de manera paralela al que se encuentra establecido en la Ley N.º 27444, que lejos de ayudar, genera complicaciones al funcionar de manera paralela[1330], debiéndose realizar un análisis a conciencia para determinar la aplicación de uno y otro. Finalmente, debemos anotar que este régimen ha regido únicamente hasta el 31 de diciembre de 2010, con lo cual su existencia fue eminentemente temporal.

5.1. Gestión de personal

La norma materia de comentario establecía que las entidades públicas comprendidas dentro de sus alcances establecerán turnos entre su personal, independientemente de su régimen laboral o contractual, que cubran los siete días de la semana durante todo el año, manteniendo el descanso semanal de todos los servidores y garantizando la atención al público para dichos efectos[1331].

Además, se autoriza a las entidades comprendidas en el presente Decreto de Urgencia para renegociar, de ser el caso, en un plazo máximo de treinta (30) días calendario, los contratos laborales, civiles y de cualquier naturaleza, cualquiera sea su forma y modalidad contractual, mecanismo y fuente de financiamiento, con la finalidad de cumplir con lo dispuesto por la presente norma.

Ello tiene sentido en tanto que lo ordenado por la norma debe ejecutarse con cargo al presupuesto institucional aprobado de las entidades comprendidas en su alcance, sin demandar recursos adicionales al Tesoro Público[1332]. No

1329 Artículo 3º del D.U. N.º 099-2009.

1330 Sobre el particular: VIGNOLO CUEVA, Orlando, "Cinco razones de análisis y crítica. Más allá del texto del Decreto de Urgencia N.º 099-2009", en *Actualidad Jurídica*, N.º 193, Lima, 2009, pp. 203-204.

1331 Artículo 2º del D.U. N.º 099-2009.

1332 Artículo 5º del D.U. N.º 099-2009.

queda claro si ello implica que dichos fondos no puedan provenir de recursos directamente recaudados de la entidad.

5.2. Ámbito de aplicación

La norma no era de aplicación a las entidades competentes para llevar a cabo procesos jurisdiccionales y constitucionales, a los plazos vinculados a sus procesos, dado que no desempeñan función administrativa; así como tampoco a los procedimientos administrativos de cualquier índole a cargo de las administraciones tributarias, los que se rigen por la correspondiente normativa de la materia, en particular el Código Tributario[1333].

1333 Artículo 3º del D.U. N.º 099-2009.

Capítulo XXI

LA ORDENACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

SUMARIO: 1. Generalidades. 1.1. Los elementos diferenciales existentes entre los procesos judiciales y los procedimientos administrativos. 1.1.1. Las posiciones de las partes. 1.1.2. Las garantías del procedimiento. 1.1.3. La concepción del interés general. 1.1.4. El esquema de formalidad. 1.2. El principio de unidad de vista. 1.3. Principio de impulso de oficio del procedimiento. 1.4. Derecho de acceso al expediente. **2. Reglas para la celeridad de los procedimientos.** 2.1. Reglas para la celeridad. 2.2. Medios de transmisión a distancia. 2.3. El caso de la notificación en procesos de selección. **3. Acumulación sobreviniente en el procedimiento. 4. Conformación del expediente.** 4.1. Regla del expediente único. 4.2. Uniformidad documental. 4.3. Presentación de los expedientes administrativos. 4.3.1. Intangibilidad del expediente administrativo. 4.3.2. Recomposición del expediente. 4.4. Formularios. 4.5. Modelos de escritos recurrentes. 4.6. Elaboración de actas en el procedimiento administrativo. 4.6.1. Formalidades de las actas. 4.7. Medidas de seguridad que se aplican a fin de cautelar los expedientes administrativos. **5. La queja en el procedimiento administrativo.** 5.1. Finalidad de la queja. 5.2. Tramitación de la queja. 5.3. Efecto de la queja administrativa. **6. Las medidas cautelares.** 6.1. Caracteres de las medidas cautelares. 6.2. Regulación de las medidas cautelares dentro del procedimiento administrativo. 6.3. Impugnación de la medida cautelar. 6.4. Variabilidad de la medida cautelar en el procedimiento administrativo. 6.5. La caducidad de la medida cautelar. 6.6. Las diferencias con la medida cautelar en el proceso judicial. **7. Incidentes administrativos.** 7.1. Condición de admisión temporal. 7.2. El caso de la decisión anticipada. 7.3. Rechazo de las cuestiones distintas al asunto de fondo.

1. GENERALIDADES

Entendemos por ordenación del procedimiento el conjunto de reglas aplicables al procedimiento y destinadas a su tramitación adecuada y eficiente de tal forma que se respeten las garantías del debido procedimiento. La ordenación en nuestro caso, implica el cumplimiento de las formalidades y requerimientos mínimos para que el procedimiento se tramite de manera correcta. Ello implica que la ordenación haga posible el manejo y la realización de los actos de instrucción, a los que haremos referencia en el próximo capítulo.

La Ley de Procedimiento Administrativo, en consecuencia, establece un conjunto de reglas que se entienden necesarias para la obtención de resoluciones que

se encuentren de conformidad con el interés común, con el consiguiente respeto de los derechos de los administrados. A diferencia del Decreto Supremo N.º 02-94-JUS, en la cual los preceptos relativos a la ordenación del procedimiento se encontraban diseminadas por gran parte del articulado de la citada norma, en la Ley N.º 27444 se conformó un capítulo específico para ello. A su vez, las normas que regulan procedimientos especiales establecen ordenaciones específicas destinadas a asegurar la obtención del equilibrio antes citado, el mismo que no siempre se obtiene debidamente.

1.1. Los elementos diferenciales existentes entre los procesos judiciales y los procedimientos administrativos

En este sentido, y a fin de entender debidamente la naturaleza de la ordenación del procedimiento administrativo, debe indicarse que en tal contexto existen múltiples elementos diferenciales entre el procedimiento administrativo general y el proceso judicial, no obstante que hemos estado viendo una paulatina aplicación de principios judiciales en el procedimiento administrativo[1334], en especial en el ámbito de la necesidad de tutela de los derechos de los administrados. Lo que ocurre sin embargo es la aplicación al procedimiento administrativo de principios comunes a todo ordenamiento procesal, no obstante que en cada caso concreto nos podemos encontrar con regulaciones o principios específicos que son resultado de las particularidades de cada proceso.

1.1.1. Las posiciones de las partes

En primer término, entre ambos procedimientos existen posiciones distintas de las partes. En el proceso judicial las partes son consideradas sustancialmente iguales, mientras que en el procedimiento administrativo se reconoce la prevalencia de la Administración respecto a los administrados, razón por la cual se establecen determinadas garantías a favor de estos últimos, incluso en el caso de los procedimientos trilaterales. Como resultado, si bien en el proceso contencioso administrativo se reconoce la igualdad entre las partes, existen mecanismos para equilibrar la prevalencia que la entidad poseía durante la tramitación del procedimiento administrativo previo.

Ello no impide, sin embargo, que en el proceso judicial, dependiendo de la naturaleza del mismo, existan ciertos mecanismos para equilibrar a las partes ante la existencia de determinadas desigualdades, que para cierto sector de la doctrina resultan discutibles. Casos interesantes son los de los procesos laborales, el propio proceso contencioso administrativo[1335], los procesos penales y algunos procesos de familia.

1334 CASSAGNE, Juan Carlos, "Conexión y diferencias entre el procedimiento administrativo y el proceso civil", en CASSAGNE, Juan Carlos, *Estudios de derecho público*, Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 35.

1335 En el proceso contencioso administrativo, no obstante que se hace referencia a la igualdad entre las partes, se establecen algunas ventajas a favor del administrado, en es-

1.1.2. Las garantías del procedimiento

Asimismo, las garantías aplicables al procedimiento administrativo y al proceso judicial se enfocan de manera distinta. En el procedimiento administrativo dichas garantías permiten, como lo hemos señalado de manera reiterada, proteger al administrado ante el actuar indebido de la autoridad administrativa y a fin de protegerlo contra la arbitrariedad. Ello se enfoca en particular en el contexto del tradicional procedimiento administrativo bilateral.

Mientras tanto, en el proceso judicial se requiere asegurar la igualdad entre las partes y proteger el principio de conducta procesal. Estas características diferenciales entre el proceso judicial y el procedimiento administrativo se confunden en el procedimiento administrativo trilateral, dada la naturaleza cuasijurisdiccional de este último que obliga a establecer garantías de igualdad entre las partes. A dicha situación haremos referencia más adelante.

1.1.3. La concepción del interés general

Por otro lado, el interés general se emplea —y se entiende— de manera distinta en ambos procedimientos. En el procedimiento administrativo la relación con dicho concepto es directa, puesto que se entiende que la Administración Pública pretende la obtención del bien común en su accionar, de manera permanente[1336]. Por otro lado, el proceso judicial procura, en una lógica de igualdad entre las partes, la obtención del bien común a través de la solución del conflicto o de la corrección de la incertidumbre jurídica que se le presenta al juez.

Ahora bien, es necesario señalar que en el procedimiento administrativo trilateral esta diferencia se atenúa plausiblemente puesto que este implica la existencia de un conflicto de intereses que la administración debe resolver. Ello genera incluso un relajamiento de algunos principios administrativos admitidos como dogma en el ámbito del procedimiento administrativo bilateral, como la unidad de vista —como veremos seguidamente—, el de verdad material, el de informalismo, entre otros.

1.1.4. El esquema de formalidad

Asimismo, el procedimiento administrativo es eminentemente informal, respecto del proceso judicial, que es sumamente formal. En el proceso judicial, salvo honrosas excepciones —como podría ser el proceso contencioso administrativo, los procesos laborales y los procesos constitucionales—, resulta muy difícil que el Juez establezca mecanismos de corrección de las falencias de los escritos presentados por las partes; y que interprete de manera favorable a la admisión de los mismos —*in dubio pro actione*—, precisamente en mérito a la

pecial en cuanto a la carga de la prueba, las medidas cautelares, la ejecución de la sentencia, entre otros.

1336 COMADIRA, *Derecho administrativo*, cit., p. 10.

imparcialidad que rodea al dicho proceso, salvo algunos procesos judiciales específicos como los procesos constitucionales[1337], en los cuales se favorece la continuación del proceso, y el proceso contencioso administrativo, en el cual el juez frente a la duda respecto de la procedencia de una demanda deberá darle trámite a la misma[1338]. Finalmente, y como veremos seguidamente, el procedimiento administrativo general, a diferencia del proceso judicial, no se divide en etapas o fases procesales, siendo de aplicación el principio de unidad de vista.

1.2. El principio de unidad de vista

El principio de unidad de vista implica que los procedimientos administrativos se desarrollan de oficio, de modo sencillo y eficaz sin reconocer formas determinadas, fases procesales, momentos procedimentales rígidos para realizar determinadas actuaciones o responder a precedencia entre ellas[1339], salvo disposición expresa en contrario de la ley en procedimientos especiales. Ello ocurre por ejemplo los procedimientos trilaterales y los procedimientos concurrenciales en general, en donde dicho principio se atenúa de manera plausible, al existir ciertas actuaciones que se efectúan en momentos determinados, existiendo preclusión por el vencimiento de plazos procesales conforme lo señalado por el numeral 140.4 del artículo 140º de la Ley.

1337 Código Procesal Constitucional:
Artículo III.- Principios Procesales
(...)
El Juez y el Tribunal Constitucional tienen el deber de impulsar de oficio los procesos, salvo en los casos expresamente señalados en el presente Código.
Asimismo, el Juez y el Tribunal Constitucional deben adecuar la exigencia de las formalidades previstas en este Código al logro de los fines de los procesos constitucionales.
Cuando en un proceso constitucional se presente una duda razonable respecto de si el proceso debe declararse concluido, el Juez y el Tribunal Constitucional declararán su continuación.
(...).

1338 Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo:
Artículo 2º.- Principios
El proceso contencioso administrativo se rige por los principios que se enumeran a continuación y por los del derecho procesal, sin perjuicio de la aplicación supletoria de los principios del derecho procesal civil en los casos en que sea compatible:
(...)
3. Principio de favorecimiento del proceso.- El Juez no podrá rechazar liminarmente la demanda en aquellos casos en los que por falta de precisión del marco legal exista incertidumbre respecto del agotamiento de la vía previa.
   Asimismo, en caso de que el Juez tenga cualquier otra duda razonable sobre la procedencia o no de la demanda, deberá preferir darle trámite a la misma.
4. Principio de suplencia de oficio. - El Juez deberá suplir las deficiencias formales en las que incurran las partes, sin perjuicio de disponer la subsanación de las mismas en un plazo razonable en los casos en que no sea posible la suplencia de oficio.

1339 Artículo 144º de la Ley.

Otro caso interesante es el de los procedimientos administrativos complejos, conformados a su vez por procedimientos que no pueden dividirse en etapas diferenciadas. Un ejemplo es el de los procesos electorales, que poseen etapas determinadas, y respecto de las cuales se aplica más bien el principio de preclusión a través de diversas etapas del procedimiento, que constituyen cada una de ellas verdaderos procedimientos administrativos.

Si bien es cierto que en un procedimiento administrativo se reconoce una iniciación —como ya lo hemos visto— y una finalización del mismo (a lo que nos referiremos más adelante), el periodo intermedio goza de amplia flexibilidad, que le permite a la autoridad administrativa adecuar los actos procedimentales a cada caso concreto. Sin embargo, ello no debe permitir la omisión de actos indispensables para la protección del debido proceso administrativo, como son los actos de instrucción, que analizaremos con detalle en el siguiente capítulo.

En el ámbito administrativo, el principio de unidad de vista se opone al principio de preclusión procesal típico de la actividad jurisdiccional, como ya lo hemos señalado en el capítulo dedicado al tiempo en el procedimiento administrativo. Por dicho principio se entiende que las actuaciones procesales se tramitan por etapas, de tal manera que concluida una de las mismas no es posible regresar a dicha actuación procesal. En el ámbito judicial se distinguen claramente, por ejemplo, la etapa postulatoria de la etapa probatoria, de tal manera que una vez concluida, por ejemplo, la fase de saneamiento procesal, resulta imposible discutir nuevamente la validez de la relación jurídica procesal durante la actuación probatoria.

1.3. Principio de impulso de oficio del procedimiento

Dado que no puede dejarse al arbitrio de los administrados el seguimiento de los procedimientos administrativos, el impulso de los mismos es de oficio, de acuerdo al principio contenido en el inciso 1.3 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley. Como resultado de este principio, las autoridades deben dirigir e impulsar de oficio el procedimiento y ordenar la realización o práctica de los actos que resulten convenientes para el esclarecimiento y resolución de las cuestiones necesarias.

Dicho principio, que es congruente con la doctrina y el derecho comparado[1340], tiene su origen en el carácter inquisitorial del procedimiento administrativo y en la concepción de interés general que anima a la Administración Pública. Esta última requiere la satisfacción del interés público, la misma que se da de manera directa, a través de la tramitación del procedimiento[1341].

1340 SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de derecho administrativo*, cit., p. 81.

1341 MORÓN URBINA, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., p. 316.

La norma señala que la autoridad competente, aun sin pedido de parte, debe promover toda actuación que fuese necesaria para su tramitación, superar cualquier obstáculo que se oponga a la regular tramitación del procedimiento; determinar la norma aplicable al caso aun cuando no haya sido invocada o fuere errónea la cita legal; así como evitar el entorpecimiento o demora a causa de diligencias innecesarias o meramente formales, adoptando las medidas oportunas para eliminar cualquier irregularidad producida[1342]. Ello implica también la dirección de la actuación probatoria y el manejo directo de la instrucción del procedimiento, como veremos más adelante.

En consecuencia, el funcionario a quien toca decidir sobre el trámite del recurso puede y debe adoptar las medidas que sean necesarias para la adecuada impulsión del procedimiento, y para la averiguación de los hechos reales, sin necesidad de acción directa de los particulares más allá de la presentación de la solicitud inicial y el cumplimiento de las obligaciones propias del procedimiento. La Administración debe llegar a la resolución final sin necesidad del impulso de ninguno de los particulares involucrados en el procedimiento[1343].

Sin embargo, este principio tiene ciertos límites, puesto que existen ciertas actuaciones que dependen de la acción directa del administrado y, a su vez, ciertas situaciones en las cuales la Administración no puede actuar de oficio, en especial si la iniciación del procedimiento opera por interés únicamente del administrado en los procedimientos iniciados a pedido de parte.

Finalmente, este principio está presente también en el proceso judicial, puesto que el Juez debe asegurar la tramitación del procedimiento, en aplicación de conceptos inquisitivos en el ámbito jurisdiccional, con algunas excepciones como por ejemplo el proceso de divorcio por causal[1344]. El principio de impulso de oficio en el ámbito procesal no permite sin embargo el inicio de oficio de procesos judiciales, lo cual sí se encuentra permitido en el ámbito administrativo, concepto que se conoce como principio de competencia recursal.

1.4. Derecho de acceso al expediente

Como resultado del derecho de los administrados al debido proceso en sede administrativa, y como una garantía de la legalidad del procedimiento, los administrados, sus representantes o su abogado, tienen derecho de acceso

1342 Artículo 145º de la Ley.

1343 GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, cit., T. I, p. 463.

1344 Código Procesal Civil:

Artículo II.- Principios de dirección e impulso del proceso.-

La dirección del proceso está a cargo del Juez, quien la ejerce de acuerdo a lo dispuesto en este Código.

El Juez debe impulsar el proceso por sí mismo, siendo responsable de cualquier demora ocasionada por su negligencia. Están exceptuados del impulso de oficio los casos expresamente señalados en este Código.

al expediente que corresponde al procedimiento en cualquier momento de su trámite, así como a sus documentos, antecedentes, estudios, informes y dictámenes; pudiendo obtener certificaciones de su estado y recabar copias de las piezas que contiene, previo pago del costo de las mismas.

Dada la importancia de la información en el procedimiento administrativo, los administrados tienen derecho a acceder, en cualquier momento, de manera directa y sin limitación alguna a la información contenida en los expedientes de los procedimientos administrativos en que sean partes. El conocimiento del expediente permite al administrado tomar decisiones eficientes respecto a la tramitación del procedimiento del cual es parte. A su vez, esta es una aplicación al procedimiento administrativo del derecho constitucional al acceso a la información pública, establecido en el inciso 5) del artículo 2 de la Constitución, al cual hemos referido ampliamente en el capítulo I del presente trabajo.

Estas normas tienen por finalidad asegurar la transparencia del funcionamiento de la Administración Pública, de lo que ha dado a llamar derecho a la transparencia en otras latitudes[1345]. Y es que detrás de la concepción de transparencia existen preocupaciones diversas, como una mejor garantía de las libertades públicas, en especial las relativas a la defensa del particular[1346]; la mejora de las relaciones entre administración y administrados[1347]; el refuerzo del control de la administración por parte de los particulares y el Poder Judicial, entre otras. Hoy en día, y a la luz de la doctrina moderna, el concepto de secreto administrativo está más bien siendo severamente discutido, cuando no concebido como un impedimento para el ejercicio de determinados derechos fundamentales de los administrados. Ello implica, además, que no exista entidad alguna que pueda eximirse de la obligación antes indicada como ya se ha señalado en capítulos anteriores del presente trabajo.

Solo se exceptúan de derecho de acceso a la información del expediente administrativo aquellas actuaciones, diligencias, informes o dictámenes que contienen información cuyo conocimiento pueda afectar su derecho a la intimidad personal o familiar y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional de acuerdo a lo establecido en el inciso 5) del artículo 2º de la Constitución Política, antes citado.

Adicionalmente se exceptúan las materias protegidas por el secreto bancario, tributario, comercial e industrial, que pueden ser de conocimiento únicamente del instructor; así como todos aquellos documentos que impliquen un pronun-

1345 JEGOUZO, "El derecho a la transparencia administrativa: el acceso de los administrados a los documentos administrativos", cit., pp. 11 y ss. Para el caso portugués: CUETO PÉREZ, "Los derechos de los ciudadanos en el Código de Procedimiento Administrativo portugués", cit., p. 362.

1346 MORÓN URBINA, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., p. 173.

1347 JEGOUZO, "El derecho a la transparencia administrativa: el acceso de los administrados a los documentos administrativos", cit., p. 12.

ciamiento previo por parte de la autoridad competente[1348], dado que los mismos jurídicamente aún no han producido efecto alguno.

El pedido de acceso podrá hacerse verbalmente y se concede de inmediato, sin necesidad de resolución expresa, en la oficina en que se encuentre el expediente, aunque no sea la unidad de recepción documental[1349]. En general, el expediente se encuentra en unidades operativas de la entidad distintas a la mesa de partes, razón por la cual resulta de especial importancia hacer indicación en la Ley respecto a la generalidad del empleo del derecho que venimos describiendo.

2. REGLAS PARA LA CELERIDAD DE LOS PROCEDIMIENTOS

En el procedimiento administrativo moderno ha adquirido especial importancia el denominado principio de celeridad, el cual establece que, quienes participan en el procedimiento deben ajustar su actuación de tal modo que se dote al trámite de la máxima dinámica posible, evitando actuaciones procesales que dificulten su desenvolvimiento o constituyan meros formalismos, a fin de alcanzar una decisión en tiempo razonable, sin que ello releve a las autoridades del respeto al debido procedimiento o vulnere el ordenamiento.

El principio antes indicado se establece directamente a favor del administrado, a fin de asegurar la satisfacción del derecho de petición administrativa, constitucionalmente consagrado. A su vez, conforma un principio más amplio, el de economía procesal, el mismo que implica el ahorro de costos en términos de tiempo, dinero y esfuerzo en el trámite de los procedimientos administrativos. Si bien este último principio no se encuentra señalado expresamente en la Ley, su empleo no puede ser desconocido por los funcionarios administrativos. Finalmente, esto nuevamente muestra la necesidad de considerar al administrado como un cliente o consumidor de la entidad administrativa.

2.1. Reglas para la celeridad

En consecuencia, para asegurar el cumplimiento del principio de celeridad de los procedimientos, la Ley N.º 27444 ha establecido determinadas reglas[1350], de aplicación obligatoria por las entidades, para asegurar que los procedimientos se tramiten de manera eficiente.

En primer lugar, en el impulso y tramitación de casos de una misma naturaleza, se sigue rigurosamente el orden de ingreso, y se resuelven conforme lo vaya permitiendo su estado, dando cuenta al superior de los motivos de demora en el cumplimiento de los plazos de ley, cuando no puedan ser removidos de oficio. Esto último no exime a la Administración de la responsabilidad por la

1348 Artículo 160º, inciso 160.1 de la Ley.
1349 Artículo 160º, inciso 160.2 de la Ley.
1350 Artículo 148º de la Ley N.º 27444.

demora[1351], ni impide el empleo del silencio administrativo. Este precepto posee doble finalidad, por un lado, asegurar una organización eficiente del trabajo administrativo, y por otro lado, garantizar la protección de los derechos de los administrados[1352].

En una sola decisión —que implica un acto administrativo de impulso— se dispondrá el cumplimiento de todos los trámites necesarios que por su naturaleza corresponda[1353]. Ello, siempre y cuando dichos trámites no se encuentren entre sí sucesivamente subordinados en su cumplimiento. Esta norma permite racionalizar el trabajo de la autoridad administrativa, permitiendo incluso un menor costo de organización[1354].

Asimismo, se concentrarán en un mismo acto todas las diligencias y actuaciones de pruebas posibles, procurando que el desarrollo del procedimiento administrativo se realice en el menor número de actos procesales, a través de criterios de concentración procesal[1355]. Ello implica además que las diligencias deben ser las que resulten indispensables para la tramitación conforme del procedimiento, evitando el empleo de actuaciones que no sean pertinentes[1356].

Al solicitar trámites a ser efectuados por otras autoridades o los administrados, debe consignarse con fecha cierta el término final para su cumplimiento, así como el apercibimiento, de estar previsto en la normativa. Es evidente que si dicho apercibimiento no está previsto, el mismo no puede aplicarse. Ello tiene especial relevancia en el caso de los informes y la colaboración entre entidades.

Por otro lado, en ningún caso podrá afectarse la tramitación de los expedientes o la atención del servicio por la ausencia, ocasional o no, de cualquier autoridad. Las autoridades que por razones de licencia, vacaciones u otros motivos temporales o permanentes se alejen de su centro de trabajo, entregarán a quien lo sustituya o al superior jerárquico, los documentos y expedientes a su cargo, con conocimiento de los administrados. Para ello es que se ha establecido en la Ley supuestos de ejercicio alterno de competencia como la delegación de firma o la suplencia.

Cuando sea idéntica la motivación de varias resoluciones, se podrán usar medios de producción en serie, siempre que no lesione las garantías jurídicas de los administrados; sin embargo, se considerará cada una de dichas resoluciones como un acto independiente. La producción de actos administrativos en serie es posible dado el empleo de mecanismos informatizados para la tramitación de los expedientes. Es necesario señalar que cuando la autoridad produce

1351 COSCULLUELA MONTANER, *Manual de derecho administrativo*, cit., p. 334.
1352 PAREJO ALFONSO, *Manual de derecho administrativo. Parte general*, cit., p. 437.
1353 COSCULLUELA MONTANER, *Manual de derecho administrativo*, cit., p. 334.
1354 PAREJO ALFONSO, *Manual de derecho administrativo. Parte general*, cit., p. 437.
1355 COSCULLUELA MONTANER, *Manual de derecho administrativo*, cit., p. 334.
1356 PAREJO ALFONSO, *Manual de derecho administrativo. Parte general*, cit., p. 437.

gran cantidad de actos administrativos sustancialmente iguales no se requiere motivación de cada uno de ellos, bastando la motivación única[1357].

Se señala además que la autoridad competente, para impulsar el procedimiento, puede encomendar a algún subordinado inmediato la realización de diligencias específicas de impulso, o solicitar la colaboración de otra autoridad para su realización. En los órganos colegiados, dicha acción debe recaer en uno de sus miembros. Ello permite darle celeridad y eficiencia a los procedimientos, lo cual favorece los intereses de los administrados.

En ningún caso la autoridad podrá alegar deficiencias del administrado no advertidas a la presentación de la solicitud, como fundamento para denegar su pretensión. Cuando se presentó la solicitud, la autoridad debió haber precisado la deficiencia y señalarla al administrado a fin que este la subsane, de conformidad con la Ley. Esta previsión legal es una aplicación más del principio de informalismo[1358], por el cual las normas de procedimiento deben ser interpretadas en forma favorable a la admisión y decisión final de las pretensiones de los administrados, de modo que sus derechos e intereses no sean afectados por la exigencia de aspectos formales que puedan ser subsanados dentro del procedimiento, siempre que dicha excusa no afecte derechos de terceros o el interés público.

2.2. Medios de transmisión a distancia

Por otro lado, los administrados pueden solicitar que el envío de información o documentación que le corresponda recibir dentro de un procedimiento sea realizado por medios de transmisión a distancia, tales como correo electrónico o facsímil[1359]. Ello guarda concordancia con el hecho de que puede emitirse notificaciones mediante telegrama, correo certificado, telefax, correo electrónico; o cualquier otro medio que permita comprobar fehacientemente su acuse de recibo y quien lo recibe, siempre que el empleo de cualquiera de estos medios hubiese sido solicitado expresamente por el administrado[1360].

Además, siempre que cuenten con sistemas de transmisión de datos a distancia, las entidades facilitan su empleo para la recepción de documentos o solicitudes y para la remisión de sus decisiones a los administrados. Ya existen diversas entidades que emplean dichos mecanismos para facilitar su labor y la actuación de los administrados.

Cuando se emplean medios de transmisión de datos a distancia, debe presentarse físicamente dentro del tercer día el escrito o la resolución respectiva, con cuyo cumplimiento se le entenderá recibido en la fecha de envío del correo

1357 Artículo 6º, inciso 6.4.3 de la Ley.
1358 Artículo IV, inciso 1.6 del Título Preliminar de la Ley.
1359 Artículo 123º de la Ley N.º 27444.
1360 Artículo 20º inciso 20.1.2 de la Ley N.º 27444.

electrónico o facsímil, previsión que pretende asegurar el resultado de la notificación dado que la transmisión a distancia no resulta ser del todo garantista.

2.3. El caso de la notificación en procesos de selección

Conforme lo dispuesto por el artículo 25º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, todos los actos realizados dentro de los procesos de selección se entenderán notificados a partir del día de su publicación en el Sistema Electrónico de Adquisiciones y Contrataciones del Estado (SEACE); que es el sistema electrónico que permite el intercambio de información y difusión sobre las adquisiciones y contrataciones del Estado, así como la realización de transacciones electrónicas.

La norma señala que, a solicitud del participante, se le notificará personalmente en la sede de la Entidad o a la dirección de correo electrónico que consigne al momento de registrarse como participante. La notificación a través del SEACE prevalece sobre cualquier otro medio que se haya empleado, siendo responsabilidad del participante el permanente seguimiento del respectivo proceso a través del sistema.

3. ACUMULACIÓN SOBREVINIENTE EN EL PROCEDIMIENTO

En determinadas circunstancias los procedimientos administrativos que se tramitan de manera simultánea pueden guardar conexión entre sí, situación en la cual podría resultar más conveniente tramitarlos como si fueran un solo procedimiento. En consecuencia la autoridad responsable de la instrucción, por propia iniciativa —de oficio— o a pedido de los administrados, dispone la acumulación de los procedimientos en trámite que guarden conexión entre sí[1361]. Es necesario señalar que dicha resolución es irrecurrible, sin que la norma haya señalado expresamente que pasa si la misma genera indefensión respecto del administrado.

A diferencia de la acumulación a la que hemos hecho referencia en acápites anteriores —que es originaria—, la acumulación que venimos señalando opera por decisión de la Administración y no se da desde el principio del procedimiento. Dicha acumulación es entonces sobrevenida e implica la reunión de varios procedimientos en uno solo y no la simple unificación de solicitantes o de peticiones.

Por otro lado, la ley no establece requisitos para la procedencia de la acumulación de procedimientos. Sin embargo, entendemos que deben existir ciertas prescripciones mínimas, como que los expedientes a acumularse no se encuentren aun en etapa de ser resueltos, que la naturaleza de lo sustanciado en los mismos sea compatible entre sí y que no se estén tramitando en diferentes

1361 Artículo 149º de la Ley N.º 27444.

instancias jerárquicas, a fin de no perjudicar la competencia de ninguno de las autoridades implicadas.

Finalmente, la norma hace referencia a la acumulación de procedimientos que se tramitan ante una misma entidad, omitiendo señalar que ocurre en el caso del pedido de acumulación de procedimientos seguidos ante diferentes entidades administrativas que puedan ser similares o que guarden conexión. La situación pueden complicarse si es que las resoluciones emitidas en dichos procedimientos son contradictorias, máxime si las entidades en cuestión poseen competencias similares o complementarias, lo cual generaría el respectivo conflicto de competencia.

4. CONFORMACIÓN DEL EXPEDIENTE

Todo procedimiento administrativo genera un expediente administrativo, que consiste en la compilación escrita de todas las actuaciones realizadas en aquel. Es necesario recordar que, a diferencia de proceso judicial, que es eminentemente oral, el procedimiento administrativo es fundamentalmente escrito, a través de la aplicación del denominado principio de escriturariedad. Ello porque el expediente cumple varias finalidades. En primer lugar, permite dejar prueba instrumental de las actuaciones realizadas, que implica a la vez la prueba de la existencia del procedimiento. Asimismo, sirve de insumo básico para la elaboración y generación de los actos de instrucción, los cuales a su vez se incorporan al propio expediente. Además, el expediente hace posible la emisión de la resolución final.

Finalmente, el expediente administrativo permite al administrado sustanciar los recursos administrativos que se presenten, a partir de lo sustanciado en el procedimiento; así como recaudar el eventual proceso contencioso administrativo que se promueva contra la resolución final del procedimiento. Esto último tiene especial importancia para efectos de las limitaciones existentes en el contencioso administrativo respecto a la actuación probatoria.

Lo que ocurre es que redacción original del artículo 27º de la Ley N.º 27584 preceptuaba que la actividad probatoria se restringía a las actuaciones recogidas en el procedimiento administrativo, no pudiendo incorporarse al proceso la probanza de hechos nuevos o no alegados en etapa prejudicial. Esta disposición limitaba ampliamente la posibilidad de que el administrado pueda sustentar apropiadamente su pretensión, lo cual fue señalado por la doctrina de manera amplia ni bien fuera promulgada la norma.

Posteriormente, el Decreto Legislativo N.º 1067 modificó está disposición, de tal manera que el artículo 30º del Texto Único Ordenado de la Ley N.º 27584 preceptúa hoy en día que la actividad probatoria se restringe a las actuaciones recogidas en el procedimiento administrativo, salvo que se produzcan nuevos hechos o que se trate de hechos que hayan sido conocidos con posterioridad

al inicio del proceso. La norma señala además que en cualquiera de estos supuestos, podrá acompañarse los respectivos medios probatorios.

Asimismo, en el caso de acumularse la pretensión indemnizatoria, podrán alegarse todos los hechos que le sirvan de sustento, ofreciendo los medios probatorios pertinentes, lo cual es consistente con la incorporación de dicha pretensión como pretensión accesoria, estableciéndose una amplia libertad probatoria, que no existe en la probanza de la pretensión principal.

La redacción la norma sin embargo sigue limitando el derecho a probar del demandante. El ejercicio de actividad probatoria del administrado debe ser libre, sin más limitaciones que la pertinencia y la licitud del medio probatorio ofrecido[1362], libertad que es consistente con el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva[1363]. No existe razón alguna para impedir el ofrecimiento de medios probatorios referidos a hechos que no han sido recogidos en el procedimiento, pero que son pertinentes para efectos de satisfacer la pretensión del administrado; en la lógica de la plena jurisdicción del proceso contencioso administrativo[1364].

4.1. Regla del expediente único

Como evidente consecuencia de la importancia del expediente en el procedimiento administrativo, y como una garantía de la legalidad del mismo, la ley señala que solo puede organizarse un expediente para la solución de un mismo caso, para mantener reunidas todas las actuaciones para resolver[1365]. Las materias conexas, como veremos más adelante, se tramitarán como incidentes o se acumularán al expediente principal, de manera originaria o sobrevenida, dependiendo del caso.

Ello implica la prohibición de mantener un falso expediente en cada oficina en la cual se tramite el expediente en cuestión, situación que ha sido muy común en la administración pública peruana y que ha generado no pocos problemas a muchos funcionarios y administrados. Además ocurre muchas veces que se elaboran copias de un mismo expediente que circulan simultáneamente por diversas unidades orgánicas de una entidad, generando pronunciamientos distintos, a menos que se acumulen.

Asimismo, es evidente que cuando se trate de solicitud referida a una sola pretensión, se tramitará un único expediente e intervendrá y resolverá una sola autoridad, la misma que recabará de los órganos o demás autoridades

1362 Sobre el particular: AMPUERO GODO, Saúl, "La justicia contencioso-administrativa en combo: un replanteo del proceso contencioso administrativo y sus cambios e imperfecciones a propósito del Decreto Legislativo N.º 1067", en *Actualidad Jurídica*, T. 177, Lima, 2008, p. 106.

1363 DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *Propuestas para una reforma de la justicia contencioso-administrativa desde la perspectiva del acceso a la justicia*, Defensoría del Pueblo, Lima, 2007, p. 131.

1364 SALCEDO CUADROS, Carlo Magno, "La reforma legal del régimen sobre el proceso contencioso-administrativo", en *Actualidad Jurídica*, T. 179, Lima, 2008, pp. 102-103.

1365 Artículo 150º, inciso 150.1 de la Ley N.º 27444.

los informes, autorizaciones y acuerdos que sean necesarios, sin perjuicio del derecho de los administrados a instar por sí mismos los trámites pertinentes y a aportar los documentos necesarios[1366]. Esto permite que la pretensión se tramite de manera única, no obstante que requiera la intervención de varios órganos para la emisión de la resolución. Ello impide a su vez que sea necesario que el expediente siga un trámite que le obligue al administrado a ir de entidad en entidad recabando resoluciones o informes[1367].

4.2. Uniformidad documental

Dada la naturaleza fundamentalmente escrita del proceso administrativo, es necesario que se regule adecuadamente el uso de los documentos en el mismo. La Ley señala, en primer lugar, que los documentos, actas, formularios y expedientes administrativos, se uniforman en su presentación para que cada especie o tipo de los mismos reúnan características iguales[1368]. La idea de la Ley se enmarca en asegurar que los documentos de similar naturaleza tengan una conformación homogénea. Ello permite a la Administración un manejo adecuado de los expedientes y permite asegurar un trámite eficiente de los procedimientos, en beneficio de los administrados.

4.3. Presentación de los expedientes administrativos

La Ley precisa que los expedientes son compaginados siguiendo el orden regular de los documentos que lo integran, de manera que en el expediente se consignen las actuaciones en el orden en que las mismas ocurren. Los expedientes deben formar cuerpos correlativos que no excedan de doscientos folios —parámetro que, a entender de la norma, asegura mayor facilidad para maniobrar con el expediente—, salvo cuando tal límite obligara a dividir escritos o documentos que constituyan un solo texto, en cuyo caso se mantendrá su unidad[1369].

La foliatura tiene por finalidad asegurar que el expediente mantenga su intangibilidad, impidiendo que sufra alteraciones o modificaciones indebidas. Por ello, todas las actuaciones del procedimiento deben foliarse, manteniéndose así durante su tramitación. Los expedientes que se incorporan a otros no continúan su foliatura, dejándose constancia de su agregación y su cantidad de fojas[1370].

4.3.1. Intangibilidad del expediente administrativo

El contenido del expediente es intangible, no pudiendo introducirse enmendaduras, alteraciones, entrelineados ni agregados en los documentos[1371],

1366 Artículo 150º, inciso 150.2 de la Ley N.º 27444.
1367 MORÓN URBINA, *Derecho procesal administrativo*, cit., [1997], p. 210.
1368 Artículo 151º de la Ley N.º 27444.
1369 Artículo 152º inciso 152.1 de la Ley N.º 27444.
1370 Artículo 152º inciso 152.2 de la Ley N.º 27444.
1371 MORÓN URBINA, *Derecho procesal administrativo*, cit., [1997], pp. 215-216.

una vez que hayan sido firmados por la autoridad competente. De ser necesarios dichos cambios, en casos excepcionales, deberá dejarse constancia expresa y detallada de las modificaciones introducidas[1372]. Demás está decir que dichos cambios no son posibles en documentos o actos generados por particulares.

Los desgloses —es decir, la separación de documentos para ser entregados al administrado— pueden solicitarse verbalmente y son otorgados bajo constancia del instructor y del solicitante, indicando fecha y folios, dejando una copia autenticada en el lugar correspondiente, con la foliatura respectiva[1373]. La copia autenticada hace las veces del documento desglosado y permite la continuación del procedimiento. Esta última previsión no se encontraba presente en la norma derogada, lo que originaba interpretaciones contradictorias respecto a la necesidad de dejar dicha copia en el expediente.

A fin de permitir el uso de la tecnología aplicable al mantenimiento de archivos, las entidades podrán emplear tecnología de microformas y medios informáticos para el archivo y la tramitación de los expedientes, previendo las seguridades, inalterabilidad e integridad de su contenido, de conformidad con la normatividad de la materia[1374].

4.3.2. Recomposición del expediente

Si un expediente se extraviara, la administración tiene la obligación, bajo responsabilidad, de reconstruir el mismo, independientemente de la solicitud del interesado[1375]. Para tal efecto se aplicarán, en lo que le fuera aplicable, las reglas contenidas en el artículo 140º del Código Procesal Civil, las mismas que señalan la obligación de la entidad de solicitar a las partes copias de la documentación que obre en su poder, para luego poner de manifiesto el expediente y declararlo rehecho una vez transcurrido el plazo establecido. Es evidente que este procedimiento muestra una complejidad mayor cuando estamos frente al extravío de un expediente correspondiente a un procedimiento administrativo sancionador. El procedimiento de reconstrucción se sustancia sin perjuicio de la responsabilidad administrativa a la que haya lugar.

4.4. Formularios

Las entidades disponen el empleo de formularios de libre reproducción y distribución gratuita, mediante los cuales los administrados, o algún servidor a su pedido, completando datos o marcando alternativas planteadas proporcionan la información usual que se estima suficiente, sin necesidad de otro documento

1372 Artículo 153º inciso 153.1 de la Ley N.º 27444.
1373 Artículo 153º inciso 153.2 de la Ley N.º 27444.
1374 Artículo 153º inciso 153.3 de la Ley N.º 27444.
1375 Artículo 153º inciso 153.4 de la Ley N.º 27444.

de presentación[1376]. En tal sentido, los formularios pueden reemplazar al escrito inicial en un procedimiento administrativo.

Particularmente se emplean los formularios cuando los administrados deban suministrar información para cumplir exigencias legales y en los procedimientos de aprobación automática. En este último caso, la copia del formulario, debidamente sellado por la entidad, permite el ejercicio inmediato del derecho al cual se ha accedido. El uso de formularios permite la reducción de costos de acceso a los procedimientos administrativos por parte de los administrados, puesto que permiten ordenar los datos que se deben suministrar y evitan a dicho administrado tener que recurrir al escrito inicial. Por otro lado, dicho mecanismo permite a la Administración el ejercicio eficiente de su labor puesto que facilita a su vez el traslado de datos y la uniformidad en el manejo de los expedientes.

Sin embargo, la Ley no señala que si la Administración puede establecer el uso de los formularios de manera obligatoria o si más bien el mismo es potestativo de los administrados. Resulta evidente, no obstante, que el uso de formularios es un mecanismo establecido a favor del administrado, más que una facilidad para la Administración. Deberíamos entender, entonces, que el no empleo del formulario no debería acarrear la inadmisibilidad del escrito o la solicitud.

Los formularios también son utilizados cuando las autoridades administrativas deben resolver una serie numerosa de expedientes homogéneos, así como para las actuaciones y resoluciones recurrentes, que sean autorizadas previamente[1377]. En este caso, los formularios o formatos permiten la emisión de actos administrativos de manera expeditiva.

4.5. Modelos de escritos recurrentes

A título informativo, las entidades ponen a disposición de los administrados modelos de los escritos de empleo más recurrente en sus servicios, a fin de facilitarles la presentación de los mismos[1378]. A diferencia de los formularios, los modelos de escritos tienen un carácter meramente ilustrativo y no permiten su llenado por parte de los particulares.

En este caso, la Ley N.º 27444 señala con claridad que en ningún caso se considera obligatoria la sujeción a estos modelos por parte de los administrados, ni su empleo puede ocasionar consecuencias adversas para quien los utilice[1379]. El esquema de modelos de escritos es empleado en el derecho comparado a fin de normalizar la presentación de los mismos y hacer más sencilla la labor de la autoridad para analizarlos; sin embargo, su empleo no puede ser obligatorio para los administrados puesto que el administrado podría agregar elementos a

1376 Artículo 154º inciso 154.1 de la Ley.
1377 Artículo 154º inciso 154.2 de la Ley.
1378 Artículo 155º inciso 155.1 de la Ley.
1379 Artículo 155º inciso 155.2 de la Ley.

los modelos, lo cual impide que la Administración se limite a emitir resoluciones normalizadas para circunstancias que no siempre son iguales[1380].

4.6. Elaboración de actas en el procedimiento administrativo[1381]

La naturaleza fundamentalmente escrita del procedimiento administrativo genera la obligación de establecer constancia escrita de las ocurrencias o actuaciones materiales que no están plasmadas documentalmente. En primer lugar, debemos señalar que las declaraciones de los administrados, testigos, peritos y las inspecciones serán documentadas en un acta, que permite dejar constancia de lo ocurrido, así como informar a la Administración y los administrados de lo actuado u ocurrido en el procedimiento. El acta, en consecuencia, forma parte integrante del expediente administrativo y permite establecer la constancia de las ocurrencias o actuaciones a las cuales hemos hecho referencia.

Las actas poseen múltiples aplicaciones en el procedimiento administrativo. En primer lugar, y en cuanto a la notificación de actos administrativos, la autoridad queda dispensada de notificar formalmente a los administrados cualquier acto que haya sido emitido en su presencia, siempre que exista acta de esta actuación procedimental donde conste la asistencia del administrado[1382]. Por otro lado, cuando comparece el administrado ante la autoridad administrativa debe elaborarse un acta conteniendo constancia de lo discutido. A solicitud verbal del administrado, la entidad entrega al final del acto, la constancia de su comparecencia y la copia del acta que ha sido elaborada[1383].

En el ámbito de los órganos colegiados la elaboración de actas resulta de la mayor importancia[1384]. De cada sesión de los mismos es levantada un acta, que contiene la indicación de los asistentes, así como del lugar y tiempo en que ha sido efectuada, los puntos de deliberación, cada acuerdo por separado, con indicación de la forma y sentido de los votos de todos los participantes. El acuerdo expresa claramente el sentido de la decisión adoptada y su fundamento. El acta es leída y sometida a la aprobación de los miembros del órgano colegiado al final de la misma sesión o al inicio de la siguiente, pudiendo no obstante el Secretario certificar los acuerdos específicos ya aprobados, así como el pleno autorizar la ejecución inmediata de lo acordado.

Por otro lado, en caso de duda sobre la autenticidad de la firma del administrado o falta de claridad sobre los extremos de su petición, como primera actuación, la autoridad puede notificarlo para que dentro de un plazo prudencial ratifique la firma o aclare el contenido del escrito, sin perjuicio de la continuación del procedimiento. Ahora bien, la ratificación puede hacerla el administrado por

1380 GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, cit., T. I, p. 482.
1381 Artículo 156º de la Ley.
1382 Artículo 19º inciso 19.1 de la Ley.
1383 Artículo 58º inciso 58.3 de la Ley.
1384 Artículo 102º de la Ley.

escrito o apersonándose a la entidad, en cuyo caso se levantará el acta respectiva, que es agregada al expediente[1385].

Cuando se solicita un informe y el mismo no es recibido en el término señalado, la autoridad podrá alternativamente, según las circunstancias del caso y relación administrativa con el informante: prescindir del informe o citar al informante para que en fecha única y en una sesión, a la cual puede asistir el administrado, presente su parecer verbalmente, de la cual se elaborará acta que se adjuntará al expediente[1386].

4.6.1. Formalidades de las actas

La elaboración de las actas, dada su manifiesta importancia, está sometida a ciertas formalidades, que se plasman en determinadas reglas. En primer lugar, el acta indica el lugar, fecha, nombres de los partícipes, objeto de la actuación y otras circunstancias relevantes, debiendo ser formulada, leída y firmada inmediatamente después de la actuación, por los declarantes, la autoridad administrativa y por los partícipes que quisieran hacer constar su manifestación.

Asimismo, cuando las declaraciones o actuaciones fueren grabadas, por consenso entre la autoridad y los administrados, el acta puede ser concluida dentro del quinto día del acto, o de ser el caso, antes de la decisión final. Ello asegura la incorporación del acta al expediente y su conformación escrita previa a la decisión final, a fin de ser tomada en cuenta en el análisis correspondiente a la emisión de esta.

4.7. Medidas de seguridad que se aplican a fin de cautelar los expedientes administrativos[1387]

Adicionalmente a las normas que venimos comentando, la Ley del Procedimiento Administrativo general establece la aplicación de importantes medidas de seguridad documentaria, a fin de asegurar la idoneidad del manejo de los expedientes y su intangibilidad.

1. Establecer un sistema único de identificación de todos los escritos y documentos ingresados a ella, que comprenda la numeración progresiva y la fecha, así como se guardará una numeración invariable para cada expediente, que será conservada a través de todas las actuaciones sucesivas, cualquiera que fueran los órganos o autoridades del organismo que interviene. Lo establecido implica una numeración continua de la documentación que ingresa a la mesa de partes de la entidad, a fin de establecer un control adecuado de la tramitación de los mismos. Dicha numeración es independiente a

1385 Artículo 129º de la Ley N.º 27444.
1386 Artículo 174º, inciso 174.1 de la Ley N.º 27444.
1387 Artículo 157º de la Ley N.º 27444.

la de los propios expedientes administrativos, numerados también de manera correlativa, numeración que permite que los escritos y documentos que van ingresando se compaginen adecuadamente con los expedientes a los que corresponden o a los que van destinados. Por ello, los escritos deben contener la indicación del expediente al cual van dirigidos, una vez que el procedimiento administrativo se encuentra en trámite.

2. Guardar las constancias de notificación, publicación o entrega de información sobre los actos, acuse de recibo y todos los documentos necesarios para acreditar la realización de las diligencias, con la certificación del instructor sobre su debido cumplimiento. Debe entenderse que los documentos que venimos enumerando también forman parte integrante del expediente administrativo.
3. En la carátula debe consignarse el órgano y el nombre de la autoridad encargada y responsable del trámite, así como la fecha del término final para la atención del expediente. Ello asegura la determinación de los funcionarios públicos que dirigen la tramitación del expediente, y la asignación de responsabilidad administrativa a quien corresponda.
4. En ningún caso se hará un doble o falso expediente. Esta disposición es obvia consecuencia de la regla del expediente único a la cual hemos hecho referencia líneas arriba y permite corregir la indebida costumbre de ciertas instituciones de mantener una o varias copias de los actuados, lo cual, además de complicar la gestión administrativa al generar documentación adicional, perjudica también la celeridad de los procedimientos.

5. LA QUEJA EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

En concordancia con lo establecido en la doctrina y la norma comparada, la Ley establece que en cualquier momento, los administrados pueden formular queja contra los defectos de tramitación y, en especial, los que supongan paralización, infracción de los plazos establecidos legalmente, incumplimiento de los deberes funcionales u omisión de trámites que deben ser subsanados antes de la resolución definitiva del asunto en la instancia respectiva[1388].

5.1. Finalidad de la queja

La queja es una garantía a favor del administrado que tiene por finalidad obtener la corrección de los defectos que pueda tener la tramitación de los procedimientos, defectos que pueden tener variada naturaleza y que pueden deberse a diversas causas. La citada institución no implica, sin embargo que la autoridad pueda eximirse de la responsabilidad administrativa que pudiera

1388 Artículo 158º inciso 158.1 de la Ley N.º 27444.

corresponderle por las deficiencias en el manejo del expediente, y en el caso de demora en la tramitación del expediente, opera de manera autónoma a la aplicación del silencio administrativo.

Asimismo, la queja no configura un recurso, contrariamente a lo señalado por algún sector de la doctrina o de la legislación comparada, puesto que no pretende la impugnación de ninguna decisión de la Administración a fin que la misma se modifique o revoque, que es la finalidad del recurso administrativo, como veremos más adelante. La queja se genera por cuestiones de naturaleza funcional, considerándose más bien como un remedio procesal.

5.2. Tramitación de la queja

La queja se presenta ante el superior jerárquico de la autoridad que tramita el procedimiento, citándose el deber infringido y la norma que lo exige. La autoridad superior resuelve la queja dentro de los tres días siguientes, previo traslado al quejado, a fin de que pueda presentar el informe que estime conveniente al día siguiente de solicitado[1389].

Ahora bien, la queja es un mecanismo correctivo establecido a favor del administrado, siendo claro que no configura un recurso. En consecuencia, en ningún caso se suspenderá la tramitación del procedimiento en que se haya presentado queja[1390] a fin de no perjudicar al mismo.

5.3. Efecto de la queja administrativa

En caso de declararse fundada la queja, se dictarán las medidas correctivas pertinentes respecto del procedimiento, y en la misma resolución se dispondrá el inicio de las actuaciones necesarias para sancionar al responsable de los defectos en el procedimiento[1391].

De acuerdo con la Ley la resolución que se emita en la queja será irrecurrible. Ello no obsta, sin embargo, para que los defectos del procedimiento sean alegados en un eventual recurso administrativo ni para que pueda establecerse responsabilidades posteriores en contra de los funcionarios o servidores responsables de los defectos en la tramitación del procedimiento.

Como parte de los efectos de la queja, la autoridad que conoce de la misma puede disponer motivadamente que otro funcionario, de similar jerarquía al quejado, asuma el conocimiento del asunto[1392], a fin de proseguir la marcha del procedimiento sin perjudicar a los administrados ni el interés general involucrado.

1389 Artículo 158º inciso 158.2 de la Ley N.º 27444.
1390 Artículo 158º inciso 158.3 de la Ley N.º 27444.
1391 Artículo 158º inciso 158.5 de la Ley N.º 27444.
1392 Artículo 158º inciso 158.4 de la Ley N.º 27444.

6. LAS MEDIDAS CAUTELARES

Las medidas cautelares son instrumentos jurídicos que tienen por finalidad asegurar la ejecución o el cumplimiento de la posterior resolución que se emita como resultado de un procedimiento determinado. En determinadas circunstancias, las medidas cautelares se emplean para evitar la generación de un daño irreparable resultado de la demora en la tramitación del procedimiento. Un elemento ineludible de las medidas cautelares resulta ser, de manera indiscutible, la apariencia del derecho de quien solicita la medida cautelar, y en consecuencia, la existencia de elementos de juicio suficientes.

6.1. Caracteres de las medidas cautelares

Las medidas cautelares, también en el ámbito administrativo, poseen naturaleza precautelatoria, instrumental y provisoria[1393]. La naturaleza precautelatoria está signada por la necesidad de asegurar el resultado del procedimiento, es decir, la eficacia de la resolución a emitirse y la posibilidad de ejecución de la misma. A ello hay que agregar que en diversas oportunidades la medida cautelar pretende mantener la situación de hecho existente o modificarla a fin de evitar un daño irreparable.

La naturaleza instrumental está dada por su utilización para asegurar un resultado, una vez generado el cual, las mismas caducan de pleno derecho, razón por la cual en el ámbito administrativo no existe propiamente un proceso o procedimiento cautelar, a diferencia de lo que ocurren el ámbito procesal civil. Finalmente, la naturaleza provisoria implica que la medida puede levantarse o modificarse en cualquier momento, incluso sin que medie la voluntad del administrado, como veremos más adelante.

6.2. Regulación de las medidas cautelares dentro del procedimiento administrativo

La adopción de medidas cautelares no resulta ser una novedad, puesto que la previsión legal ya obraba en el artículo 68º del Reglamento de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, en el cual se señalaba una regulación muy escueta, la misma que no fue modificada en el Texto Único Ordenado de la Ley homónima, ya derogada. La previsión actual señala que, iniciado el procedimiento administrativo, la autoridad competente —que es la que se encuentra tramitando el asunto principal—, mediante decisión debidamente motivada y con elementos de juicio suficientes[1394], puede adoptar, provisoriamente y bajo su responsabilidad, las medidas cautelares establecidas en la Ley u otras disposiciones jurídicas aplicables.

1393 Artículo 146º de la Ley N.º 27444.
1394 GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de procedimiento administrativo*, cit., p. 293.

La medida cautelar, en primer lugar, cabe únicamente si hubiera posibilidad de que sin la adopción de la medida cautelar se arriesgaría la eficacia de la resolución a emitirse posteriormente y la posibilidad de ejecutar la misma. Asimismo, la adopción de medidas cautelares se configura como una facultad de la autoridad administrativa, mas no como una obligación de la misma, lo cual no obsta para que la decisión no se encuentre debidamente motivada. Resulta interesante determinar las posibilidades que tiene el administrado para impugnar la decisión de la administración respecto a la adopción de una medida cautelar. Es obvio que, en aplicación de la norma, la decisión es impugnable si produce indefensión, como veremos más adelante. A la vez resulta posible que el administrado impugne la negativa de la autoridad respecto al otorgamiento de una medida cautelar.

Una importante limitación a la facultad de la Administración Pública de emitir medidas cautelares estriba en el hecho de que no se podrán dictar medidas que puedan causar perjuicio de imposible reparación a los administrados. *Contrario sensu*, deberíamos interpretar que puede generarse daño al administrado a través de medidas cautelares, siempre y cuando dicho daño pueda repararse o corregirse posteriormente. La limitación en este sentido se enfoca en la posibilidad de que el afectado pueda acceder posteriormente a los recursos administrativos o al Poder Judicial a fin de tutelar el derecho que pueda haberse afectado por la ejecución de la medida[1395]. Por otro lado, no es posible emitir medidas cautelares que vulneren derechos fundamentales, los mismos que se encuentran debidamente protegidos por el ordenamiento jurídico[1396].

6.3. Impugnación de la medida cautelar

Siendo la medida cautelar un acto administrativo resulta de importancia determinar si es susceptible de ser impugnado, y en caso dicha respuesta sea afirmativa, cuál debería ser el efecto de dicha impugnación. En primer término, como todo acto administrativo la medida cautelar debería ser posible de ser impugnada, a fin de evitar actuaciones arbitrarias de la autoridad administrativa[1397]. Ahora bien, la impugnación de la medida cautelar debe sustanciarse de manera paralela, conformando un incidente administrativo, como veremos más adelante. Ello implica que la impugnación en cuestión no puede afectar la ejecución de la medida cautelar ni la continuación del procedimiento principal. De hecho, es esta la regulación establecida sobre medidas cautelares en el procedimiento trilateral, la misma que señala incluso plazos de tramitación de la apelación en cuestión[1398].

1395 Sobre el particular: DE LA SERNA BILBAO, Blanca Nieves, "Las medidas cautelares", en *Documentación Administrativa*, N.º 254-255, Ministerio para la Administraciones Públicas/ Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1999, p. 184.

1396 GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de procedimiento administrativo*, cit., p. 294.

1397 COSCULLUELA MONTANER, *Manual de derecho administrativo*, cit., p. 333.

1398 Artículo 226º, inciso 226.3 de la Ley N.º 27444.

6.4. Variabilidad de la medida cautelar en el procedimiento administrativo

Debe señalarse también que las medidas cautelares podrán ser modificadas o levantadas durante el curso del procedimiento, de oficio o a instancia de parte, en virtud de circunstancias sobrevenidas o que no pudieron ser consideradas en el momento de su adopción[1399]. En el ámbito administrativo, entonces, las medidas cautelares poseen naturaleza provisoria y variable, que le permite adecuarse a la situación existente, tal como ocurre con la medida cautelar en el ámbito procesal.

6.5. La caducidad de la medida cautelar

Como obvia consecuencia de su naturaleza instrumental, las medidas cautelares caducan de pleno derecho cuando se emite la resolución que pone fin al procedimiento, cuando haya transcurrido el plazo fijado para la ejecución de la misma, o cuando haya transcurrido el plazo para la emisión de la resolución que pone fin al procedimiento[1400]. En este último caso, el silencio administrativo, cualquiera sea el efecto que genere el mismo, ocasionaría la caducidad de la medida.

Ahora bien, en el caso de los procedimientos de evaluación previa sometidos al silencio administrativo negativo se genera una situación paradójica, derivada de la naturaleza potestativa del mismo. Si es que la medida cautelar se emitió a favor del administrado, el administrado debería poder mantener vigente dicha medida hasta que haga uso de su facultad de considerar denegada su solicitud, para efectos de interponer el recurso respectivo o la demanda que corresponda en caso se haya agotado la vía administrativa. Caso contrario, la falta de decisión de la Administración perjudicaría al administrado, puesto que generaría la caducidad de la medida cautelar y la posibilidad de que la resolución estimatoria que pueda emitirse posteriormente no puede ejecutarse en su oportunidad.

Pero, a la vez, la ejecución de la medida cautelar podía estar perjudicando a otro administrado, el cual tampoco debería verse afectado por la falta de resolución administrativa. La Ley de Procedimiento Administrativo General no parece tener la solución a este inconveniente, que muestra la naturaleza anómala como característica intrínseca del silencio administrativo, a lo que haremos referencia más adelante.

6.6. Las diferencias con la medida cautelar en el proceso judicial

No obstante las evidentes semejanzas existentes, la medida cautelar en el procedimiento administrativo tiene ciertas características especiales, en com-

1399 Artículo 146º, inciso 146.2 de la Ley N.º 27444.
1400 Artículo 146º, inciso 146.3 de la Ley N.º 27444.

paración con otras instituciones y respecto a su homóloga en el proceso judicial. En primer término, cabe la adopción de medidas cautelares de oficio por parte de la autoridad administrativa, es decir, sin que exista solicitud previa por parte del administrado. Incluso se considera que cabe que la autoridad emita una medida cautelar distinta a la solicitada por el administrado, si lo considera conveniente. El sustento de lo antes señalado se encuentra en el principio de impulso de oficio, al cual ya nos hemos referido.

Asimismo, las citadas medidas pueden hacerse efectivas, en principio, únicamente cuando ya se ha iniciado el procedimiento. Debe interpretarse que no cabe en el procedimiento administrativo las medidas cautelares fuera de proceso, las mismas que sí resultan admisibles en el proceso judicial, en especial el de naturaleza civil. Ello, a diferencia de lo dispuesto en el derecho comparado, en especial el español, en el cual se considera que cabe la medida cautelar emitida y ejecutada con anterioridad al inicio del procedimiento administrativo[1401].

Finalmente, existe una lista tasada de medidas cautelares que puede ordenar la Administración Pública, a diferencia del proceso judicial, en el cual existe más bien una lista abierta, en especial respecto a las medidas innovativas y de no innovar. Es decir, la autoridad administrativa únicamente puede adoptar las medidas señaladas en el ordenamiento jurídico, es decir, en la norma con rango de ley[1402]; no pudiendo adoptar medidas cautelares reservadas al Juez, como podría ser la detención preventiva o la intervención en el domicilio del administrado. Esta previsión se justifica en el hecho de que las medidas cautelares, por su naturaleza limitativa, no deben someterse de manera irrestricta a la discrecionalidad de la autoridad administrativa.

7. INCIDENTES ADMINISTRATIVOS

Como se ha señalado, si bien subsisten importantes diferencias entre el proceso judicial y los procedimientos administrativos, existen elementos comunes a ambos como resultado de la aplicación de ciertos principios generales a los ordenamientos procedimentales. Uno de ellos es la existencia de incidentes, es decir, actuaciones que si bien son accesorias al procedimiento, pueden ser tramitados de manera paralela.

En este sentido, las cuestiones que planteen los administrados durante la tramitación del procedimiento sobre extremos distintos al asunto principal, no suspenden su avance[1403], debiendo ser resueltas en la resolución final de la instancia, salvo

1401 Sobre el particular: DE LA SERNA BILBAO, "Las medidas cautelares", cit., p. 186.

1402 A diferencia de lo establecido en el ordenamiento comparado, como por ejemplo el español. Sobre el particular: GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de procedimiento administrativo*, cit., p. 294.

1403 GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de procedimiento administrativo*, cit., p. 180.

disposición expresa en contrario de la ley[1404]. Por otro lado, y en principio, el incidente debe ser resuelto por la autoridad que tramita el procedimiento principal, salvo situaciones en las cuales es resuelto por el superior jerárquico.

Casos de incidentes pueden verse en el pedido de nulidad de actos de trámite, los pedidos de abstención, la queja administrativa, e incluso, el pedido de la adopción de medidas cautelares por parte del administrado. Algunos incidentes tienen regulación propia, mientras que otros pueden no tenerla, dada la cierta libertad concedida al administrado para plantear las cuestiones incidentales.

7.1. Condición de admisión temporal

Las cuestiones, para que se sustancien conjuntamente con el principal, pueden plantearse y argumentarse antes del alegato, de acuerdo a la Ley. Debemos entender que cuando la Ley se refiere a alegato, este es el que se presenta al final, de manera previa a la emisión de la resolución que pone fin al procedimiento, como veremos más adelante. Transcurrido este momento, se pueden hacer valer exclusivamente en el recurso que se interponga contra dicha resolución[1405]. En esta previsión encontramos una referencia sutil al principio de preclusión, que como hemos visto es el principio opuesto al de unidad de vista, propio del procedimiento administrativo.

7.2. El caso de la decisión anticipada

Por otro lado, cuando la ley dispone una decisión anticipada sobre las cuestiones, para efectos de su impugnación, la resolución dictada en estas condiciones se considera provisional en relación con el acto final[1406]. Esto implica que la resolución final podría modificar los términos del acto administrativo que pone fin al incidente, a favor o en contra del administrado. Si el acto que pone fin al incidente favorecía al administrado resultaría discutible que este pudiera impugnar la resolución final por dicho hecho. El sustento en todo caso podría ser la violación al principio del debido procedimiento.

7.3. Rechazo de las cuestiones distintas al asunto de fondo

Serán rechazados de plano los planteamientos distintos al asunto de fondo que a criterio del instructor —de la autoridad administrativa— no se vinculen a la validez de actos procedimentales, al debido proceso o que no sean conexos a la pretensión[1407]; lo cual a primera vista limitaría las posibilidades de planteamiento, pero que visto en perspectiva permite deducir cuestiones incidentales sobre cualquier tema conexo a la pretensión principal, operando como un laxo

1404 Artículo 147º, inciso 147.1 de la Ley N.º 27444.
1405 Artículo 147º, inciso 147.2 de la Ley N.º 27444.
1406 Artículo 147º, inciso 147.3 de la Ley N.º 27444.
1407 Artículo 147º, inciso 147.4 de la Ley N.º 27444.

requisito de admisión, de naturaleza objetiva o de contenido. Todo lo antes indicado opera sin perjuicio de que el administrado pueda plantear la cuestión al recurrir contra la resolución que concluya la instancia.

Capítulo XXII

LA INSTRUCCIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

SUMARIO: 1. Generalidades. 2. Los alegatos o alegaciones. 3. Actividad y actuación probatoria. 3.1. Carga de la prueba en un procedimiento administrativo. 3.2. La aplicación del principio de impulso de oficio. 3.3. La oficialidad de la prueba. 3.3.1. El caso de los procedimientos de oficio. 3.3.2. El principio de verdad material. 3.4. Actuación probatoria de la entidad. 3.4.1. Prescindencia de la actuación probatoria. 3.4.2. Hechos no sujetos a la actuación probatoria. 3.5. Solicitud de pruebas al administrado. 3.5.1. Negativa del administrado a colaborar con la Administración en la actuación de medios probatorios. 3.6. Gastos de las actuaciones probatorias. **4. Medios de prueba que se emplean dentro de un procedimiento administrativo.** 4.1. Prueba instrumental. 4.1.1. Solicitud de documentos a otras autoridades. 4.1.2. Remisión de los documentos solicitados a otras entidades. 4.2. Informes administrativos. 4.2.1. Clasificación de los informes administrativos. 4.2.2. Procedencia de la solicitud de informes. 4.2.3. Presentación de los informes. 4.2.4. Falta de recepción del informe solicitado. 4.3. Intervención de terceros en la actividad probatoria. 4.3.1. El deber de los terceros respecto a las actuaciones probatorias. 4.3.2. Presentación de testigos en un procedimiento administrativo. 4.3.3. El peritaje o pericia en un procedimiento administrativo. 4.3.4. Pericia de la administración. 4.3.5. Actuación de pruebas por las autoridades públicas. 5. Informe final y proyecto de resolución.

1. GENERALIDADES

Los actos de instrucción son las diligencias necesarias para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución final en un procedimiento administrativo. En consecuencia, la actividad instructiva resulta ser indispensable para la resolución del procedimiento administrativo y en gran medida justifica la relativa prolongación de un procedimiento hasta los treinta días hábiles que establece la Ley de Procedimiento Administrativo General (en adelante, la Ley) como término máximo a partir del cual es aplicable el silencio administrativo.

La Ley señala que dichos actos serán realizados de oficio por la autoridad a cuyo cargo se tramita el procedimiento de evaluación previa, sin perjuicio del

derecho de los administrados a proponer actuaciones probatorias[1408], en uso del principio de oficialidad de la prueba como veremos más adelante. Ello evidentemente no excluye a los procedimientos de oficio de tener también actos de instrucción, y en consecuencia, actividad probatoria.

En tal sentido, la instrucción del procedimiento administrativo implica fundamentalmente dos actividades claramente definidas: Por un lado, la instrucción implica el aporte de datos, por parte de los administrados, la propia entidad u otras instituciones o personas, lo cual es una actividad material, de índole fáctica. En el caso de los administrados, el mecanismo fundamental para dicho aporte es a través de las denominadas alegaciones, a las cuales haremos referencia más adelante.

Por otro lado, debemos incluir el acopio y valoración de los medios probatorios por parte de la autoridad administrativa, lo cual configura la actuación probatoria propiamente dicha. Dicha actividad probatoria permite darle certeza a los hechos o datos que se van obteniendo, sea a través de la entidad, los administrados o terceros y sobre la base de ello, poder tomar la decisión respectiva.

La ley prohíbe que se realicen como actos de instrucción ciertas actuaciones como la solicitud rutinaria de informes previos, los requerimientos de visaciones o cualquier otro acto que no aporte valor objetivo a lo actuado en el caso concreto, según su naturaleza[1409]. La característica de actos de mero trámite, que es propia de las actuaciones que venimos describiendo, no justifica la formalidad que la entidad aplica respecto a los actos de instrucción, formalidades que empleadas respecto a los actos de mero trámite no hacen más que complicar el procedimiento, afectando su eficiencia y perjudicando los derechos de los administrados.

2. LOS ALEGATOS O ALEGACIONES

Los administrados pueden, en cualquier momento del procedimiento, formular alegaciones, aportar los documentos u otros elementos de juicio, los que serán analizados por la autoridad, al resolver[1410]. Las alegaciones o alegatos tienen por finalidad explicitar la posición del administrado en el procedimiento que se está siguiendo, aportando elementos diversos, como datos de hecho, valoraciones jurídicas o técnicas[1411] y argumentos basados en dichos insumos. La facultad de presentar alegaciones forma parte del derecho de petición administrativa, así como también del derecho a la defensa como elemento constitutivo del derecho al debido proceso en sede administrativa.

1408 Artículo 159º de la Ley N.º 27444.
1409 Artículo 159º, inciso 159.2 de la Ley N.º 27444.
1410 Artículo 161º, inciso 161.1 de la Ley N.º 27444.
1411 SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de derecho administrativo*, cit., p. 85.

Ahora bien, en el procedimiento administrativo no existe una fase especial del mismo destinada a la presentación de alegatos tal como sí existe en los procesos judiciales[1412], lo cual es concordante con el principio de unidad de vista establecido líneas arriba. En este orden de ideas, existen alegaciones introductorias, las mismas que aportan datos iniciales al procedimiento y que funcionan en buena cuenta como una mejora de la solicitud inicial. Asimismo, deben considerarse las llamadas alegaciones de fijación, a través de las cuales se consolidan los datos que constituyen la materia controvertida en el procedimiento, más allá de lo señalado por la solicitud inicial. Finalmente, existen alegaciones finales o conclusivas, que consisten en una valoración de lo instruido en el procedimiento y constituyen un mecanismo para asegurar el resultado final del mismo[1413].

Entonces, los alegatos pueden presentarse en cualquier situación en la que se encuentre el procedimiento, sin limitación alguna[1414]. Resulta por completo evidente, a mayor abundamiento, que la autoridad administrativa deberá tomar en cuenta las citadas alegaciones en el acto administrativo mediante el cual se resuelva el procedimiento, cuyos argumentos deberán formar parte de la motivación respectiva.

Por otro lado, y como veremos más adelante, en los procedimientos administrativos sancionadores, o en caso de actos de gravamen para el administrado, se dicta resolución solo habiéndole otorgado al mismo un plazo perentorio no menor de cinco días para presentar sus alegatos o las correspondientes pruebas de descargo[1415]. En este caso, la administración resuelve una vez transcurrido el plazo, pero ello no impide que el administrado pueda presentar el alegato respectivo, aun fuera de plazo, pero antes que la entidad resuelva.

3. ACTIVIDAD Y ACTUACIÓN PROBATORIA

En el procedimiento administrativo moderno, la actividad probatoria tiene una importancia medular en la ejecución de la instrucción de dicho procedimiento. Es a través de la actuación probatoria que la autoridad administrativa puede formarse convicción respecto a la resolución del caso concreto, en mérito de la verdad material a obtener. Es mediante la actividad probatoria que se comprueban los datos aprobados por los administrados o los obtenidos por la Administración. La Ley del procedimiento administrativo general, en consecuencia, regula de manera exhaustiva el ejercicio de dicha actividad, estableciendo reglas concretas para que la misma se desarrolle eficientemente.

1412 GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, cit., T. I, p. 485.

1413 Sobre el particular: SHIMABUKURO MAKIKADO, Roberto C., "La instrucción del procedimiento administrativo", en *Comentarios a la ley del procedimiento administrativo general. Ley N.º 27444*, ARA, Lima, 2003, p. 280.

1414 SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de derecho administrativo*, cit., p. 85.

1415 Artículo 161º, inciso 161.2 de la Ley N.º 27444.

3.1. Carga de la prueba en un procedimiento administrativo

Debe señalarse que la actividad probatoria le corresponde fundamentalmente a la entidad, estableciéndose entonces el principio de que la carga de la prueba, es decir, la obligación de probar los fundamentos que sustentan la decisión, le corresponde a la Administración y no a los administrados, sin perjuicio de permitirle a estos acreditar los hechos que alegan. No es que los particulares no deban probar su pretensión, sino que la negativa de la Administración debe estar debidamente acreditada. Tanto es así que si la Administración no despliega actividad probatoria es claro que ha tenido por verdaderos los hechos afirmados por el particular, debiendo declarar fundada la solicitud.

Y es que, a diferencia de lo que ocurre en el proceso judicial, en el cual las partes deben probar sus pretensiones, en el procedimiento administrativo la actividad probatoria es dirigida y alimentada por la Administración, en aplicación de los principios que citamos a continuación, los mismos que se atenúan ciertamente en el caso de los procedimientos administrativos trilaterales como veremos a más adelante.

Sobre el particular es necesario hacer una referencia adicional. En el derecho procesal moderno se entendía como una regla general que quien afirmaba un hecho era quien se encontraba en la obligación de probarlo, salvo determinadas excepciones establecidas por la Ley. Sin embargo, esta concepción está cambiando. De hecho, la supuesta regla general tiene tantas excepciones, que la doctrina está empezando a dudar que realmente constituya una regla, siendo reemplazada más bien por una regla más completa, que es la que asigna la carga de la prueba a quien se encuentra en mejor aptitud para probar.

Este principio es el que justifica las varias situaciones en las cuales la carga de la prueba se asigna a quien contestaría la demanda, como por ejemplo en el caso de la prueba del pago[1416] donde la misma corresponde al demandado, o la responsabilidad civil extracontractual subjetiva[1417] donde el afectado no requiere probar la existencia de dolo o culpa, ambos en el ámbito del derecho civil; o de la prueba del despido injustificado en el ámbito laboral, en donde la justificación de despido corresponde al empleador[1418], situación en la cual la

1416 Código Civil:
Artículo 1229.- Prueba del pago
La prueba del pago incumbe a quien pretende haberlo efectuado.

1417 Código Civil:
Artículo 1969.- Indemnización por daño moroso y culposo
Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor.

1418 Ley de Productividad y Competitividad Laboral:
Artículo 37.- Ni el despido ni el motivo alegado se deducen o presumen, quien los acusa debe probarlos.

doctrina laboral sigue creyendo que nos encontramos ante una "inversión de la carga de la prueba" destinada a proteger al trabajador[1419].

En el ámbito administrativo es evidente que la Administración Pública en general se encuentra en mejor aptitud para probar y ello se ha entendido por ejemplo en el contexto del proceso contencioso administrativo[1420]. La carga de la prueba no le corresponde a quien afirma un hecho, sino más bien aquel que se encuentra en mejor capacidad para probar el mismo[1421], principio que algunos denominan también "carga de la prueba dinámica". Como resultado, la carga de la prueba, incluso en los procedimientos iniciados a pedido de parte, no corresponde fundamentalmente al administrado sino más bien a la Administración[1422], máxime si la falta de probanza de un hecho podría afectar el principio de verdad material y como resultado el interés general.

3.2. La aplicación del principio de impulso de oficio

La carga de la prueba se rige por el principio de impulso de oficio establecido en la Ley de Procedimiento Administrativo General[1423], el cual hemos analizado con amplitud en capítulos anteriores. En consecuencia, la Administración debe orientarse a hacia la resolución de la cuestión que es materia del procedimiento, en mérito a la satisfacción del interés general, pudiendo ejercer los actos de instrucción necesarios para la culminación del proceso[1424].

Lo antes señalado opera dado que no puede dejarse al arbitrio de los administrados el seguimiento de los procedimientos administrativos, siendo en consecuencia que el impulso de los mismos es de oficio, de acuerdo al principio contenido en el inciso 1.3 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley. Conforme el mismo, las autoridades deben dirigir e impulsar de oficio el procedimiento y ordenar la realización o práctica de los actos que resulten convenientes para el esclarecimiento y resolución de las cuestiones necesarias[1425].

1419 PASCO LIZÁRRAGA, Mario, "La carga de la prueba y las presunciones en la nueva Ley Procesal del Trabajo", en *Actualidad Jurídica*, T. 194, Lima, 2010, pp. 16-17.

1420 Texto Único Ordenado de la Ley N.º 27584:

Artículo 33.- Carga de la prueba

Salvo disposición legal diferente, la carga de la prueba corresponde a quien afirma los hechos que sustentan su pretensión.

Sin embargo, si la actuación administrativa impugnada establece una sanción o medidas correctivas, o cuando por razón de su función o especialidad la entidad administrativa está en mejores condiciones de acreditar los hechos, la carga de probar corresponde a esta.

1421 BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo, *El derecho a probar*, Ara, Lima, 2001, pp. 275 y ss. También: BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción, *La prueba en el procedimiento administrativo*, Aranzadi, Navarra, 2003, pp. 186 y ss.

1422 Una posición un tanto divergente: SHIMABUKURO MAKIKADO, "La instrucción del procedimiento administrativo", cit., pp. 288-290.

1423 Artículo 162º, inciso 162.1 de la Ley.

1424 SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de derecho administrativo*, cit., p. 81.

1425 Sobre el particular: GUZMÁN NAPURÍ, Christian, "La carga de la prueba en el procedimiento administrativo general", en *Actualidad Administrativa*, T. 134, Lima, 2005, p. 169.

Como lo hemos señalado, la norma establece que la autoridad competente, aun sin pedido de parte, debe promover toda actuación que fuese necesaria para su tramitación, superando cualquier obstáculo que se oponga a la regular tramitación del procedimiento; incluso determinando la norma aplicable al caso aun cuando no haya sido invocada o fuere errónea la cita legal; así como evitar el entorpecimiento o demora a causa de diligencias innecesarias o meramente formales, adoptando las medidas oportunas para eliminar cualquier irregularidad producida[1426].

Debe recordarse que el deber de impulso de oficio surge como inmediata consecuencia de la necesidad y obligación de la Administración de cautelar el interés general. Asimismo, es un componente esencial del debido proceso en sede administrativa, al permitir la tramitación adecuada y eficiente de los procedimientos, en beneficio de los administrados. Además, permite generar celeridad en la tramitación de los procedimientos, formando parte de la necesaria racionalización de la Administración Pública.

3.3. La oficialidad de la prueba

Ello conlleva además un importante principio que es el de la oficialidad de la prueba, es decir, la búsqueda de la determinación, conocimiento y comprobación de los datos para poder emitir una resolución[1427], por parte de la autoridad administrativa. Esta última tiene la obligación de adquirir, en el procedimiento, la mayor cantidad de datos que sean relevantes para su decisión[1428]. Es precisamente por este principio que la Administración posee la carga de la prueba de los hechos alegados o materia de controversia, a menos que considere que basta con las pruebas aportadas u ofrecidas por el administrado[1429]. Ello, porque los actos e instrucción son realizados de oficio por la autoridad a cargo del procedimiento de evaluación previa, sin perjuicio evidentemente del derecho de los administrados a proponer actuaciones probatorias[1430].

No obstante lo anteriormente señalado, corresponde a los administrados aportar pruebas mediante la presentación de documentos e informes, proponer pericias, testimonios, inspecciones y demás diligencias permitidas, o aducir alegaciones, en tanto interviene en la defensa de sus intereses[1431]. Ello significa, como veremos más adelante, que la autoridad administrativa podrá resolver en contra del administrado únicamente cuando la actividad probatoria

1426 Artículo 145º de la Ley N.º 27444.

1427 GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, cit., T. I, p. 490.

1428 MASUCCI, "Apuntes reconstructivos de la Ley sobre el Procedimiento Administrativo en Italia", cit., pp. 318-319. La cita que venimos reseñando nos muestra que el principio en cuestión fluye por gran parte del derecho administrativo europeo continental.

1429 MORÓN URBINA, *Comentarios a la nueva Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., p. 349.

1430 Artículo 159º, inciso 159.1 de la Ley N.º 27444.

1431 Artículo 162º, inciso 162.2 de la Ley N.º 27444.

de la misma demuestre que los hechos alegados por el mismo no son ciertos, correspondiéndole siempre probar los hechos impeditivos, aquellos que impiden el ejercicio del derecho, así como los extintivos[1432]. La administración entonces es la que debería soportar los efectos desfavorables de la falta de actuación probatoria si es que no hubiese tenido por ciertos los hechos alegados por los interesados[1433].

Por otro lado, una vez que la prueba ha ingresado al expediente, esta puede ser usada para favorecer a cualquiera de las partes, puesto que la misma no pertenece a quien la aporta. Este concepto, denominado principio de adquisición[1434], propio también del proceso judicial, es útil a nivel del procedimiento administrativo bilateral, pero encuentra una importante aplicación a nivel del procedimiento trilateral en tanto el principio de oficialidad de la prueba se ve atenuado en este último caso.

Lo que ocurre es que la Ley de Procedimiento Administrativo General señala que, en el caso de procedimientos trilaterales, la autoridad administrativa estará facultada a verificar por todos los medios disponibles la verdad de los hechos que le son propuestos por las partes, sin que ello signifique una sustitución del deber probatorio que corresponde a estas[1435], lo cual mediatiza el principio de verdad material al cual hemos referido de manera reiterada.

Lo antes señalado implica que en el procedimiento administrativo trilateral la carga de la prueba le corresponde en principio a las partes, dada la especial naturaleza híbrida del citado procedimiento, que a veces se muestra intermedia entre el proceso judicial y el procedimiento administrativo bilateral o lineal[1436]. Es decir, en principio, la autoridad administrativa deberá declarar fundada la pretensión de aquel que logró probar los hechos alegados. Como resultado, y a fin de asegurar el resultado a obtener por parte de la Administración, y en especial, como mecanismo de garantía del debido procedimiento es necesario que la prueba se incorpore al expediente de tal manera que permita su empleo por cualquiera de las partes a fin de sustentar su pretensión.

3.3.1. El caso de los procedimientos de oficio

El principio de oficialidad de la prueba se intensifica al máximo cuando nos referimos a procedimiento de oficio, y en especial, a procedimientos administrativos

1432 SHIMABUKURO MAKIKADO, "La instrucción del procedimiento administrativo", cit., pp. 290-291.

1433 GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de procedimiento administrativo*, cit., p. 323.

1434 HUTCHINSON, Tomás, "De la prueba en el procedimiento administrativo", en *Procedimiento Administrativo. Jornadas organizadas por la Universidad Austral. Facultad de Derecho*, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1998, p. 389.

1435 Artículo IV, inciso 1, literal 1.11, segundo párrafo, del Título Preliminar de la Ley N.º 27444.

1436 Sobre el particular: GUZMÁN NAPURÍ, "La carga de la prueba en el procedimiento administrativo general", cit., p. 134.

sancionadores. En estos casos, en tanto la iniciación del proceso es resultado del interés de la Administración, la autoridad administrativa tiene la obligación de efectuar la actividad probatoria necesariamente a fin de acreditar los hechos en los cuales sustentar su pretensión, a diferencia del procedimiento iniciado a pedido de parte en el cual puede prescindir de la misma si es que los hechos y las pruebas aportadas por el administrado le generan convicción respecto a su veracidad. En este caso la carga de la prueba corresponde claramente a la autoridad administrativa.

En el procedimiento sancionador, en especial, el administrado puede prescindir por completo de toda defensa —la presentación de su descargo, fundamentalmente y el aporte de pruebas en su favor—, sin que ello deba generarle perjuicio alguno, puesto que la autoridad instructora deberá realizar de oficio todas las actuaciones necesarias para verificar los hechos[1437]. Es evidente que el silencio del administrado en contra del cual se ha iniciado el procedimiento sancionador carece de todo efecto jurídico, a diferencia de lo que ocurre en el caso, por ejemplo, de los procedimientos trilaterales. Demás está señalar, finalmente, que el administrado podrá emplear en su provecho los medios de prueba actuados como resultado de la actividad probatoria de la entidad. Finalmente, si la autoridad no lograr probar la comisión de la infracción administrativa es claro que la misma no existe, en aplicación del principio de presunción de licitud, consignado en el artículo 230º de la Ley[1438].

3.3.2. El principio de verdad material

Como ya lo hemos señalado en el capítulo dedicado a los principios administrativos, el principio de verdad material indica que en el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo para sus respectivas decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la Ley, aun cuando las mismas no hayan sido propuestas por los administrados o los mismos hayan acordado eximirse de ellas[1439], en el caso de procedimientos concurrenciales.

Lo que ocurre es que la Administración no debe contentarse con lo aportado por el administrado, sino que debe actuar, aun de oficio, para obtener otras pruebas y para averiguar los hechos que hagan a la búsqueda de la verdad material u objetiva, ya que en materia de procedimiento administrativo la verdad material prima sobre la verdad formal. Ello conlleva un principio de especial importancia en el ámbito de la actividad probatoria que es la oficialidad de la prueba, que hemos referido líneas arriba.

1437 Artículo 235º, inciso 4 de la Ley N.º 27444.

1438 **Presunción de licitud.-** Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario.

1439 Artículo IV, inciso 1, literal 1.11 del Título Preliminar de la Ley N.º 27444.

3.4. Actuación probatoria de la entidad

El principio señalado en el acápite precedente, así como el principio de verdad material, justifican que, cuando la administración no tenga por ciertos los hechos alegados por los administrados o la naturaleza del procedimiento lo exija, la entidad disponga la actuación de prueba[1440]. Ahora bien, esta previsión no debería convertirse en una regla general, toda vez que el procedimiento administrativo se basa en principios como el de presunción de veracidad —que permite presumir como verdaderos los documentos y declaraciones formulados por el administrado— y el de celeridad procesal.

La Administración debe actuar en este caso siguiendo el criterio de concentración procesal. Esto implica que se concentrarán en un mismo acto todas las diligencias y actuaciones de pruebas posibles, procurando que el desarrollo de la actividad probatoria se realice en el menor número de actos procesales. Para ello, la entidad fija un período para la actuación de prueba que no será menor de tres días ni mayor de quince, contados a partir de su planteamiento, tiempo que debería permitir cumplir con los plazos establecidos por la norma, sin tener que recurrir al silencio administrativo.

La actuación probatoria debe realizarse con las mayores garantías a favor del administrado. Por ello, la norma señala que la autoridad solo podrá rechazar motivadamente los medios de prueba propuestos por el administrado, cuando no guarden relación con el fondo del asunto, sean improcedentes o innecesarios, decisión que debe estar motivada y que además es susceptible de impugnación. Asimismo, la autoridad administrativa notifica a los administrados, con anticipación no menor de tres días, la actuación de prueba, indicando el lugar, fecha y hora[1441], a fin que el mismo puede ejercer su derecho de defensa, señalando o probando lo pertinente.

En un procedimiento administrativo existe la posibilidad de la aparición de nuevos medios probatorios, como resultado de la aplicación de principios como el de unidad de vista y el de verdad material. La Ley señala que las pruebas sobrevinientes pueden presentarse siempre que no se haya emitido resolución definitiva[1442], lo cual implica que pueden presentarse en cualquier estado del procedimiento. La nueva prueba surgida después de ello solo es susceptible de ser presentada con el correspondiente recurso de reconsideración, una vez que se ha resuelto el procedimiento.

3.4.1. Prescindencia de la actuación probatoria

No obstante los principios que hemos enunciado con anterioridad, las entidades podrán prescindir de actuación de pruebas cuando decidan exclusivamente

1440 Artículo 163º, inciso 163.1 de la Ley N.º 27444.
1441 Artículo 163º, inciso 163.2 de la Ley N.º 27444.
1442 Artículo 163º, inciso 163.3 de la Ley N.º 27444.

basándose en los hechos planteados por las partes, si los tienen por ciertos y congruentes para su resolución[1443]. Ello implica que a la Administración le son suficientes las pruebas existentes para emitir una resolución conforme a derecho[1444], correspondiéndole a la Administración la carga de la prueba de la falta de veracidad de lo afirmado por el administrado.

Ello, en los procedimientos administrativos bilaterales, implica resolver necesariamente a favor del administrado, teniendo por ciertos los hechos alegados por el mismo[1445], como hemos señalado con anterioridad. En el caso de los procedimientos trilaterales la previsión legal descrita se funda en la atenuación del principio de verdad material en el caso de dichos procedimientos, conforme lo hemos señalado líneas arriba.

La prescindencia de la actuación probatoria implica evidentemente una valoración de los argumentos de las partes en relación con las pruebas que ellas han aportado. Asimismo, implica la convicción de la veracidad de las mismas, con lo cual la autoridad deberá resolver concediendo lo solicitado al administrado. El principio de presunción de veracidad que se ha aludido antes es sumamente útil para ello, a lo cual debe agregarse principios adicionales como celeridad o economía procesal.

La libre valoración de las pruebas permite además que la autoridad administrativa pueda determinar cuándo es que las pruebas le generan convicción. El evidente límite de esta facultad se centra en la imposibilidad de que pueda perjudicarse al administrado a través de esta decisión, al no permitírsele probar su pretensión cuando la entidad considera que la misma no se encuentra probada con las pruebas que se han actuado hasta el momento.

3.4.2. Hechos no sujetos a la actuación probatoria

No será actuada prueba respecto a hechos públicos o notorios, de los cuales se supone que todos tienen conocimiento. Es un principio general del derecho procesal el que no requieren ser acreditados aquellos hechos que debe conocer razonablemente el funcionario que resuelve la controversia sometida a su análisis, reduciendo evidentemente la cantidad de actos procesales a realizar y los medios de prueba a analizar, favoreciendo la celeridad procesal[1446].

Asimismo, no deberá realizarse actividad probatoria respecto a hechos alegados por las partes cuya prueba consta en los archivos de la entidad, para lo cual basta que la entidad se remita al archivo. Esto parte de la presunción de que la autoridad tiene o debe tener conocimiento de los hechos que dichos archivos

1443 Artículo 164º de la Ley N.º 27444.

1444 CASSAGNE, *Derecho administrativo I*, cit., p. 370. Es necesario señalar que en el derecho argentino se habla de apertura a prueba para referirse a la actuación probatoria.

1445 GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de procedimiento administrativo*, cit., pp. 320-321.

1446 Artículo 165º de la Ley N.º 27444.

prueban. En el derecho comparado esta norma llega incluso al nivel de los archivos que posea no solo la entidad sino además el sector al que pertenece la entidad e incluso toda la Administración Pública. Y es que, nuevamente nos encontramos con concepciones de simplificación administrativa en el ámbito de la actividad probatoria administrativa, que tienen por finalidad reducir costos de acceso al procedimiento administrativo y generar mayor eficiencia.

Tampoco se actuará prueba sobre hechos que se hayan comprobado con ocasión del ejercicio de las funciones de la entidad, o aquellos sujetos a la presunción de veracidad, sin perjuicio de su fiscalización posterior de acuerdo a la norma. Ello opera también al amparo de los principios de simplificación administrativa, a los cuales nos hemos referido reiteradamente en el presente trabajo, que además reducen el costo administrativo generado por la actuación probatoria.

Por otro lado, no deberá actuarse prueba alguna respecto a hechos que se encuentran judicialmente probados[1447]. Ello es evidente en el caso de los procedimientos sancionadores al amparo de lo dispuesto por el inciso 2 del artículo 234º de la Ley[1448], siendo claro además en los demás casos dada la calidad de cosa juzgada aplicable a los procesos judiciales, no siendo posible volver a discutir una controversia ya resuelta.

Finalmente, tampoco constituyen objeto de prueba los hechos que se presumen como resultado de una presunción legal, sea esta relativa o absoluta, una vez generado el hecho que habilita la misma, el cual sí debe ser probado. La presunción legal relativa (conocida tradicionalmente como *iuris tantum*) opera admitiendo prueba en contrario y se entendía como un fenómeno de inversión de la carga de la prueba cuando en realidad es una aplicación del principio de que la misma le corresponde a quien se encuentra en mejor aptitud para probar. Por otro lado, la presunción legal absoluta (*iuris et de iure*) no admite prueba en contrario, por lo que muchas veces funciona como una verdadera ficción legal.

3.5. Solicitud de pruebas al administrado

La autoridad puede exigir a los administrados la comunicación de informaciones, la presentación de documentos o bienes, el sometimiento a inspecciones de sus bienes, así como su colaboración para la práctica de otros medios de prueba. Es necesario señalar que dicha exigencia puede establecerse en

1447 SHIMABUKURO MAKIKADO, "La instrucción del procedimiento administrativo", cit., p. 284.

1448 **Artículo 234º.- Caracteres del procedimiento sancionador**

Para el ejercicio de la potestad sancionadora se requiere obligatoriamente haber seguido el procedimiento legal o reglamentariamente establecido caracterizado por:

(...)

2. Considerar que los hechos declarados probados por resoluciones judiciales firmes vinculan a las entidades en sus procedimientos sancionadores.

(...)

procedimientos de oficio, e incluso, en procedimientos iniciados a pedido de parte. Para el efecto, la Administración cursa el requerimiento, mencionando la fecha, plazo, forma y condiciones para su cumplimiento[1449].

Sin embargo, la solicitud de medios probatorios al administrado tiene límites evidentes, en especial los consignados en los artículos 40º y 41º de la Ley, referidos respectivamente a la prohibición aplicable a las entidades de solicitar a los administrados, para el inicio, prosecución o conclusión de un procedimiento, la presentación de información o documentación que vulnere principios de celeridad o simplificación administrativa; así como a la obligación de las entidades de recibir ciertos documentos e informaciones para el cumplimiento de los requisitos correspondientes a los procedimientos administrativos, en vez de la documentación oficial, a la cual reemplazan con el mismo mérito probatorio. En este último caso, la obligación de la administración opera sin perjuicio de la fiscalización posterior al amparo del principio de presunción veracidad.

3.5.1. Negativa del administrado a colaborar con la Administración en la actuación de medios probatorios

Será legítimo el rechazo a la exigencia señalada en el acápite precedente, cuando la sujeción a la misma implique: la violación al secreto profesional —en sus múltiples acepciones—; constituya una revelación prohibida por la ley; suponga directamente la revelación de hechos perseguibles, sea penal o administrativamente, dado que no puede obligarse al administrado a generar prueba en su contra, practicados por el administrado; o afecte los derechos constitucionales del mismo, en especial el derecho a la intimidad. La norma señala que en ningún caso esta excepción ampara el falseamiento de los hechos o de la realidad[1450].

Ahora bien, el acogimiento a esta excepción será libremente apreciada por la autoridad conforme a las circunstancias del caso, sin que ello dispense al órgano administrativo de la búsqueda de los hechos, ni de dictar la correspondiente resolución[1451]. Esto es evidente al amparo de principios como verdad material u oficialidad de la prueba, debiendo la autoridad administrativa obtener la prueba a través de otros medios equivalentes.

3.6. Gastos de las actuaciones probatorias

En principio, el costo de las actuaciones probatorias está a cargo de la entidad. Ello, dado que el costo de tramitación de todo procedimiento administrativo es financiado a través del sistema impositivo, así como mediante las tasas respectivas, las mismas que se encuentran señaladas en el correspondiente

1449 Artículo 169º, inciso 169.1 de la Ley N.º 27444.
1450 Artículo 169º, inciso 169.2 de la Ley N.º 27444.
1451 Artículo 169º, inciso 169.3 de la Ley N.º 27444.

Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) de la entidad. La Administración no puede trasladar al administrado el costo de organización que genera la obligación de la misma de obtener la solución de la controversia, en mérito del principio de verdad material.

Sin embargo, y en el caso de que la actuación de pruebas propuestas por el administrado importe la realización de gastos que no deba soportar racionalmente la entidad; esta última podrá exigir el depósito anticipado de tales costos, con cargo a la liquidación final que el instructor practicará documentadamente al administrado, una vez realizada la probanza[1452]. La clara limitación a la facultad que tiene la administración de exigir dicho depósito anticipado estriba en que la misma no opera respecto a la actuación probatoria que opera de oficio, al amparo del principio de oficialidad de la prueba, como lo hemos señalado.

Esta previsión legal establece una precisión difícil de tomar en cuenta, dado que el hecho de que la determinación respecto a que gastos se pueden soportar racionalmente o no se deja al arbitrio de la entidad, con los riesgos que ello pueda conllevar en materia de costos respecto a los administrados. Es evidente que la interpretación de esta norma es eminentemente restrictiva, sobre la base de los principios que resultan aplicables a los costos administrativos.

4. MEDIOS DE PRUEBA QUE SE EMPLEAN DENTRO DE UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Los hechos invocados por las partes, o que fueren conducentes para decidir un procedimiento administrativo, podrán ser objeto de todos los medios de prueba necesarios, salvo aquellos que estén prohibidos por disposición legal expresa[1453]. La proposición de medios probatorios por parte de los administrados es libre, pudiéndose proponer y actuar aquellos medios que resultan beneficiosos para el administrado a fin de fundar sus pretensiones[1454] y aquellos que la entidad considere pertinentes para la resolución del procedimiento. El principio de libertad probatoria, propio del proceso judicial, se aplica con gran intensidad en el procedimiento administrativo, con muy puntuales excepciones.

Asimismo, no existe una concepción de prueba tasada, en al cual la ley asigna el valor a las pruebas[1455], sino más bien existe la noción de apreciación razonada al interior de la Administración, lo cual implica que la autoridad deberá apreciar los medios probatorios de manera integral[1456], aplicando el principio de verdad material y en uso de las denominadas reglas de la sana crítica[1457]. La principal diferencia que encontramos respecto al proceso judicial se enfoca

1452 Artículo 178º de la Ley N.º 27444.
1453 Artículo 166º de la Ley N.º 27444.
1454 HUTCHINSON, "De la prueba en el procedimiento administrativo", cit., p. 385.
1455 GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, cit., T. I, p. 493.
1456 HUTCHINSON, "De la prueba en el procedimiento administrativo", cit., p. 398.
1457 SHIMABUKURO MAKIKADO, "La instrucción del procedimiento administrativo", cit., p. 314.

en la inexistencia de principio de verdad material en este último, siendo que el principio aplicable es el de verdad formal.

En particular, de acuerdo a la Ley, en el procedimiento administrativo general proceden los siguientes medios probatorios, de manera enumerativa, sin perjuicio de aquellos que podrían ser considerados innominados:

1. Recabar antecedentes y documentos. La entidad puede obtener la información que requiera de otras entidades e incluso de los propios administrados, con las limitaciones señaladas líneas arriba respecto de la solicitud a los particulares.
2. Solicitar informes y dictámenes de cualquier tipo, con las limitaciones señaladas en la Ley, a las cuales nos referiremos más adelante. A diferencia de otras legislaciones, los informes son considerados medios de prueba por la Ley.
3. Conceder audiencia a los administrados, interrogar testigos y peritos, o recabar de los citados administrados declaraciones por escrito. En estos casos se entiende que puede darse la intervención de terceros en la actividad probatoria realizada por la entidad.
4. Consultar documentos y actas. Este medio probatorio puede ser actuado de oficio por la entidad, pero también puede ser ofrecido por las partes, aun cuando dichos instrumento no obren en su poder.
5. Practicar inspecciones oculares, que implican el apersonamiento de la autoridad a un lugar específico a fin de comprobar un hecho o situación determinada. Ahora bien, el concepto de inspección ocular resulta ser restrictivo, pues el funcionario administrativo no solo utiliza la vista para observar la situación o hecho, sino el resto de los sentidos.

4.1. Prueba instrumental

En general, se considera prueba instrumental a toda aquella que conste en un medio que permita conservar lo que prueba. Un instrumento es un objeto que prueba algo. En consecuencia, son instrumentos no solo los documentos propiamente dichos —que obran, o pueden obrar, por escrito— sino también los medios audiovisuales, informáticos, artísticos, entre otros. En este sentido, la Ley de Procedimiento Administrativo General es más bien permisiva, permitiendo la presentación y actuación de todo tipo de instrumentos. Ahora bien, la prueba instrumental por excelencia en el procedimiento administrativo es el documento, que constituye todo objeto susceptible de formar parte del expediente administrativo y que constituye medio de prueba.

4.1.1. Solicitud de documentos a otras autoridades

La autoridad administrativa a la que corresponde la tramitación del asunto recabará de las autoridades directamente competentes los documentos preexistentes o antecedentes que estime conveniente para la resolución del asunto,

sin suspender la tramitación del expediente[1458]. Ello impide que el expediente vaya a ser tramitado por varias autoridades distintas, como resultado de la regla del expediente único. A su vez, la facultad de solicitar documentos implica un importante mecanismo de colaboración entre entidades, en particular respecto a la obligación de las mismas de facilitar los medios de prueba que se encuentren en su poder.

Ahora bien, cuando la solicitud de obtención de documentos de otras entidades sea formulada por el administrado al instructor, el administrado deberá indicar la entidad donde obre la documentación y, si la misma perteneciera a un expediente administrativo obrante en otra entidad, deberá acreditar indubitablemente su existencia. La entidad solicitada, en este último caso, deberá remitir copias certificadas mediante fedatario a fin de cumplir con lo solicitado.

4.1.2. Remisión de los documentos solicitados a otras entidades

Los documentos y antecedentes a que se refiere el acápite anterior deben ser remitidos directamente por quien es requerido dentro del plazo máximo de tres días, si se solicitaren dentro de la misma entidad, y de cinco, en los demás casos[1459]. Esta remisión es, como ya lo hemos indicado, una obligación de la entidad.

Si la autoridad requerida considerase necesario un plazo mayor para hacer efectiva la remisión, lo manifestará inmediatamente al requirente, con indicación del plazo que estime necesario, el cual no podrá exceder de diez días[1460]. Evidentemente, la ampliación del plazo se encuentra limitada a fin de evitar decisiones discrecionales de la autoridad a la cual se ha solicitado la documentación, las mismas que no debe afectar la tramitación del expediente administrativo.

4.2. Informes administrativos

Los informes administrativos son medios que las entidades emplean para procurarse información de órganos consultivos o de otros organismos de la Administración Pública, siendo declaraciones de juicio emitidos por servidores o funcionarios calificados. Dada su naturaleza de mecanismo de obtención de insumos para la emisión de la resolución final[1461], los informes se configuran como verdaderos medios de prueba.

Ahora bien, en tanto los informes administrativos no generan efectos jurídicos directos, no pueden ser considerados propiamente como actos administrativos, sino más bien como simples hechos de la Administración[1462]. En mérito de ello,

1458 Artículo 167º de la Ley.
1459 Artículo 168º, inciso 168.1 de la Ley N.º 27444.
1460 Artículo 168º, inciso 168.2 de la Ley N.º 27444.
1461 GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de procedimiento administrativo*, cit., p. 315.
1462 Existe sin embargo doctrina comparada que opina de manera distinta. Sobre el particular:

los informes administrativos no son susceptibles de ser impugnados, aun en el supuesto de que sean vinculantes. La impugnación de la resolución permitirá discutir en la tramitación del recurso la validez del informe, o en todo caso, permitirá la emisión de uno nuevo.

4.2.1. Clasificación de los informes administrativos

Los informes administrativos pueden ser obligatorios o facultativos y vinculantes o no vinculantes. Son facultativos si es que la solicitud de los mismos se sujeta a la discrecionalidad de la autoridad, basado en criterios de oportunidad. Son obligatorios —o preceptivos— si la norma legal obliga a su emisión o petición[1463]. En este último caso, la prescindencia del informe genera la nulidad del acto que se emita[1464]. Un ejemplo interesante de informe obligatorio es aquel que es necesario para la emisión de la respectiva resolución que resuelve una apelación contra el otorgamiento de la buena pro en el contexto de un proceso de selección en el ámbito de la contratación administrativa, sea que el recurso de apelación sea resuelto por el titular de la entidad o por el Tribunal de Contrataciones[1465].

Por otro lado, un informe es vinculante cuando su tenor obliga a la autoridad a la toma de una decisión en el sentido que señala el citado informe. A su vez, el informe vinculante puede serlo en sentido estricto, cuando obliga al órgano a atenerse a lo informado. Pero el informe también puede ser obstativo, cuando vincula a la autoridad administrativa en cuanto al parecer negativo que expresan, funcionando en la práctica como un veto[1466]. Según un amplio sector de la doctrina[1467], los informes vinculantes suponen la existencia de facultades resolutivas compartidas entre el órgano consultivo y el que resuelve propiamente. Para algunos autores, en consecuencia, los informes vinculantes deberían implicar mecanismos de garantía para permitir discutir su emisión.

Cuando el informe no es vinculante, la opinión contenida en él se utiliza para efectos ilustrativos, sin que obligue a la autoridad a resolver en un sentido determinado pero sí a tomarlo en cuenta. Si el informe fuese vinculante, y la autoridad no resolviere en el sentido señalado por el mismo, se generaría un vicio que anularía la resolución emitida sobre la base del incumplimiento de principios de procedimiento.

GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, cit., T. I, p. 487; GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de procedimiento administrativo*, cit., p. 312.

1463 SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de derecho administrativo*, cit., p. 89.

1464 GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, cit., T. I, p. 488.

1465 Artículo 113º y 116º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

1466 SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de derecho administrativo*, cit., pp. 90-91.

1467 GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, cit., T. I, p. 488; SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de derecho administrativo*, cit., p. 91; MORÓN URBINA, *Comentarios a la nueva Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., p. 361.

Los dictámenes e informes se presumirán facultativos y no vinculantes, con las excepciones establecidas en la ley[1468]. En principio, y de acuerdo al tenor de la Ley, los informes administrativos resultarían ser meramente ilustrativos, salvo disposición legal en contrario. Ello no obsta para que lo informado no pueda incluirse en la motivación de la resolución que se emita.

4.2.2. Procedencia de la solicitud de informes

Ahora bien, es necesario limitar la facultad de la Administración de solicitar informes, facultad de la que se abusa en muchas entidades y cuyo mal uso genera dilaciones indebidas. En consecuencia, las entidades solo deben solicitar informes que sean preceptivos en la legislación —es decir, los que sean obligatorios— o aquellos que las mismas juzguen absolutamente indispensables para el esclarecimiento de la cuestión a resolver[1469], previsión que sin embargo somete a discrecionalidad de la entidad la solicitud del informe.

A fin de obtener un informe adecuado, el pedido de la entidad deberá indicar con precisión y claridad las cuestiones sobre las que se estime necesario el pronunciamiento de la autoridad[1470]. La solicitud de informes o dictámenes legales es reservada exclusivamente para asuntos en que el fundamento jurídico de la pretensión sea razonablemente discutible, o los hechos sean controvertidos jurídicamente, y que tal situación no pueda ser dilucidada por el propio instructor[1471].

En general, lo previsible es que los funcionarios que emiten los informes se encuentren al interior de la misma entidad. Sin embargo, la Ley no señala nada sobre el particular. Asimismo, las entidades acostumbran solicitar informes dirimentes a consultores externos en caso el informe emitido por el órgano de asesoramiento no otorga luces sobre lo que se va a resolver.

El funcionario o servidor que va a emitir el informe, dentro de los dos días de recibida la solicitud respectiva, podrá devolver sin informe todo expediente en el que el pedido incumpla los señalado en los párrafos anteriores —en particular, si considera que no es necesario emitir pronunciamiento alguno—, o cuando se aprecie que solo se requiere confirmación de otros informes o de decisiones ya adoptadas[1472], caso en el cual bastará hacer referencia a dichos informes o decisiones. Este precepto es aplicable fundamentalmente a las oficinas de asesoría jurídica o las que hagan sus veces dentro de las entidades. Y tiene especial relevancia la obligación de no omitir informe cuando la autoridad solicitante ya ha decidido, puesto que ello constituye más bien un mecanismo para evadir la responsabilidad sobre la decisión.

1468 Artículo 171º de la Ley N.º 27444.
1469 SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de derecho administrativo*, cit., p. 90.
1470 Artículo 172º inciso 172.1 de la Ley N.º 27444.
1471 Artículo 172º inciso 172.2 de la Ley N.º 27444.
1472 Artículo 172º inciso 172.3 de la Ley N.º 27444.

Todas estas previsiones pretenden favorecer la celeridad de los procedimientos, al evitar que las autoridades administrativas soliciten informes cuando podrían resolver la controversia por sí mismas, máxime si el informe es de carácter técnico. Es común que en las entidades los expedientes tarden de manera excesiva en oficinas encargadas de labores de asesoramiento como Asesoría Jurídica, Gabinete de Asesores o Planeamiento.

4.2.3. Presentación de los informes

Toda autoridad, cuando formule informes o proyectos de resoluciones, fundamenta su opinión en forma sucinta y establece conclusiones expresas y claras sobre todas las cuestiones planteadas en la solicitud, y recomienda concretamente los cursos de acción a seguir, cuando estos correspondan, suscribiéndolos con su firma habitual, consignando su nombre, apellido y cargo[1473].

El informe o dictamen no incorpora a su texto el extracto de las actuaciones anteriores ni reitera datos que obren en el expediente, pero referirá todo antecedente que permita ilustrar para su mejor resolución[1474]. Los informes, entonces, deben limitar la elaboración de antecedentes a lo estrictamente indispensable.

4.2.4. Falta de recepción del informe solicitado

De no recibirse el informe en el término señalado, la autoridad podrá alternativamente, según las circunstancias del caso y relación administrativa con el informante: prescindir del informe o citar al informante para que en fecha única y en una sesión, a la cual puede asistir el administrado, presente su parecer verbalmente, de la cual se elaborará acta que se adjuntará al expediente, sin perjuicio de la responsabilidad en que incurra el funcionario culpable de la demora[1475]. La norma no señala expresamente que es lo que ocurre en caso de la omisión de informes preceptivos, en los cuales la emisión del mismo es requisito de validez de la decisión[1476]. En este caso, es evidente que la omisión del informe genera responsabilidad administrativa del funcionario que debe emitir el mismo, sin perjuicio de la responsabilidad civil generada por el daño originado por la eventual nulidad que se genere o por el silencio administrativo que resultare.

Por otro lado, la Ley puede establecer expresamente en procedimientos iniciados por los administrados que de no recibirse informes vinculantes en el plazo legal, se entienda que no existe objeción técnica o legal al planteamiento sometido a su parecer[1477]. Esto funciona de manera similar al silencio administrativo,

1473 Artículo 173º inciso 173.1 de la Ley N.º 27444.
1474 Artículo 173º inciso 173.2 de la Ley N.º 27444.
1475 Artículo 174º inciso 174.1 de la Ley N.º 27444.
1476 La legislación comparada establece la interrupción de plazos. Sobre el particular: GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de procedimiento administrativo*, cit., p. 314.
1477 Artículo 174º inciso 174.2 de la Ley N.º 27444.

siendo en este caso de naturaleza positiva. Como resultado, el procedimiento debería ser resuelto a favor del administrado.

El informe presentado extemporáneamente puede no obstante ser considerado en la correspondiente resolución a emitirse por la entidad[1478]. Esta previsión tiene sentido a fin de asegurar el resultado del procedimiento, pero no puede perjudicar el avance del mismo. Y es claro que no es aplicable en el supuesto señalado en el párrafo anterior, puesto que se ha entendido que no existe objeción al planteamiento expresado.

4.3. Intervención de terceros en la actividad probatoria

En la actividad probatoria que se genera en un procedimiento administrativo es posible interactuar con terceros que se mantienen como tales y no se vinculan como partes en el procedimiento, a diferencia del tercero administrado, que configura una categoría distinta y que se convierte en parte una vez que se incorpora en aquel. Dicha actuación se configura como resultado de la obligación de los administrados a participar en los procedimientos en virtud el deber de colaboración de los mismos con la Administración, aun cuando el procedimiento administrativo no se haya iniciado a petición de ellos. Este deber de colaboración, sin embargo, se encuentra restringido a fin de no perjudicar la libertad personal de los particulares.

Los caso más evidentes de participación de terceros en la actividad probatoria —y que no configuran parte del procedimiento— son los de los testigos (que emiten la llamada declaración testimonial) y los peritos (que emiten pericia o peritaje), los cuales veremos a continuación.

4.3.1. El deber de los terceros respecto a las actuaciones probatorias

Los terceros tienen el deber de colaborar para la prueba de los hechos, con evidente respeto de sus derechos constitucionales[1479]. Sobre el particular, deben tenerse en cuenta además las limitaciones que se le imponen a la Administración respecto a la solicitud de pruebas a terceros, en especial las referidas a la violación del secreto profesional y los principios referidos a la simplificación administrativa, a los cuales hemos hecho referencia líneas arriba.

4.3.2. Presentación de testigos en un procedimiento administrativo

La prueba testimonial implica la participación de terceros en el procedimiento —que permanecen como tales— a fin de que los mismos hagan referencia a diversos aspectos relacionados con el mismo. La declaración de testigos implica su comparecencia personal y la absolución verbal de los interrogatorios respectivos.

1478 Artículo 174º inciso 174.3 de la Ley N.º 27444.
1479 Artículo 179º de la Ley N.º 27444.

Ahora bien, el proponente de la prueba de testigos —sea el administrado o la propia administración— tiene la carga de la comparecencia de los mismos en el lugar, fecha y hora fijados. Por otro lado, y a diferencia de lo que ocurre en el proceso judicial, si el testigo no concurriera sin justa causa, se prescindirá de su testimonio[1480]. Debemos deducir entonces que la Ley no permite la comparecencia obligatoria del testigo a declarar a diferencia de lo que ocurre en el proceso judicial. Pero, por otro lado, la Ley no señala que ocurre si el testigo no concurre mediando causa justificada para ello, puesto que el mismo podría estar interesado en efectuar la declaración.

La administración puede interrogar libremente a los testigos y, en caso de declaraciones contradictorias, podrá disponer careos —confrontaciones—, aun con los propios administrados, a fin de dilucidar adecuadamente la materia controvertida[1481]. Sin embargo, la naturaleza fundamentalmente escrita del procedimiento administrativo y la excepcionalidad de la comparecencia del administrado obliga a emplear esta prerrogativa de manera restrictiva.

4.3.3. El peritaje o pericia en un procedimiento administrativo

La pericia, prueba pericial o peritaje implica la emisión de un medio probatorio, de naturaleza técnica y que implica el empleo de conocimientos especiales por parte de quien se designe para el efecto, y respecto de situaciones que lo ameriten. La Ley señala en este sentido que los administrados pueden proponer la designación de peritos a su costa, debiendo en el mismo momento indicar los aspectos técnicos sobre los que estos deben pronunciarse[1482]. Demás está señalar que en tanto pericia de parte, la Administración debe valorar la misma de manera cuidadosa, en uso de las reglas de la sana crítica.

Un tema final a dilucidar se enfoca en la actuación de la pericia, debiendo determinarse si es a través de un informe escrito o a través de la sustentación del mismo en una audiencia convocada para el efecto. La naturaleza fundamentalmente escrita del procedimiento administrativo nos puede llevar a pensar que el mecanismo a emplear es el primero de los nombrados, no obstante que la garantía del derecho de defensa se encuentra presente en el segundo de ellos.

4.3.4. Pericia de la administración

Es posible que la Administración genere informes periciales en el marco de su actividad probatoria. Sin embargo, la norma señala que la administración no debe contratar peritos por su parte[1483], debiendo solicitar informes técnicos de cualquier tipo a su personal —que en el fondo se identifican con los informes

1480 Artículo 175º inciso 175.1 de la Ley N.º 27444.
1481 Artículo 175º inciso 175.2 de la Ley N.º 27444.
1482 Artículo 176º inciso 176.1 de la Ley N.º 27444.
1483 Precisión que es consistente con lo señalado por la doctrina y el derecho comparados (CASSAGNE, *Derecho administrativo I*, cit., p. 369).

administrativos a los cuales ya nos hemos referido— o a las entidades técnicas aptas para dicho fin, preferentemente entre las facultades de las universidades públicas[1484]. Ello asegura, por un lado, la protección de los fondos públicos, la imposibilidad de que dichos costos sean trasladados al administrado y configura una garantía de imparcialidad de quien realiza la pericia. Tal situación, sin embargo, no le otorga a estos informes la calidad de prueba privilegiada, a diferencia de lo señalado por la doctrina y la jurisprudencia comparadas[1485], ni siquiera en aplicación del principio de legalidad.

4.3.5. Actuación de pruebas por las autoridades públicas

De acuerdo con la Ley, las autoridades de entidades no prestan confesión —entendida como declaración de parte—, salvo en procedimientos internos de la administración; sin perjuicio de ser susceptibles de aportar elementos probatorios en calidad de testigos, informantes o peritos, si fuere el caso[1486]. No es posible entonces solicitar declaración de parte a la administración.

Ello se sustenta en el hecho de que las autoridades administrativas son las que dirigen el procedimiento, pero a la vez son parte del mismo. Resulta violatorio del principio de imparcialidad, en consecuencia, que una autoridad administrativa pueda ser citada a rendir confesión. Esta previsión se convierte entonces en una limitación al principio de libertad probatoria, en beneficio del administrado.

5. INFORME FINAL Y PROYECTO DE RESOLUCIÓN

Cuando fuere distinta la autoridad instructora de la que resulta competente para resolver —situación que en nuestra opinión resultaría la ideal, y que en el caso de los procedimientos sancionadores es obligatoria— la autoridad instructora prepara un informe final en el cual recogerá los aspectos más relevantes del acto que lo promovió, así como un resumen del contenido de la instrucción, análisis de la prueba instruida, y formulará en su concordancia un proyecto de resolución[1487]. La entidad encargada de resolver puede o no emitir la resolución en consonancia con lo expresado por la autoridad instructora.

En la práctica, las oficinas de asesoría jurídica, el Gabinete de Asesores o las que hacen sus veces presentan un proyecto de resolución a la autoridad administrativa, la misma que puede o no hacer suyo el proyecto antes señalado. Sin embargo, las unidades operativas que configuran órganos de línea también elaboran proyectos de resolución, cuando no resuelven por sí mismas, cuando el procedimiento se instruye ante las mismas. Esta última situación se encuentra definido en los instrumentos de gestión de la entidad, en particular en el

1484 Artículo 176º inciso 176.2 de la Ley N.º 27444.
1485 SHIMABUKURO MAKIKADO, “La instrucción del procedimiento administrativo”, cit., p. 333.
1486 Artículo 177º de la Ley N.º 27444.
1487 Artículo 180º de la Ley N.º 27444.

Reglamento de Organización y Funciones (ROF) y el Manual de Organización y Funciones (MOF) de la misma.

En general, los proyectos de resolución son visados por las unidades operativas respectivas y por la oficina de asesoría jurídica; y llegan a la Alta Dirección de la entidad para ser suscritas de manera inmediata. Cuando quien resuelve es una unidad operativa inferior, alguna de sus reparticiones se encarga de la elaboración de proyecto de resolución, el mismo que en principio no debería ser elaborado por órganos de apoyo como Asesoría Jurídica o Planeamiento.

Capítulo XXIII

FIN DEL PROCEDIMIENTO

SUMARIO: 1. Formas convencionales de terminación del procedimiento administrativo. 1.1. Requisitos del acuerdo. 2. La resolución final. 2.1. Contenido de la resolución final del procedimiento. 2.2. El principio de congruencia en el derecho administrativo. **3. Desistimiento.** 3.1. Desistimiento del procedimiento y de la pretensión. 3.1.1. Medios para hacer el desistimiento. 3.1.2. Continuación de oficio del procedimiento. 3.2. Desistimiento de un acto procedimental o de un recurso administrativo. **4. Abandono.** 4.1. ¿Tiene sentido hoy en día seguir hablando de abandono del procedimiento administrativo? 4.2. Impulso de oficio y abandono. 4.3. Abandono y verdad material. 4.4. El papel del recurso de reconsideración en esta situación. **5. Caducidad.**

Ponen fin al procedimiento administrativo las resoluciones que se pronuncian sobre el fondo del asunto, el silencio administrativo positivo, el silencio administrativo negativo en el caso de que el mismo agote la vía administrativa, el desistimiento, la declaración de abandono, los acuerdos adoptados como consecuencia de conciliación o transacción extrajudicial que tengan por objeto poner fin al procedimiento —que se reconocen como formas convencionales de terminación del procedimiento— y la prestación efectiva de lo pedido a conformidad del administrado en caso de petición graciable[1488]. El silencio administrativo, por su especial importancia, va a ser objeto de análisis en el siguiente capítulo del presente trabajo.

De acuerdo con la Ley de Procedimiento Administrativo General, también pondrá fin al procedimiento la resolución que así lo declare por causas sobrevenidas que determinen la imposibilidad de continuarlo[1489]. Este supuesto se convierte en una causal de carácter residual, que incluye diversos supuestos heterogéneos[1490]. Es evidente que la referida resolución no se pronuncia sobre el fondo, y puede tener como justificación situaciones de caso fortuito y/o fuerza mayor como la muerte —o extinción en el caso de personas jurídicas— del administrado en caso de pretensiones personalísimas, la imposibilidad sobrevenida del objeto

1488 Artículo 186º, inciso 186.1 de la Ley.
1489 Artículo 186º, inciso 186.2 de la Ley.
1490 GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, cit., T. I, p. 502.

del procedimiento, la remoción de la autoridad encargada de la tramitación del procedimiento, la pérdida de competencia de la entidad y otros.

La Ley, sin embargo, no especifica qué ocurre con los derechos de los administrados en la circunstancia que venimos reseñando. Lo que sí queda claro es el carácter excepcional de la causal que venimos describiendo, razón por la cual la resolución que la declara deberá estar debidamente motivada y debe ser susceptible de impugnación.

1. FORMAS CONVENCIONALES DE TERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

En el derecho administrativo moderno se ha encontrado la necesidad de la regulación de mecanismos convencionales de terminación de procedimientos administrativos, mediante la conciliación o la transacción extrajudicial, a través de acuerdos entre la administración y los administrados o respecto a estos últimos entre sí. Ello ocurre a fin de facilitar la solución consensual de la controversia generada a partir de una pretensión determinada o un interés preciso, sin tener que esperar que el órgano administrativo emita una resolución definitiva. Ello permite una definición más lógica y un adecuado equilibrio entre intereses privados y públicos[1491].

Esto es parte de lo que se denomina administración concertada[1492] que permite buscar una armonía entre los intereses generales y los intereses particulares que como ya lo hemos señalado es la finalidad primordial del derecho administrativo moderno, tal que la Administración ya no se impone sino que pretende una solución acordada con el administrado, incluso en procedimientos administrativos bilaterales.

Desafortunadamente, en el régimen peruano no se ha establecido mecanismos a través de los cuales la Administración y los administrados se pongan de acuerdo respecto de la tramitación de los procedimientos administrativos, situación que reduciría sustancialmente la controversias en este sentido, incluso las que llegan al Poder Judicial vía el proceso contencioso administrativo. Un ejemplo son los acuerdos que se emplean en el proceso penal —sustentados en el Código Procesal Penal—, que podrían emplearse también en los procedimientos administrativos sancionadores.

No obstante ello, en algunos ordenamientos sectoriales se permite el paso de un plazo perentorio determinado a cambio de la reducción del monto de la multa, lo cual para algunos podría mostrar un acuerdo tácito.

1491 SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de derecho administrativo*, cit., p. 109.
1492 GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, cit., T. I, p. 503.

1.1. Requisitos del acuerdo

Resulta evidente que el acuerdo por el cual se pone fin a un procedimiento administrativo debe ser conforme al ordenamiento jurídico; que los derechos, respecto de los cuales se concilia o transa, sean de libre disposición; y, que dicho acuerdo no perjudique a terceros. Adicionalmente, el acuerdo debe ser homologado por la autoridad administrativa.

En este orden de ideas, la conciliación se define como un acuerdo que pone fin a la controversia existente, en calidad de solución final. La transacción extrajudicial implica más bien un intercambio de prestaciones fin de poner fin a un conflicto. La conciliación requiere la participación de un funcionario denominado conciliador, el mismo que hace posible la conciliación y le otorga el valor jurídico. La transacción, en cambio, no requiere la participación de funcionario alguno para que la misma tenga valor. Ambos mecanismos generan el efecto de concluir la controversia de manera definitiva, no permitiéndose reclamo posterior.

Finalmente, la Ley no hace referencia expresa a la posibilidad de someter a arbitraje determinadas cuestiones controvertidas. Sin embargo, este último resulta ser un mecanismo común en el derecho administrativo moderno para la resolución de un conflicto de intereses, en especial en el ámbito de la contratación administrativa, en la cual el arbitraje resulta obligatorio. El sometimiento a arbitraje de las controversias entre una entidad pública y los administrados es obligatorio en el contexto de la ejecución de contratos administrativos, a fin de permitir mayor celeridad y especialidad en la resolución de los citados conflictos.

2. LA RESOLUCIÓN FINAL

La resolución final es, por excelencia, el mecanismo normal de terminación del procedimiento administrativo. Resulta esperable, entonces, que todo procedimiento culmine con una resolución que resuelva lo pedido, la materia controvertida o la incertidumbre jurídica; situación que se configura como un deber de la autoridad administrativa[1493]. Dicha circunstancia le otorga a la resolución final las características que pasamos a reseñar a continuación.

2.1. Contenido de la resolución final del procedimiento

La resolución que pone fin al procedimiento cumplirá los requisitos del acto administrativo señalados en el Capítulo Primero del Título Primero de la Ley[1494]. Adicionalmente, la motivación deberá basarse en la actuación probatoria realizada previamente en la instrucción del procedimiento. Y es que la resolución de un procedimiento administrativo es el acto administrativo por excelencia, máxime si se pronuncia sobre el fondo de la materia controvertida.

1493 SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de derecho administrativo*, cit., p. 100.
1494 Artículo 187º inciso 187.1 de la Ley.

Por otro lado, en los procedimientos iniciados a petición del interesado, la resolución que se pronuncia sobre el fondo será congruente con las peticiones formuladas por este, sin que en ningún caso pueda agravar su situación inicial, es decir, sin que exista una *resolutio in peius*. La limitación a la *resolutio in peius* pretende evitar que la Administración genere desincentivos a la tramitación de procedimientos administrativos que puedan resultar incómodas para la misma.

Lo señalado en el párrafo precedente opera sin perjuicio de la potestad de la administración de iniciar de oficio un nuevo procedimiento, si se cumplen los requisitos que habiliten el mismo. Esto último implica que para que la administración pueda emitir un acto de gravamen en contra del administrado deberá hacerlo efectivo en otro procedimiento, teniendo en cuenta las limitaciones que existen para el empleo de las facultades revocatorias de actos administrativos por parte de la Administración Pública.

Por otro lado, en los procedimientos iniciados de oficio, debe entenderse que la resolución deberá ser congruente con los supuestos de hecho que habilitaron la resolución que apertura el procedimiento de oficio, así como con su contenido. Debe entenderse de igual manera que la resolución debe ser concordante con los fines perseguidos por la autoridad respecto al procedimiento iniciado de oficio.

2.2. El principio de congruencia en el derecho administrativo[1495]

Es necesario reiterar que el denominado principio de congruencia se define en forma distinta en el proceso administrativo y en el proceso judicial. En el proceso judicial, el Juez debe pronunciarse sobre todas y cada una de las pretensiones señaladas, pero únicamente respecto a ellas. En el proceso judicial no se permite, en consecuencia, la emisión de resoluciones infrapetita, citrapetita, ni ultra o extrapetita. Ello ocurre porque el Juez se encuentra vinculado de manera directa a las pretensiones de las partes.

Es necesario señalar que cierto sector de la doctrina procesal establece que existen ciertas circunstancias en las cuales el principio de congruencia en el ámbito jurisdiccional se atenúa, como podría ser los procesos constitucionales o el proceso contencioso administrativo. Sin embargo, en esos casos no encontramos en realidad ante el empleo de principio como el *iura novit curia*, en el caso de los procesos constitucionales; así como ante la ejecución de la sentencia emitida, en el caso del proceso contencioso administrativo[1496].

1495 Artículo 5º inciso 5.4 y artículo 187º de la Ley.

1496 Ley que regula el proceso contencioso administrativo:

Artículo 38º.- Sentencias estimatorias

La sentencia que declare fundada la demanda podrá decidir en función de la pretensión planteada lo siguiente:

(...)

2. El restablecimiento o reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la

Ahora bien, en el procedimiento administrativo general es posible que la autoridad administrativa se pronuncie adicionalmente sobre hechos no referidos en la solicitud inicial si estos fueron de conocimiento de la misma y se hicieron también de conocimiento del administrado, a fin de que el mismo pueda ejercer su derecho de defensa o la facultad de contradicción, aportando las pruebas que estime pertinentes[1497]. Lo que ocurre es que la autoridad administrativa no se encuentra vinculada de manera rígida a las pretensiones de las partes[1498], en tanto debe resolver todas las cuestiones que se presenten dentro del procedimiento, aun cuando no hayan sido propuestas por el administrado, a fin de resolver de manera integral, en mérito del principio de verdad material.

En este orden de ideas, aunque la Ley no lo señale expresamente así, es evidente que los hechos adicionales no referidos en la solicitud inicial deben tener relación con aquellos que sí han sido señalados en la misma, de tal manera que se encuentren dentro de los límites objetivos del procedimiento[1499]. Los hechos nuevos que no tengan relación con la pretensión del administrado deben implicar la iniciación de una nuevo procedimiento administrativo, si existiesen las condiciones habilitantes para ello.

Lo señalado en los párrafos precedente encuentra su justificación en el hecho de que la resolución tiene por finalidad última satisfacer intereses públicos, que en principio no podría someterse al arbitrio de los administrados como personas particulares. Ello no justifica, sin embargo, la privación del derecho de defensa del administrado.

3. DESISTIMIENTO

El desistimiento implica la conclusión del procedimiento por decisión expresa del administrado, sin que exista pronunciamiento respecto al fondo de lo que es materia del procedimiento administrativo por parte de la autoridad competente, por ello la doctrina lo considera un modo anormal de terminación del procedimiento.

Por ello, el desistimiento se diferencia claramente del abandono, que opera por la inactividad del administrado, y de los silencios administrativos o la caducidad, que funcionan ante la inactividad de la Administración. El desistimiento opera como resultado de la voluntad del administrado y por convenir a su derecho. Además, debe distinguirse el desistimiento de la nulidad —sea de oficio o sea el

adopción de cuantas medidas sean necesarias para el restablecimiento o reconocimiento de la situación jurídica lesionada, aun cuando no hayan sido pretendidas en la demanda.

(...)

1497 SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de derecho administrativo*, cit., p. 103; COSCULLUELA MONTANER, *Manual de derecho administrativo*, cit., p. 338.

1498 GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de procedimiento administrativo*, cit., p. 328.

1499 GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de procedimiento administrativo*, cit., p. 328.

resultado de la resolución de un recurso administrativo—, puesto que mientras el primero permite mantener la validez de los actos administrativos emitidos, los mismos que quedan sin efecto, la nulidad arrastra la de los actos que también contienen el vicio que dio origen a la nulidad.

3.1. Desistimiento del procedimiento y de la pretensión

La doctrina y la legislación reconocen dos tipos de desistimiento que pone fin al procedimiento. Por una lado, el desistimiento del procedimiento, que importará la culminación del mismo, pero no impedirá que posteriormente vuelva a plantearse igual pretensión en otro procedimiento[1500].

Por otro lado, se reconoce la existencia del llamado desistimiento de la pretensión, que impedirá promover otro procedimiento por el mismo objeto y causa[1501]. Parte de la doctrina identifica en forma directa el desistimiento de la pretensión con la llamada renuncia[1502], dado que esta implica la pérdida del derecho en cuestión. Ahora bien, debe entenderse que solo puede haber desistimiento de pretensión respecto a derechos de libre disposición, en particular los de índole patrimonial. No puede renunciarse, por ejemplo, a los derechos laborales. Es por ello que se considera que el desistimiento de la pretensión es un acto que no resulta ser enteramente libre.

Es necesario señalar que el desistimiento solo afectará a quienes lo hubieren formulado[1503]. En consecuencia, el desistimiento no puede afectar a los terceros administrados. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el desistimiento en determinadas circunstancias podría favorecer a ciertos terceros a los que pudiese afectar negativamente la resolución a favor del administrado que se ha desistido.

3.1.1. Medios para hacer el desistimiento

El desistimiento podrá hacerse por cualquier medio que permita su constancia y señalando su contenido y alcance. Sin embargo, para el desistimiento de la pretensión o del procedimiento, y si el desistimiento se realiza en representación de otro administrado, es requerido poder especial indicando expresamente aquellos actos para los cuales fue conferido.

Asimismo, debe señalarse expresamente si se trata de un desistimiento de la pretensión o del procedimiento. Ahora bien, si ello no se precisa, se considera que se trata de un desistimiento del procedimiento[1504], a fin de mantener incólume la pretensión del administrado.

1500 Artículo 189º inciso 189.1 de la Ley N.º 27444.
1501 Artículo 189º inciso 189.2 de la Ley N.º 27444.
1502 SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de derecho administrativo*, cit., p. 104.
1503 Artículo 189º inciso 189.3 de la Ley N.º 27444.
1504 Artículo 189º inciso 189.4 de la Ley N.º 27444.

Finalmente, el desistimiento se podrá realizar en cualquier momento antes de que se notifique la resolución final en la instancia. La autoridad aceptará de plano el desistimiento y declarará concluido el procedimiento, salvo que, habiéndose apersonado en el mismo terceros interesados, instasen estos su continuación en el plazo de diez días desde que fueron notificados del desistimiento[1505].

3.1.2. Continuación de oficio del procedimiento

La autoridad podrá continuar de oficio el procedimiento si del análisis de los hechos considera que podría estarse afectando intereses de terceros —como ya lo hemos indicado— o la acción suscitada por la iniciación del procedimiento implicara interés general. En ese caso, la autoridad podrá limitar los efectos del desistimiento al interesado y continuará el procedimiento hasta su culminación[1506].

Esta disposición tiene por evidente finalidad impedir que el desistimiento genere perjuicios más allá del ejercicio del derecho de petición por el administrado y es una manifestación adicional de la necesidad de equilibrio entre los intereses particulares y el interés general que debe tutelar el derecho administrativo.

3.2. Desistimiento de un acto procedimental o de un recurso administrativo

Debemos diferenciar el desistimiento que hemos señalado líneas arriba del desistimiento de actos realizados por el administrado. Este desistimiento no necesariamente pone fin al procedimiento administrativo, sino más bien impide que dicho acto no genere efectos. En consecuencia, la norma prescribe que el desistimiento de algún acto realizado en el procedimiento puede realizarse antes de que haya producido efectos[1507].

Asimismo, y como veremos más adelante el administrado puede desistirse de un recurso administrativo antes de que se notifique la resolución final en la instancia, determinando como consecuencia que la resolución impugnada quede firme, salvo que otros administrados se hayan adherido al recurso, en cuyo caso solo tendrá efecto para quien formuló el desistimiento[1508].

4. ABANDONO

De la misma manera como el administrado no debe perjudicarse de la inactividad de la Administración, esta última no puede afectarse por la inactividad del administrado. Por ello, y únicamente en los procedimientos iniciados a solicitud de parte, cuando el administrado incumpla algún trámite que le hubiera sido

1505 Artículo 189º inciso 189.8 de la Ley N.º 27444.
1506 Artículo 189º inciso 189.7 de la Ley N.º 27444.
1507 Artículo 190º inciso 190.1 de la Ley N.º 27444.
1508 Artículo 190º inciso 190.2 de la Ley N.º 27444.

requerido que produzca su paralización por treinta días, la autoridad de oficio o a solicitud del administrado declarará el abandono del procedimiento, lo cual en el derecho comparado también se conoce como caducidad[1509].

Lo antes indicado implica que el abandono no puede generarse por el solo transcurso del tiempo ni por la inactividad de la Administración, puesto que en dicho caso opera el régimen de silencio administrativo que corresponda. Por otro lado, el plazo de abandono guarda correspondencia con el que la Administración tiene para resolver en el procedimiento.

Es necesario señalar que la resolución que declara el abandono deberá ser notificada y contra ella procederán los recursos administrativos pertinentes. Lo cual implica que la resolución señalada pone fin al procedimiento, pero sin pronunciarse sobre el fondo. Por otro lado, el abandono, al generar efectos similares al del desistimiento del proceso, no impide la iniciación de un procedimiento administrativo posterior con la misma pretensión.

Ahora bien, el abandono tiene efectos limitados dado que la Administración tiene la obligación de impulsar de oficio el procedimiento, en especial porque resulta de interés público la resolución de toda solicitud presentada a instancia de parte[1510]. A ello se debe la restricción respecto al incumplimiento de algún trámite que se le hubiera requerido.

4.1. ¿Tiene sentido hoy en día seguir hablando de abandono del procedimiento administrativo?

El abandono procede cuando se requiera una actuación determinada por parte del administrado, y el mismo no la cumpla en el plazo de treinta días. Pero dicha actuación debe cumplir con un requisito esencial, y es que su ausencia genere la paralización del procedimiento administrativo. En este orden de ideas resulta sumamente difícil, en el contexto del principio de impulso de oficio, encontrar una situación en la cual la ausencia de dicha actuación verdaderamente genere la paralización del procedimiento, cuando más bien constituye obligación de la autoridad administrativa remover todos los posibles obstáculos que existan para la tramitación de aquel, por ello siempre se ha considerado en la doctrina que el abandono ocurre en supuestos muy especiales[1511].

En primer lugar, los requisitos contenidos en el TUPA debieron ser verificados en la oficina de trámite documentario o mesa de partes. En el supuesto de que ello no haya sido así, la autoridad instructora deberá solicitar de manera inmediata el documento faltante, si es que no puede suplir dicha ausencia de oficio, en aplicación del principio de informalismo. Precisamente, cuando comentamos lo referente a la subsanación documental en capítulos anteriores de esta obra,

1509 Artículo 191º de la Ley N.º 27444.
1510 GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, cit., T. I, p. 501.
1511 GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de procedimiento administrativo*, cit., pp. 353-354.

señalamos que el Decreto Legislativo N.º 1029 ha reformado el artículo 125º de la Ley N.º 27444, preceptuando que, si es que la mesa de partes no ha advertido el defecto y se necesita una actuación del administrado, la autoridad administrativa, por única vez, podrá emplazar al administrado para que cumpla con lo solicitado. Si ello no ocurre, la norma prescribe que ocurre el abandono del procedimiento. A lo que hay que agregar que la autoridad administrativa no puede alegar deficiencias del administrado no advertidas a la presentación de la solicitud, como fundamento para denegar su pretensión[1512], limitación que debe aplicarse entonces también a dicho emplazamiento realizado por la autoridad administrativa.

La norma establece que en este caso nos encontramos ante un supuesto de suspensión del plazo, lo cual evidentemente no implica la paralización del procedimiento. Como resultado, lo señalado se contradice con lo establecido en el artículo 132º de la Ley del Procedimiento Administrativo General, el cual dispone que, para los actos de cargo del administrado requeridos por la autoridad, como pueden ser la entrega de información, la respuesta a las cuestiones sobre las cuales deban pronunciarse, entre otros, se establece que el plazo es dentro de los diez días de solicitada dicha actuación.

Ahora bien, este último plazo resulta ser eminentemente contradictorio con el establecido por la Ley en materia de abandono, puesto que el plazo para las actuaciones del administrado en general es de diez días como máximo, mientras que para aquellas que paralicen el procedimiento el plazo sería de treinta. En buena cuenta, una actuación que es perentoria —vale decir, aquella que paralizaría el procedimiento— debería estar sometida a un plazo eminentemente menor que una que no posee dicha cualidad; lo cual no se manifiesta de manera alguna en la Ley del Procedimiento Administrativo General. Desafortunadamente, ello no ha sido corregido por el Decreto Legislativo N.º 1029.

En consecuencia, si bien es evidente que el artículo 132º de la Ley no establece que es lo que ocurre si es que el administrado no cumple con la actuación en cuestión, debe entenderse, en aplicación de los principios que hemos referido líneas arriba, que el efecto de dicho incumplimiento deberá ser que la administración se deba pronunciar sin tomar en cuenta dicha actuación —en aplicación del principio de verdad material—, o en el peor de los casos, que declare infundada o improcedente la solicitud presentada por el administrado.

4.2. Impulso de oficio y abandono

En segundo lugar, si es que un documento específico, establecido en el TUPA, no posee el valor probatorio debido, la autoridad administrativa deberá solicitar al administrado el documento pertinente, únicamente si es que por sí misma no puede corregir la deficiencia advertida, como lo hemos señalado. En este

1512 Numeral 7 del artículo 148º de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

caso, si es que el administrado no cumple debidamente con dicha actuación, cuya solicitud sería más bien excepcional, la misma deberá ser declarada infundada; sin que la administración deba esperar que el administrado cumpla con la misma luego de un plazo suficientemente prudencial, que se encuentra debidamente establecido en la ley, como veremos más adelante.

Por otro lado, dado que el principio de impulso de oficio surge de la concepción de interés general que se encuentra detrás del procedimiento administrativo, el abandono debería proceder únicamente cuando el procedimiento que se está tramitando no contiene una materia en la cual se encuentre involucrado precisamente dicho interés general, como ocurre en algunos ámbitos del derecho administrativo comparado[1513]. La aplicación de dicha institución se encontraría limitada aun con mayor intensidad, hasta su casi inaplicación, puesto que todo procedimiento, incluso los iniciados a pedido de parte, entrañan un componente ineludible de interés general.

4.3. Abandono y verdad material

Una institución como el abandono no es consistente con los principios de verdad material y de oficialidad de la prueba. Si la autoridad administrativa debe verificar plenamente los hechos que va a motivar su decisión, la misma no debería depender de trámite alguno a ser realizado por el administrado, sino más bien de la actuación probatoria de la administración, la misma que es decidida de oficio.

Como lo hemos señalado, en un procedimiento administrativo la carga de la prueba corresponde básicamente a la autoridad administrativa, a diferencia del proceso judicial, en el cual se dice que dicha carga corresponde a quien afirma un hecho; atribución esta última que incluso hoy en día viene siendo discutida, al existir múltiples excepciones a la misma. La ausencia de un trámite debería generar que la autoridad administrativa prescinda del mismo para decidir respecto a lo solicitado, aun en desmedro del interés del administrado.

4.4. El papel del recurso de reconsideración en esta situación

En el análisis que estamos realizando cumple un rol fundamental el recurso de reconsideración, puesto que el mismo permite que la autoridad administrativa vuelva a analizar el expediente, a través de la actuación de una nueva prueba, que perfectamente podría ser la actuación que el administrado no cumplió durante la instancia previa. Cuando analizamos el recurso de reconsideración tenemos la sensación de que el mismo no constituye en realidad un recurso administrativo, puesto que es resuelto por la misma autoridad que emitió el acto administrativo impugnado y además es opcional, no siendo indispensable para agotar la vía administrativa.

1513 GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de procedimiento administrativo*, cit., p. 355.

Sin embargo, el recurso de reconsideración es susceptible de ser empleado precisamente en aquellos casos en los cuales la autoridad administrativa ha declarado improcedente o infundada una solicitud dado el incumplimiento por parte del administrado de una actuación a su cargo, que precisamente sería aquella que habría permitido a la referida autoridad pronunciarse a favor del administrado. El administrado obtendría el derecho perseguido a través de su solicitud inicial mediante la nueva prueba que sustenta el recurso, sin que el procedimiento se haya visto perjudicado por el incumplimiento o la omisión ocurrida en la instancia anterior. Sobre este punto vamos a volver más adelante cuando analicemos lo concerniente a los recursos administrativos.

5. CADUCIDAD

La doctrina reconoce la caducidad como mecanismo de conclusión de procedimientos administrativos iniciados de oficio, ante el transcurso de determinado plazo establecido sin que la Administración se pronuncie, es decir, ante la inactividad de la misma. Es evidente que esta caducidad únicamente puede darse en procedimientos de oficio[1514] —en los cuales puede darse resoluciones susceptibles de generar consecuencias gravosas para el administrado—, dado que en los procedimientos iniciados a pedido de parte el régimen aplicable es el del silencio administrativo.

La Ley del Procedimiento Administrativo General no regula expresamente la caducidad, sino en supuestos muy puntuales, como podría ser el procedimiento sancionador, típico procedimiento de oficio. En este caso, se señala que le cómputo del plazo de prescripción se reanuda si el trámite del procedimiento sancionador se mantuviera paralizado por más de veinticinco (25) días hábiles, por causa no imputable al administrado.

Sin embargo, la administración no puede tener facultades de tramitación de procedimientos administrativos *ad infinitum* sino más bien debe establecerse mecanismos de sanción ante la inacción administrativa, que permitan incentivar a los funcionarios públicos a resolver en el plazo debido. Si bien es cierto el silencio administrativo es un medio de protección frente a la inactividad formal de la Administración, debe tenerse en cuenta que el mismo es aplicable únicamente a los procedimientos iniciados a instancia de parte y no respecto de los procedimientos de oficio, a diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones.

1514 SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de derecho administrativo*, cit., p. 107.

Capítulo XXIV

EL SILENCIO ADMINISTRATIVO

SUMARIO: 1. Silencio administrativo positivo. 1.1. La evolución del silencio administrativo positivo. 1.1.1. Los supuestos en que los procedimientos de evolución previa se encontraban sujetos a silencio administrativo positivo según la Ley N.º 27444. 1.1.2. La Ley N.º 29060, Ley del Silencio Administrativo, y la regulación actual contenida en el Decreto Legislativo N.º 1029. 1.2. Los efectos del silencio administrativo positivo. 1.2.1. El acto ficto resultante del silencio administrativo positivo. a. La declaración jurada. b. La nulidad de oficio. c. Las responsabilidades establecidas por la ley. d. El rol del órgano de control institucional. **2. Silencio administrativo negativo.** 2.1. El silencio administrativo negativo como garantía del administrado. 2.1.1. Lo señalado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. 2.1.2. Lo señalado por la Ley N.º 27584 y la reforma posterior. 2.2. Supuestos en que el procedimiento de evaluación previa se encuentran sujetos al silencio administrativo negativo. 2.2.1. La materia tributaria y aduanera. 2.2.2. Lo establecido en la norma derogada. 2.3. Los efectos del silencio administrativo negativo. 2.4. La llamada resolución ficta denegatoria y su regulación excepcional por parte del ordenamiento peruano.

El silencio administrativo es el mecanismo por excelencia de control de la anomia administrativa, pues establece la posibilidad de otorgar efectos jurídicos a la falta de pronunciamiento de la autoridad administrativa en el plazo establecido para ello, pudiendo dichos efectos implicar la denegatoria de lo solicitado, en el caso del silencio administrativo negativo; o la concesión de lo solicitado, en el caso del silencio administrativo positivo. El silencio administrativo funciona siempre como una garantía a favor del administrado, otorgándole a este la facultad de ser quien active el efecto jurídico en mérito a su decisión. En este sentido, la Ley del Silencio Administrativo deroga el régimen establecido por la Ley del Procedimiento Administrativo General —contenido en los artículos 33º y 34º del mismo— reemplazándolo por un diseño que otorga una evidente preferencia al silencio administrativo positivo en el contexto de los procedimientos administrativos de evaluación previa.

1. SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO

Se ha señalado que el silencio administrativo positivo, entendido conjuntamente con su carácter residual, configura un retroceso del derecho administrativo

originado en corrientes liberales que se dieron en el país desde fines de la década de 1980[1515]. Sin embargo, ello debe considerarse con cuidado, puesto que silencio positivo es una institución de larga data en el derecho administrativo moderno, en especial en el ámbito del derecho comparado[1516]. Incluso desde posiciones estatistas —y con mayor razón— resulta indispensable asegurar la eficiencia de la Administración Pública, eficiencia que resulta incentivada, entre otras instituciones, a través del silencio administrativo, y especialmente, mediante el silencio administrativo positivo.

Y es que resulta evidente la necesidad de establecer mecanismos a través de los cuales se garantice el derecho de los administrados ante la inactividad de la Administración. El silencio administrativo en general y particularmente el silencio administrativo positivo tienen su origen, en primer lugar, en la necesidad de satisfacer el derecho de petición que se encuentra establecido constitucionalmente, siendo evidente que, si la administración no se pronuncia en el plazo, dicha situación no debería perjudicar al administrado solicitante. Lo que ocurre es que el derecho de petición administrativa resulta ser el equivalente administrativo del derecho de acción propio del ámbito jurisdiccional: es un derecho público subjetivo que permite el acceso a la autoridad competente, así como la excitación de la actividad administrativa a través de una solicitud, sin perjuicio de que esta última otorgue o deniegue lo pedido[1517].

En segundo lugar, el silencio administrativo positivo tiene por finalidad simplificar los procedimientos administrativos, fomentando la formalidad, permitiendo un acercamiento más eficiente de los particulares a la Administración. En general, la razón de ser de la simplificación administrativa estriba en la reducción de intervenciones administrativas que gravan de forma injustificada o desproporcionada la actividad de los ciudadanos y de las empresas[1518].

En este orden de ideas, es necesario fomentar la formalidad de los agentes sociales y económicos, a fin de que los mismos puedan incorporarse con facilidad a la sociedad y al mercado. Para ello es indispensable a su vez facilitar la obtención de determinados actos administrativos, permitiendo que, en los casos en los que no se afecte seriamente el interés público, la inactividad de la Administración genere la obtención de dicho pronunciamiento a favor del administrado. En tal sentido, el silencio administrativo positivo debe constituir más bien la regla, y no la excepción dentro del ordenamiento jurídico administrativo; que es lo que se encuentra determinado de manera plausible en la Ley N.º 29060, Ley del Silencio Administrativo.

1515 Sobre el particular: OCHOA CARDICH, César, *Los principios generales del procedimiento administrativo*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002, pp. 3-6.

1516 GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, cit., T. I, p. 589.

1517 GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de procedimiento administrativo*, cit., p. 287.

1518 TORNOS MÁS, "La simplificación procedimental en el ordenamiento español", cit., p. 42.

1.1. La evolución del silencio administrativo positivo

En realidad, la primera norma que consigna el silencio administrativo positivo fue el artículo 11º del Decreto Supremo N.º 070-89-PCM, Reglamento de la Ley de Simplificación Administrativa, que incorporó el silencio administrativo positivo, para circunstancias derivadas de la tramitación de autorizaciones, licencias y permisos, en mérito al principio de presunción de veracidad.

Seguidamente, tenemos el silencio administrativo positivo fue el Decreto Legislativo N.º 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, como un mecanismo para otorgar seguridad jurídica a las inversiones. De hecho, la Constitución de 1979 consignaba erróneamente el silencio administrativo negativo en la regulación establecida respecto al derecho de petición, con lo cual dicho mecanismo parecía el único aplicable para que el administrado pudiese contrarrestar los efectos perniciosos de la inactividad formal de la Administración.

La norma antes señalada establecía una evidente preferencia a favor del procedimiento administrativo de aprobación automática, siendo el de evaluación previa más bien excepcional. Y dentro de esta excepcionalidad, debía preferirse el silencio administrativo positivo al negativo[1519], restringiéndose este último a casos debidamente calificados. Únicamente en el caso de los procedimientos tributarios, los procedimientos administrativos trilaterales, los procedimientos para la enajenación o adquisición de bienes y servicios por o para el Estado y los procedimientos para el otorgamiento de concesiones para obras de infraestructura resultaba aplicable el silencio administrativo negativo; dada la intensidad de interés general involucrado en estas materias.

1.1.1. Los supuestos en que los procedimientos de evolución previa se encontraban sujetos a silencio administrativo positivo según la Ley N.º 27444

Posteriormente, la Ley N.º 27444 modificó este diseño, estableciendo un conjunto de supuestos en los cuales, los procedimientos de evaluación previa están sujetos a silencio administrativo positivo[1520], supuestos que han sido derogados por la Ley N.º 29060. En primer lugar, la norma hacía mención a las solicitudes cuya estimación habilite para el ejercicio de derechos preexistentes, salvo que mediante ella se transfiera facultades de la administración pública o que habilite para realizar actividades que se agoten instantáneamente en su ejercicio. Esto último resulta curioso, pues nos puede llevar a pensar que toda solicitud que permita habilitar para realizar actividades que se agotan instantáneamente está sometida a silencio administrativo negativo lo cual no es necesariamente cierto. Por otro lado, dicho ejercicio de derechos deberá ser susceptible de afectar

1519 Artículo 25º del Decreto Legislativo N.º 757.
1520 Artículo 33º de la Ley N.º 27444.

a terceros, caso contrario nos encontraríamos ante el supuesto de aplicación del procedimiento de aprobación automática establecido por la ley[1521]. Como resultado, el silencio administrativo positivo funcionaba de manera residual, respecto a los procedimientos sujetos a silencio administrativo negativo.

Asimismo, se encontraban sujetos al silencio administrativo positivo los recursos destinados a cuestionar la desestimación de una solicitud cuando el particular haya optado por la aplicación de silencio administrativo negativo, teniendo en cuenta que los recursos, en general, se encontraban sometidos al silencio administrativo negativo. Es decir, si el administrado optó en una instancia por asumir que su solicitud había sido denegada, en la instancia superior podrá asumir que la misma le ha sido concedida en caso la administración no resuelva en el plazo establecido por la Ley.

Esta medida pretendía ser un incentivo adecuado para la actuación diligente de la Administración al resolver recursos administrativos; así como un mecanismo para proteger al administrado y fomentar la celeridad de los procedimientos. Por otro lado, un mecanismo como el descrito generaría la obtención de lo pedido por el administrado en sede administrativa, sirviendo como medio para limitar la cantidad de conflictos que llegan al Poder Judicial a través del proceso contencioso administrativo. Como veremos más adelante, la Ley N.º 29060 modifica esta regulación, estableciendo que los recursos se encuentran sometidos al silencio administrativo positivo, con la salvedad establecida a su vez por el Decreto Legislativo N.º 1029.

Además, se encontraban sujetos al silencio administrativo positivo los procedimientos en los cuales la trascendencia de la decisión final no pueda repercutir directamente en administrados distintos del peticionario, mediante la limitación, perjuicio o afectación a sus intereses o derechos legítimos. Esta era en realidad la norma general, que operaba en supuestos múltiples en los cuales no se afecten derechos de terceros. Esta previsión, en consecuencia, también nos muestra el carácter residual del silencio administrativo positivo en la Ley del Procedimiento Administrativo General antes de la reforma generada por la Ley del Silencio Administrativo.

Finalmente, la norma derogada aplicaba el silencio administrativo positivo a los otros procedimientos iniciados a instancia de parte que no se encuentran sujetos al silencio negativo taxativo contemplados en el artículo 34º de la Ley, con lo cual el silencio administrativo positivo se convierte más bien en la norma de aplicación más general, como lo hemos señalado reiteradamente. Se exceptúan de esta regla los procedimientos de petición graciable y de consulta, los cuales se rigen por su regulación específica.

1521 MORÓN URBINA, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., p. 142.

1.1.2. La Ley N.º 29060, Ley del Silencio Administrativo, y la regulación actual contenida en el Decreto Legislativo N.º 1029

La Ley del Silencio Administrativo establece en primer lugar que se encuentran sometidas al silencio administrativo positivo las solicitudes cuya estimación habilite para el ejercicio de derechos preexistentes o para el desarrollo de actividades económicas que requieran autorización previa del Estado, y siempre que no se encuentren contempladas en la Primera Disposición Transitoria, Complementaria y Final[1522]; las cuales evidentemente se encuentran sometidas al silencio administrativo negativo. Como resultado de esta disposición la reforma del tratamiento del silencio administrativo positivo lleva a considerar este último como la regla dentro de los procedimientos administrativos de evaluación previa, siendo el silencio administrativo negativo más bien la excepción.

Asimismo, la redacción original de la norma antes señalada establecía que se encuentran sometidos al silencio administrativo positivo los recursos destinados a cuestionar la desestimación de una solicitud o actos administrativos anteriores. Como la norma no hacía distinción respecto a los procedimientos administrativos a los cuales se les aplicaba esta disposición, debía entenderse que la misma se dirigía a todos los procedimientos administrativos de evaluación previa. Sin embargo, el Decreto Legislativo N.º 1029 modifica la norma, limitándola a aquellos procedimientos de evaluación previa que se encuentran sometidos al silencio administrativo positivo, es decir, excluyendo aquellos contemplados en la Primera Disposición Transitoria, Complementaria y Final de dicha norma. El silencio al cual se encuentra sometido el recurso sería entonces el mismo de aquel

Además, la norma establece que se aplica el silencio administrativo positivo a los procedimientos en los cuales la trascendencia de la decisión final no pueda repercutir directamente en administrados distintos del peticionario, mediante la limitación, perjuicio o afectación a sus intereses o derechos legítimos. Esta disposición es equivalente a la que se encontraba en el artículo 33º de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

1.2. Los efectos del silencio administrativo positivo

La redacción original de la Ley N.º 27444 establecía que los procedimientos administrativos de evaluación previa sujetos a silencio administrativo positivo quedarán automáticamente aprobados en los términos en que fueron solicitados si transcurrido el plazo establecido o máximo, la entidad no hubiera comunicado al administrado el pronunciamiento[1523]. Como resultado, se entendía de manera general que el plazo establecido para la emisión del acto administrativo resolutorio incorporaba el plazo de notificación, puesto que la notificación es en

1522 Artículo 1º de la Ley N.º 29060.
1523 Artículo 188º inciso 188.1 de la Ley N.º 27444.

buena cuenta fecha cierta de la resolución emitida, como lo hemos señalado en la parte pertinente de este trabajo.

Emitida la Ley N.º 29060 se generó cierta confusión al interior de la Administración Pública, puesto que la misma definía la generación de los efectos del silencio administrativo positivo cuando, vencido el plazo establecido o máximo, la entidad no hubiera emitido el pronunciamiento correspondiente; sin que la norma haya modificado la redacción del artículo 188º de la Ley N.º 27444. El Decreto Legislativo N.º 1029 resuelve esta antinomia, preceptuando que al plazo de comunicación de la entidad debe agregarse el plazo de notificación, con lo cual en la práctica las entidades tienen cinco día más para resolver.

1.2.1. El acto ficto resultante del silencio administrativo positivo

El silencio administrativo positivo, a diferencia del silencio administrativo negativo, configura un acto presunto o una resolución ficta[1524], con las prerrogativas que la norma jurídica otorga al acto administrativo[1525]. Ello nos conduce a afirmar que la Administración no podría resolver posteriormente negando al administrado lo que ha solicitado, ni mucho menos revocar el silencio administrativo positivo que se ha generado, dadas las limitaciones existentes a las facultades revocatorias de la administración.

No obstante ello, existe quienes consideran que la emisión posterior de la resolución final podría modificar el sentido del silencio administrativo positivo. Ello es imposible, puesto que la resolución ficta concediendo lo solicitado existe jurídicamente desde el vencimiento del plazo, lo cual ocurre siempre antes de la emisión del acto ficto denegatorio. Al no poder existir dos actos administrativos resolviendo la misma controversia es evidente que el segundo debería en nulo. Inclusive, una interpretación contraria somete al administrado a una evidente situación de inseguridad, que inclusive puede afectar a los terceros que establezcan relaciones jurídicas con él[1526]. Sin embargo, si la resolución final, que ha sido emitida fuera de plazo, es más beneficiosa para el administrado que el silencio administrativo positivo propiamente dicho, debería aplicarse la misma[1527].

1524 DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge, "El silencio administrativo como técnica de garantía del particular frente a la inactividad formal de la Administración", en *Ius et Veritas*, N.º 13, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1996, p. 227.

1525 Para una concepción diferente: MORILLO-VELARDE PÉREZ, José Ignacio, "El silencio administrativo tras la reforma de 1999: un cambio inadvertido y unas posibilidades inéditas", en *Revista de Administración Pública*, N.º 159, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2002, pp. 96 y ss.

1526 Sobre el particular: CALVO CHARRO, María, "Silencio Positivo y acciones declarativas", en *Revista de Administración Pública*, N.º 128, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, pp. 402-403.

1527 Sobre el particular: MARTÍN VALDIVIA, Salvador, "El silencio administrativo como garantía de los derechos de los particulares", en *Revista de Administración Pública*, N.º 149, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1999, p. 452.

a. La declaración jurada

Lo que venimos explicando fue materia de controversia ante la aparición de la declaración jurada regulada por la Ley del Silencio Administrativo[1528], la misma que tendría por finalidad poder ejercer el derecho obtenido como resultado de dicho pronunciamiento ficto. Ante dicha antinomia, el Decreto Legislativo N.º 1029, dentro de la reforma del artículo 188º de la Ley del Procedimiento Administrativo General precisa que declaración jurada posee efecto declarativo, no constitutivo, señalándose que la misma no resulta necesaria para ejercer el derecho resultante del silencio administrativo positivo ante la misma entidad. En consecuencia, la declaración jurada es necesaria para acreditar la existencia del acto administrativo ficto ante otras entidades de la Administración distintas a aquella donde se tramitaba el procedimiento, bastando en esta última el cargo de presentación de la solicitud.

La Ley del Silencio Administrativo prescribe además que los administrados que hagan uso indebido de la Declaración Jurada, declarando información falsa o errónea, deberán resarcir los daños ocasionados por la misma y serán denunciados penalmente por la entidad afectada[1529]. En este caso nos encontraríamos ante un delito contra la fe pública en la modalidad de falsedad genérica, conforme lo dispuesto por el artículo 438º del Código Penal. La norma aplica también lo dispuesto en el numeral 32.3 del artículo 32º de la Ley N.º 27444, en particular en el supuesto de la declaración de nulidad de oficio del acto administrativo que se origine en una declaración jurada proveniente a su vez de otro procedimiento administrativo.

b. La nulidad de oficio

Lo señalado en los párrafos anteriores opera sin perjuicio de la entidad pueda ejercer la facultad de hacer efectiva, sea administrativa o judicialmente, la nulidad de oficio, para lo cual debe acreditarse el agravio al interés general y ejercitarse dentro del término establecido, de conformidad con lo señalado por la Ley. Esta facultad se justifica en el hecho de impedir que algún particular emplee el silencio administrativo positivo no obstante el incumplimiento de normas de procedimiento, vulnerando a su vez el interés general.

Es evidente que la nulidad de oficio constituye el único mecanismo que la entidad posee ante la generación de un acto administrativo ficto que vulnere la normativa aplicable, puesto que dicho acto administrativo se encuentra respaldado también por el principio de presunción de validez establecido por el artículo 9º de la Ley del Procedimiento

1528 Artículo 3º de la Ley N.º 29060.
1529 Artículo 7º de la Ley N.º 29060.

Administrativo General, por el cual el acto administrativo es válido mientras no se declare formalmente su nulidad.

c. Las responsabilidades establecidas por la ley

La regulación establecida por la Ley del Silencio Administrativo genera la necesidad de asegurar el cumplimiento de la misma por parte de la autoridad administrativa, caso contrario, el derecho de petición que se pretende tutelar, así como la generación de mayor formalidad e inversión se verían desvirtuado. Como resultado, la norma preceptúa que los empleados públicos que, injustificadamente, se nieguen a reconocer la eficacia del derecho conferido al administrado al haber operado a su favor el silencio administrativo positivo de un procedimiento que se sigue ante la misma entidad, incurrirán en falta administrativa sancionable, conforme lo establecido en el artículo 239º de la Ley N.º 27444, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales a que hubiera lugar[1530].

En primer lugar, es difícil encontrar un supuesto en el cual un empleado público pueda negarse a reconocer la eficacia del acto administrativo ficto de manera justificada una vez generado el silencio administrativo positivo, con lo cual dicho adverbio se encontraría demás; puesto que como lo hemos indicado el único mecanismo que tiene la Administración para enervar el acto administrativo ficto resultante es a través de la nulidad de oficio. En segundo lugar, si bien las responsabilidades civiles se hacen efectivas a través del empleo del artículo 238º de la Ley del Procedimiento Administrativo General, las responsabilidades penales corresponderían al delito de abuso de autoridad, en particular la modalidad definida por el artículo 377º del Código Penal.

La norma preceptúa que dichas responsabilidades son imputables también a los empleados públicos, de cualquier entidad de la Administración Pública, que se nieguen injustificadamente a recibir o cumplir la resolución aprobatoria ficta derivada de la declaración jurada presentada en un procedimiento que se sigue ante otra entidad de la administración. Como lo hemos señalado líneas arriba, la utilidad práctica de la declaración jurada se dirige a acreditar el silencio administrativo positivo ante otras entidades de la administración, por lo cual es necesario asegurar que la misma genere los efectos jurídicos pertinentes.

d. El rol del órgano de control institucional

Ahora bien, en el caso de que el funcionario o servidor público incumpla lo establecido en la Ley del Silencio Administrativo, la misma

1530 Artículo 4º de la Ley N.º 29060.

preceptúa que los administrados podrán interponer, individualmente o en conjunto, el recurso de queja establecido por la ley, o presentar una denuncia al órgano de control interno de la entidad respectiva, sin perjuicio de las acciones civiles y penales pertinentes resultantes de las responsabilidades que correspondan[1531]. De la redacción de la Ley del Procedimiento Administrativo General era sencillo deducir que la queja administrativa —que no es un recurso, como ya se ha señalado en el acápite respectivo— es pertinente cuando la autoridad administrativa no hace efectivo el derecho resultante de un acto administrativo ficto; con lo cual la Ley N.º 29060 no establece nada nuevo en esta materia.

La novedad de la norma pareciera ser la denuncia al órgano de control interno. En primer lugar, conforme lo dispuesto por la Tercera Disposición Final de la Ley N.º 28716, Ley de Control Interno de las entidades del Estado, estos órganos, dependientes de la Contraloría General de la República, deben ser denominados Órgano de Control Institucional, toda vez que el control interno involucra a toda la entidad administrativa y no solo a dicha oficina. En segundo lugar, la novedad no lo es tanto, puesto que dicha atribución ya se encontraba presente en el Reglamento de los Órganos de Control Institucional, el mismo que establece como función de dichos órganos recibir y atender las denuncias que formulen los funcionarios y servidores públicos y ciudadanos, sobre actos y operaciones de la entidad, otorgándole el trámite que corresponda a su mérito y a la documentación que la sustenta[1532].

La Ley del Silencio Administrativo preceptúa además que las denuncias ante el órgano de control de las entidades de la Administración Pública respectivas, que se presenten contra los funcionarios o servidores públicos que incumplan lo establecido en la norma, serán puestas en conocimiento del público a través de la página web de la entidad o publicadas en el Diario Oficial "El Peruano", una vez que la resolución que pone fin al procedimiento disciplinario quede consentida[1533]. En realidad, el procedimiento disciplinario puede ser resultado de la denuncia ante el órgano de control institucional, pero también puede ser resultado de la queja administrativa. Una lectura literal del precepto nos llevaría a asumir que dicha publicación no sería pertinente en este último caso. Además, debe entenderse que la denuncia será puesta en conocimiento si como resultado del procedimiento disciplinario se ha generado una sanción; caso contrario no sería pertinente efectuar dicha publicación.

1531 Artículo 5º de la Ley N.º 29060.
1532 Cfr. Resolución de Contraloría N.º 459-2008-CG.
1533 Artículo 6º de la Ley N.º 29060.

2. SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO

Como se ha señalado, el silencio administrativo negativo opera ante la inactividad de la Administración, permitiendo al administrado considerar que su solicitud ha sido rechazada. En tal sentido, el silencio administrativo negativo pretende ser un paliativo a la inacción de la entidad, habilitando la interposición de los recursos respectivos, o en su caso, la iniciación del proceso contencioso administrativo[1534]. Ello no obsta, sin embargo, para que el particular pueda esperar el pronunciamiento de la Administración.

Inicialmente, el silencio administrativo negativo se había convertido en la regla en la tramitación de procedimientos administrativos. Sin embargo, como ya lo hemos señalado, el Reglamento de la Ley de Simplificación Administrativa incorporó el silencio administrativo positivo, para circunstancias derivadas de la tramitación de autorizaciones, licencias y permisos. Más bien, fue el Decreto Legislativo N.º 757 el que convirtió el silencio administrativo negativo en la excepción, revirtiendo la situación existente hasta fines de la década de 1980.

La Ley del Procedimiento Administrativo General, como ya hemos visto, modera la anterior consideración, estableciendo un diseño más bien equilibrado; hasta la promulgación de la Ley del Silencio Administrativo, generando que la mayoría de procedimientos administrativos deban tramitarse teniendo como principio la aprobación automática o el silencio administrativo positivo.

2.1. El silencio administrativo negativo como garantía del administrado

Dada su naturaleza de garantía a favor del administrado, el silencio administrativo negativo no inicia el cómputo de plazos ni términos para su impugnación[1535]. El silencio administrativo es la protección del administrado contra la inactividad o la omisión de la Administración, las mismas que violan el deber de resolver que tiene la misma, funcionando tan solo como una ficción procesal, lo cual deja de lado interpretaciones abiertamente erróneas que han considerado el silencio administrativo negativo como un acto presunto[1536].

2.1.1. Lo señalado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Ahora bien, hasta hace algún tiempo, la jurisprudencia peruana había tenido decisiones contradictorias respecto al principio que venimos explicitando. De hecho, en la mayoría de las oportunidades, el Tribunal Constitucional, al resolver en especial procesos de amparo, había considerado que el silencio

1534 Artículo 188º inciso 188.3 de la Ley N.º 27444.

1535 Artículo 188º inciso 188.5 de la Ley N.º 27444.

1536 DANÓS ORDÓÑEZ, "El silencio administrativo como técnica de garantía del particular frente a la inactividad formal de la Administración", cit., p. 229.

administrativo da lugar al cómputo del plazo para la interposición del proceso de amparo, interpretación a todas luces errónea.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional posteriormente se ha pronunciado de manera distinta sobre el particular, señalando que el silencio administrativo implica el derecho de opción del administrado, modificando precedentes anteriores; basándose fundamentalmente en la naturaleza del silencio administrativo negativo incluso al amparo de la norma legal derogada por la Ley del Procedimiento Administrativo General, es decir, el Texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos[1537].

El Tribunal ha señalado que incluso una interpretación literal del dispositivo legal que regulaba en aquel momento el silencio administrativo negativo descarta la tesis de que el mismo genera transcurso de plazo. En efecto, el Tribunal señala que, de conformidad con el artículo 99º de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, ya derogada, el término para la interposición de este recurso es de quince (15) días y deberá resolverse en un plazo máximo de treinta (30) días, transcurridos los cuales, sin que medie resolución, el interesado podrá considerar denegado dicho recurso a efectos de interponer el Recurso de Revisión o la demanda judicial, en su caso, o esperar el pronunciamiento expreso de la Administración Pública. La norma precisaba claramente que el administrado podrá considerar denegado el petitorio, siendo que el transcurso de plazo no generaba un pronunciamiento ficto.

El Tribunal ha señalado además que la norma en cuestión —el Decreto Supremo N.º 02-94-JUS— consagra una facultad del administrado a la que, si

1537 La sentencia del Tribunal Constitucional a la que hacemos referencia fue emitida con fecha 06 de agosto de 2002, en un Proceso de Amparo y establece el criterio al que hacemos referencia en los siguientes términos:
"***Silencio administrativo negativo***
El Tribunal Constitucional interpretó que, en el caso de la acción de amparo, en el supuesto de que el administrado interpusiera recurso de reconsideración o de apelación, operaba siempre el silencio administrativo negativo, de modo tal que aquél no tenía la opción señalada en los artículos 98.º y 99.º del que fuera el Texto Único de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, D.S. N.º 02-94-JUS, de esperar el pronunciamiento expreso de la autoridad administrativa o de acogerse al silencio administrativo cuando considerara que conviniera a su derecho.
(...)
Naturaleza
El silencio administrativo constituye un privilegio del administrado ante la Administración, para protegerlo ante la eventual mora de esta en la resolución de su petición. Se trata de "una simple ficción de efectos estrictamente procesales, limitados, además, a abrir la vía de recurso", en sustitución del acto expreso; pero "en beneficio del particular únicamente", (...). Sobre el particular, deben resaltarse dos aspectos: Se trata de una presunción en beneficio del particular únicamente, y su efecto es abrir la vía jurisdiccional, indefinidamente, en tanto la Administración no haya resuelto expresamente el recurso. La interpretación aún vigente del Tribunal Constitucional no concuerda con estos dos aspectos (...).
(...)".

así lo desea, podrá acogerse. El silencio administrativo negativo, entonces, no entraña una obligación; por lo tanto, la no resolución del recurso administrativo dentro del plazo de treinta días no puede considerarse como causal de exclusión de la potestad del administrado de esperar el pronunciamiento expreso de la administración.

El precedente jurisprudencial existente en la actualidad, entonces, establece que el administrado puede hacer efectivo el silencio administrativo negativo o más bien esperar el pronunciamiento expreso de la Administración. En consecuencia, no puede computarse plazo alguno para la interposición de una demanda de amparo mientras no haya una resolución expresa de la autoridad administrativa.

Ello, porque el Tribunal ha señalado, en la sentencia materia de análisis, que una interpretación como la que el citado ente recusa no resulta acorde con el principio *pro homine* y *pro libertatis* de la interpretación constitucional, según los cuales, ante eventuales diferentes interpretaciones de un dispositivo legal, se debe optar por aquélla que conduzca a una mejor protección de los derechos fundamentales, descartando así las que restrinjan o limiten su ejercicio.

El Tribunal continúa señalando que el principio *pro homine* impone que, en lugar de asumir la interpretación restrictiva, en este caso, de ocasionar la caducidad y así impedir el ejercicio del derecho a la tutela judicial, se tenga que, por el contrario, optar por la tesis que posibilite que el particular pueda ejercer su derecho a la tutela jurisdiccional, para impugnar el acto administrativo presuntamente lesivo. El Tribunal ha señalado, de manera correcta, que la tesis interpretativa que posibilita esto último es justamente la que proviene del propio tenor literal de la norma antes referida y de la propia naturaleza del silencio administrativo negativo; esto es, la que establece que el administrado, luego de haber impugnado un acto administrado y transcurrido el plazo para resolverlo, puede acogerse al silencio administrativo o esperar el pronunciamiento expreso de la Administración, sin que la opción por esta última alternativa genere la caducidad en el ejercicio del derecho de acción.

2.1.2. Lo señalado por la Ley N.º 27584 y la reforma posterior

Ahora bien, la redacción original de la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo no era consistente con esta consideración. De hecho, dicha ley establecía un plazo para impugnar el silencio administrativo[1538], lo cual afectaba

1538 **Artículo 17º.- Plazos**

La demanda deberá ser interpuesta dentro de los siguientes plazos:

(...)

3. Cuando se produzca silencio administrativo, inercia y cualquier otra omisión de las entidades administrativas, el plazo para interponer la demanda será de seis meses computados desde la fecha que venció el plazo legal para expedir la resolución o producir el acto administrativo solicitado.

(...).

claramente la naturaleza de dicha garantía, pues para la citada ley el silencio administrativo negativo si genera el transcurso de los plazos. En tal circunstancia, resultaría pertinente la interposición del amparo. Sin embargo, la misma ley, en una norma absolutamente incorrecta, establecía que si ha transcurrido el plazo para el empleo del contencioso administrativo no existe mecanismo alguno para impugnar la actuación administrativa en cuestión.

Esta situación fue corregida, de manera pertinente, por el Decreto Legislativo N.º 1067, el mismo que modifica el artículo 17º de la Ley N.º 27584, al prescribir que, en el caso del silencio administrativo negativo, se observará lo establecido en el numeral 188.5 del artículo 188º de la Ley del Procedimiento Administrativo General, el mismo que define que el silencio administrativo negativo no genera transcurso de plazo. Como resultado, la regulación del silencio administrativo en la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo es consistente con lo establecido por la jurisprudencia y la doctrina respecto a dicha materia.

Inclusive, la norma establece el régimen aplicable al acto tardía, señalando que carece de eficacia el pronunciamiento hecho por la administración una vez que fue notificada con la demanda contencioso-administrativa; Ello es enteramente lógico, aunque habría sido más pertinente hablar de invalidez antes que de ineficacia, puesto que el acto expreso habría sido emitido cuando el administrado ya le ha otorgado efecto jurídico a la falta de pronunciamiento de la autoridad administrativa.

Por otro lado, si el acto expreso emitido por la autoridad administrativa se produce antes de la notificación de la demanda, el órgano jurisdiccional podrá, a solicitud del demandante, incorporar como pretensión la impugnación de dicho acto expreso o concluir el proceso, dependiendo evidentemente del sentido de la decisión administrativa.

2.2. Supuestos en que el procedimiento de evaluación previa se encuentran sujetos al silencio administrativo negativo

Es evidente que la regulación contenida en la Ley del Silencio Administrativo, al establecer como regla la aplicación del silencio administrativo positivo en los procedimientos de evaluación previa, ha restringido sustancialmente los supuestos en los cuales dichos procedimientos se sujetan al silencio administrativo negativo, lo cual ocurre en un conjunto de supuestos que analizaremos seguidamente, señalados taxativamente por la norma[1539].

En primer lugar, el silencio administrativo negativo se aplica en aquellos casos en los cuales se afecte significativamente el interés público, incidiendo en la salud, medio ambiente, recursos naturales, la seguridad ciudadana, el sistema financiero y de seguros, el mercado de valores, la defensa nacional y el patrimonio histórico cultural de la nación. Esta disposición es a primera vista

1539 Primera disposición transitoria, complementaria y final de la Ley N.º 29060.

equivalente a lo dispuesto por la norma derogada[1540], sin embargo, ello no es así. Aparte de la incorporación de la defensa comercial en la Ley del Silencio Administrativo, la disposición se interpreta de manera restrictiva, no solo porque la misma establece su aplicación excepcional, sino además porque la afectación al interés público debe ser significativa. Asimismo, los temas enumerados por la norma no generan por si mismos la aplicación del silencio administrativo negativo, sino únicamente en aquellos casos en los cuales el interés público sea susceptible de ser afectado de manera directa.

En segundo lugar, el silencio administrativo negativo es pertinente en los procedimientos trilaterales, en los que generen obligación de dar o hacer a cargo del Estado y en las autorizaciones para operar casinos de juego y máquinas tragamonedas. En el primer caso, se considera que aplicar el silencio administrativo positivo podría perjudicar al reclamado en perjuicio del reclamante una vez generada la inactividad formal de la Administración; sin embargo, en un supuesto de silencio administrativo negativo como el existente la situación le permite al reclamado simplemente acceder a la instancia siguiente del procedimiento, o eventualmente al Poder Judicial, sin perjuicio plausible para el reclamado. Debe tenerse en cuenta que este precepto se encontraba contenido de manera idéntica en la norma derogada[1541].

En el segundo caso es evidente que no puede someterse a silencio administrativo positivo un procedimiento en el que se pretende una actuación material del Estado, puesto que aquel está pensado para un dejar hacer de la Administración[1542]. Este precepto también se encontraba contenido en la norma derogada[1543]. En el tercer caso se considera que en el caso de casinos de juego y máquinas tragamonedas, existe un nivel particularmente intenso de interés general involucrado, razón por la cual dichos procedimientos debe estar sometidos al silencio administrativo negativo.

Asimismo, los procedimientos por los cuales se transfiere facultades de la administración pública también se encuentran sujetos al silencio administrativo negativo. Esta es una novedad de la Ley del Silencio Administrativo, y se aplica a todas aquellas autorizaciones que impliquen asignación de función administrativa y en especial, a las concesiones administrativas en general. De hecho, debe tenerse en cuenta que las concesiones, a diferencia de las autorizaciones, implican el otorgamiento de derechos que no son preexistentes a las mismas[1544]. Si bien el Decreto Legislativo N.º 757 hacía referencia a concesiones, las mismas se restringían a las de infraestructura, siendo que existen

1540 Numeral 34.1.1 del artículo 34º de la Ley N.º 27444.

1541 Numeral 34.1.3 del artículo 34º de la Ley N.º 27444.

1542 DANÓS ORDÓÑEZ, "El silencio administrativo como técnica de garantía del particular frente a la inactividad formal de la Administración", cit., p. 228.

1543 Numeral 34.1.3 del artículo 34º de la Ley N.º 27444.

1544 PARADA VÁSQUEZ, Ramón, *Derecho administrativo. Parte general*, Marcial Pons, Madrid, 1996, T. I, p. 455.

además concesiones de servicios públicos y de recursos naturales, conforme a las normas pertinentes en cada caso concreto.

Por otro lado, se encuentra sometidos al silencio administrativo negativo los procedimientos de inscripción registral, que en general se regulan por sus propias normas. Esta disposición se encontraba presente también en la norma derogada[1545]. En general, el transcurso del plazo sin que se haya procedido a la inscripción genera la posibilidad de asumir que la misma ha sido denegada, sin perjuicio de las responsabilidades de ley. El paliativo respecto de esta previsión resulta ser el hecho de que el acto administrativo resultante posee eficacia anticipada, siendo que los efectos se retrotraen a la fecha de la solicitud.

2.2.1. La materia tributaria y aduanera

La Ley del Silencio Administrativo establece, en la misma disposición final, que en materia tributaria y aduanera el silencio administrativo se regirá por las leyes y normas especiales aplicables a las mismas. Esta disposición no se encontraba presente en la Ley N.º 27444, pero se hacía mención a los procedimientos tributarios en el Decreto Legislativo N.º 757. De hecho, el Código Tributario establece la procedencia del recurso de apelación —el mismo que será resuelto por el superior jerárquico o el Tribunal Fiscal dependiendo del caso— en el caso de la generación del silencio administrativo negativo respecto a una reclamación tributaria que no haya sido resuelta en el plazo previsto por el referido código[1546]. Evidentemente, la falta de pronunciamiento del Tribunal Fiscal en el plazo establecido por el citado código habilita al contribuyente al inicio del proceso contencioso administrativo, máxime si el mismo tramita un procedimiento administrativo trilateral.

Asimismo, tratándose de procedimientos administrativos que tengan incidencia en la determinación de la obligación tributaria o aduanera, la norma señala que se aplicará el segundo párrafo del artículo 163º del Código Tributario, el mismo que establece que si dichas solicitudes no son resueltas en el plazo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, el deudor tributario podrá interponer recurso de reclamación, dando por denegada su solicitud, siendo aplicable el silencio administrativo negativo.

2.2.2. Lo establecido en la norma derogada

La norma derogada establecía que se encontraban también sometidos al silencio administrativo negativo aquellos procedimientos a los que, en virtud de la ley expresa, sea aplicable esta modalidad de silencio administrativo[1547]. Es decir, la Ley del Procedimiento Administrativo General preceptuaba que

1545 Numeral 34.1.4 del artículo 34º de la Ley N.º 27444.
1546 Artículo 144º del Código Tributario.
1547 Numeral 34.1.5 del artículo 34º de la Ley N.º 27444.

la aplicación de silencio administrativo negativo, en casos no señalados en la citada ley, debía estar autorizada por ley expresa. Dicha previsión carece de sentido ante la actual regulación, en tanto la Ley del Silencio Administrativo no solo deroga los artículos 33º y 34º de la Ley N.º 27444 sino además todas aquellas disposiciones sectoriales que establecen el silencio administrativo negativo contraviniendo lo señalado en el literal a) del artículo 1 de aquella; lo cual significa que todos los procedimientos administrativos deben adecuarse a dicha norma. Sin embargo, la norma vigente establece también que, de manera excepcional, con la justificación debida y por decreto supremo, podrán señalarse los procedimientos administrativos especiales que requieran una tramitación distinta a la prevista en la presente Ley; debiendo especificarse la naturaleza del procedimiento, su denominación, la justificación de su excepción y su nueva configuración en el TUPA correspondiente[1548].

Finalmente, la norma derogada establecía que las autoridades están facultadas por la Ley para calificar de modo distinto en su TUPA, los procedimientos de inscripción registral, así como los asuntos de interés público que inciden en la salud, medio ambiente, recursos naturales, la seguridad ciudadana, el sistema financiero y de seguros, el mercado de valores, la defensa nacional y el patrimonio histórico cultural de la nación; cuando dichos funcionarios aprecien que sus efectos reconozcan el interés del solicitante, sin exponer significativamente el interés general[1549]. La referida previsión tampoco se justifica ante la regulación contenida en la Ley N.º 29060, la misma que define la aplicación del silencio administrativo negativo como eminentemente excepcional.

2.3. Los efectos del silencio administrativo negativo[1550]

El silencio administrativo negativo tiene por efecto habilitar al administrado la interposición de los recursos administrativos o de las acciones judiciales pertinentes, según corresponde, si es que la autoridad administrativa no se ha pronunciado dentro del plazo máximo previsto por la norma o por el Texto Único de Procedimientos Administrativos respectivo. En tal caso, el administrado puede actuar como si se le hubiese denegado lo solicitado.

Asimismo, el silencio administrativo negativo opera en los procedimientos administrativos de evaluación previa expresamente señalados por la Ley del Silencio Administrativo. La tendencia del derecho administrativo moderno está a preferir el silencio administrativo positivo, restringiendo el silencio administrativo negativo a situaciones taxativamente enumeradas por la norma legal, como ya lo hemos señalado. Como lo hemos señalado, el silencio administrativo positivo resulta ser el mecanismo más plausible para tutelar el derecho de

1548 Párrafo final de la sétima disposición transitoria, complementaria y final de la Ley N.º 29060.

1549 Artículo 34, numeral 34.2 de la Ley N.º 27444.

1550 Artículo 188º inciso 188.3 y 188.4 de la Ley N.º 27444.

petición, el mismo que posee no solo protección constitucional sino también la proveniente de instrumentos internacionales, como lo hemos señalado en capítulos anteriores de este manual.

Además, es necesario señalar que, aun cuando opere el silencio administrativo negativo, la administración mantiene la obligación de resolver, bajo responsabilidad, hasta que se le notifique que el asunto ha sido sometido a conocimiento de una autoridad jurisdiccional o el administrado haya hecho uso de los recursos administrativos respectivos. Finalmente, y como lo hemos señalado de manera reiterada, dada su naturaleza de garantía a favor del administrado, el silencio administrativo negativo no inicia el cómputo de plazos ni términos para su impugnación[1551]. El silencio administrativo es la protección del administrado contra la inactividad o la omisión de la Administración, las mismas que violan el deber de resolver que tiene la misma y que es un elemento constitutivo del derecho de petición.

2.4. La llamada resolución ficta denegatoria y su regulación excepcional por parte del ordenamiento peruano

Como ya lo hemos señalado, el silencio administrativo negativo es una ficción procesal (y no un acto administrativo presunto o ficto), lo cual lo diferencia claramente de la denominada resolución ficta denegatoria —que sí configura un acto presunto—, siendo que esta última evidentemente genera, de manera automática, el cómputo de plazos para su impugnación. El silencio administrativo negativo, como se ha señalado de manera reiterada, incluso en la doctrina y en jurisprudencia comparadas, es una mera presunción, una ficción procesal y no un acto ficto o presunto[1552].

Ahora bien, un ejemplo de resolución ficta denegatoria lo podemos encontrar en la Ley de Contrataciones del Estado, en la llamada denegatoria ficta que opera en materia de resolución de recursos administrativos respecto a procesos de selección en materia de contratación administrativa. De acuerdo con el artículo 55º de dicha norma, si el recurso de apelación no es resuelto en el plazo de Ley, sea por el titular de la entidad o por el Tribunal de Contrataciones, el impugnante deberá dar por denegado el recurso[1553], hecho que genera de inmediato el cómputo de los plazos respectivos.

1551 Artículo 188º inciso 188.5 de la Ley N.º 27444.

1552 SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de derecho administrativo*, cit., p. 114.

1553 Ley de Contrataciones del Estado:

Artículo 55.- Denegatoria Ficta

En el caso que la Entidad o cuando el Tribunal de Contrataciones del Estado según corresponda, no resuelvan y notifiquen sus resoluciones dentro del plazo que fija el Reglamento, los interesados considerarán denegados sus recursos de apelación, pudiendo interponer la acción contencioso-administrativa contra la denegatoria ficta dentro del plazo legal correspondiente.

En estos casos, la Entidad o el Tribunal de Contrataciones del Estado devolverá lo pagado por los interesados como garantía al momento de interponer su recurso de apelación.

Otro ejemplo se encontraría en lo dispuesto en el artículo 144º del Código Tributario, en el cual se establece la procedencia del recurso de apelación —entre otros supuestos— ante la denegatoria tácita de las solicitudes de devolución de saldos a favor de los exportadores y de pagos indebidos o en exceso, que ocurre cuando la Administración Tributaria no se pronuncia sobre el particular en el plazo establecido por la norma, situación que se encuentra referida varias veces en el referido código. Sin embargo, es evidente que el Código Tributario empleaba de manera indebida el concepto de denegatoria tácita o resolución ficta denegatoria, cuando en realidad el contribuyente tiene siempre el derecho de esperar el pronunciamiento de la administración tributaria, con lo cual nos encontramos propiamente ante la aplicación del silencio administrativo negativo.

Capítulo XXV

EJECUCIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS: LOS PROCEDIMIENTOS DE EJECUCIÓN

SUMARIO: 1. Generalidades. 1.1. Carácter ejecutorio de los actos administrativos. 1.2. Pérdida del carácter ejecutorio. 1.2.1. Pérdida de la ejecutoridad como medio de defensa. 1.3. Fundamento de la facultad de la administración de ejecutar por sí misma sus actos que la misma emite. 1.3.1. La autotutela administrativa. 1.3.2. Efectos de la autotutela. **2. Ejecución forzosa**. 2.1. Exigencias que debe cumplir la autoridad administrativa para proceder a la ejecución forzosa de los actos administrativos. 2.2. Notificación del acto de inicio de ejecución. **3. Medios de ejecución forzosa. La ejecución coactiva.** 3.1. Derecho a la inviolabilidad de domicilio. 3.2. Ejecución coactiva. 3.3. El procedimiento coactivo como procedimiento especial. 3.4. El papel del ejecutor coactivo. 3.5. El caso de las obligaciones no tributarias. 3.6. Actos de ejecución forzosa. 3.7. Medidas cautelares previas. 3.8. Medidas cautelares dentro del proceso. 3.9. Ejecución coactiva de las obligaciones tributarias. 3.10. Las obligaciones tributarias de los gobiernos locales. 3.11. Ejecución coactiva de deudas tributarias que corresponden al Gobierno Nacional. 3.12. El efecto del proceso contencioso administrativo en el procedimiento de ejecución coactiva. 3.13. Revisión judicial. 3.14. La autonomía y competencia de los gobiernos locales. 3.15. La suspensión del proceso de ejecución coactiva en el caso de deudas tributarias del Gobierno Nacional. 3.15.1. El mal llamado recurso de apelación. 3.15.2. El caso del Indecopi. 3.15.3. El caso del OEFA. **4. Otros medios de ejecución forzosa. 4.1. La ejecución subsidiaria.** 4.2. Multa coercitiva. 4.3. Acto de compulsión sobre las personas.

1. GENERALIDADES

La ejecución de los actos administrativos tiene directa relación con los efectos que los mismos generan. La ejecución permite, entonces, que dichos efectos jurídicos puedan hacerse efectivos. En tal sentido, los actos de ejecución son en gran medida hechos administrativos, pues son manifestación de los efectos jurídicos de los actos administrativos generados por la propia Administración Pública.

1.1. Carácter ejecutorio de los actos administrativos

La ejecutoriedad del acto administrativo implica que el mismo surte sus efectos sin necesidad de que la Administración recurra a otra entidad a fin de que la

misma ratifique o haga efectivo el acto. Ello implica que el acto administrativo se ejecuta aun cuando el administrado no se encuentre en conformidad con dicho acto. A su vez, la ejecutoriedad del acto administrativo proviene del denominado privilegio de decisión ejecutoria.

Debemos distinguir esta cualidad de la llamada ejecutividad. Esta es aquella virtud por la cual, los actos administrativos definitivamente firmes, es decir, los que agotaron la vía administrativa, producen por sí mismos los efectos perseguidos por su emanación. La ejecutividad es la idoneidad del acto administrativo para obtener el objetivo para el cual ha sido dictado.

Por otro lado, el principio de ejecutoriedad implica más bien una cualidad específica, siendo a la vez una condición relativa de eficacia del acto, pero solo de los actos capaces de incidir en la esfera jurídica de los particulares imponiéndole cargos tanto reales como personales, de hacer, de dar o abstenerse. Lo relevante de la ejecutoriedad es que la administración puede obtener el cumplimiento del ordenado aún en contra de la voluntad del administrado y sin necesidad de recurrir a los órganos jurisdiccionales. Desde este punto de vista existen actos administrativos que no gozan de ejecutoriedad, como los actos declarativos o los que consisten en certificaciones.

En tal sentido, los actos administrativos tendrán carácter ejecutorio, salvo disposición legal expresa en contrario, mandato judicial o que estén sujetos a condición o plazo conforme a ley[1554]. En primer lugar, existen diversas disposiciones que establecen excepciones al carácter ejecutorio de los actos administrativos, como es el caso de la propia Ley, que establece que la sanción administrativa será ejecutiva cuando se haya agotado la vía administrativa. Asimismo, la Ley de Contrataciones del Estado establece que la impugnación de los actos administrados emitidos en el contexto de un proceso de selección suspende el efecto de los mismos[1555].

Por otro lado, un mandato judicial puede generar la suspensión provisional de la ejecución de un acto administrativo, en particular si dicha suspensión proviene de una medida cautelar en un proceso de garantía o en un proceso contencioso administrativo. Finalmente, un acto administrativo puede estar sometido a condición o plazo suspensivos. Es decir, una vez que se dé la condición o se genere el plazo, el acto podrá ejecutarse.

1554 Artículo 192º de la Ley N.º 27444.

1555 Ley de Contrataciones del Estado:

Artículo 54.- Suspensión del proceso de selección

La presentación de los recursos interpuestos de conformidad con lo establecido en el artículo precedente dejará en suspenso el proceso de selección hasta que el recurso sea resuelto por la instancia competente, conforme a lo establecido en el Reglamento, siendo nulos los actos posteriores practicados hasta antes de la expedición de la respectiva resolución.

1.2. Pérdida del carácter ejecutorio

La doctrina conoce esto como decaimiento del acto administrativo, puesto que el acto administrativo no posee dicha ejecutoriedad de manera permanente. Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos pierden efectividad y ejecutoriedad en los siguientes casos[1556]:

1. Por suspensión provisional conforme a ley. Sin embargo, cesa la pérdida de efectividad en cuanto se deja sin efecto la suspensión. Ello nos lleva a concluir que este no es en realidad un caso de decaimiento del acto, situación esta última en la cual el acto pierde efectividad en términos permanentes. La suspensión implica no el decaimiento del acto, sino más bien una detención temporal de sus efectos. La suspensión provisional se da, por ejemplo, cuando la autoridad administrativa decide la suspensión de los efectos del acto ante la presentación de un recurso administrativo. Asimismo, ocurre la suspensión temporal ante una medida cautelar decidida en un proceso contencioso administrativo destinado a impugnar la resolución en cuestión.
2. Cuando transcurridos cinco años de haber adquirido firmeza, la administración no ha iniciado los actos que le competen para ejecutarlos. Esto opera como una especie de plazo resolutorio, transcurrido el cual el acto pierde sus efectos jurídicos. Ello sin embargo no impide que la Administración posea el derecho subjetivo, por ejemplo, al cobro de lo adeudado. Ello significa que, si el particular cumple con su obligación, ello no puede implicar la existencia de un pago indebido y que el administrado tenga derecho a la devolución. De hecho, el transcurso del plazo permitiría a la Administración ejecutar judicialmente el acto, siendo el plazo máximo el que haya establecido en el Código Civil, salvo ley en contrario.
3. Cuando se cumpla la condición resolutiva a que estaban sujetos de acuerdo a ley. La condición resolutiva implica que el acto pierde sus efectos una vez que se ha dado el hecho futuro e incierto que le da sustento. Este no es propiamente un caso de pérdida de ejecutoriedad sino más bien un caso de pérdida de eficacia del acto, con lo cual dicho acto no puede ser ejecutado de manera alguna.

La Ley, sin embargo, no hace referencia a la existencia de plazo resolutivo distinto al señalado en los puntos precedentes, en el cual el hecho futuro no resulta ser incierto, sino más implica que ocurrirá de todas maneras. Un caso interesante es el de la muerte del administrado cundo la obligación es personalísima. Sin embargo, esto puede entenderse más bien como la pérdida de

1556 Artículo 193º de la Ley N.º 27444.

eficacia del acto, que evidentemente genera la pérdida de ejecutoriedad del mismo.

1.2.1. Pérdida de la ejecutoridad como medio de defensa

La pérdida del carácter ejecutario de un acto administrativo puede ser esgrimida por el particular ante el inicio de los actos de ejecución. Ahora bien, cuando el administrado oponga al inicio de la ejecución del acto administrativo la pérdida de su ejecutoriedad, la cuestión es resuelta de modo irrecurrible en sede administrativa por la autoridad inmediata superior, de existir, previo informe legal sobre la materia[1557].

1.3. Fundamento de la facultad de la administración de ejecutar por sí misma sus actos que la misma emite

La Administración Pública basa sus facultades de ejecución forzosa fundamentalmente en la llamada autotutela administrativa, la misma que permite a la Administración proteger sus intereses —y en consecuencia, hacer efectivas sus resoluciones— sin necesidad de recurrir, en principio, al Poder Judicial.

La autotutela —típica más bien de la tradición europeo-continental del Derecho Administrativo— se basa en la naturaleza de las funciones de la Administración, en tanto representante de los intereses de la colectividad. Por ella, la Administración puede, cuando se mantiene dentro del derecho público, defenderse a sí misma y tutelar sus propios intereses.

1.3.1. La autotutela administrativa

Como ya lo hemos señalado en el Capítulo VII del presente manual un principio de importancia capital al nivel de la autoridad administrativa es la denominada autotutela, que consiste en la capacidad de la administración pública de efectuar la protección de sus intereses sin necesidad de recurrir al Poder Judicial ni a órgano estatal alguno. La Administración está capacitada, entonces, para tutelar por sí misma sus propias situaciones jurídicas[1558]. De hecho, la autotutela proviene de la particular misión asignada a la administración, consistente en el manejo de bienes públicos y servicios a prestar por el Estado.

1.3.2. Efectos de la autotutela

A su vez, la autotutela administrativa genera que los actos administrativos gocen de ejecutividad y ejecutoriedad, caracteres a los cuales nos hemos referido ampliamente en el capítulo respectivo, así como el hecho de que estos sean revisados judicialmente con posterioridad a su emisión. Como resultado,

1557 Artículo 193º, inciso 193.2 de la Ley N.º 27444.
1558 GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, cit., T. I, p. 505.

los actos administrativos generan sus efectos aun cuando fuesen impugnados en sede administrativa o hayan sido impugnados judicialmente mediante el contencioso administrativo, a menos que, en este último caso, el administrado haya obtenido una medida cautelar.

2. EJECUCIÓN FORZOSA

La ejecución forzosa es el mecanismo a través del cual la administración pública procura el cumplimiento de las obligaciones y deberes generados respecto de los administrados en un acto administrativo, ante la negativa del administrado de cumplir espontáneamente con las mismas.

La ejecución forzosa puede hacerse efectiva a través de los propios órganos competentes de la Administración Pública, o a través de la Policía Nacional del Perú. En el caso de las municipalidades, se hace uso de la policía municipal, la misma que posee facultades expresas para ello.

2.1. Exigencias que debe cumplir la autoridad administrativa para proceder a la ejecución forzosa de los actos administrativos

No siempre resulta procedente que la autoridad administrativa puede iniciar un procedimiento de ejecución forzosa. Para proceder a la ejecución forzosa de actos administrativos, la autoridad debe cumplir con determinadas exigencias, que son las siguientes[1559]:

1. Que se trate de una obligación de dar, hacer o no hacer, establecida a favor de la entidad. Ello implica, en primer lugar, que dicha obligación esté directamente contenida en el acto administrativo que se va a ejecutar. Asimismo, se requiere que dicho acto administrativo goce de eficacia inmediata. Ello implica además que los actos que imponen obligaciones a la administración o los actos meramente declarativos no pueden ser ejecutados de manera forzosa[1560].
2. Que la prestación a cumplir por parte del administrado sea determinada por escrito, de modo claro e íntegro. Ello pretende limitar la discrecionalidad de la autoridad que va a ejecutar la resolución.
3. Que tal obligación derive del ejercicio de una atribución de imperio de la entidad o provenga de una relación de derecho público sostenida con la entidad. No puede realizarse la ejecución forzosa de actos sometidos al derecho privado o en los cuales la Administración ha actuado civilmente. En estos casos, la Administración deberá recurrir obligatoriamente al Poder Judicial. Casos de lo reseñado pueden encontrarse en las actividades económicas realizadas por

1559 Artículo 194º de la Ley.

1560 TIRADO BARRERA, "La ejecución forzosa de los actos administrativos en la Ley N.º 27444", cit., p. 365.

entes administrativos o en las contrataciones que no se encuentran sometidas a la Ley de Contrataciones del Estado.

4. Que se haya requerido al administrado el cumplimiento espontáneo de la prestación, bajo apercibimiento de iniciar el medio coercitivo específicamente aplicable. La ejecución forzosa implica que la autoridad administrativa haya puesto al alcance del administrado la posibilidad de cumplir de manera espontánea con la prestación a su cargo. Ello pretende impedir la ejecución intempestiva, que podría perjudicar al administrado, puesto que la ejecución forzosa solo ocurre ante el incumplimiento voluntario del administrado.
5. Que no se trate de acto administrativo para el que la Constitución o la ley exijan la intervención del Poder Judicial a fin de hacer efectiva su ejecución. Existen ciertas resoluciones administrativas que requieren la intervención del Poder Judicial para que puedan ser ejecutadas, en especial cuando son señaladas en normas legales especiales o en la propia Ley del Procedimiento Administrativo General[1561]. La existencia de actos administrativos ejecutables judicialmente se basa en la protección a los derechos fundamentales de los administrados ante la posibilidad de una actuación arbitraria de la autoridad administrativa.

   Un caso interesante es la obligación de la autoridad administrativa de recabar autorización judicial para poder ingresar al domicilio del particular. Un ejemplo de supuestos provenientes de normas específicas es el contenido en la reciente Ley Orgánica de Municipalidades, en la cual se señala que la autoridad municipal debe obtener autorización judicial para demoler obras inmobiliarias que contravengan determinadas normas jurídicas[1562].
6. Finalmente, el Decreto Legislativo N.º 1029 incorpora una precisión, señalando que en el caso de procedimientos trilaterales, las resoluciones finales que ordenen medidas correctivas constituyen títulos de ejecución conforme a lo dispuesto en el Código Procesal Civil, una vez que el acto quede firme o se haya agotado la vía administrativa, precisamente en la lógica de lo que indicábamos en el punto precedente. Ello implica que estas decisiones no se pueden ejecutar coactivamente.

La norma señala adicionalmente que en caso de resoluciones finales que ordenen medidas correctivas, la legitimidad para obrar en los procesos civiles de ejecución corresponde a las partes involucradas y no a la entidad administrativa que las emitió.

1561 TIRADO BARRERA, "La ejecución forzosa de los actos administrativos en la Ley N.º 27444", cit., pp. 393 y ss.

1562 Artículo 49º, párrafo final de la Ley Orgánica de Municipalidades, N.º 27972.

2.2. Notificación del acto de inicio de ejecución

La decisión que autorice la ejecución administrativa será notificada a su destinatario antes de iniciarse la misma[1563]. Ello implica que los actos materiales de ejecución se originan necesariamente en un acto administrativo que los justifica, cuya emisión es posterior al acto que se ejecuta. Este principio le permite al administrado hacer posible el cumplimiento voluntario de su obligación.

Sin embargo, la norma establece que la autoridad puede notificar el inicio de la ejecución sucesivamente a la notificación del acto ejecutado, siempre que se facilite al administrado cumplir espontáneamente la prestación a su cargo. Vale decir, otorgarle al administrado el plazo razonable para cumplir con la obligación, transcurrido el cual se dará inicio a la ejecución forzosa.

3. MEDIOS DE EJECUCIÓN FORZOSA. LA EJECUCIÓN COACTIVA

En primer lugar, la ejecución forzosa por la entidad se efectuará respetando siempre el principio de proporcionalidad, por el cual los medios empleados para hacer efectivo al acto administrativo deben estar acordes con la finalidad perseguida por el acto ejecutado, de tal manera que exista debida ponderación entre los medios empleados y los fines perseguidos con la ejecución forzosa.

En tal sentido, la Ley explicita ciertos medios de ejecución forzosa que puede emplear la autoridad administrativa, medios que deben entenderse en un evidente *numerus clausus*, puesto que la Administración no debería emplear aquellos que no se encuentren expresamente señalados en la Ley. Asimismo, algunos de ellos requieren autorización legal expresa. Los citados mecanismos son los siguientes[1564]:

a) Ejecución coactiva
b) Ejecución subsidiaria
c) Multa coercitiva
d) Compulsión sobre las personas

Asimismo, si fueran varios los medios de ejecución aplicables, se elegirá el menos restrictivo de la libertad individual[1565], en aplicación del principio de *favor libertatis*, propio del derecho público. Esta previsión es también producto de la aplicación del principio de proporcionalidad por la cual debe emplearse el mecanismo menos gravoso a los derechos de la persona ante la posibilidad de obtener el mismo resultado con cualquiera de ellos.

1563 Artículo 195º de la Ley N.º 27444.
1564 Artículo 196º de la Ley N.º 27444.
1565 Artículo 196º, inciso 196.2 de la Ley N.º 27444.

3.1. Derecho a la inviolabilidad de domicilio

La Ley señala que, si fuese necesario ingresar al domicilio o a la propiedad del afectado, deberá seguirse lo previsto por el inciso 9) del artículo 2 de la Constitución Política del Perú, norma que consagra el derecho a la inviolabilidad de domicilio[1566]. En tal sentido, nadie puede ingresar a un domicilio ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la persona que lo habita o sin mandato judicial, salvo flagrante delito o grave peligro de su perpetración.

Como resultado, la ejecutoriedad del acto administrativo no permite la afectación de este derecho. En consecuencia, si la autoridad administrativa requiere ingresar al domicilio del administrado, a fin de hacer efectivo el acto de ejecución, requiere recabar la respectiva autorización judicial. Ello se encuentra señalado con meridiana claridad en el artículo 19º de la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva[1567].

3.2. Ejecución coactiva

La ejecución coactiva es el mecanismo de ejecución forzosa por excelencia, a través del cual la Administración se procura la ejecución de una obligación de dar, hacer o no hacer, aun en contra de la voluntad del administrado[1568]. Ahora bien, la ejecución coactiva se rige por sus propias normas, señaladas en la normatividad pertinente. La ley aplicable actualmente es la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva, N.º 26979, la misma que establece un procedimiento diferenciado, en caso se hable de procedimientos de ejecución de obligaciones de naturaleza tributaria y de las que no tienen dicha naturaleza. Asimismo, el Código Tributario regula el procedimiento de ejecución coactiva de las deudas tributarias que corresponden al Gobierno Nacional.

La remisión legal antes precisada, sin embargo, no obsta para que el procedimiento de ejecución coactiva no se encuentre regulado por los principios generales aplicables al proceso administrativo, en especial en cuanto al principio de legalidad, debido proceso, igualdad, respeto de los derechos fundamentales de los administrados y razonabilidad, de conformidad con lo señalado por la Ley pertinente y como veremos más adelante.

Ahora bien, podemos ver ejemplos del empleo de medios de ejecución coactiva en los típicos actos que realiza la administración para obtener el cumplimiento

1566 Artículo 196º, inciso 196.3 de la Ley N.º 27444.

1567 **Artículo 19.- Descerraje.**
El Ejecutor solo podrá hacer uso de medidas como el descerraje o similares previa autorización judicial, cuando medien circunstancias que impidan el desarrollo de las diligencias, y siempre que dicha situación sea constatada por personal de las fuerzas policiales. Para tal efecto, el Ejecutor deberá cursar solicitud motivada ante cualquier Juez Especializado en lo Civil, quien debe resolver en el término de veinticuatro (24) horas, sin correr traslado a la otra parte, bajo responsabilidad.

1568 Artículo 197º de la Ley N.º 27444.

de los actos administrativos emitidos. El embargo de bienes o el remate de los mismos son ejemplos de mecanismos de ejecución coactiva, en particular referidos a obligaciones de dar. La Administración se encuentra entonces autorizada a obtener del patrimonio del obligado aquello que se le adeuda.

3.3. El procedimiento coactivo como procedimiento especial

El artículo 1º de la Ley N.º 26979 antes citada señala que la misma establece el marco legal de los actos de ejecución coactiva, que ejercen los órganos del gobierno central, regional y local, en virtud de las facultades otorgadas por las leyes específicas. Asimismo, constituye el marco legal que garantiza a los obligados el desarrollo de un debido procedimiento coactivo. En tal sentido, se define el procedimiento coactivo como el conjunto de actos administrativos destinados al cumplimiento de la obligación materia de ejecución coactiva.

3.4. El papel del ejecutor coactivo

El Ejecutor Coactivo es el titular del procedimiento coactivo y ejerce, a nombre de la Entidad, las acciones de coerción para el cumplimiento de la Obligación, de acuerdo a lo establecido en esta Ley[1569]. Su cargo es indelegable. Tratándose de Gobiernos Regionales y Locales, para el cumplimiento de actos propios de sus funciones en otra jurisdicción, el Ejecutor Coactivo deberá librar exhorto de conformidad con lo dispuesto en el Título IV de la Sección Tercera del Código Procesal Civil.

3.5. El caso de las obligaciones no tributarias

La norma señala que se considera obligación exigible coactivamente a la establecida mediante acto administrativo emitido conforme a ley, debidamente notificado y que no haya sido objeto de recurso alguno en la vía administrativa, dentro de los plazos de ley o en el que hubiere recaído resolución firme confirmando la Obligación[1570]. También serán exigibles en el mismo Procedimiento las costas y gastos en que la Entidad hubiere incurrido durante la tramitación de dicho Procedimiento.

3.6. Actos de ejecución forzosa

Existe un conjunto de actos que son susceptibles de ejecución coactiva, y cuya naturaleza no es tributaria. En primer lugar, el cobro de ingresos públicos distintos a los tributarios, nacidos en virtud de una relación jurídica regida por el derecho público, siempre que corresponda a las obligaciones a favor de cualquier Entidad, proveniente de sus bienes, derechos o servicios distintos de las obligaciones comerciales o civiles y demás del derecho privado. Esto

1569 Artículo 3º de la Ley N.º 26979.
1570 Artículo 9º de la Ley N.º 26979.

podría significar que cabe la ejecución coactiva de las obligaciones derivadas de contratación administrativa en contra del contratista más allá de la ejecución de la respectiva garantía.

Asimismo, el cobro de multas administrativas distintas a las tributarias, provenientes del ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, así como las obligaciones económicas provenientes de sanciones impuestas por el Poder Judicial como resultado de las multas impuestas en los procesos judiciales, así como las costas y los costos.

Obligaciones de hacer, como las demoliciones, construcciones de cercos o similares; reparaciones urgentes en edificios, salas de espectáculos o locales públicos, clausura de locales o servicios; y, adecuación a reglamentos de urbanización o disposiciones municipales o similares, salvo lo dispuesto en regímenes especiales. Un ejemplo interesante es de las demoliciones en inmueble de propiedad privada, al cual ya hemos hecho referencia anteriormente.

Finalmente, es susceptible de ejecución coactiva todo acto de coerción para cobro o ejecución de obras, suspensiones, paralizaciones, modificación o destrucción de las mismas que provengan de actos administrativos de cualquier Entidad, excepto lo dispuesto en regímenes especiales, en los cuales la ejecución tendría que realizarse a través del Poder Judicial.

3.7. Medidas cautelares previas

La Entidad, previa notificación del acto administrativo que sirve de título para el cumplimiento de la Obligación y aunque se encuentre en trámite recurso impugnatorio interpuesto por el obligado, en forma excepcional y cuando existan razones que permitan objetivamente presumir que la cobranza coactiva puede devenir en infructuosa, podrá disponer que el Ejecutor trabe como medida cautelar previa cualquiera de las establecidas en el artículo 33º de la Ley en mención, por la suma que satisfaga la deuda en cobranza.

3.8. Medidas cautelares dentro del proceso

Vencido el plazo de siete (7) días hábiles a que se refiere el artículo 14º sin que el Obligado haya cumplido con el mandato contenido en la Resolución de Ejecución Coactiva, el Ejecutor podrá disponer se trabe cualquiera de las medidas cautelares establecidas en el artículo 33º de la ley materia de análisis, o, en su caso, mandará a ejecutar forzosamente la obligación de hacer o no hacer. Como consecuencia, el obligado deberá asumir los gastos en los que haya incurrido la Entidad, para llevar a cabo el Procedimiento. Es preciso señalar que lo que la Ley llama *medidas cautelares* constituye más propiamente *medidas de ejecución*.

3.9. Ejecución coactiva de las obligaciones tributarias

Por otro lado, existen un conjunto de obligaciones de naturaleza tributaria, cuya ejecución es efectuada a través de un procedimiento de ejecución coactiva

distinto, el mismo que varía a su vez dependiendo de si dicha deuda proviene de los gobiernos locales o del gobierno nacional, situación en la cual incluso el régimen legal es distinto.

3.10. Las obligaciones tributarias de los gobiernos locales

El procedimiento en este caso se encuentra también regulado por Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva, con las particularidades derivadas de la naturaleza de la obligación en cuestión, distinta evidentemente a las multas sancionadoras u otras susceptibles de cobranza coactiva.

En este orden de ideas, son deudas tributarias exigibles las establecidas mediante Resolución de Determinación o de Multa, emitida por la Entidad conforme a ley, debidamente notificada y no reclamada en el plazo de ley; la establecida por resolución debidamente notificada y no apelada en el plazo de ley, o por Resolución del Tribunal Fiscal; aquella constituida por las cuotas de amortización de la deuda tributaria materia de aplazamiento y/o fraccionamiento pendientes de pago, cuando se incumplan las condiciones bajo las cuales se otorgó ese beneficio, siempre y cuando se haya cumplido con notificar al deudor la resolución que declara la pérdida del beneficio de fraccionamiento y no se hubiera interpuesto recurso impugnatorio dentro del plazo de ley; y, finalmente, la que conste en una Orden de Pago emitida conforme a Ley y debidamente notificada, de conformidad con las disposiciones de la materia previstas en el Texto Único Ordenado del Código Tributario.

3.11. Ejecución coactiva de deudas tributarias que corresponden al Gobierno Nacional

A diferencia de los casos de deudas no tributarias y de deudas tributarias correspondientes a los gobiernos locales, en estos casos el procedimiento coactivo se encuentra regulado por el Código Tributario. La norma señala, en primer término, que la cobranza coactiva de las deudas tributarias es facultad de la Administración Tributaria, se ejerce a través del Ejecutor Coactivo, quien actuará en el procedimiento de cobranza coactiva con la colaboración de los Auxiliares Coactivos[1571].

Son deudas exigibles, en primer lugar, la establecida mediante Resolución de Determinación o de Multa o la contenida en la Resolución de pérdida del fraccionamiento notificadas por la Administración y que no fueran reclamadas en el plazo de ley, razón por la cual quedan firmes. La norma establece que, en el supuesto de la resolución de pérdida de fraccionamiento se mantendrá la condición de deuda exigible si efectuándose la reclamación dentro del plazo, no se continúa con el pago de las cuotas de fraccionamiento.

1571 Artículo 114º del Código Tributario.

Asimismo, es deuda exigible la establecida mediante Resolución de Determinación o de Multa reclamadas fuera del plazo establecido para la interposición del recurso; salvo que se cumpla con presentar la Carta Fianza respectiva conforme con lo dispuesto en el artículo 137º. Y es que, cuando las Resoluciones de Determinación y de Multa se reclamen vencido el plazo señalado que es de veinte (20) días hábiles, deberá acreditarse el pago de la totalidad de la deuda tributaria que se reclama, actualizada hasta la fecha de pago, o presentar carta fianza bancaria o financiera por el monto de la deuda actualizada hasta por 9 (nueve) meses posteriores a la fecha de la interposición de la reclamación, con una vigencia de 9 (nueve) meses, debiendo renovarse por períodos similares dentro del plazo que señale la Administración.

Por otro lado, es deuda exigible la establecida por Resolución no apelada en el plazo de ley por lo cual queda firme; o apelada fuera del plazo legal, siempre que no se cumpla con presentar la Carta Fianza respectiva conforme con lo dispuesto en el artículo 146º del Código, o la establecida por Resolución del Tribunal Fiscal. De manera similar a como ocurre con la reclamación, la apelación será admitida vencido el plazo, siempre que se acredite el pago de la totalidad de la deuda tributaria apelada actualizada hasta la fecha de pago o se presente carta fianza bancaria o financiera por el monto de la deuda actualizada hasta por doce (12) meses posteriores a la fecha de la interposición de la apelación, y se formule dentro del término de seis (6) meses contados a partir del día siguiente a aquél en que se efectuó la notificación certificada. La referida carta fianza debe otorgarse por un período de doce (12) meses y renovarse por períodos similares dentro del plazo que señale la Administración.

Además, es deuda exigible, y susceptible de ser ejecutada coactivamente, la que conste en Orden de Pago notificada conforme a ley. Finalmente, las costas y los gastos en que la Administración hubiera incurrido en el Procedimiento de Cobranza Coactiva y en la aplicación de sanciones no pecuniarias de conformidad con las normas vigentes.

También es deuda exigible coactivamente, los gastos incurridos en las medidas cautelares previas trabadas al amparo de lo dispuesto en los artículos 56º al 58º del Código siempre que se hubiera iniciado el Procedimiento de Cobranza Coactiva conforme a lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 117º, respecto de la deuda tributaria comprendida en las mencionadas medidas.

3.12. El efecto del proceso contencioso administrativo en el procedimiento de ejecución coactiva

Es necesario señalar que la eficacia ejecutoria del procedimiento de ejecución coactiva en la actualidad se encuentra disminuida de manera importante. En primer lugar, conforme lo dispuesto por el artículo 16º de la norma materia de comentario ninguna autoridad administrativa o política podrá suspender el Procedimiento, con excepción del ejecutor que deberá hacerlo, bajo responsabi-

lidad, cuando, entre otras consideraciones, se encuentre en trámite o pendiente de vencimiento el plazo para la presentación del recurso de reconsideración, apelación, revisión o demanda contencioso-administrativa presentada dentro del plazo establecido por ley contra el acto administrativo que sirve de título para la ejecución, o contra el acto administrativo que determine la responsabilidad solidaria en el supuesto contemplado en el artículo 18º, numeral 18.3, de la Ley. Esta redacción fue producto de la modificación introducida por el artículo 1º de la Ley N.º 28165, que modifica el inciso e) del numeral 16.1 del artículo 16º antes citado, materia del proceso de inconstitucionalidad de seguidamente vamos a discutir.

Asimismo, conforme el inciso 16.2 del artículo antes citado, el procedimiento de ejecución coactiva deberá suspenderse además, bajo responsabilidad, cuando exista mandato emitido por el Poder Judicial en el curso de un proceso de amparo o contencioso administrativo, o cuando se dicte medida cautelar dentro o fuera del proceso contencioso administrativo, no siendo necesario que la misma se encuentre firme[1572]. En tales casos, la suspensión del procedimiento deberá producirse dentro del día hábil siguiente a la notificación del mandato judicial y/o medida cautelar o de la puesta en conocimiento de la misma por el ejecutado o por tercero encargado de la retención, en este último caso, mediante escrito adjuntando copia del mandato o medida cautelar y sin perjuicio de lo establecido en el artículo 23º de la presente Ley en lo referido a la demanda de revisión judicial.

3.13. Revisión judicial

Por otro lado, el procedimiento de ejecución coactiva puede ser sometido a un proceso judicial que tenga por objeto exclusivamente la revisión judicial de la legalidad y cumplimiento de las normas previstas para su iniciación y trámite para efectos de lo cual resultan de aplicación un conjunto de disposiciones establecidas por la norma materia de comentario.

En dicho orden de ideas, la norma señala que la sola presentación de la demanda de revisión judicial suspenderá automáticamente la tramitación del procedimiento de ejecución coactiva hasta la emisión del correspondiente pronunciamiento de la Corte Superior, siendo de aplicación lo previsto en el artículo 16º, numeral 16.5 de la Ley. Para muchos, esta previsión limita claramente las facultades coactivas de la Administración, mediatizando la ejecutoriedad de los actos administrativos y por ende la potestad de la autotutela a la cual nos hemos referido líneas arriba[1573].

1572 FERNÁNDEZ CARTAGENA, Julio, "Suspensión del procedimiento de ejecución coactiva de obligaciones no tributarias", en *Actualidad Jurídica*, T. 156, Lima, 2006, p. 188.

1573 GUEVARA COTRINA, Danilo, "El reciente pronunciamiento del Tribunal Constitucional respecto al procedimiento de ejecución coactiva", en *Actualidad Jurídica*, T. 154, Lima, 2006, p. 150.

Sobre el particular, el Tribunal ha señalado, en una importante sentencia emitida en un proceso de inconstitucionalidad iniciado contra la modificación de la norma materia de análisis[1574] que el derecho a la tutela jurisdiccional es un atributo subjetivo que comprende una serie de derechos, entre los que destacan el acceso a la justicia, es decir, el derecho de cualquier persona de promover la actividad jurisdiccional del Estado, sin que se le obstruya, impida o disuada irrazonablemente; y el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales.

En consecuencia, el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales que han pasado en autoridad de cosa juzgada, es entonces una manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional, reconocido en el inciso 3) del artículo 139º de la Constitución. El Tribunal ha señalado que, si bien la citada norma no hace referencia expresa a la efectividad de las resoluciones judiciales, dicha cualidad se desprende de su interpretación, de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos, conforme lo dispuesto por la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la propia Constitución[1575].

El Tribunal Constitucional ha indicado además que, al suspenderse la tramitación del procedimiento de ejecución coactiva se evita que la administración ejecute el patrimonio del administrado, situación que garantiza la efectividad de las decisiones del Poder Judicial. Evidentemente, las demandas contencioso-administrativas o de revisión judicial del procedimiento no serían efectivas si la Administración ejecutó coactivamente el cumplimiento de una obligación antes de conocer el pronunciamiento en sede judicial sobre la actuación de la Administración Pública o sobre la legalidad y el cumplimiento de las normas previstas para la iniciación y el trámite del procedimiento de ejecución coactiva. El Tribunal ha considerado entonces que la citada suspensión se encuentra acorde con el respeto al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y es en consecuencia plenamente constitucional.

3.14. La autonomía y competencia de los gobiernos locales

Es decir, conforme lo señalado por el Tribunal, las modificaciones introducidas por la norma impugnada no suprimen la facultad de los gobiernos locales de realizar el cobro de sus acreencias —uno de los extremos que sustentaban la demanda de inconstitucionalidad—, sino que solo la conservan pendiente hasta que los procesos entablados sean resueltos jurisdiccionalmente, impidiendo la ejecución inmediata de las sanciones impuestas por la Administración a fin de evitar a los administrados perjuicios irreparables o de difícil reparación.

1574 Expediente N.º 0015-2005-PI/TC, Sentencia de fecha 5 de enero de 2006.

1575 **Cuarta.-** Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

El Tribunal señaló entonces que, en ese sentido, el inciso e) del numeral 16.1 del artículo 16º y el numeral 23.3 del artículo 23º de la Ley N.º 26979, modificados por el artículo 1º de la Ley N.º 28165, no vulneran los artículos constitucionales 194º y 195º, referentes a la autonomía y competencia de los gobiernos locales, máxime si dicha autonomía tiene evidentes límites puesto que debe ser ejercida en el marco de la Constitución y la Ley, sin vulnerar derechos fundamentales.

3.15. La suspensión del proceso de ejecución coactiva en el caso de deudas tributarias del Gobierno Nacional

El artículo 119º del Código Tributario fue modificado por el artículo 9º del Decreto Legislativo N.º 969 y el artículo 29º del Decreto Legislativo N.º 981, redefiniendo las causales de suspensión del procedimiento coactivo en estos casos. En primer lugar, cuando en un proceso de amparo, exista una medida cautelar que ordene al Ejecutor Coactivo la suspensión de la cobranza. La norma no se pronuncia respecto a la obtención de una medida cautelar en un proceso contencioso administrativo, debiéndose entender sin embargo que la misma podría también suspender el procedimiento coactivo.

Asimismo, se suspende el procedimiento cuando una Ley o norma con rango de ley lo disponga expresamente. Excepcionalmente, tratándose de Órdenes de Pago, y cuando medien otras circunstancias que evidencien que la cobranza podría ser improcedente y siempre que la reclamación se hubiera interpuesto dentro del plazo de veinte (20) días hábiles de notificada la Orden de Pago. En este caso, la Administración deberá admitir y resolver la reclamación dentro del plazo de noventa (90) días hábiles, bajo responsabilidad del órgano competente.

La norma señala que la suspensión deberá mantenerse hasta que la deuda sea exigible de conformidad con lo establecido en el propio código. A ello debemos agregar el hecho de que, conforme lo dispuesto por el artículo 157º del Código, la presentación de la demanda contencioso administrativa no interrumpe la ejecución de los actos o resoluciones de la Administración Tributaria, salvo evidentemente que se obtenga una medida cautelar.

3.15.1. El mal llamado recurso de apelación

El Código Tributario señala que solo después de terminado el Procedimiento de Cobranza Coactiva, el ejecutado podrá interponer recurso de apelación ante la Corte Superior dentro de un plazo de veinte (20) días hábiles de notificada la resolución que pone fin al procedimiento de cobranza coactiva. Este mecanismo no es en realidad un recurso de apelación, como lo señala erróneamente el Código, sino más bien un proceso de revisión, sometido a similares limitaciones que las establecidas en la Ley N.º 26979.

Y es que la norma señala que al resolver la Corte Superior examinará únicamente si se ha cumplido el Procedimiento de Cobranza Coactiva conforme a

ley, sin que pueda entrar al análisis del fondo del asunto o de la procedencia de la cobranza. La norma señala que ninguna acción ni recurso podrá contrariar estas disposiciones, ni podrá aplicarse tampoco contra el Procedimiento de Cobranza Coactiva el artículo 13 de la Ley Orgánica del Poder Judicial[1576], el mismo que establece la suspensión del procedimiento en el caso de la necesidad de un pronunciamiento previo por parte de la autoridad jurisdiccional.

Es necesario señalar que la previsión que venimos comentando puede estar contraviniendo las normas aplicables al proceso contencioso administrativo, puesto que si se ha iniciado un procedimiento de cobranza coactiva frente a un acto tributario que ha sido reclamado y luego sometido a un proceso contencioso administrativo en el cual se ha obtenido una medida cautelar dicho procedimiento deberá interrumpirse, en estricta aplicación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva al cual alude la sentencia del Tribunal Constitucional a la cual nos hemos referido.

3.15.2. El caso del Indecopi

En el caso del Indecopi, la suspensión del procedimiento de ejecución coactiva no ocurre como lo señala la norma que hemos venido comentando. De hecho, el artículo 19º del Decreto Legislativo N.º 1033 preceptúa que, cuando una Sala del Tribunal emita una resolución que imponga, o confirme parcial o totalmente la determinación de una obligación susceptible de ejecución coactiva, la impugnación de dicha resolución ante el Poder Judicial a través del proceso contencioso administrativo suspenderá el correspondiente procedimiento de ejecución coactiva solamente si el cumplimiento de dicha obligación es garantizado mediante carta fianza, conforme a lo establecido en el Reglamento de la norma. Desde el punto de vista formal, siendo esta una norma especial puede válidamente establecer un régimen especial, pero desde el punto de vista material vulnera los principios establecidos por el Tribunal Constitucional en la sentencia que hemos comentado líneas arriba.

A su vez, conforme el artículo 35º del Reglamento de Organización y Funciones del Indecopi, dicha carta fianza debe ser emitida por una entidad bancaria del Sistema Financiero Nacional, a favor del Indecopi; debe ser otorgada con el carácter de irrevocable, solidaria, incondicional y de ejecución inmediata, a solo requerimiento del Indecopi; debe ser emitida por un monto igual al que

1576 Ley Orgánica del Poder Judicial:

Artículo 13.- Cuando en un procedimiento administrativo surja una cuestión contenciosa, que requiera de un pronunciamiento previo, sin el cual no puede ser resuelto el asunto que se tramita ante la administración pública, se suspende aquél por la autoridad que conoce del mismo, a fin que el Poder Judicial declare el derecho que defina el litigio. Si la autoridad administrativa se niega a suspender el procedimiento, los interesados pueden interponer la demanda pertinente ante el Poder Judicial. Si la conducta de la autoridad administrativa provoca conflicto, este se resuelve aplicando las reglas procesales de determinación de competencia, en cada caso.

es materia de ejecución coactiva; el plazo por el que se emite debe ser no menor de un año y renovada quince (15) días hábiles antes de su vencimiento mientras el proceso judicial se encuentre en giro; y finalmente, deberá consignar el número de la resolución recurrida, así como la resolución de ejecución coactiva, de ser el caso.

3.15.3. El Caso de OEFA

La Ley N.º 30011 ha modificado la Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental incorporando el artículo 20º-A, el mismo que preceptúa que la sola presentación de una demanda contencioso administrativa, de amparo u de otra índole, no interrumpe ni suspende el procedimiento de ejecución coactiva de las resoluciones de primera o segunda instancia administrativa referidas a la imposición de sanciones administrativas emitidas por el OEFA (Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental). Este constituye otra excepción a la regla general que venimos describiendo, la misma que se justifica en la especial naturaleza de los procedimientos administrativos sancionadores en materia ambiental.

4. OTROS MEDIOS DE EJECUCIÓN FORZOSA

La Ley de Procedimiento Administrativo General establece un conjunto de medios de ejecución forzosa distintos a la ejecución coactiva, que como lo hemos señalado es el mecanismo de ejecución por excelencia. Dichos medios operan cuando no es posible emplear el procedimiento coactivo para que la Administración se procure la ejecución del acto administrativo emitido.

4.1. La ejecución subsidiaria

Es el mecanismo a través del cual la Administración se procura la prestación a través de la ejecución de la misma por un sujeto distinto al obligado[1577]. Este mecanismo se aplica a falta de ejecución coactiva, cuando no existe mecanismo que permita obtener que el administrado cumpla su prestación de manera directa.

La ejecución subsidiaria ocurre únicamente cuando la obligación no es personalísima y fundamentalmente respecto de obligaciones de dar o de hacer. En este caso, la entidad realizará el acto, por sí o a través de las personas que determine, a costa del obligado. Ello significa que el costo de la actuación administrativa deberá ser asumido por el administrado, más los daños y perjuicios irrogados.

El importe de los gastos, daños y perjuicios antes señalados se exigirá conforme a lo dispuesto en lo referente a la ejecución coactiva. La Ley señala

1577 Artículo 198º de la Ley N.º 27444.

que dicho importe podrá liquidarse de forma provisional y realizarse antes de la ejecución, o reservarse a la liquidación definitiva. Esto puede llevarnos a pensar que la Administración realiza dicha liquidación en forma unilateral. Sin embargo, en el derecho y la doctrina comparada debe entenderse que dicha liquidación requiere un procedimiento administrativo previo, que permita la defensa del administrado.

4.2. Multa coercitiva

La multa coercitiva es el mecanismo a través del cual la entidad administrativa, para la ejecución de determinados actos, puede imponer multas reiteradas por períodos consecutivos, a fin de que el obligado cumpla con lo ordenado por la Administración.

La norma señala que la multa coercitiva es procedente en los siguientes supuestos[1578]:

a) Actos personalísimos en los que además no proceda la compulsión sobre la persona del obligado, en especial si la Ley no ha facultado expresamente a la entidad para su empleo.

b) Actos en que, aun procediendo la compulsión, la administración no la estimara conveniente; sea respecto de obligaciones personalísimas o no. Ello puede ocurrir si es que la compulsión violare derechos fundamentales o el principio de razonabilidad.

c) Actos cuya ejecución pueda el obligado encargar a otra persona. En este caso, si bien la obligación no es personalísima, el obligado podría cumplirla de manera expeditiva. Sin embargo, este supuesto resultaría más bien habilitante de la ejecución subsidiaria a la que hemos hecho referencia anteriormente.

La multa coercitiva se da únicamente cuando así lo autoricen las leyes, y en la forma y cuantía que estas determinen expresamente, en estricto cumplimiento del principio de legalidad y dado el carácter especial que rodea a este mecanismo de ejecución. La Ley, en consecuencia, no autoriza directamente a las entidades el empleo de este mecanismo coercitivo.

Es preciso señalar además que la multa coercitiva es independiente de las sanciones que puedan imponerse con tal carácter y compatible con ellas. La multa coercitiva no tiene naturaleza sancionadora, sino más bien conminatoria y funciona como un mecanismo de ejecución.

Ejemplos interesantes del empleo de multas coercitivas se encontraba consignados en las facultades de las comisiones y oficinas del Indecopi, contenidas en el artículo 5º del Decreto Legislativo N.º 807[1579], en el que sin embargo se

1578 Artículo 199º de la Ley N.º 27444.

1579 **Artículo 5.-** Quien a sabiendas proporcione a una Comisión, a una Oficina o a una Sala del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual información falsa

confundían la multa de naturaleza sancionadora con la multa coercitiva. En la actualidad dicha atribución le corresponde a las salas del Tribunal, conforme al artículo 14º del Decreto Legislativo N.º 1033.

Dicha facultad es aplicable también a los organismos reguladores, en mérito a lo dispuesto por el artículo 5º de la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, al corresponderles las mismas facultades que poseen las salas y comisiones de Indecopi.

Otro ejemplo es el del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, el mismo que también puede aplicar multas coercitivas sea en la aplicación de medidas cautelares, sea en la aplicación de medidas correctivas, multa que puede ascender a 100 UIT. Ello, conforme lo dispuesto en los artículos 21º y 22º de la Ley N.º 29325; Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental.

4.3. Acto de compulsión sobre las personas

Los actos administrativos que impongan una obligación personalísima de no hacer o soportar, que no puedan hacerse efectivos de otra manera, podrán ser ejecutados por compulsión sobre las personas en los casos en que la ley expresamente lo autorice, y siempre dentro del respeto debido a su dignidad y a los derechos reconocidos en la Constitución Política[1580]. Ello implica que solo la ley —entendemos ley emanada del Congreso, puesto que solo mediante esta puede limitarse derechos fundamentales— puede otorgarse la potestad de ejercer dicha coerción directa.

Por otro lado, la compulsión no podría por ejemplo privar de la libertad a alguna persona o generar la pérdida de su patrimonio. En consecuencia, el uso de actos de compulsión resulta ser aún más excepcional que la multa coercitiva por ser el mecanismo más gravoso a emplear contra el administrado[1581].

Ahora bien, si los actos señalados fueran de cumplimiento personal, y no fueran ejecutados, es decir, si la compulsión no surtiera el efecto deseado, darán lugar al pago de los daños y perjuicios que se produjeran, respecto al administrado, los que se deberán regular judicialmente. La Administración Pública no podría establecer dichos daños por sí misma ni mucho menos cobrarlos coactivamente.

u oculte, destruya o altere cualquier libro, registro o documento que haya sido requerido por la Comisión, Oficina o Sala del Tribunal o sin justificación incumpla los requerimientos de información que se le haga o se niegue a comparecer o, mediante violencia o amenaza, impida o entorpezca el ejercicio de las funciones de la Comisión, Oficina o Sala del Tribunal, será sancionado por esta con multa no menor de una UIT ni mayor de cincuenta (50) UIT, sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda. La multa se duplicará sucesivamente en caso de reincidencia.

1580 Artículo 200º de la Ley N.º 27444.

1581 TIRADO BARRERA, "La ejecución forzosa de los actos administrativos en la Ley N.º 27444", cit., p. 381.

Un ejemplo interesante es el contenido en la Ley Orgánica de Elecciones respecto a la ausencia de miembros de mesa durante la jornada electoral. Se ha establecido que las ausencias se deberán cubrir con electores de la respectiva fila, pudiendo emplearse incluso la fuerza pública.

Capítulo XXVI

LA REVISIÓN DE OFICIO DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

SUMARIO: 1. Rectificación de errores. 2. Nulidad de oficio. 2.1. Sustento de la nulidad de oficio. 2.2. Autoridad competente para declarar de oficio la nulidad de un acto administrativo. 2.3. Prescripción de la facultad de la Administración de declarar de oficio la nulidad de un acto. 2.4. Acción, proceso o recurso de lesividad. 2.4.1. Los tres supuestos de proceso de lesividad. 2.4.2. Acto administrativo habilitante. 2.4.3. La normativa derogada. 2.5. Declaración de la nulidad de oficio de los actos administrativos emitidos por consejos o tribunales regidos por leyes especiales. **3. Revocación de actos administrativos.** 3.1. Supuestos habilitantes para la revocación de actos administrativos. 3.2. Regulación de la revocación. 3.3. Garantías a favor del Administrado en caso de revocación de un acto administrativo. 3.4. El precedente emitido por Indecopi sobre el particular.

Dado que la Administración se encuentra conformada por seres humanos, estos pueden equivocarse. De hecho, la Administración Pública debe estar sometida a determinados controles —sean administrativos, políticos, ciudadanos o jurisdiccionales— a fin de funcionar de manera eficiente. En tal sentido, la norma establece la posibilidad de que los actos de las autoridades administrativas sean susceptibles de revisión por parte de la Administración, lo cual se configura como un mecanismo de control administrativo de las actuaciones de la propia entidad administrativa.

Ahora bien, esta revisión administrativa puede hacerse de oficio o a pedido de parte. Es de oficio cuando la propia autoridad corrige, anula o revoca el acto administrativo, como veremos a continuación. Es a pedido de parte cuando es el administrado el que, al verse afectado por el acto administrativo en cuestión, solicita su revisión a través de un recurso administrativo, sea de reconsideración, apelación o revisión.

Una importante garantía al nivel de la revisión de actos administrativos estriba en el hecho de que no serán revisables en sede administrativa, en ningún caso, los actos que hayan sido objeto de confirmación por sentencia judicial firme[1582].

1582 Artículo 204º de la Ley N.º 27444.

Dicha confirmación es en todo caso el resultado de un proceso contencioso administrativo en el cual se pretendía la impugnación de dicho acto.

Este principio deja en claro, en primer lugar, la virtualidad de las facultades de control que posee el Poder Judicial sobre la Administración Pública, que se materializa en la existencia del proceso contencioso administrativo. Asimismo, limita claramente las facultades revisoras de la Administración, permitiendo la conservación de la seguridad jurídica, a favor del interesado y de la colectividad en su conjunto.

1. RECTIFICACIÓN DE ERRORES

Los errores materiales o aritméticos en los actos administrativos pueden ser rectificados con efecto retroactivo, en cualquier momento, de oficio o a instancia de los administrados, siempre que no se altere lo sustancial de su contenido ni el sentido de la decisión[1583]. Los errores materiales son aquellos que pueden deducirse fácilmente de la propia resolución o de la confrontación de esta con el expediente administrativo. Los errores aritméticos se enfocan a los caracteres numéricos, y son el resultado de operaciones mal realizadas. Estos errores tienen la característica común de que su corrección no altera la decisión tomada; excluyéndose evidentemente las cuestiones de derecho, la valoración de las pruebas, el alcance de los hechos y cualquier otra consideración de hecho o de derecho que afecte los efectos del acto o su validez[1584].

La norma establece que la rectificación de errores adopta las formas y modalidades de comunicación o publicación que corresponda para el acto original. Ello implica que el acto rectificatorio debe emitirse con idéntica formalidad —esté contenido en un oficio, carta o resolución emanada de la Administración— y por el mismo funcionario que emitió el mismo.

Para cierto sector de la doctrina, la rectificación de errores también puede emplearse para convalidar actos que adolecen de vicios no trascendentales, a fin de conservar los mismos de conformidad con lo señalado por la propia Ley. En este caso, se está confundiendo la rectificación con los llamados actos en enmienda, que se encuentran definidos por la Ley N.º 27444 de una manera distinta, como ya lo hemos señalado en el capítulo relativo a la validez del acto administrativo. De hecho, la naturaleza de los actos en enmienda y los actos rectificatorios es distinta, no obstante que los actos en enmienda configuran, desde el punto de vista técnico, un mecanismo de revisión de actos administrativos a fin de evitar que los mismos sean pasibles de ser declarados nulos.

No debe confundirse tampoco la rectificación de errores —ni tampoco los actos en enmienda— con la llamada fe de erratas, la misma que opera frente a actuaciones normativas y si bien también es aplicable a actos administrativos,

1583 Artículo 201º de la Ley N.º 27444.
1584 GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de procedimiento administrativo*, cit., p. 517.

si dicho mecanismo se encuentra sometido a un plazo, conforme la norma pertinente, aplicándose lo mismo a la publicación es el diario oficial.

2. NULIDAD DE OFICIO

La nulidad de oficio, típica facultad exorbitante de la Administración Pública, implica que esta última pueda declarar la nulidad de sus propios actos, siempre que los mismos incurran en las causales de nulidad señaladas en el artículo 10º de la Ley, aun cuando hayan quedado firmes —cuando no cabe recurso alguno contra ellos—, y siempre que agravien el interés público[1585]. Dicha declaración tiene efectos declarativos y retroactivos, puesto que establece la invalidez del acto en cuestión desde el momento en que este ha sido emitido. Por otro lado, el acto anulatorio genera por sí mismo el agotamiento de la vía administrativa, permitiendo al administrado el ejercicio de su derecho de acción a través del proceso contencioso administrativo[1586].

En primer lugar, la atribución a favor de la administración se configura como una facultad discrecional, que puede ejercerse o no. La autoridad no se encuentra obligada a declarar la nulidad, sino más bien puede hacerlo si existe la causal. Ello, a diferencia de gran parte de la legislación comparada, en la cual se establece la atribución como una obligación de la entidad, que permite incluso que opere a solicitud de parte[1587]. Asimismo, la legislación comparada establece la existencia de órganos consultivos, como el Consejo de Estado en el caso español, que se emplea para darle legalidad a dicha declaración.

Asimismo, para efectos de la nulidad de oficio se requiere, no solamente que el acto administrativo sea nulo de conformidad con lo estipulado en la Ley, sino además que dicho acto vulnere el interés público. A esto se le denomina requisito de doble lesión[1588]. Ahora bien, esta consideración genera ciertos problemas. En primer lugar, el interés público es un concepto de difícil determinación, máxime si en la doctrina y la legislación comparada se le asimilaba con pérdidas de naturaleza patrimonial. Además, la determinación de esta última consideración es potestad discrecional de la propia Administración, pero la indicación de la misma pretende evitar que la entidad emplee su potestad de declarar la nulidad de sus actos afectando el interés o los derechos de los administrados.

2.1. Sustento de la nulidad de oficio

La nulidad de oficio de los actos administrativos tiene sustento en primer lugar, en el interés general, único supuesto habilitante que permite que la autoridad

1585 Artículo 202º inciso 202.1 de la Ley.

1586 Esta previsión no es ninguna novedad, puesto que ya se encontraba presente en el artículo 8º del Decreto Supremo N.º 02-94-JUS.

1587 GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, cit., T. I, p. 611.

1588 GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, cit., T. I, pp. 645-646.

administrativa pueda invocar su propio error para obtener la invalidez de un acto, supuesto impensable en el ámbito del derecho privado, puesto que pertenece a la llamada doctrina de los actos propios. Cierto sector de la doctrina sustenta la nulidad de oficio también en la autotutela, como potestad de la Administración de tutelar sus intereses sin necesidad de la intervención de ninguna entidad adicional.

Por otro lado, la nulidad de oficio es también un mecanismo de control de la Administración, que permite que esta última emplee mecanismos para controlarse a su interior. Sin embargo, este mecanismo de control opera siempre de oficio. En tal sentido, resultaría inadmisible, en nuestra legislación, que la Administración declare la nulidad de oficio a pedido del administrado, a diferencia de lo señalado en la legislación comparada. Debemos considerar además que tal mecanismo resultaría ser un esquema alternativo al de los recursos, si es que estos no fueron utilizados debidamente.

2.2. Autoridad competente para declarar de oficio la nulidad de un acto administrativo

Como regla general, se estipula que la nulidad de oficio solo puede ser declarada por el funcionario jerárquico superior al que expidió el acto que se invalida[1589]. Ello impide que la autoridad administrativa que emitió el acto determine la nulidad del mismo basada en criterios discrecionales, afectando el interés de los particulares que puedan haberse beneficiado de la emisión del acto. El hecho que se otorgue facultades discrecionales a la administración para declarar la nulidad de sus actos obliga al ordenamiento jurídico a establecer mecanismos de limitación de dichas facultades, que operen como garantía a favor del administrado.

Sin embargo, si se tratara de un acto emitido por una autoridad que no está sometida a subordinación jerárquica, la Ley señala que la nulidad será declarada también por resolución del mismo funcionario. Esta última precisión resulta controversial, pues establece la posibilidad de que un funcionario que no está sometido a subordinación pueda anular sus propios actos, lo cual establece un régimen discrecional muy amplio, máxime si existen múltiples autoridades que carecen de superiores jerárquicos, en particular las autoridades máximas de organismos públicos descentralizados —cuya relación con el titular del sector no es de jerarquía, sino de tutela, como ya vimos—, organismos constitucionales autónomos y municipalidades. Más bien, la Ley debió establecer la imposibilidad de que puedan declararse nulos de oficio los actos de autoridades que carezcan de superior jerárquico, a fin de que solamente pueda hacerse efectiva dicha nulidad a través del proceso de lesividad.

1589 Artículo 202º inciso 202.2 de la Ley N.º 27444.

2.3. Prescripción de la facultad de la Administración de declarar de oficio la nulidad de un acto

La facultad para declarar la nulidad de oficio de los actos administrativos prescribe al año, contado a partir de la fecha en que hayan quedado consentidos[1590]. La existencia de un plazo de prescripción permite proteger los derechos de los administrados y establecer criterios mínimos de seguridad jurídica, máxime si no existe mayor limitación que el requisito de doble lesión al cual nos hemos referido líneas arriba.

Es necesario señalar que el derogado Texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos señalaba como plazo para declarar la nulidad de oficio el de tres años, el mismo que resultaba manifiestamente excesivo en perjuicio de los particulares. Inicialmente, el Decreto Ley N.º 26111 establecía el plazo de seis meses, que resultaba ser mucho más razonable. En cambio, el antiguo Reglamento de Normas Generales de Procedimientos Administrativos no establecía plazo alguno, lo cual llevó a algunos a suponer que la potestad anulatoria era imprescriptible.

2.4. Acción, proceso o recurso de lesividad

En caso de que haya prescrito el plazo previsto en el acápite anterior, solo procede demandar la nulidad ante el Poder Judicial vía el proceso de lesividad, siempre que la demanda se interponga dentro de los dos (2) años siguientes a contar desde la fecha en que prescribió la facultad para declarar la nulidad en sede administrativa[1591].

Este proceso resulta una de las facultades más polémicas de la Administración Pública, pues le permite solicitar al Poder Judicial la nulidad de sus propios actos, amparándose en su propia torpeza y sustentando su petitorio en una actuación ilegal o defectuosa del órgano que emitió el acto. En tal sentido el proceso de lesividad no es un proceso contencioso administrativo, puesto que el mismo no es iniciado por un administrado en contra de la administración, sino por esta última.

Por otro lado, la mal llamada acción de lesividad por parte del derecho comparado (pues en realidad es un proceso judicial) genera no pocos problemas de aplicación. En primer lugar, es necesario determinar claramente a quien corresponde la legitimidad pasiva, existiendo la discrepancia respecto a la posibilidad de la Administración de demandarse a sí misma. En todo caso, podríamos considerar como demandado al que resultara beneficiado por el acto emitido. La Ley que regula el proceso contencioso administrativo parece haber resuelto el problema, al establecer como sujeto pasivo al particular titular de los derechos declarados por el acto cuya nulidad pretenda la entidad admi-

1590 Artículo 202º inciso 202.3 de la Ley N.º 27444.
1591 Artículo 202º inciso 202.4 de la Ley N.º 27444.

nistrativa que lo expidió. Ello limita la demanda a aquellos actos que declaran derechos subjetivos a favor del administrado, sin tomar en cuenta otros actos administrativos, en especial, aquellos que generan más bien gravámenes o cargas y cuya nulidad podría favorecer a los administrados. En estos casos, la norma parece establecer que procede más bien la revocación, como veremos más adelante.

En segundo lugar, es necesario determinar los efectos de la demanda respecto a la eficacia del acto impugnado, en especial si la administración obtiene una medida cautelar en su favor, que sería especialmente procedente. La suspensión de la vigencia del acto impugnado, si este favorece al administrado, puede acarrear perjuicios de difícil cuantificación, que luego podrían devenir en irreparables.

2.4.1. Los tres supuestos de proceso de lesividad

Existen tres supuestos que se consideran habilitantes del denominado proceso de lesividad, conforme a la doctrina.

1. *Vencido el plazo para declarar la nulidad de oficio*

   Un primer supuesto del proceso de lesividad es aquel en el cual ha vencido el plazo para que la Administración pueda declarar la nulidad de oficio del acto administrativo considerado nulo y que a la vez vulnera el interés público. Este caso es posible en todos los supuestos en los cuales la Administración se encuentra facultada para declarar la nulidad de sus propios actos y fundamentalmente en supuestos de procedimientos administrativos bilaterales.

2. *El caso de los Actos de Tribunales o Consejos Especiales*

   Como veremos más adelante, en el caso de los actos administrativos emitidos por Tribunales Administrativos o Consejos regidos por leyes especiales, en particular si desarrollan actividad cuasijurisdiccional, la redacción original de la Ley N.º 27444 establecía que no cabía la nulidad de oficio de los mismos, situación en la cual, si es que la Administración requiere obtener su nulidad debe necesariamente dirigirse al Poder Judicial. Esta previsión se sustentaba en el hecho de que dichos órganos resuelven una controversia cuya solución debe poner fin a la vía administrativa, razón por la cual no deberá otorgarse a la Administración la potestad de poder decidir por sí misma la nulidad de dicho acto.

   Sin embargo, el decreto legislativo N.º 1029 modifica sustancialmente esta disposición, estableciendo que es posible que estos organismos puedan declarar la nulidad de oficio de sus propios actos, pero mediando acuerdo unánime de sus miembros, debiendo ejercerse esta atribución en plazo establecido por la ley para ello. Esta es una reforma discutible, puesto que, como lo hemos señalado, al resolverse

una controversia solo el Poder Judicial debería poder determinar si nos encontramos ante un acto administrativo nulo.

3. *La administración es afectada por el acto emitido por otra entidad*

   Cierto sector de la doctrina entiende que cuando una entidad administrativa es afectada por un acto emitido por otra nos encontramos ante un supuesto habilitante del proceso de lesividad. Sin embargo, en estos casos nos encontramos en realidad ante un proceso contencioso administrativo, puesto que la entidad demandante no pretende la nulidad de su propio acto, sino la de aquel emitido por otra entidad administrativa.

   En este caso resultaría de aplicación lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 11º de la Ley N.º 27584, que establece que también tiene legitimidad para obrar activa la entidad pública facultada por ley para impugnar cualquier actuación administrativa que declare derechos subjetivos, previa expedición de resolución motivada en la que se identifique el agravio que aquélla produce a la legalidad administrativa y al interés público, y siempre que haya vencido el plazo para que la entidad que expidió el acto declare su nulidad de oficio en sede administrativa.

2.4.2. Acto administrativo habilitante

Es evidente que la interposición de la demanda de lesividad requiere la emisión de un acto administrativo habilitante, el mismo que precise la afectación del interés general que se ha generado con la emisión del acto, así como el vicio en el cual se ha incurrido. Esta consideración surge de inmediato del artículo 11º de la Ley que regula en Proceso Contencioso Administrativo, al cual ya hemos hecho referencia. Dicha norma, además, establece que la resolución debe declarar derechos subjetivos, lo cual configuraría una limitación al empleo del proceso de lesividad.

A su vez, dicho acto habilitante es resultado de un procedimiento de oficio en el cual se ha evaluado la iniciación del proceso judicial de lesividad, de conformidad con la Ley. En tal sentido, consideramos la posibilidad de que dicho acto pueda ser impugnado mediante los recursos administrativos pertinentes, puesto que el mismo estaría afectando intereses de los administrados.

2.4.3. La normativa derogada

Finalmente, debemos precisar que la normativa derogada prescribía que la facultad de emplear el proceso de lesividad era imprescriptible, como resultado de una modificación al texto original del Decreto Supremo N.º 02-94-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos. Conforme lo señalado por el Tribunal, era evidente que dicha previsión vulneraba no solo el derecho al debido proceso, sino el principio de igualdad, al otorgar al Estado una prerrogativa del cual no tiene por qué gozar.

En consecuencia, la situación antes descrita fue considerada inconstitucional en su momento por una interesante sentencia del Tribunal Constitucional, máxime si dicha ausencia de plazo se comparaba con el exiguo plazo que los administrados poseían para impugnar actos administrativos, de acuerdo con el Código Procesal Civil que entonces regulaba el proceso contencioso administrativo[1592]. El problema que se generó —al margen de la inconstitucionalidad del extendido plazo— fue la ausencia, hasta la entrada en vigencia de la Ley

1592 Sentencia de 9 de mayo de 2001, relativa a la Acción de Inconstitucionalidad por el fondo, iniciada por el Defensor del Pueblo, contra los artículos 1º, inciso 1.2); 2º, incisos 2.1) y 2.2); 3º; 4º; 5º, incisos 5.1) y 5.2); 6º; 7º; 8º; 11º; y Primera Disposición Complementaria de la Ley N.º 26960, que señalaba:

"1. Que el artículo 1º, inciso 1.2), concordante con los artículos 2º, inciso 2.2), y 5º, inciso 5.1), acápite c), así como la Primera Disposición Final y Complementaria de la Ley N.º 26960, resultan, en efecto, tal y como lo sostiene la demanda, inconstitucionales, puesto que: **a)** Contravienen las reglas del debido proceso administrativo y, particularmente, el principio del respeto a la 'cosa decidida', que, como ya se ha señalado en reiterados precedentes jurisprudenciales, tienen relevancia constitucional, al derivar su reconocimiento del artículo 139º, incisos 2), 3) y 13), como del artículo 3º de la norma fundamental, referido a derechos innominados; pues es evidente que con las disposiciones impugnadas se permite que el Estado -particularmente el Ministerio del Interior-, promueva acciones legales orientadas a enervar los efectos de intangibilidad, en sede administrativa, de las resoluciones supremas que otorgaron grados de oficiales o de subalternos al personal de la Sanidad de la Policía Nacional del Perú, cuando tales resoluciones, por otra parte, no solo no pueden ser revisadas en sede administrativa, al haber prescrito el plazo de seis meses contemplado en el Texto Único Ordenado de Normas Generales y Procedimientos Administrativos o Decreto Supremo N.º 02-94-JUS, vigente al momento de expedirse las mismas, sino que, además, tampoco pueden examinarse en sede judicial, al haber vencido el plazo de tres meses señalado en el texto original del inciso 3) del artículo 541º del Código Procesal Civil, el mismo que, para el caso de las resoluciones cuestionadas, es el aplicable; **b)** Vulneran la prohibición de aplicar la ley de forma retroactiva, establecida en el segundo párrafo del artículo 103º de la Carta Política, ya que, al margen de que la Disposición Final y Complementaria Sexta, de la Ley N.º 26960, establezca la vigencia de dicha norma a partir del día siguiente de su publicación, esto es, a partir del treinta y uno de mayo de mil novecientos noventa y ocho, el objeto real de dicho dispositivo, según fluye de su contenido, es el de revisar todos aquellos actos administrativos presuntamente contrarios a la ley y/o la Constitución, consistentes en el otorgamiento o incorporación a jerarquías y grados de Oficial de Servicio, y de Subalternos, al personal de la Sanidad de la Policía Nacional del Perú, actos que, como es de conocimiento público, fueron realizados con fecha anterior a la de entrada en vigencia de dicha norma; **c)** Adicionalmente y por lo que respecta a la Primera Disposición Final y Complementaria de la Ley N.º 26960, queda claro que, además de los preceptos constitucionales mencionados, también se afecta el principio de igualdad, y la regla de legislar por la naturaleza de las cosas, y no por la diferencia de las personas, reconocidos, tanto en el artículo 2), inciso 2), como en el primer párrafo del artículo 103º de la Constitución, pues mientras al ciudadano común y corriente se le imponen restricciones temporales respecto de la promoción de la acción contencioso-administrativa, según el inciso 3) del artículo 541º del Código Procesal Civil; al Estado se le faculta a promover la misma acción, sin ningún tipo de restricción y con un carácter de imprescriptibilidad absoluta, reñida con todo sentido de seguridad jurídica."

vigente, de mecanismos a través de los cuales la Administración Pública pudiera obtener la nulidad de sus propios actos.

2.5. Declaración de la nulidad de oficio de los actos administrativos emitidos por consejos o tribunales regidos por leyes especiales

Como lo hemos señalado, los actos administrativos emitidos por consejos o tribunales regidos por leyes especiales competentes para resolver controversias en última instancia administrativa, no pueden ser objeto de declaración de nulidad de oficio, máxime si dichos consejos y tribunales carecen propiamente de superior jerárquico alguno y desarrollan actividad cuasijurisdiccional. Como resultado, solo procedía demandar su nulidad ante el Poder Judicial, vía el proceso de lesividad —que insistimos, no es en realidad un proceso contencioso-administrativo—, siempre que la demanda se interponga dentro de los tres años siguientes a contar desde la fecha en que el acto quedó firme[1593]. Sin embargo, el Decreto Legislativo N.º 1029 modifica este precepto estableciendo que dichos organismos pueden declarar dicha nulidad de oficio previo acuerdo unánime de sus miembros.

3. REVOCACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS

En principio, y de acuerdo a la Ley N.º 27444, los actos administrativos declarativos o constitutivos de derechos o intereses legítimos no pueden ser revocados, modificados o sustituidos de oficio por razones de oportunidad, mérito o conveniencia[1594]. Este concepto de irrevocabilidad de los actos administrativos proviene de evidentes consideraciones de seguridad jurídica y de respeto al derecho al debido proceso de los administrados.

Por otro lado, la imposibilidad de revocar actos favorables a los administrados podría implicar, para algunos, que los actos de gravamen o que perjudiquen a los administrados sí serían susceptibles de revocación por parte de la autoridad administrativa. En este sentido se pronuncia el numeral 203.2.3 del artículo 203º de la Ley del Procedimiento Administrativo General, permitiendo la revocación en supuestos en que se favorece a los destinatarios del acto y no se perjudica a terceros. Esta concepción es además conforme con la doctrina y la legislación comparada[1595].

Ahora bien, la razón por la cual el ordenamiento jurídico impide la revocación de actos administrativos estriba, en primer lugar, en una concepción de seguridad jurídica a fin de no dejar a discrecionalidad de la Administración los efectos de una actuación administrativa determinada. Asimismo, resulta de particular importancia el proteger los derechos que los particulares han adquirido, dado

1593 Artículo 202º inciso 202.5 de la Ley N.º 27444.
1594 Artículo 203º inciso 203.1 de la Ley N.º 27444.
1595 GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de procedimiento administrativo*, cit., pp. 511-512.

que ellos han sido favorecidos por la resolución emitida. Ello puesto que la revocación tiene en realidad naturaleza expropiatoria y por ello su regulación excepcional[1596], como veremos a continuación.

3.1. Supuestos habilitantes para la revocación de actos administrativos

Ahora bien, el ordenamiento jurídico establece supuestos en los cuales, excepcionalmente, cabe la revocación de actos administrativos, basándose en criterios de interés general. Esto no es unánime en el derecho comparado, siendo que en algunos lugares el principio de irrevocabilidad de los actos administrativos opera con mayor intensidad, estando la administración impedida de revocar actos administrativos que no sean desfavorables o de gravamen y estando sometida a determinados parámetros para revocar dichos actos[1597]; regulación que es evidentemente más protectora de los derechos e intereses de los administrados.

Evidentemente, la revocación de actos administrativos, a diferencia de la nulidad de oficio, opera únicamente con efectos hacia delante, pero a su vez, carece de plazo establecido por ley, con lo cual se distingue claramente de la nulidad que opera con efectos retroactivos y se encuentra sometida a un plazo. Se precisa esta aclaración porque en ciertos ámbitos de la legislación y de la doctrina comparadas ambos conceptos tienden a confundirse, empleándose la revocación como sinónimo de anulación de actos administrativos ilícitos[1598].

Finalmente, dada su particular naturaleza, la revocación de actos administrativos cabe, en consecuencia, en situaciones taxativamente definidas por la ley que deben ser interpretadas de manera restrictiva, en especial las dos primeras, situaciones que pasamos a analizar seguidamente[1599].

1. *Cuando la facultad revocatoria haya sido expresamente establecida por una norma con rango legal y siempre que se cumplan los requisitos previstos en dicha norma*

   Las causales de revocación en este caso deberán estar establecidas taxativamente en la norma autoritativa, a fin de evitar que la excepción antes señalada se vaya a convertir en una regla general. Un ejemplo de facultad que ha sido conferida de manera expresa en la

1596 COSCULLUELA MONTANER, *Manual de derecho administrativo*, cit., p. 343.

1597 Para el caso español: FRANCH, Marta, "Revisión de oficio", en *Control de la administración pública. Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo*, UNAM, México D.F., 2007, pp. 199 y ss.; SANTAMARÍA ARINAS, René Javier, "La reforma del artículo 105.1 LPC y la revocación de los actos administrativos", en *Revista de Administración Pública*, N.º 151, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2000.

1598 Para el caso colombiano: RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo, "La revocación de los actos administrativos ilícitos", en *Derecho Administrativo. Memorias del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, UNAM, México D.F., 2005, pp. 547 y ss.

1599 Artículo 203º inciso 203.2 de la Ley N.º 27444.

Ley es la posibilidad de revocación de la delegación de competencia otorgada por una entidad en favor de otra, conforme lo señalado por la Ley del Procedimiento Administrativo General. Otro ejemplo son los supuestos de caducidad de derechos obtenidos en materia de recursos naturales, como es el caso de la concesión minera.

2. *Cuando sobrevenga la desaparición de las condiciones exigidas legalmente para la emisión del acto administrativo cuya permanencia sea indispensable para la existencia de la relación jurídica creada por el mismo*

   Como resultado, la relación jurídica a la que se hace referencia pierde sustento y se resuelve. La revocatoria del acto resultaría ser la consecuencia de la circunstancia generada al verificarse la desaparición de dichas condiciones. Un caso evidente en el cual se manifiesta esto es la muerte, en el caso de autorizaciones o derechos otorgados de manera personalísima, debiéndose tener cuidado de confundir esta situación con un supuesto de plazo resolutorio.

   Otro ejemplo interesante se da en circunstancias en las cuales la entidad administrativa haya emitido un acto administrativo en función a una decisión judicial o administrativa que luego fue anulada por una decisión posterior. En este caso es evidente que la decisión administrativa previa ha perdido su sustento, siendo necesario revocarla.

3. *Cuando apreciando elementos de juicio sobrevinientes se favorezca legalmente a los destinatarios del acto y siempre que no se genere perjuicios a terceros*

   En este caso la revocación en realidad resulta favoreciendo al administrado, operando en el caso de actos desfavorables o de gravamen y resultaría perfectamente admisible, incluso en términos de interés general, pues implica una revisión del procedimiento en el cual no se favoreció al solicitante. Por ello, esta modalidad de revocación podría generarse incluso a pedido de parte.

   De hecho, en la jurisprudencia y el derecho comparado, en general, esta se convierte en la única causal habilitante de la revocación de actos administrativos, siendo que los actos administrativos declarativos de derechos únicamente pueden anularse, mas no revocarse; siendo que las causales que hemos descrito líneas arriba configuran más bien vicios del acto administrativo.

   Esta causal de revocación implica que su uso no afecte el ordenamiento jurídico ni el interés general[1600]. Es necesario señalar que esta facultad es muy útil para corregir actos administrativos que perjudican a los administrados cuando la entidad ya no puede declarar la nu-

1600 ENTRENA CUESTA, *Curso de derecho administrativo*, cit., p. 230.

lidad de oficio por haber transcurrido el plazo establecido por la ley para ello y es evidente que el acto administrativo no debió emitirse por contener un vicio en alguno de sus requisitos de validez. A ello debemos agregar el hecho de que conforme a la normativa vigente el proceso de lesividad solo puede emplearse contra actos administrativos que otorgan o autorizan el ejercicio de derechos y no frente a actos de gravamen.

3.2. Regulación de la revocación

Ahora bien, dado que la revocación de cualquier resolución resulta ser también un acto administrativo, este debe ser emitido cumpliendo con todos los requisitos para su emisión, en especial, el de procedimiento regular. En tal sentido, la revocación implica un procedimiento administrativo previo, el cual resulta ser en principio, un procedimiento de oficio, con las previsiones que ello conlleva de acuerdo a la Ley[1601].

Finalmente, debemos señalar que, desafortunadamente, la Ley no establece plazo para el ejercicio de la facultad revocatoria, ni señala expresamente el requisito de señalar la violación al interés general o a las normas legales aplicables, en especial respecto a los dos primeros supuestos que hemos descrito, en los cuales la revocación opera en contra de los intereses del administrado.

Ello consideramos que es un grave error, si tenemos en cuenta que incluso para la declaración de nulidad o el empleo del proceso de lesividad existe un plazo de caducidad para el ejercicio de dichas acciones y la obligación de invocar la afectación al interés general. Ello, salvo el tercer supuesto del artículo 203.2 de la norma, que obra en beneficio del particular, como ya lo hemos señalado.

3.3. Garantías a favor del Administrado en caso de revocación de un acto administrativo

Dado el carácter excepcional de la facultad revocatoria, la misma se encuentra rodeada de determinadas garantías a favor del administrado. En primer lugar, la revocación solamente podrá ser declarada por la más alta autoridad de la entidad competente, previa oportunidad a los posibles afectados para presentar sus alegatos y evidencia en su favor, dentro de un procedimiento administrativo al cual ya hemos hecho referencia[1602].

Asimismo, cuando la revocación origine perjuicio económico al administrado, la resolución que la decida deberá contemplar lo conveniente para efectuar la indemnización correspondiente en sede administrativa, no obstante el beneficio

1601 SANTAMARÍA ARINAS, "La reforma del artículo 105.1 LPC y la revocación de los actos administrativos", cit., pp. 445 y ss.

1602 Artículo 203 inciso 203.3 de la Ley N.º 27444.

que pueda existir a nivel del interés público[1603]. Además, el acto revocatorio por sí mismo genera el agotamiento de la vía administrativa, permitiendo al administrado el ejercicio de su derecho de acción a través del proceso contencioso administrativo.

Finalmente, la norma señala que los actos que se encuentran incursos en causal para su revocación o nulidad de oficio, pero cuyos efectos hayan caducado o agotado, serán materia de indemnización en sede judicial, dispuesta cuando su revocación o anulación quede firme administrativamente. La norma no establece si la citada indemnización proviene del administrado que se hubiera favorecido del acto o del funcionario que emitió el acto anulado o revocado.

Sin embargo, el artículo 12º de la Ley del Procedimiento Administrativo General podría darnos una pista, al establecer que, en caso de que el acto viciado se hubiera consumado, o bien sea imposible retrotraer sus efectos, solo dará lugar a la responsabilidad de quien dictó el acto y en su caso, a la indemnización para el afectado.

3.4. El precedente emitido por Indecopi sobre el particular

Indecopi ha emitido la Resolución N.º 1535-2010/SC1-INDECOPI[1604], aprobando un precedente de observancia obligatoria respecto a este aspecto. En primer lugar, se señala que el desconocimiento de derechos o intereses conferidos por un acto administrativo necesariamente debe respetar los requisitos para la revocación establecidos en los artículos 203º y 205º de la Ley N.º 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General. La omisión de cualquiera de dichos requisitos constituye barrera burocrática ilegal.

Asimismo, el precedente materia de análisis establece que constituyen revocaciones indirectas el impedimento o restricción del ejercicio de los derechos o intereses conferidos por un acto administrativo por parte de la autoridad administrativa, sin que exista un pronunciamiento expreso desconociendo tales prerrogativas; en particular si hablamos de licencias o permisos. Como resultado, el precedente establece que todas las revocaciones indirectas son ilegales, porque ello implica que la administración no siguió el procedimiento establecido en la norma aplicable, que es la Ley N.º 27444.

Cuando el cambio de circunstancias que origina la revocación es atribuible al propio administrado, no resulta aplicable el procedimiento de revocación regulado en los artículos 203 y 205 de la Ley 27444. A lo que se refiere el precedente es al hecho de que en este caso no existe la posibilidad de establecer el pago de una indemnización; siendo que no obstante debe seguirse el procedimiento de revocación a fin de cautelar el debido proceso.

1603 Artículo 205º de la Ley N.º 27444.
1604 Exp. N.º 00037-2009/CEB, Sala de Defensa de la Competencia N.º 1.

Por otro lado, en los casos que corresponda otorgar indemnización, esta debe compensar los perjuicios económicos originados hasta la notificación de la resolución de revocación. Las inversiones efectuadas posteriormente por el administrado no deben ser contempladas en la resolución de revocación como parte de la indemnización. Ello se explica en tanto las inversiones efectuadas una vez que el administrado tiene conocimiento de la pérdida del derecho no tienen porque se indemnizadas pues obedecen a su falta de diligencia, de manera similar a como ocurre con la indemnización justipreciada resultante de expropiación.

Cuando se origine perjuicios económicos indemnizables, la resolución de revocación deberá señalar como mínimo la cuantía de la compensación y la autoridad encargada de efectuar el pago. La indemnización se paga de manera integral, en dinero en efectivo y es exigible a partir de la emisión de la resolución de revocación. La explicación de este precedente se dirige a asegurar que la indemnización se pague oportunamente.

Capítulo XXVII

LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS

SUMARIO: 1. Generalidades. 1.1. El denominado derecho de contradicción administrativa. 1.1.1. ¿Verdadera garantía para el administrado? 1.1.2. El problema del cobro de las tasas en los recursos administrativos. 1.1.3. Las garantías otorgadas para la procedencia de recursos administrativos. 1.1.4. ¿Es entonces una garantía para la Administración? 1.1.5. Mayores y mejores excepciones al agotamiento de la vía administrativa. 1.2. Los actos administrativos impugnables. 1.3. Supuestos en los que no cabe impugnación alguna contra los actos administrativos. 1.3.1. Actos heterocompositivos. **2. Los recursos administrativos.** 2.1. Términos aplicables a los recursos administrativos. 2.2. Requisitos del recurso administrativo. 2.3. El Recurso de reconsideración. 2.3.1. Finalidad del recurso de reconsideración. 2.4. El recurso jerárquico o de apelación. 2.4.1. Las relaciones de jerarquía. 2.4.2. El caso particular de la resolución de controversias en los procesos de selección. 2.5. Recurso de revisión. 2.5.1. Los recursos de revisión regulados por leyes especiales. **3. Los efectos del recurso administrativo.** 3.1. La suspensión de los efectos del acto impugnado. 3.2. Efectos directos de la resolución que resuelve el recurso. 3.3. Existencia de nulidad del acto impugnado. 3.4. Los actos que agotan la vía administrativa. 3.5. Las resoluciones inimpugnables. 3.5.1. El caso particular del Jurado Nacional de Elecciones. 3.5.2. Materia electoral y materia administrativa.

1. GENERALIDADES

El recurso administrativo es un acto del particular en el cual se formula un pedido de modificación o sustitución de un acto administrativo a la entidad que lo emitió. Los recursos administrativos son, en consecuencia, mecanismos de revisión de actos administrativos a pedido de parte. En tal sentido, los recursos configuran propiamente un procedimiento administrativo denominado procedimiento recursal, destinado a reformar un acto administrativo, generando la nueva revisión del mismo por parte de la propia Administración Pública. Ello implica la principal diferencia existente entre los recursos administrativos y el proceso contencioso administrativo, que es más bien un proceso judicial, y que no configura propiamente un recurso[1605].

1605 MORELL OCAÑA, *Curso de derecho administrativo II*, cit., p. 421.

Según lo señalado por algún sector de la doctrina extranjera y gran parte de la legislación comparada, los recursos administrativos procederían contra disposiciones o resoluciones administrativas con carácter general. Sin embargo, dada la especial definición que existe en nuestra legislación sobre el acto administrativo, en el sistema peruano no es posible establecer dicha afirmación.

1.1. El denominado derecho de contradicción administrativa

Los recursos administrativos se basan en el derecho de contradicción administrativa, para algunos un componente del derecho de petición, para otros un componente del derecho al debido proceso en sede administrativa. Y es que, conforme a lo señalado en el artículo 108º de la Ley de Procedimiento Administrativo General, frente a un acto administrativo que se supone viola, desconoce o lesiona un derecho o interés legítimo, procede su contradicción en la vía administrativa mediante los recursos administrativos que regula la Ley[1606].

Para la doctrina administrativa tradicional, la posibilidad de la interposición de recursos administrativos es una garantía que se proporciona a los administrados a fin de cautelar adecuadamente su derecho de petición administrativa. Ellos operan ante la denegatoria de lo pedido por parte de la Administración o frente al hecho de que la autoridad administrativa haya resuelto de manera distinta a lo solicitado por el particular.

Es necesario tener en cuenta, sin embargo, que la instancia plural, tan necesaria en el ámbito judicial, no resulta ser en realidad una garantía a nivel del procedimiento administrativo, máxime si existen autoridades administrativas que no se encuentran sometidas a relaciones de jerarquía, sino tan solo a relaciones de tutela o de simple colaboración o coordinación. La pluralidad de instancias no se considera, ni debe considerarse, propiamente como una garantía del debido proceso en sede administrativa[1607]. De hecho, y como veremos a continuación, debemos incluso discutir si el procedimiento recursal cumple con las prescripciones propias del debido procedimiento administrativo.

1.1.1. ¿Verdadera garantía para el administrado?

En primer lugar, la posibilidad de emplear los recursos administrativos es una garantía de alcance limitado. Ello ocurre en particular porque los recursos se interponen ante la propia administración y son resueltas por la misma, razón por la cual el ente administrativo se convierte a la vez en juez y parte[1608]. Si bien es cierto existen mecanismos técnicos que pretenden asegurar una decisión imparcial de la Administración dicha decisión no resulta estar debidamente garantizada, puesto que quienes resuelven se encuentran sometidos, en la

1606 Artículo 206º inciso 206.1 de la Ley N.º 27444.
1607 MORÓN URBINA, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., p. 444.
1608 GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, cit., T. I, p. 511.

mayoría de los casos, a jerarquía funcional[1609]. Esto genera que en la mayoría de los casos el recurso administrativo no resulte efectivamente una institución protectora de los derechos de los administrados y que los recursos no se resuelvan a su favor, aun cuando dichos administrados tengan la razón.

En los casos en los cuales los recursos son resueltos por entes distintos a la entidad que emitió el acto impugnado —como en el caso de los tribunales administrativos— la situación no es muy distinta. Los tribunales administrativos tienden a resolver de manera similar al de la autoridad cuya decisión se discute. A ello debemos sumar el hecho de que la autoridad administrativa,, en principio, se encuentra impedida de ejercer control difuso toda vez que la facultad de inaplicar normas con rango de ley —cuando estas se oponen a la Constitución— corresponde únicamente a los jueces; no obstante los cuestionables pronunciamientos del Tribunal Constitucional a los que haremos referencia más adelante.

Por otro lado, la obligación de agotar la vía administrativa, cuando esta se encuentra regulada, resulta ser una carga para el administrado, más que un privilegio en su favor, máxime si se establece como un requisito para acceder al contencioso administrativo[1610]. Lejos de ser un derecho potestativo, la facultad de contradicción debe ejecutarse obligatoriamente, ello a diferencia de otras legislaciones[1611], en las cuales el particular puede optar por ejercer la facultad de contradicción administrativa o no, que resulta ser la posición de gran parte de la doctrina administrativa moderna. La necesidad de interponer un recurso administrativo supone para el particular, en la práctica, una demora en la posibilidad de acceder al proceso contencioso administrativa[1612], máxime si, como lo hemos señalado, en la mayoría de los casos los recursos no resuelven de manera definitiva la pretensión del particular.

Y es que existe en la concepción administrativa moderna la necesidad de resolver la mayor cantidad de conflictos posibles en el ámbito administrativo, a fin de que llegue al Poder Judicial la menor cantidad posible de ellos. En el fondo, la tradición europeo continental del derecho administrativo no confía de manera plausible en las facultades contraloras del Poder Judicial, por lo cual proscriben incluso las atribuciones de control de constitucionalidad normativa —en especial el control difuso— propias de los sistemas latinoamericanos, inspirados en el modelo norteamericano.

La desconfianza a la que nos venimos refiriendo explica también la proliferación de órganos y organismos administrativos que desempeñan funciones

1609 SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de derecho administrativo*, cit., p. 601.

1610 GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, cit., T. I, p. 512.

1611 Ejemplos interesantes los podemos encontrar en el derecho administrativo francés o italiano, bastante más avanzados que el español —muy influido aun por principios monárquicos— o los esquemas latinoamericanos.

1612 SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de derecho administrativo*, cit., p. 601.

de heterocomposición, que explicita la llamada actividad cuasijurisdiccional de la Administración Pública, la misma que gozaría de facultades incluso de aplicar control difuso, como resultado de una muy discutible sentencia del Tribunal Constitucional. Acerca de dicha actividad tendremos oportunidad de tratar con detalle más adelante cuando hagamos referencia al procedimiento administrativo trilateral.

1.1.2. El problema del cobro de las tasas en los recursos administrativos

La Administración Pública puede establecer derechos de tramitación en los procedimientos administrativos, cuando su tramitación implique para la entidad la prestación de un servicio específico e individualizable a favor del administrado o en función del costo derivado de las actividades dirigidas a analizar lo solicitado; salvo en los casos en que existan tributos destinados a financiar directamente las actividades de la entidad. Ello incluiría, en principio, el cobro de la respectiva tasa por la tramitación de recursos administrativos.

Es evidente sin embargo que es necesario establecer ciertas condiciones para que proceda el cobro de derechos de tramitación por parte de la entidad, considerando que, en principio, los costos de funcionamiento de la Administración Pública deben ser cubiertos por el sistema impositivo[1613], a fin de evitar comportamientos arbitrarios de la misma.

En primer término, que la entidad esté facultada para exigirlo, facultad que debe estar expresamente señalada en una norma con rango de ley. Si es que dicha facultad no se encuentra debidamente determinada, debe entenderse que la entidad financia la tramitación de los procedimientos a través de la asignación presupuestaria respectiva. Existían algunas normas con rango de ley que autorizan el cobro de derechos por la presentación de recursos[1614], pero ello no ocurría en todos los casos.

Asimismo, que el derecho a cobrar se encuentre consignado en el Texto Único de Procedimientos Administrativos vigente. Si es que el TUPA de la entidad no señala monto de los derechos, deberá entenderse que el servicio es gratuito, puesto que la entidad no tendría mecanismo alguno para hacer efectivo el cobro en cuestión. En general, los TUPA de las diversas entidades públicas consignan la existencia de derechos para la interposición de recursos administrativos.

Finalmente, la norma señala que el monto del derecho de tramitación se debe determinar en función del costo del mismo, es decir, en función al importe que su ejecución genera para la entidad por el servicio prestado durante toda su tramitación y, en su caso, por el costo real de producción de documentos que

1613 Artículo 44º, numeral 44.2 de la Ley N.º 27444.

1614 Casos de autorización expresa en este sentido se encuentran en el artículo 54º del Decreto Supremo N.º 083-2004.PCM, Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, actualmente derogado; así como en los artículos 378º, 379º y 380º de la Ley Orgánica de Elecciones.

expida la entidad. En este caso, se entiende que la Administración incurre en un gasto adicional al resolver un recurso administrativo, razón por la cual decide establecer el monto en cuestión.

Ahora bien, y como lo hemos señalado en el capítulo XVI del presente trabajo, el Tribunal Constitucional ha señalado como precedente que todo cobro que se haya establecido al interior de un procedimiento administrativo, como condición o requisito previo a la impugnación de un acto de la propia administración pública —situación común en la Administración Pública moderna—, es contrario a los derechos constitucionales al debido proceso, de petición y de acceso a la tutela jurisdiccional y, por tanto, las normas que lo autorizan son nulas y no pueden exigirse a partir de la publicación de la citada sentencia[1615]. Ello significa en buena cuenta que, no obstante la Administración cuente con todos lo previsto en la norma legal, no resulta procedente el cobro de derecho alguno para la tramitación de un recurso.

El Tribunal justifica este precedente en varios elementos concurrentes. En primer lugar, el Tribunal ha considerado que el sometimiento de la actuación administrativa a reglas previamente establecidas no puede significar restricciones a las posibilidades de defensa del administrado y menos aún condicionamientos para que tales prerrogativas puedan ser ejercitadas en la práctica[1616], en aplicación directa del derecho al debido proceso en sede administrativa. Ello tiene una especial importancia en el ámbito del procedimiento administrativo sancionador, puesto que en este caso, como señala el Tribunal, el derecho de defensa se estatuye como una garantía para la defensa de los derechos que pueden ser afectados con el ejercicio de las potestades sancionadoras de la administración.

En segundo lugar, el Tribunal señala que el establecimiento del pago de un derecho para impugnar una decisión de la administración es atentatorio del principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad en el ejercicio del poder público y, además, desde una perspectiva más general, estimula comportamientos contrarios al espíritu que debe inspirar una práctica administrativa democrática[1617]; puesto que limita la posibilidad de realizar actos de control respecto de la Administración por parte de los particulares.

Asimismo, el Tribunal ha señalado que el establecimiento de un pago para dar por agotada la vía administrativa se convierte, en la práctica, en un obstáculo contrario al derecho constitucional de toda persona de acceder sin condicionamientos a la tutela judicial[1618]. Aquí el Tribunal Constitucional no ha aprovechado la oportunidad para pronunciarse respecto de la validez jurídica de la obligatoriedad del agotamiento de la vía administrativa, tratando incorrectamente a dicha vía como una garantía y no como una limitación precisamente al derecho

1615 STC N.º 3741-2004-AA/TC, antes citada, fundamento 50.-B.
1616 Fundamento N.º 21.
1617 Fundamento N.º 28.
1618 Fundamento N.º 34.

a la jurisdicción, que es la consideración empleada actualmente por la doctrina como lo hemos referido ampliamente líneas arriba.

1.1.3. Las garantías otorgadas para la procedencia de recursos administrativos

Finalmente, el precedente que hemos estado describiendo debería ser aplicable también a la obligación, consignada en algunas normas legales, de otorgar una garantía patrimonial como un requisito para la procedencia de los recursos administrativos. El caso más interesante de lo que venimos señalando es el de la garantía por interposición del recurso de apelación ante el Tribunal de Contrataciones del Estado, que equivale a una suma que no podrá exceder al 0.25% del valor referencial del proceso de selección materia de impugnación, garantía que es evidentemente ejecutada en el supuesto en que el recurso sea rechazado por el Tribunal[1619]. Debería entenderse entonces que dicha disposición ha sido dejada sin efecto por el Tribunal Constitucional.

1.1.4. ¿Es entonces una garantía para la Administración?

La existencia del procedimiento recursal se justifica adicionalmente en la necesidad de la Administración de establecer la legalidad de sus propios actos, una posibilidad de control interno[1620], que opera antes que dichos actos lleguen al Poder Judicial. Permite, en tal sentido, uniformizar las decisiones que toma la Administración, en especial ante la existencia de precedentes vinculantes. En tal sentido, los recursos administrativos operan como un mecanismo de replanteamiento adicional al de la revisión de oficio de oficio y se configuran como una especie de privilegio relacionado directamente con la autotutela administrativa[1621]. Ello implica además que la autoridad que conoce del recurso posee plena competencia sobre el tema recurrido, con la única limitación derivada del principio de congruencia y la prohibición de la *reformatio in peius.*

Además, y como lo hemos señalado en los párrafos precedentes, los recursos administrativos se configuran, en nuestra legislación, más como una garantía a favor de la Administración que como una facultad a favor del administrado[1622], puesto que le permite efectuar una revisión de sus propios actos. Como resultado, el recurso administrativo es, para el administrado, una carga para el acceso a la revisión jurisdiccional[1623].

1619 Artículo 54º del Decreto Supremo N.º 083-2004-PCM, antes citado.

1620 SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de derecho administrativo*, cit., p. 601.

1621 DE ASÍS ROIG, Agustín, "Los recursos administrativos de reposición y alzada", en *Documentación Administrativa*, N.º 254-255, Ministerio para la Administraciones Públicas/ Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1999, p. 267.

1622 MORÓN URBINA, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., p. 444.

1623 DE ASÍS ROIG, "Los recursos administrativos de reposición y alzada", cit., pp. 270-271.

Sin embargo, señala la doctrina, aun en estos supuestos la operatividad de los recursos administrativos resulta ser muy limitada, puesto que los órganos que resuelven los medios impugnatorios no gozan de verdadera independencia funcional, lo que genera, como hemos indicado anteriormente, que en la mayoría de los casos las resoluciones se confirmen, aun cuando vulneren el interés público; sin contar la gran cantidad de recursos administrativos que no se resuelven en el plazo previsto y respecto de los cuales es necesario aplicar el silencio administrativo, positivo o negativo dependiendo del caso.

1.1.5. Mayores y mejores excepciones al agotamiento de la vía administrativa

No obstante todo lo antes señalado, pretender que la vía administrativa sea por completo facultativa en el Perú es en verdad utópico. La vía administrativa obligatoria tiene sentido en supuestos en los cuales la Administración Pública posee mayores elementos de juicios que el Poder Judicial para resolver determinadas controversias. Caso contrario la carga procesal resultaría inmanejable, no solo para el Poder Judicial sino también para el Ministerio Público.

En consecuencia, es necesario evaluar el rol de los tribunales administrativos en la resolución de controversias, no solo entre la Administración Pública y los administrados (como el caso del Tribunal Fiscal o del Tribunal de Contrataciones) sino también entre administrados entre sí, como ocurre con el Tribunal de Indecopi e incluso con los tribunales de los organismos reguladores. Ello, para determinar si es que los mismos efectivamente permiten resolver los conflictos de manera definitiva o si más bien incrementan los mismos.

Pero, por otro lado, es necesario establecer mayores excepciones al agotamiento de la vía administrativa que las consignadas en el Texto Único Ordenado de la Ley N.º 27584, de manera similar a las excepciones consignadas en el Código Procesal Constitucional. El hecho de que el proceso de amparo admita dichas excepciones le otorga ventajas que el proceso contencioso administrativo no tiene, lo cual es de especial importancia para efectos del principio de residualidad o subsidiaridad de los procesos constitucionales al cual nos hemos referido anteriormente.

El Código Procesal Constitucional, en su artículo 46º, establece un conjunto de excepciones al agotamiento de la vía previa. En primer lugar, que una resolución, que no sea la última en la vía administrativa, es ejecutada antes de vencerse el plazo para que quede consentida. En estos casos se cumpliría con la aplicación del principio de ejecutoriedad del acto administrativo, con lo cual la ejecución del acto administrativo no se interrumpe con la presentación del recurso ni con la demanda contencioso administrativa[1624], con lo cual esta

1624 Texto Único Ordenado de la Ley N.º 27584:
Artículo 25.- Efecto de la Admisión de la demanda

causal no sería pertinente. Sin embargo, como bien hemos señalado antes, el procedimiento de ejecución coactiva se suspende con los recursos pertinentes o con la demanda contencioso administrativa por mandato de la norma sobre la materia, con lo cual el principio de ejecutoriedad del acto administrativo en la actualidad se encuentra muy discutido[1625].

Asimismo, el Código Procesal Constitucional establece como excepción al agotamiento de la vía previa el que la agresión pudiera convertirse en irreparable; la misma que es enteramente pertinente en el proceso contencioso administrativo dada la subsidiaridad del proceso de amparo. Si el particular tuviese que esperar el agotamiento de la vía su interés podría verse seriamente perjudicado. La norma que regula el proceso contencioso administrativo no se pronuncia sobre ello, lo cual es evidentemente una omisión. Si bien en materia pensionaria se ha incorporado una tímida constatación de esta causal, ello no resulta ser suficiente, puestos que existen otras situaciones en las cuales la tramitación del procedimiento en todas sus instancias podría generar un grave daño a los intereses del administrado.

Además, el Código establece que constituye una excepción al agotamiento de la vía previa que la misma no se encuentre regulada. En este caso, es evidente que dicha vía no existe, siendo de aplicación el principio de favorecimiento del proceso, consignado en el artículo 2º de la Ley, por el cual el Juez no podrá rechazar liminarmente la demanda en aquellos casos en los que por falta de precisión del marco legal exista incertidumbre respecto del agotamiento de la vía previa, configurándose como un verdadero *in dubio pro actione*. Similar situación se presenta si la vía previa ha sido iniciada innecesariamente por el afectado, hecho que no debería perjudicar su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

Finalmente, el Código Procesal Constitucional establece como excepción al agotamiento de la vía administrativa que no se resuelva la misma en los plazos fijados para su resolución, Aquí nos encontramos ante supuestos en los cuales resulta de aplicación el silencio administrativo —sea positivo o negativo—, pudiendo el administrado incluso presentar la demanda contencioso administrativa por omisión, dada la inactividad formal de la Administración.

1.2. Los actos administrativos impugnables

En nuestra legislación solamente son impugnables en sede administrativa los actos definitivos que ponen fin a la instancia, así como los actos de trámite que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o que produzcan indefensión al administrado[1626]. En primer lugar, la norma circunscribe la

La admisión de la demanda no impide la vigencia ni la ejecución del acto administrativo, salvo que el Juez mediante una medida cautelar o la ley, dispongan lo contrario.

1625 GUEVARA COTRINA, "El reciente pronunciamiento del Tribunal Constitucional respecto al procedimiento de ejecución coactiva", cit., p. 150.

1626 Artículo 206º inciso 206.2 de la Ley N.º 27444.

posibilidad de impugnación a los actos resolutivos, que son en buena cuenta los establecidos en el artículo 186º de la Ley.

En segundo lugar, se establece la posibilidad de impugnar las resoluciones que impidan la continuación del proceso, para evitar la inexistencia del acto administrativo por detención del procedimiento. En tercer lugar, la norma explicita indefensión sin determinar la existencia de otros perjuicios al administrado, como ocurre en otras legislaciones. De hecho, la indicación de ambos supuestos no resulta de manera alguna redundante, sino más bien necesaria para corregir la situación generada por un acto de trámite que haría ineficaz la resolución final en el proceso[1627].

Las limitaciones derivadas de previsión legal antes señalada tienen por finalidad la de evitar la congestión generada por el exceso de recursos administrativos interpuestos contra aquellos actos que no generan efecto alguno respecto al administrado. Asimismo, corresponde al administrado determinar cuándo los actos de trámite impedirían continuar el procedimiento —que implica una determinación objetiva— o producirían indefensión, definición que resulta ser más bien subjetiva. Sin embargo, finalmente corresponderá la autoridad administrativa hacer la calificación pertinente.

Ahora bien, la contradicción a los restantes actos de trámite deberá alegarse por los interesados para su consideración en el acto que ponga fin al procedimiento y podrán impugnarse con el recurso administrativo que, en su caso, se interponga contra el acto definitivo, a menos, claro, que se considere que generan indefensión.

1.3. Supuestos en los que no cabe impugnación alguna contra los actos administrativos

No cabe la impugnación de actos que sean reproducción de otros anteriores que hayan quedado firmes, ni la de los confirmatorios de actos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma[1628]. Ello dado que dichos actos son, en realidad, idénticos a otros anteriores que no fueron recurridos dentro del plazo señalado para ello.

Ahora bien, la identidad de actos a la que venimos refiriéndonos requiere además que exista igualdad procesal entre los actos iniciales y los posteriores, es decir, que el procedimiento administrativo que les dio lugar sea el mismo. Ello evidentemente evitaría que no pueda impugnarse actos similares, pero cuyo supuesto de hecho es distinto.

1627 DE ASÍS ROIG, “Los recursos administrativos de reposición y alzada”, cit., pp. 289-290.
1628 Artículo 206º inciso 206.3 de la Ley N.º 27444.

1.3.1. Actos heterocompositivos

Finalmente, no resultan impugnables en sede administrativa los actos que resuelven procedimientos en los cuales la Administración Pública compone un conflicto de intereses, puesto que dichos actos agotan la vía administrativa. En consecuencia, contra ellos cabe solo la impugnación en la vía judicial, a través del uso del proceso contencioso administrativo. Esta consideración es enteramente lógica, puesto que la resolución de conflictos es una actividad cuasijurisdiccional de la Administración y como tal requiere un elemento de mayor imparcialidad que respecto al procedimiento administrativo típicamente bilateral.

2. LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS

En aparente *numerus clausus*, la Ley señala que existen tres recursos administrativos[1629]:

a) Recurso de reconsideración
b) Recurso de apelación
c) Recurso de revisión

Es necesario señalar a este nivel, que el antes denominado recurso de queja no resulta ser un recurso administrativo —contrariamente a lo señalado por algún sector de la doctrina comparada[1630]—, sino más bien un mecanismo de corrección (un remedio procesal) de deficiencias funcionales en el procedimiento. Asimismo, el pedido de nulidad —basado en las causales de invalidez del acto administrativo— es más bien un argumento de defensa propio del ejercicio de la facultad de contradicción del administrado y no un recurso administrativo en sí mismo[1631].

La consulta, por otro lado, institución que se da en circunstancias excepcionales, resulta ser más bien un mecanismo de control activado por la propia autoridad que emitió el acto por mandato de la Ley. Un ejemplo de consulta se da cuando, durante la tramitación de un procedimiento administrativo, la autoridad adquiere conocimiento que se está tramitando en sede jurisdiccional una cuestión litigiosa entre dos administrados sobre determinadas relaciones de derecho privado que precisen ser esclarecidas previamente al pronunciamiento administrativo. La resolución inhibitoria que se genere en este caso es elevada al superior jerárquico, si lo hay, aun cuando no medie apelación[1632].

Finalmente —y contrariamente a lo que señala parte de la doctrina administrativa comparada— el proceso contencioso administrativo tampoco es un

1629 Artículo 207º inciso 207.1 de la Ley N.º 27444.
1630 DROMI, *Derecho administrativo*, cit., p. 937.
1631 MORÓN URBINA, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., p. 446.
1632 Artículo 64º de la Ley N.º 27444.

recurso administrativo, dado que más bien es un proceso judicial y se ventila directamente ante el Órgano Jurisdiccional, no obstante su naturaleza eminentemente impugnatoria.

Leyes especiales, sin embargo, pueden incrementar o reducir la lista cerrada de recursos a la que estamos haciendo referencia. Por ejemplo, la Ley de Contrataciones del Estado refiere la posibilidad de utilización únicamente del recurso de apelación, sin considerar la existencia de forma alguna de reconsideración o revisión. Como veremos más adelante, esto ha sufrido una importante evolución, que ha llevado a la desaparición del recurso de revisión en el contexto del proceso de contratación administrativa y a una discutible regulación del recurso de apelación.

Asimismo, existen normas como el Código Tributario que hacen referencia más bien a recursos administrativos adicionales. De hecho, la reclamación tributaria es en realidad un recurso administrativo, puesto que es empleada como un mecanismo para impugnar una decisión de la administración tributaria, como por ejemplo la Resolución de Determinación, la Orden de Pago y la Resolución de Multa. Es necesario señalar, sin embargo, que la antes señalada lista de recursos administrativos no puede ser ampliada por vía reglamentaria.

2.1. Términos aplicables a los recursos administrativos

El término para la interposición de los recursos es de quince (15) días perentorios, y deberán resolverse en el plazo de treinta (30) días, salvo disposición distinta de la ley[1633]. Ahora bien, transcurrido el plazo sin que la Administración se pronuncie, el administrado podrá dar por aprobado el recurso, al amparo del silencio administrativo positivo, únicamente si es que en la instancia anterior recurrió al silencio administrativo negativo. Caso contrario, podrá tener por denegado lo pedido[1634].

Asimismo, una vez vencidos los plazos para interponer los recursos administrativos el particular perderá el derecho a articularlos, quedando firme el acto[1635]. Ello impide que él pueda iniciar incluso el proceso contencioso administrativo contra la resolución que ha quedado firme, caso contrario sería posible violar fácilmente el concepto de vía administrativa obligatoria que existe en la regulación de nuestro proceso contencioso administrativo.

2.2. Requisitos del recurso administrativo

El escrito del recurso deberá señalar el acto del que se recurre y cumplirá los demás requisitos previstos en el artículo 113º de la Ley, aplicable a todo es-

1633 Artículo 207º inciso 207.2 de la Ley N.º 27444.
1634 Artículo 215º de la Ley N.º 27444.
1635 Artículo 212º de la Ley N.º 27444.

crito que se presente ante las autoridades administrativas. Adicionalmente, el recurso debe ser autorizado por letrado[1636].

Gran parte de la doctrina entiende que para poder ejercitar recursos válidamente se requiere adicionalmente la indicación expresa de cuál es la resolución que se impugna y los fundamentos de hecho y derecho que sustentan la contradicción del acto. Respecto a lo primero, es preciso indicar que a través del empleo del principio de informalismo debería ser posible subsanar dicha deficiencia, pues sería relativamente sencillo determinar cuál es la resolución que se pretende impugnar. En cuanto a lo segundo, sin embargo, encontramos difícil la tramitación de un recurso que carezca de fundamentos que sustenten la impugnación del acto en cuestión.

Asimismo, los recursos administrativos se ejercitarán por una sola vez en cada procedimiento administrativo y nunca simultáneamente[1637]. Ello pretende evitar que los procedimientos administrativos se prolonguen indebidamente o se conviertan en mecanismos complejos, de mínima utilidad para la entidad y para el administrado.

Finalmente, el error en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación siempre que del escrito se deduzca su verdadero carácter[1638]. Ello es resultado directo de la aplicación de principios como el de impulso de oficio o de informalismo, a favor de los intereses del administrado.

2.3. El Recurso de reconsideración

El recurso de reconsideración —también conocido como recurso de reposición por algunos sectores de la doctrina comparada— se interpondrá ante el mismo órgano que dictó el primer acto que es materia de la impugnación y deberá sustentarse en nueva prueba[1639]. La norma legal derogada prescribía que debía adjuntarse nueva prueba instrumental, siendo la actual prevención más amplia en este sentido y evidentemente más garantista. Con la emisión de la Ley N.º 27444 es posible ofrecer pruebas diferentes a las meramente instrumentales, como una nueva pericia, la declaración de testigos o una inspección a realizarse por la autoridad administrativa.

Ahora bien, en los casos de actos administrativos emitidos por órganos que constituyen única instancia es obvio que no se requiere ofrecer nueva prueba, dado que resultaría imposible intentar el recurso de apelación en dicho caso y se afectaría de manera directa el derecho del recurrente así como la finalidad del procedimiento recursal.

1636 Artículo 211º de la Ley N.º 27444.
1637 Artículo 214º de la Ley N.º 27444.
1638 Artículo 213º de la Ley N.º 27444.
1639 Artículo 208º de la Ley N.º 27444.

Es preciso indicar que el recurso de reconsideración es opcional y el hecho de que el mismo no se interponga no impide el ejercicio posterior del recurso de apelación, si este procede. Ello, aunado al hecho de que el recurso de reconsideración es resuelto por la misma autoridad que emitió la resolución que se impugna, nos lleva a dudar que el recurso de reconsideración sea realmente un recurso administrativo configurado como medio impugnatorio. Por ello la doctrina lo denomina también recurso impropio.

2.3.1. Finalidad del recurso de reconsideración

El recurso de reconsideración tiene por finalidad controlar las decisiones de la Administración en términos de verdad material y ante la posibilidad de la generación de nuevos hechos. La Administración, en consecuencia, debe resolver analizando nuevos elementos de juicio. Por ello es la misma autoridad que emitió el acto la que conoce el recurso de reconsideración y la presentación del mismo requiere nueva prueba.

A este nivel la Ley presume —erróneamente— que si la autoridad toma conciencia de su error, procederá a corregir su resolución, evitando el control del superior[1640]. El recurso de reconsideración, sin embargo, resulta ser en la práctica una garantía solo aparente, puesto que es poco probable que la autoridad administrativa enmiende su error de manera directa, aun ante la existencia de nueva prueba, dado su comportamiento como juez y parte. De hecho, la experiencia peruana y comparada demuestra que son muy pocos los casos en los cuales el recurso de reconsideración se resuelve a favor del administrado, aun cuando este posea un derecho susceptible de ser tutelado. Como resultado, su operatividad como mecanismo de control administrativo o como garantía a favor del administrado es meramente virtual.

Es por todo lo anteriormente señalado que el recurso que venimos describiendo —si se le puede considerar tal— es opcional. Sin embargo, es el único en el cual puede presentarse nueva prueba —que implica nueva discusión de hechos—, situación que generaría indefensión y abona a la consideración existente en la doctrina moderna (que compartimos ampliamente) de que los recursos administrativos son en realidad garantías limitadas a favor de los administrados.

Sin embargo, y como lo hemos señalado al tratar respecto al abandono en el capítulo respectivo, el recurso de reconsideración tiene sentido en el supuesto en el cual efectivamente al administrado le haga falta un requisito para obtener el resultado requerido del procedimiento administrativo, dado que la ausencia del mismo ha generado que la solicitud haya sido declarada infundada. Pero, para ello, es preciso eliminar el abandono como medio de terminación del procedimiento administrativo.

1640 MORÓN URBINA, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., p. 455.

2.4. El recurso jerárquico o de apelación

El recurso de apelación —típico recurso jerárquico o de alzada— se interpondrá, en primer lugar cuando la impugnación se sustente en diferente interpretación de las pruebas producidas o cuando se trate de cuestiones de puro derecho, razón por la cual no admite la presentación de nueva prueba. Asimismo, debe dirigirse a la misma autoridad que expidió el acto que se impugna para que la misma eleve lo actuado al superior jerárquico, si es que este existe[1641].

Lo antes indicado implica, en primer lugar, que el recurso de apelación es el medio impugnativo por excelencia, considerado como un recurso ordinario por la doctrina comparada. En primer lugar, porque es resuelto por la instancia superior a la de la autoridad que emitió la resolución impugnada, respecto de la cual podría realizarse un control de legalidad más eficiente que en relación con el recurso de reconsideración.

Asimismo, el recurso de apelación resulta indispensable para el agotamiento de la vía administrativa, si es que no existen las circunstancias habilitantes del recurso de revisión, que veremos más adelante y ante la existencia de relaciones de jerarquía. Finalmente, el recurso de apelación no requiere ni admite la presentación de nueva prueba, a diferencia del recurso de reconsideración.

Asimismo, la autoridad que emitió la resolución impugnada no realiza un análisis de la procedencia o admisibilidad del recurso, puesto que lo eleva de inmediato al superior jerárquico. Es este último el que analiza la procedencia o admisibilidad del recurso, pudiendo rechazarlo si encuentra vicios en tal sentido, pero ello ocurre una vez concluido el procedimiento recursal propiamente dicho. La norma, en consecuencia, no autoriza al funcionario que emitió el acto impugnado a calificar la admisibilidad o procedencia de la apelación presentada.

2.4.1. Las relaciones de jerarquía

Por otro lado, el recurso de apelación requiere la existencia de relaciones de jerarquía expresa entre el órgano que emite la resolución impugnada y el que resolverá el recurso, no bastando la relación de tutela sectorial que se da, por ejemplo, entre un ministerio y un organismo público descentralizado o las de coordinación existentes entre instituciones públicas entre sí. Sin embargo, no siempre resulta tan sencillo determinar la existencia de relación jerárquica, en especial en administraciones públicas tan complejas como la nuestra. Ello depende en gran medida de las normas que regulan cada organismo estatal en particular.

En consecuencia, no cabe recurso de apelación alguno cuando no existe superior jerárquico del órgano que emitió la resolución a impugnarse. Ahora bien, en el caso de los Gobiernos Locales se daba una situación curiosa derivada de

1641 Artículo 209º de la Ley N.º 27444.

la existencia de municipalidades provinciales y distritales, entre las que existe más bien una relación de coordinación, y en algunos casos, de tutela. En temas tributarios las municipalidades provinciales eran competentes para conocer el recurso jerárquico contra las resoluciones emitidas por las municipalidades distritales, pudiendo aquellas a su vez ser impugnadas ante el Tribunal Fiscal, de conformidad con el artículo 96º de la derogada Ley Orgánica de Municipalidades.

Sin embargo, la actual Ley Orgánica de Municipalidades, recientemente emitida, no establece disposición alguna respecto a dicha relación jerárquica en materia tributaria, puesto que los tributos municipales se regulan a través de la Ley respectiva y el Código Tributario. Debe entenderse, en consecuencia, tal como lo ha señalado correctamente el Tribunal Fiscal, que dicha previsión ya no existe y que las apelaciones en materia tributaria respecto de municipalidades distritales deben tramitarse ante el Tribunal Fiscal[1642].

2.4.2. El caso particular de la resolución de controversias en los procesos de selección

Otro ejemplo interesante es de la resolución de controversias en el contexto del proceso de contratación administrativa, fundamentalmente en la segunda etapa del mismo, que es la que corresponde al Proceso de Selección. En este caso se ha dado una evolución que se inició con la existencia de dos recursos, de apelación y revisión, aplicables a todos los supuestos, en donde el recurso de apelación era resuelto por el titular de la entidad y el de revisión por el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. Seguidamente, el recurso de revisión fue limitado a un conjunto de supuestos específicos, existiendo situaciones en las cuales el recurso de apelación agotaba la vía administrativa.

Posteriormente sin embargo el recurso de revisión fue eliminado, generándose un recurso de apelación muy particular, que no era resuelto por el titular de la entidad, sino por el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, en todos los casos[1643], agotándose la vía administrativa. Diseño que también tenía sus problemas, puesto que el mismo generaba una gran carga en el Tribunal.

Posteriormente, esta evolución nos llevó a un diseño mixto, en el cual el grueso de las controversias en procesos de selección son resueltas por el titular de la entidad, mientras que una cantidad mucho menor, por razón de la cuantía, son resueltos por el Tribunal de Contrataciones del Estado, que es su denominación actual[1644]. Dicho diseño había sido muy discutido, puesto que no brinda una real imparcialidad al momento de resolver la controversia, dado que el titular de la entidad está interesado en el resultado del procedimiento.

1642 Sobre el particular: GUZMÁN NAPURÍ, Christian, "Los recursos administrativos", en *Normas Legales*, N.º 326, Trujillo, 2003, p. 71.

1643 Artículo 54º del Decreto Supremo N.º 083-2004-PCM, Texto Único Ordenado de la Ley N.º 26850, actualmente derogado.

1644 Artículo 53º del Decreto Legislativo N.º 1017.

Finalmente, la reforma al Decreto Legislativo N.º 1017, efectuada a través de la Ley N.º 29873, modificó esta regulación, estableciendo que el recurso de apelación es conocido y resuelto por el Tribunal de Contrataciones del Estado, cuando se trate de procesos de selección de adjudicación directa pública, licitaciones públicas y concursos públicos, incluidos los procesos de menor cuantía cuando deriven de procesos declarados desiertos. En los procesos de menor cuantía y en las adjudicaciones directas selectivas, corresponde dicha competencia al Titular de la Entidad. Si bien esta regulación es más apropiada, sigue asignando competencia sobre determinados procesos de selección al titular de la entidad, lo cual afecta la imparcialidad de la toma de decisión, perjudicando no solo al administrado, sino también al interés general.

2.5. Recurso de revisión

En nuestra legislación se establece que, excepcionalmente, hay lugar a recurso de revisión, ante una tercera instancia de competencia nacional, si las dos instancias anteriores fueron resueltas por autoridades que no son de competencia nacional, debiendo dirigirse el recurso ante la misma autoridad que expidió el acto que se impugna para que la misma eleve lo actuado al superior jerárquico[1645]. El recurso de revisión configura, en consecuencia, una tercera instancia administrativa que se configura ante situaciones de descentralización sectorial.

El recurso de revisión es también un recurso administrativo propio, en primer término, porque es resuelto por la instancia superior a la de la autoridad que emitió la resolución impugnada. Asimismo, dicho recurso resulta indispensable para el agotamiento de la vía administrativa, a diferencia de la norma de procedimiento administrativo derogada —el Decreto Supremo N.º 02-94/JUS—, que no señalaba expresamente que el recurso de revisión fuera de carácter obligatorio. Finalmente, el recurso de revisión tampoco requiere ni admite la presentación de nueva prueba, a diferencia del recurso de reconsideración.

Ejemplo de supuestos habilitantes para la interposición de recursos de revisión los encontramos en el caso de autoridades administrativas zonales, de competencia regional o local, sometidas a su vez al control de una entidad sectorial de alcance nacional. Es necesario precisar que la normativa derogada no señalaba expresamente que la tercera instancia debiera tener competencia nacional, lo cual generaba erróneas interpretaciones que permitían por ejemplo la existencia de recursos de revisión contra resoluciones municipales emitidas por municipalidades distritales.

Finalmente, resulta evidente que, como resultado del proceso de descentralización, los procedimientos concluyen ante la autoridad regional, desapareciendo gradualmente los supuestos de aplicación de este recurso.

1645 Artículo 210º de la Ley N.º 27444.

2.5.1. Los recursos de revisión regulados por leyes especiales

No obstante lo antes indicado, en la legislación existe un conjunto de recursos denominados de revisión los cuales no guardan correspondencia con el recurso de revisión regulado por la Ley de Procedimiento Administrativo General, puesto que los mismos no requieren que la autoridad cuya decisión se impugna carezca de competencia nacional[1646]. El caso de algunos tribunales administrativos sirve como ejemplo de esta situación.

Un primer ejemplo de ello era lo dispuesto en el texto original del artículo 54º del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, actualmente derogado, el cual establecía que lo resuelto en el recurso de apelación en el caso de controversias suscitadas durante el proceso de selección puede ser materia de recurso de revisión presentado ante el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado en los casos de Licitaciones Públicas y Concursos Públicos, haya o no resolución expresa; y en los casos de adjudicaciones directas y de menor cuantía, únicamente cuando se genere denegatoria ficta. Hoy en día sin embargo solo existe el recurso de apelación, el mismo que es resuelto por el titular de la entidad o por el Tribunal de Contrataciones, como ya lo hemos señalado.

Un segundo ejemplo de lo que venimos comentando es el contenido en el artículo 36º de la Ley de Partidos Políticos, el mismo que establece que las resoluciones de sanción contra los partidos políticos en caso de infracciones a la Ley que hayan sido aplicadas por el Jefe de la Oficina Nacional de Procesos Electorales pueden ser impugnadas ante el Jurado Nacional de Elecciones, en el plazo de cinco días hábiles desde el día siguiente de su notificación. En este caso es evidente que nos encontramos ante un recurso de revisión y no ante un recurso de apelación, puesto que no existe relación jerárquica entre la ONPE y el Jurado Nacional de Elecciones. La norma señala finalmente que contra lo resuelto por el Jurado Nacional de Elecciones no procede recurso alguno, con lo cual debe entenderse por agotada la vía administrativa para la eventual interposición de la demanda contencioso administrativa.

Otro ejemplo más se encuentra consagrado en el Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, en el cual se establece la existencia del recurso de revisión, el cual es resuelto en última instancia por el Consejo de Minería[1647],

1646 MORÓN URBINA, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., pp. 461-462.

1647 Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería:

Artículo 95º.- El Consejo de Minería se compone de cinco vocales, quienes ejercerán el cargo por el plazo de cinco años, y durante el cual serán inamovibles, siempre que no incurran en manifiesta negligencia, incompetencia o inmoralidad, casos en los cuales el Ministro de Energía y Minas formulará la correspondiente resolución suprema de subrogación, que será expedida con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros.

Tres de los miembros del consejo serán abogados y dos ingenieros de minas o geólogos, colegiados.

conforme lo dispuesto por el artículo 94º del citado instrumento legal. A su vez, el artículo 154º de la referida norma establece que contra los autos —que resuelven cuestiones de procedimiento y que no ponen fin a la instancia— procede recurso de apelación y/o revisión, según el caso, los que se tramitarán en un cuaderno aparte. Asimismo, contra las resoluciones jefaturales procede recurso de apelación, siendo que contra las resoluciones directorales podrá interponerse el recurso de revisión que venimos describiendo. Evidentemente, lo resuelto por el Consejo de Minería agota la vía administrativa.

3. LOS EFECTOS DEL RECURSO ADMINISTRATIVO

Los recursos administrativos generan efectos jurídicos directos en el procedimiento, y en especial, respecto al acto impugnado. El efecto esperable por parte del administrado es la revisión del acto a fin de que la administración acceda a lo solicitado por él. Además, los recursos pueden generar la suspensión de los efectos del acto impugnado, y en especial, pueden acarrear el agotamiento de la vía administrativa.

3.1. La suspensión de los efectos del acto impugnado[1648]

La interposición de cualquier recurso, excepto los casos en que una norma legal establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado. Ello es coherente con lo dispuesto por la propia Ley en materia de ejecutoriedad del acto administrativo, en consecuencia, las decisiones de la Administración se ejecutan, en principio, no obstante que el administrado se oponga a ellas.

Ahora bien, un ejemplo de norma que establezca lo contrario, como una excepción al principio de ejecutoriedad lo podemos encontrar en la Ley de Contrataciones del Estado, en la cual se establece que la interposición de un recurso de apelación en contra del otorgamiento de una buena pro, por ejemplo, suspende el proceso de contratación. La razón estriba en el propio interés general, puesto que podría celebrarse un contrato administrativo basado en un acto administrativo inválido, el mismo que también sería nulo.

Un ejemplo adicional a las excepciones del principio de ejecutoriedad en el ámbito de recursos administrativos lo encontramos en la propia Ley, en cuanto a la impugnación de la resolución gravosa respecto del administrado durante la tramitación de un procedimiento administrativo sancionador. Cuando la resolución se impugna, sus efectos se suspenden hasta que la misma quede firme.

Por otro lado, la autoridad a quien competa resolver el recurso podrá suspender de oficio o a petición de parte la ejecución del acto recurrido cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

Excepcionalmente podrá nombrarse vocales suplentes.

1648 Artículo 216º de la Ley N.º 27444.

a) Que la ejecución del acto pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación. Esta verificación corresponde a la Administración, con lo cual la facultad de suspensión sigue teniendo un carácter eminentemente discrecional, no obstante que la alegación de los posibles perjuicios y la prueba de los mismos corresponden a quien solicita el recurso[1649].

b) Que se aprecie objetivamente la existencia de un vicio de nulidad trascendente, que haga suponer que el resultado va a ser la declaración de nulidad del acto. Este precepto también resulta común en el derecho comparado, en especial el español.

La decisión de la suspensión se adoptará previa ponderación suficientemente razonada entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión y el perjuicio que causa al recurrente la eficacia inmediata del acto recurrido. Asimismo, al disponerse la suspensión podrán adoptarse las medidas que sean necesarias para asegurar la protección del interés público o los derechos de terceros y la eficacia de la resolución impugnada.

Finalmente, la suspensión se mantendrá durante el trámite del recurso administrativo o el correspondiente proceso contencioso-administrativo, salvo que la autoridad administrativa o judicial disponga lo contrario si se modifican las condiciones bajo las cuales se decidió la misma. Es necesario señalar que en el proceso contencioso administrativo resultan especialmente procedentes las medidas cautelares innovativas y de no innovar, las mismas que pueden implicar la suspensión del acto administrativo respecto del cual se inició dicho proceso judicial.

3.2. Efectos directos de la resolución que resuelve el recurso

La resolución del recurso estimará en todo o en parte o desestimará las pretensiones formuladas en el mismo, o declarará la inadmisión del citado recurso, si es que incumple requisitos formales[1650]. En consecuencia, no existe ningún pronunciamiento previo por parte del órgano administrativo que resuelve el recurso respecto de su procedencia o admisión. La autoridad define incluso la validez de forma del recurso al momento de resolverlo.

Es evidente, además, que la resolución que resuelve un recurso deberá ser congruente con lo expresado en el mismo. En consecuencia, y dada la naturaleza bilateral del recurso administrativo, la resolución no deberá empeorar la situación del administrado en relación con la resolución impugnada, lo cual impide que se haga efectiva la llamada *reformatio in peius,* garantía de especial importancia a favor del administrado.

1649 Sobre el particular: DE LA SERNA BILBAO, “Las medidas cautelares”, cit., p. 190.
1650 Artículo 217º, inciso 217.1. de la Ley N.º 27444.

3.3. Existencia de nulidad del acto impugnado

Constatada la existencia de una causal de nulidad, la autoridad, además de la propia declaración de nulidad, resolverá sobre el fondo del asunto, de contarse con los elementos suficientes para ello. Ahora bien, la constatación de la nulidad, por su origen objetivo, no requiere que la misma haya sido invocada por el administrado al momento de impugnar la resolución.

Cuando a la autoridad no le sea posible pronunciarse sobre el fondo del asunto, se dispondrá la reposición del procedimiento al momento en que el vicio se produjo, a fin que el mismo se corrija[1651]. Es necesario señalar que ello no obsta para que la nueva resolución que se emita pueda ser pasible de nueva impugnación administrativa.

3.4. Los actos que agotan la vía administrativa

Desde el punto de vista formal, el agotamiento de la vía administrativa implica la posibilidad de recurrir al Poder Judicial a través de proceso contencioso administrativo. Desde el punto de vista material, asimismo, impide que la controversia vuelva a discutirse en sede administrativa por acción del administrado.

Ahora bien, la doctrina siempre ha considerado indispensable señalar aquellos actos que agotan la vía administrativa, a fin de la Administración y los administrados puedan tener claro cuando la discusión concluyó en la entidad y se puede recurrir al Poder Judicial, dada la naturaleza de carga de la vía administrativa previa. En consecuencia, los actos que agotan la vía administrativa serían los siguientes[1652]:

a) El acto respecto del cual no proceda legalmente impugnación ante una autoridad u órgano jerárquicamente superior en la vía administrativa —cuando este no exista o la vía no se encuentre regulada— o cuando se produzca silencio administrativo negativo, salvo que el interesado opte por interponer recurso de reconsideración —el mismo que es opcional—, en cuyo caso la resolución que se expida o el silencio administrativo producido con motivo de dicho recurso impugnativo agota la vía administrativa. Ello implica que el plazo para impugnar la resolución en cuestión comienza a correr desde la emisión de la resolución que resuelve la reconsideración. Incluso, ese plazo no corre mientras no exista emisión expresa de la resolución respectiva.

b) El acto expedido o el silencio administrativo producido con motivo de la interposición de un recurso de apelación en aquellos casos en que se impugne el acto de una autoridad u órgano sometido a subordinación jerárquica. Esto implica que el recurso de apelación agota la

1651 Artículo 217º, inciso 217.2. de la Ley N.º 27444.
1652 Artículo 218º de la Ley N.º 27444.

vía administrativa, a menos que la autoridad que resuelve el mismo no sea de competencia nacional y exista el supuesto habilitante para la interposición de un recurso de revisión.

c) El acto expedido o el silencio administrativo producido con motivo de la interposición de un recurso de revisión, únicamente cuando este procede, es decir en los casos a que se refiere el artículo 210º de la Ley. En estos casos es el recurso de revisión el que agota la vía administrativa.

d) El acto que declara de oficio la nulidad o revoca otros actos administrativos, en los casos a que se refieren los artículos 202º y 203º de la Ley, los mismos que definen la nulidad de oficio y la revocación de actos administrativos. Dicha previsión pretende facilitar el ejercicio de la impugnación judicial al administrado en el caso de que se den supuestos de nulidad de oficio o de revocación, los cuales se generan en circunstancias especiales y pueden resultar inmediatamente vulneratorias de los intereses del particular.

e) Los actos administrativos de los Tribunales o Consejos Administrativos regidos por leyes especiales, como por ejemplo los emitidos por el Tribunal Fiscal o el Tribunal de Defensa de la Competencia del Indecopi. Tales organismos u órganos no poseen superior jerárquico alguno, por lo cual sus resoluciones agotan la vía administrativa de inmediato. Asimismo, no cabe la interposición de recurso de reconsideración contra sus resoluciones.

Ahora bien, como se ha indicado anteriormente, los actos administrativos que agotan la vía administrativa podrán ser impugnados ante el Poder Judicial mediante el proceso contencioso-administrativo a que se refiere el artículo 148º de la Constitución Política del Estado. Asimismo, una vez agotada la vía administrativa puede iniciarse los procesos de garantía a que haya lugar, en los supuestos en los que se haya afectado derechos fundamentales de los administrados.

3.5. Las resoluciones inimpugnables

La Constitución, en su artículo 142º-, reconoce dos tipos de resoluciones expedidas por entidades públicas y que no admiten impugnación judicial: las emitidas por el Consejo Nacional de la Magistratura, en cuanto a la evaluación y ratificación de magistrados, y las emitidas en materia electoral por el Jurado Nacional de Elecciones.

En este último caso, sin embargo, es justo señalar que este último organismo cuando resuelve en materia electoral en realidad está impartiendo justicia electoral[1653], razón por la cual sus decisiones serían, en este contexto, deci-

1653 Constitución de 1993:
Artículo 178º.- Compete al Jurado Nacional de Elecciones:
(...)

siones jurisdiccionales y no administrativas. Ello, sin perjuicio de determinadas circunstancias en las cuales dicho organismos se pronuncia emitiendo decisiones administrativas, las mismas que son susceptibles de ser impugnadas a través del proceso contencioso administrativo, como podrían ser por ejemplo las declaraciones de vacancia de las autoridades municipales y regionales.

Sin embargo, y en el caso particular de las resoluciones del primero de los organismos nombrados, el Tribunal Constitucional ha resuelto en reiteradas oportunidades que el citado ente puede revisar las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura cuando se haya generado una afectación a derechos fundamentales de la persona, no obstante que en recientes sentencias se ha pronunciado declarando infundadas las demandas de amparo en cuestión[1654].

En este orden de ideas, el Tribunal Constitucional ha considerado que la limitación contenida en el artículo 142º de la Constitución no puede entenderse como exención de inmunidad frente al ejercicio de una competencia ejercida de modo inconstitucional, pues ello supondría tanto como que se proclamase que en el Estado Constitucional de Derecho, la Constitución Suprema puede ser rebasada o afectada y que contra ello no exista control jurídico alguno que pueda intentarse. El Tribunal ha señalado que la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico-estatal y, como tal, la validez de todos los actos y normas expedidos por los poderes públicos depende de su conformidad con ella.

3.5.1. El caso particular del Jurado Nacional de Elecciones

Finalmente, y al amparo de similares consideraciones, el Tribunal Constitucional ha considerado también la posibilidad de revisar decisiones emitidas por

4. Administrar justicia en materia electoral.

(...).

1654 En la sentencia emitida en el expediente 2209-2002-AA, de fecha 12 de mayo de 2003, el Tribunal Constitucional resolvió, entre otras cuestiones, lo siguiente:

"(...)

6. Por ello, el Tribunal Constitucional no puede aceptar, como una derivación del artículo 142º de la Constitución, la falaz idea de que este órgano constitucional no pueda ser objeto de control jurisdiccional, pues ello supondría tener que considerarlo como un ente autárquico y carente de control jurídico en el ejercicio de sus atribuciones.

   Como este Tribunal ha recordado (Exp. N.º 014-2002-AI/TC) '(...) Los poderes constituidos (...) —el Consejo Nacional de la Magistratura lo es— deben su origen, su fundamento y el ejercicio de sus competencias (...) a la Constitución' (Fund. Jur. 61). De manera que ni se encuentra desvinculado de la Constitución ni, por ese hecho, carente de adecuados y eficaces mecanismos de control jurídico sobre la forma como ejerce sus atribuciones constitucionales. Y es que si el Consejo Nacional de la Magistratura es un órgano constitucional más del Estado y, en esa condición, se trata de un poder constituido dotado de competencias —como la de la ratificación de los jueces y miembros del Ministerio Público— que deben ejercerse dentro del marco de la Constitución y su Ley Orgánica, entonces, no es admisible que se pueda postular que su ejercicio antijurídico no pueda ser objeto de control jurisdiccional.

(...)".

el Jurado Nacional de Elecciones inclusive cuando el mismo se pronuncia en materia electoral, no obstante que, como lo hemos señalado, nos encontramos ante el ejercicio de atribuciones jurisdiccionales por ser un organismo encargado de impartir justicia electoral.

El Tribunal Constitucional ha señalado[1655] —como ocurriera respecto de las resoluciones emitidas por el Consejo Nacional de la Magistratura en el Exp. N.º 2409-2002-AA/TC, materia de análisis líneas arriba— que no cabe invocar la existencia de campos de invulnerabilidad absoluta al control constitucional, arguyendo que la Constitución confiere una suerte de protección especial a determinadas resoluciones emitidas por parte de determinados organismos electorales.

El Tribunal señala entonces que, aun cuando de los artículos 142º y 181º de la Constitución[1656], se desprende que en materia electoral no cabe revisión judicial de las resoluciones emitidas por el Jurado Nacional de Elecciones, y que tal organismo representa la última instancia en tal asunto, dicho criterio solo puede considerarse como válido en tanto y en cuanto se trate de funciones ejercidas de manera compatible con el cuadro de valores materiales reconocido por la misma Constitución.

Vale decir, la posición del Tribunal —que nosotros compartimos— se basa en el hecho de que si la función electoral del Jurado Nacional de Elecciones se ejerce de una forma que resulte intolerable para la vigencia de los derechos fundamentales o quebrante los principios esenciales que informan el ordenamiento constitucional, lo cual ha ocurrido varias veces, no solo resulta legítimo sino plenamente necesario el control constitucional, especialmente cuando este resulta viable en mecanismos como el proceso de amparo.

3.5.2. Materia electoral y materia administrativa

Las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral son decisiones jurisdiccionales, no administrativas, razón por la cual no cabe contra las mismas el proceso contencioso administrativo, pero si el proceso de amparo[1657],

1655 Recurso extraordinario interpuesto por don Juan Genaro Espino Espino contra la resolución de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ica, de fojas 247, su fecha 16 de junio de 2003, que declara improcedente la acción de amparo de autos. Expediente N.º 2366-2003-AA/TC, STC de fecha 6 de abril de 2004.

1656 Constitución de 1993:
Artículo 181º.- El Pleno del Jurado Nacional de Elecciones aprecia los hechos con criterio de conciencia. Resuelve con arreglo a ley y a los principios generales de derecho. En materias electorales, de referéndum o de otro tipo de consultas populares, sus resoluciones son dictadas en instancia final, definitiva, y no son revisables. Contra ellas no procede recurso alguno.

1657 Sobre el particular: SALCEDO CUADROS, Carlo Magno, "¿Qué es materia electoral? A propósito del control jurisdiccional de las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones", en *Actualidad Jurídica*, N.º 143, Lima, 2005, pp. 146 y ss.

por las mismas razones por las que cabe dicho proceso constitucional contra resoluciones emanadas de un proceso judicial que no es regular, en aplicación a contrario del artículo 200º de la Constitución, como ya se ha señalado.

Ello, sin perjuicio de determinadas circunstancias en las cuales dicho organismo se pronuncia emitiendo decisiones administrativas, las mismas que son susceptibles de ser impugnadas a través del proceso contencioso administrativo, como podrían ser por ejemplo las declaraciones de vacancia de las autoridades municipales y regionales o la revisión de las sanciones aplicadas a los partidos políticos por parte de la ONPE[1658]. Si bien en este último caso se señala que contra lo resuelto por el Jurado Nacional de Elecciones no cabe recurso alguno, debe entenderse que ese recurso es administrativo, no jurisdiccional.

Es por ello que se considera que el Jurado Nacional de Elecciones constituye lo que se denomina un tribunal mixto, es decir, un organismo que se comporta como tribunal jurisdiccional o como tribunal administrativo dependiendo de la materia que se encuentre resolviendo. El problema estriba precisamente en el hecho que no existe norma alguna en el ordenamiento jurídico peruano que defina con suficiente claridad que debe considerarse materia electoral para definir la competencia del Jurado Nacional de Elecciones en cada caso. Sin embargo, se considera como materia electoral aquello que ocurra en el contexto de un proceso electoral, con la definición del mismo que se encuentra contenida en la Ley Orgánica de Elecciones.

Ya el Tribunal Constitucional, en el célebre caso Castillo Chirinos[1659], se ha pronunciado respecto de la facultad del citado organismo de revisar las decisiones del Jurado Nacional de Elecciones, sin pronunciarse respecto de la naturaleza administrativa o jurisdiccional de antes citado pronunciamiento. El Tribunal ha desperdiciado acá una muy buena oportunidad para aclarar cuando nos encontramos ante materia electoral y cuando no en el contexto de la actuación del Jurado Nacional de Elecciones.

Finalmente, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional el artículo único de la Ley N.º 28642, modificatoria del artículo 5º, numeral 8), de la Ley N.º 28237, Código Procesal Constitucional, el cual se deja sin efecto, por impedir el ejercicio y la defensa de los derechos fundamentales en el ámbito del Jurado Nacional de Elecciones y vulnerar el artículo 200.2º de la Constitución[1660]. Dicha norma establecía que era improcedente el proceso de amparo contra las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materias electorales, de referéndum o de otro tipo de consultas populares, bajo responsabilidad. Sin embargo, en esta sentencia el Tribunal tampoco efectuó una clara distinción entre lo que debíamos considerar materia electoral.

1658 Artículo 36º, párrafo final, de la Ley de Partidos Políticos.
1659 STC. N.º 2730-2006-PA/TC, de fecha 21 de julio de 2006.
1660 STC. N.º 00007-2007-PI/TC, de fecha 19 de junio de 2007.

Capítulo XXVIII

EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO TRILATERAL

SUMARIO: 1. Generalidades. 1.1. Los procedimientos concurrenciales. 1.2. Funciones del procedimiento trilateral. 1.3. Principios que rigen el procedimiento trilateral. 1.4. El problema del control difuso en sede administrativa. 1.5. El precedente del Tribunal Constitucional y sus implicancias. 1.5.1. Los discutibles fundamentos del Tribunal Constitucional. 1.5.2. Los parámetros de una sentencia más reciente. 1.6. Inaplicación de reglamentos. **2. La tramitación del procedimiento administrativo trilateral.** 2.1. Iniciación del procedimiento trilateral. 2.1.1. Requisitos de la reclamación. 2.1.2. Traslado de la reclamación. 2.1.3. Contestación de la reclamación. 2.1.4. Respuestas a las contestaciones de las reclamaciones. 2.2. Actuación probatoria en los procedimientos trilaterales. **3. Medidas cautelares en el procedimiento administrativo trilateral.** 3.1. Impugnación de la resolución que decide una medida cautelar. **4. Recursos que puede interponerse en los procedimientos trilaterales.** 4.1. Tramitación del recurso administrativo. **5. Conciliaciones o transacciones en el procedimiento trilateral.** 5.1. Requisitos de los instrumentos que contienen transacciones o conciliaciones. 5.2. Continuación del procedimiento de oficio.

1. GENERALIDADES

El procedimiento administrativo trilateral —que en la doctrina y la jurisprudencia admite términos como triangular, cuasijurisdiccional o contencioso— es el procedimiento administrativo, de naturaleza eminentemente contenciosa, seguido entre dos o más administrados ante las entidades de la administración, destinado a resolver los conflictos entre los mismos.

El procedimiento trilateral es empleado especialmente, para resolver las controversias que tienen relación con las entidades descritas en el inciso 8) del artículo I del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, la Ley), es decir, aquellas personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado[1661]. En tal sentido, es posible tramitar procedimientos trilaterales en los cuales una de las partes

1661 Artículo 219º, inciso 219.1 de la Ley N.º 27444.

es una entidad administrativa, la misma que posee las mismas prerrogativas que las de un administrado.

El procedimiento trilateral se rige por lo dispuesto en el Capítulo I del Título IV de la Ley y en lo demás por lo previsto en dicha norma en cuanto al procedimiento administrativo general. Sin embargo, respecto de los procedimientos administrativos trilaterales regidos por leyes especiales, la Ley tiene únicamente carácter supletorio y regula aquello que la norma especial no refiera expresamente[1662].

Ahora bien, debe quedar claro que el elemento diferencial entre la función jurisdiccional y la actividad cuasijurisdiccional de la Administración estriba en la inexistencia de la cosa juzgada en el ámbito administrativo. Y es que, en principio toda resolución administrativa es susceptible de ser impugnada a través de proceso contencioso administrativo, aun incluyendo las excepciones señaladas por la Constitución en su artículo 142º como lo hemos referido en el capítulo precedente. Con ello queremos dejar claro, en consonancia con la norma constitucional, que la existencia de procedimientos trilaterales no implica la asignación de facultades jurisdiccionales a favor de la Administración Pública; caso contrario se estaría vulnerando los principios de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.

En el mismo orden de ideas, no debemos confundir actividad cuasijurisdiccional de la administración con actividad arbitral[1663]. De hecho, a la actividad cuasijurisdiccional implica la inexistencia de jurisdicción y por ende la calidad de cosa decidida de la resolución que se emita y no de cosa juzgada. Como resultado, el Poder Judicial, está siempre en capacidad de conocer de los hechos materia de controversia, salvo que se haya generado una transacción o conciliación. La actividad arbitral es jurisdicción —con las discusiones que dicha afirmación genera— y lo que se resuelva en mérito a dicha actividad constituye, en principio, cosa juzgada, requiriéndose de la actuación judicial únicamente para su ejecución forzosa.

1.1. Los procedimientos concurrenciales

A diferencia del procedimiento administrativo trilateral, el procedimiento concurrencial implica más bien la existencia de intereses distintos por parte de varios administrados, que se dan de manera paralela y cuya naturaleza no permite su tutela simultánea. Sin embargo, no existe una controversia o conflicto entre dichos administrados, no siendo la Administración Pública un componedor del conflicto. En consecuencia, no existe desempeño de actividad cuasijurisdiccional. Sin embargo, la existencia de un recurso administrativo contra la decisión

1662 Artículo 220º de la Ley N.º 27444.

1663 Sobre el particular: MARTÍN TIRADO, Richard, "El procedimiento administrativo trilateral y su aplicación en la nueva Ley del Procedimiento Administrativo General", en AA.VV., *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Ley N.º 27444*, ARA, Lima, 2003, pp. 489 y ss.

de la Administración podría transformar el procedimiento concurrencial en un procedimiento administrativo trilateral.

Un ejemplo muy común de procedimiento administrativo concurrencial es el de los procesos de selección en el ámbito de la contratación administrativa. Los procesos de selección —sean licitación pública, concurso público, adjudicación directa o adjudicación de menor cuantía— tienen por finalidad determinar aquella persona natural o jurídica que resulte más idónea para proveer a la entidad en cuestión de los bienes y servicios que la misma necesita, a través de la participación en el proceso de un conjunto de postores. Los procesos de selección, en tanto procedimientos administrativos, se inician con la convocatoria y culminan con la suscripción del contrato respectivo o perfeccionamiento de este —como resultado del otorgamiento de la buena pro a favor del postor elegido— o cuando se cancela el proceso o cuando se deja sin efecto el referido otorgamiento de la Buena Pro.

1.2. Funciones del procedimiento trilateral

El procedimiento trilateral es lo más cercano que existe en el ámbito administrativo a la función típicamente jurisdiccional. De hecho, el procedimiento trilateral tiene como una de sus funciones descongestionar la labor del Poder Judicial de resolver conflictos, lo que la teoría general del proceso denomina heterocomposición. La actividad administrativa sirve de filtro para que, en la medida de lo posible, solo llegue al Poder Judicial aquello que no puede resolverse de manera definitiva en el ámbito administrativo. De hecho, en algunos sectores resulta ser relativamente reducida la cantidad de procesos contenciosos administrativos iniciados en contra de resoluciones emitidas por el respectivo tribunal administrativo[1664].

Por otro lado, mediante el ejercicio de la actividad cuasijurisdiccional de la administración pública se pretende crear una instancia especializada en la resolución de conflictos, mediante el empleo adicional de criterios técnicos. Es decir, la actividad cuasijurisdiccional es realizada por entes, en general colegiados, cuyos miembros posee conocimientos importantes de la materia a resolver, la misma que no necesariamente es de conocimiento pleno de las diversas instancias del Poder Judicial.

Sin embargo, esta constatación queda desvirtuada por el hecho de que la controversia siempre se encuentra en condiciones de ser conocidas por el Poder Judicial. Tal situación permite a ciertos juristas a proponer que los tribunales administrativos entren a formar parte del Poder Judicial, como órganos jurisdiccionales especializados, lo cual reduce las instancias a las cuales debe recurrir

1664 Sobre el particular: GUZMÁN NAPURI, Christian, “El procedimiento administrativo trilateral”, en *Actualidad Jurídica*, T. 150, Lima, 2006, p. 176.

el particular con el consecuente beneficio al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

Finalmente, y en el fondo, la existencia de procedimientos administrativos trilaterales implica una evidente falta de confianza del ordenamiento en el Poder Judicial como ente de resolución de conflictos. Esta falta de confianza es más bien propia de la tradición europeo continental del derecho administrativo, muy influida por la necesidad de asignar facultades a la Administración Pública como rezago de principios monárquicos que aún subsisten. La tradición anglosajona, en cambio, se caracteriza por una mayor competencia del Poder Judicial frente a la Administración Pública. El concepto de tribunal administrativo proviene más bien de dicha tradición europeo continental.

Esta consideración invade todo el derecho público, lo cual se muestra, por ejemplo, en el hecho de que los jueces europeos en general carecen de la facultad de aplicar el control difuso en caso de que una ley entre en conflicto con la Constitución, así como en la generalización de la autotutela y la ejecutoriedad en el derecho administrativo europeo. Esto no ocurre en el ámbito nacional, en el cual incluso se permite que la Administración Pública pueda aplicar control difuso ante la presencia de una norma que vulnere la Constitución.

1.3. Principios que rigen el procedimiento trilateral

El procedimiento trilateral se caracteriza por mostrar cierta atenuación o mediatización de importantes principios del procedimiento administrativo general, situación derivada de la naturaleza del mismo, en gran medida intermedia entre el procedimiento administrativo clásico o bilateral y el proceso judicial. En primer lugar, notamos una mayor rigidez y formalidad a nivel del procedimiento trilateral que el que encontramos en el procedimiento administrativo general, mientras que el procedimiento administrativo bilateral es eminentemente informal. Ello, dada la aplicación de plazos y momentos específicos para determinadas actuaciones.

En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, observamos una importante atenuación del principio de unidad de vista ya antes descrito, existiendo cierta aplicación del principio de preclusión, propio más bien de proceso judicial. Ello se nota en la existencia de etapas definidas, en el marco de la presentación de la reclamación y su contestación, y la existencia de la declaración de rebeldía, no obstante que en el caso de que el reclamado no cumpla con presentar la contestación dentro del plazo establecido, la administración podrá permitir, si lo considera apropiado y razonable, la entrega de la contestación fuera del vencimiento del plazo[1665], sin señalar que valor en la toma de decisión se le otorga a dicha contestación.

1665 Artículo 223º, inciso 223.3 de la Ley N.º 27444.

Por otro lado, observamos una importante atenuación del principio de verdad material, y en consecuencia, el de oficialidad de la prueba, puesto que la Administración se conforma, en principio, con las pruebas aportadas por las partes, las mismas que poseen la obligación de probar los hechos que alegan[1666]. Sin embargo, como ya lo hemos señalado, la asignación de la carga de la prueba pasa por determinar quien se encuentra en mejor capacidad para probar algo, con lo cual la carga de la prueba no necesariamente corresponde a quien afirma un hecho.

Finalmente, existe una importante atenuación a los principios de *no resolutio* y *no reformatio in peius*, señalados en capítulos anteriores del presente trabajo, puesto que es posible que en una instancia superior, e incluso en la misma instancia, la situación del reclamante pueda empeorar en relación con la que lo afectaba en la primera instancia administrativa. Ello se debe a la existencia de una controversia entre las partes, la cual genera la necesidad de establecer beneficios para uno, que se convierten en perjuicios o gravámenes para el otro. Los principios antes señalados son aplicables a procedimientos administrativos bilaterales, en los cuales se reconoce el mayor poder de la Administración Pública frente al administrado.

Por otro lado, es preciso indicar que en el procedimiento trilateral la imparcialidad y neutralidad de la Administración debe acentuarse notablemente, dada la existencia de un conflicto de intereses entre varios administrados[1667]. La autoridad administrativa debe cuidar entonces de resolver la tensión entre la obligación de la entidad de tutelar el interés público y la necesidad de resolver la controversia. De hecho, la resolución del conflicto de intereses que se presenta a la autoridad administrativa entraña un componente de interés general que resulta ineludible.

1.4. El problema del control difuso en sede administrativa

La Constitución como norma jurídica goza de la llamada supremacía, puesto que aquella es la norma más importante de las existentes al interior del Estado, principio que permite que la Constitución sea la norma matriz del ordenamiento jurídico nacional. Este principio proviene de distintos orígenes. En primer lugar, debemos considerar la tradición constitucional norteamericana, a partir del célebre caso *Marbury vs Madison*, en el cual se determinó no solo que la Constitución era norma suprema, sino además que los jueces podían inaplicar la norma legal al caso concreto cuando encontraran que la misma se encontraba

1666 La Ley señala en el inciso 1.11 del artículo IV del Título Preliminar que, en el caso de procedimientos trilaterales, la autoridad administrativa estará facultada a verificar por todos los medios disponibles la verdad de los hechos que le son propuestos por las partes, sin que ello signifique una sustitución del deber probatorio que corresponde a estas. Sin embargo, se señala que la autoridad administrativa estará obligada a ejercer dicha facultad cuando su pronunciamiento pudiera involucrar también al interés general.

1667 GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, cit., T. I, p. 467.

en desacuerdo con la norma constitucional, no obstante que dicha prerrogativa no se encontraba señalada en la constitución de los Estados Unidos. Dicha facultad se denominó *judicial review*, conforma lo que se conoce como control difuso de constitucionalidad[1668] y apareció como un contrapeso al poder que poseería el Congreso en mérito al principio de legalidad y el sometimiento al mismo por parte del Estado en su Conjunto.

En el caso europeo la evolución fue diferente, puesto que se determinó la existencia de un ente especializado que tutelara la constitucionalidad de las leyes, de tal forma que los jueces no pueden inaplicar por decisión propia una norma de rango legal[1669]. La aparición de dicho mecanismo se dio con la Constitución austriaca de 1920, modificada en 1929 y luego se propagó a la mayor parte de Europa —conocida es la labor de dichos entes en el caso español y alemán— y de ahí a Latinoamérica. El citado ente, que sería denominado en general Tribunal Constitucional, posee la facultad de derogar la norma en cuestión, con evidentes efectos *erga omnes*, a través del uso del denominado control concentrado de constitucionalidad.

En el caso peruano es necesario señalar que poseemos ambos sistemas de control de constitucionalidad, por cual se considera que en Perú funciona un sistema dual, que es realidad poco común en el derecho constitucional comparado. El control difuso se encuentra consagrado por el artículo 138º de la norma constitucional[1670], mientras que el control concentrado se encuentra regulado en los artículos 200º y 202º del citado cuerpo de leyes. De hecho, el Tribunal Constitucional puede también hacer uso del control difuso cuando resuelve en última instancia procesos constitucionales.

La polémica se inicia cuando empezamos a discutir si esta facultad puede ser otorgada a la Administración Pública en aplicación precisamente del principio de supremacía de la Constitución. De hecho, interesante doctrina extranjera y nacional defiende la posibilidad incluso de inaplicación por parte de la Administración de normas con rango de ley que puedan ser inconstitucionales[1671].

1668 GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, cit., pp. 54-55.

1669 PARADA VÁSQUEZ, *Derecho administrativo*, cit., [2002], p. 46.

1670 Constitución de 1993:

Artículo 138º. La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.

1671 Sobre el particular: DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, "La inaplicación administrativa de reglamentos ilegales y leyes inconstitucionales", en *Revista de Administración Pública*, N.º 155, Centros de Estudios Constitucionales, Madrid, 2001; DEL POZO GOICOCHEA, Claudia Rosanna, *Control difuso y procedimiento administrativo*, Palestra, Lima, 2005; BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo, "Control difuso y administración: ¿es viable que la administración ejerza el control difuso de la constitucionalidad normativa?", en *Revista*

1.5. El precedente del Tribunal Constitucional y sus implicancias

En este orden de ideas, el Tribunal Constitucional ha señalado que todo tribunal u órgano colegiado de la administración pública tiene la facultad y el deber de preferir la Constitución e inaplicar una disposición infraconstitucional que la vulnera manifiestamente, bien por la forma, bien por el fondo, de conformidad con los artículos 38.º, 51.º y 138.º de la Constitución. Para ello, el Tribunal señala que se deben observar los siguientes presupuestos: en primer lugar, que dicho examen de constitucionalidad sea relevante para resolver la controversia planteada dentro de un proceso administrativo; así como que la ley cuestionada no sea posible de ser interpretada de conformidad con la Constitución[1672], lo cual es un requisito de todo mecanismo de control de constitucionalidad.

La extrema amplitud de este precedente —en el cual podía incluirse a consejos directivos de entidades públicas, comités especiales encargados de tramitar el proceso de contratación pública o los consejos consultivos—, obligó al Tribunal a emitir una aclaración, en la cual precisa que los tribunales administrativos u órganos colegiados a los que se hace referencia en dicho fundamento son aquellos tribunales u órganos colegiados administrativos que imparten "justicia administrativa" con *carácter nacional*, adscritos al Poder Ejecutivo y que tengan por finalidad la declaración de derechos fundamentales de los administrados[1673].

El precedente antes señalado resulta ser en extremo discutible, aun después de la aclaración efectuada. En primer lugar, porque no se comprende claramente cuál es su alcance. Lo que ocurre es que el Tribunal señala dos posible aplicaciones de dicho control difuso: A pedido de parte y de oficio. El primero, como indica el Tribunal, faculta a los órganos antes referidos para evaluar la procedencia de la solicitud, con criterios objetivos y razonables, siempre que se trate de otorgar mayor protección constitucional a los derechos fundamentales de los administrados[1674].

Estos parámetros resultan ser tan subjetivos que podrían permitir una decisión arbitraria en cualquiera de dichos órganos definidos por el Tribunal. Asimismo, el concepto de "justicia administrativa" es incorrecto, puesto que nos llevaría a confundir la actividad de heterocomposición de la Administración —vale decir, los procedimientos administrativos trilaterales— con la jurisdicción, lo cual evidentemente vulnera el principio de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, el mismo que se encuentra consignado constitucionalmente[1675].

Jurídica del Perú, N.º 41, Trujillo, 2002; BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo, "Kelsen de cabeza: verdades y falacias sobre el control difuso de las normas por las autoridades administrativas", en *Thémis*, N.º 51, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2005.

1672 STC N.º 3741-2004-AA/TC, fundamento 50.-A.

1673 Aclaración de la STC N.º 3741-2004-AA/TC, fundamento 4.

1674 Se señala incluso que, en aquellos casos en los que se advierta que dichas solicitudes responden a fines manifiestamente obstruccionistas o ilegítimos, pueden establecerse e imponerse las sanciones que correspondan de acuerdo a ley.

1675 Constitución de 1993:

El Tribunal Constitucional señala además que el control difuso procede de oficio de manera excepcional cuando se trate de la aplicación de una disposición que vaya en contra de la interpretación que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional, de conformidad con el último párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional; o cuando la aplicación de una disposición contradiga un precedente vinculante del Tribunal Constitucional establecido de acuerdo con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional[1676]. En estos casos nos encontramos propiamente ante la aplicación de los conceptos de interpretación vinculante y de precedente vinculante señalados en el Código Procesal Constitucional y no ante el empleo de control difuso por parte de la Administración Pública.

1.5.1. Los discutibles fundamentos del Tribunal Constitucional

Los fundamentos que el Tribunal hacen referencia, en primer término, a que una interpretación positivista y formal del artículo 138º de la Constitución no solo supondría el desconocimiento de determinados principios de interpretación constitucional, como los de unidad de la Constitución y de concordancia práctica; sino también daría lugar a una serie de contradicciones insolubles en la validez y vigencia de la propia Constitución. El Tribunal señala que, una interpretación en ese sentido del artículo 138.º de la Constitución supondría que el cumplimiento de la supremacía jurídica de la Constitución solo tiene eficacia en los procesos judiciales y no en aquellos otros procesos o procedimientos de naturaleza distinta lo cual significaría convertir a la Constitución en una norma legal.

Lo que el Tribunal no ha tenido en cuenta es que el principio de libertad negativa es aplicable únicamente a los particulares, nunca al Estado. Ello ocurre precisamente como una garantía ante comportamientos arbitrarios de la Administración Pública, puesto que la misma solo debe hacer lo que la Constitución y la Ley le han autorizado a realizar expresamente. Tanto es así que en varios países europeos el control difuso por parte de la judicatura ordinaria se encuentra proscrito. De hecho, si es que un juez en un proceso determinado

---

Artículo 139º. Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.
   No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral.
   No hay proceso judicial por comisión o delegación.
   (...)

1676 Código Procesal Constitucional:
Artículo VII.- Precedente
Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.

se encuentra con una norma que él considera inconstitucional debe dirigirse al Tribunal Constitucional a través de un mecanismo llamado en general cuestión de constitucionalidad[1677].

Pero además el Tribunal Constitucional también refiere a los derechos fundamentales como sustento para justificar esta atribución. En este orden de ideas, el Tribunal ha señalado que el derecho y el deber de los tribunales administrativos y órganos colegiados de preferir la Constitución a la ley, forma parte del contenido constitucional protegido del derecho fundamental del administrado al debido proceso y a la tutela procesal ante los tribunales administrativos, puesto que el respeto de los derechos fundamentales constituye un imperativo que el Estado debe garantizar frente a las eventuales afectaciones que pueden provenir, tanto del propio Estado como de los propios particulares.

Lo señalado por el Tribunal es muy discutible, no solamente porque el empleo del control difuso por parte de la Administración Pública en realidad viola la Constitución, lo cual a su vez vulnera el derecho al debido proceso; sino además porque los Tribunales Administrativos no necesariamente resuelven conflictos que enfrentan a la Administración Pública con los particulares, sino también a aquellos que enfrentan a dichos particulares entre sí. Ello significa en buena cuenta que la inaplicación de una norma legal a un caso concreto basada en la protección del derecho fundamental de una de las partes puede estar violando el de otra de las partes, máxime si dicha inaplicación es indebida.

Ejemplos de ello podemos encontrar en muchos procedimientos administrativos trilaterales, desde aquellos que se tramitan ante las comisiones de Indecopi hasta los que se tramitan ante el Tribunal Registral. A ello debemos agregar el hecho de que la inaplicación de la norma en un tribunal determinado no necesariamente genera precedente ni asegura que dicha inaplicación ocurra en procedimientos que se efectúan ante otros tribunales, en especial ante la existencia de normas legales que son comunes a todo el ordenamiento administrativo. Ello se agrava por el hecho de que esta facultad se restringe a los tribunales al interior del Poder Ejecutivo, sin tomar en cuenta que hay tribunales administrativos fuera de este.

La protección de los derechos fundamentales es una necesidad ineludible, sobre todo si la misma se encuentra en manos de la Administración Pública. A fin de asegurar dicha, sin afectar el principio de legalidad, que es también una garantía del debido proceso, debería optarse por una concepción intermedia, que impida comportamientos arbitrarios de la Administración Pública y a la vez permita resolver esta aparente paradoja en el que nos ha sumido el citado

1677 Constitución Española:

Artículo 163.- Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos.

principio de legalidad, que se nos muestra contrario al principio de jerarquía normativa.

Esta concepción no puede ser otra que autorizar a los Tribunales Administrativos a consultar al Tribunal Constitucional respecto a la validez de una norma con rango de Ley en caso dichos organismos encuentren que la misma vulnera de manera clara la Constitución, a manera de la cuestión de constitucionalidad europea. Las ventajas que generan esta figura son evidentes. Por un lado, permiten tutelar adecuadamente los derechos de los ciudadanos al consultar toda inaplicación que la Administración quiera efectuar; pero, por otro lado, dicho mecanismo permitiría la generalización del precedente.

1.5.2. Los parámetros de una sentencia más reciente

Mediante una sentencia posterior[1678], el Tribunal Constitucional ha establecido parámetros para que esta facultad se ejerza, los cuales prácticamente son repetición de los que ya hemos descrito[1679], desperdiciándose la oportunidad de establecerse mayores requisitos para el ejercicio de una facultad tan relevante. La primera, que se lleve a cabo por tribunales de carácter nacional adscritos al Poder Ejecutivo y que tengan por finalidad la declaración de derechos fundamentales de los administrados.

Asimismo, se establece que la ley cuestionada no sea posible de ser interpretada de conformidad con la Constitución; que dicho examen de constitucionalidad sea relevante para resolver la controversia planteada dentro de un proceso administrativo (sic), siendo obvio que el Tribunal se refiere a un procedimiento administrativo; y que el ejercicio del control difuso administrativo se realiza a pedido de parte; en este supuesto, los tribunales administrativos u órganos colegiados antes aludidos están facultados para evaluar la procedencia de la solicitud, con criterios objetivos y razonables, siempre que se trate de otorgar mayor protección constitucional a los derechos fundamentales de los administrados.

Sin embargo, en esta sentencia resulta de interés el voto singular emitido por el magistrado Vergara Gotelli, el mismo que establece que en el caso de los tribunales administrativos estos carecen de un procedimiento de control que si poseen los jueces, que es la consulta al superior jerárquico, siendo que, en efecto, ello le otorgaría una facultad a dichos organismos incluso más intensa que la que goza la judicatura; no bastando para ello el control jurisdiccional posterior a través del proceso contencioso administrativo[1680]. Este voto singular nos otorga mayores argumentos para sustentar la impertinencia de otorgar

1678 STC emitida en el Exp. N.º 00014-2009-PI/TC, que hemos comentado en parte anteriormente cuando hemos hablado de las atribuciones de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas de Indecopi.

1679 Fundamento N.º 25.

1680 Fundamento N.º 13.

esa facultad a los tribunales administrativos, siendo necesario, insistimos, generar un mecanismo a través del cual participe el Tribunal Constitucional en la determinación de la constitucionalidad de la norma a ser empleada por la Administración Pública.

1.6. Inaplicación de reglamentos

Finalmente, se discute en la doctrina si es posible que el funcionario administrativo inaplique una norma reglamentaria cuando la misma viola lo establecido en la Ley o la Constitución, al amparo del principio de legalidad y en mérito a la jerarquía de fuentes consagrada en el artículo 51º de la norma fundamental. A ello hay que agregar el hecho de que el reglamento necesariamente debe encontrarse de conformidad con la norma legal a la que se refiere.

Sin embargo, la posibilidad de inaplicación de reglamentos por parte del funcionario administrativo podría estar seriamente limitada por el hecho de que el funcionario público se obliga también al cumplimiento de los reglamentos, aun si los mismos son emitidos por el órgano que el mismo dirige. Aquí debemos tener en cuenta el principio de inderogabilidad singular de los reglamentos, de particular importancia dentro de la Administración Pública.

2. LA TRAMITACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO TRILATERAL

La tramitación de los procedimientos trilaterales se sujeta a determinadas reglas que pretenden asegurar la resolución justa de la controversia generada, así como el cumplimiento de los objetivos generales de la entidad administrativa que corresponda. Ello implica, en primer término, el respeto irrestricto de principios propios del debido proceso, con ciertos elementos propios más bien del proceso judicial. Asimismo, la tramitación del procedimiento trilateral debe permitir la participación activa de la autoridad administrativa como un tercero imparcial encargado de la realización de la función de heterocomposición, que es en este caso la administración pública. Finalmente, la Administración debe favorecer la solución concertada del conflicto, a través de la respectiva conciliación, mecanismo que como veremos más adelante pone fin a la controversia y es más deseable que la propia resolución a ser emitida por la autoridad administrativa.

2.1. Iniciación del procedimiento trilateral

El procedimiento trilateral se inicia mediante la presentación de una reclamación, o de oficio[1681]. La reclamación es el escrito a través del cual el interesado activa el procedimiento trilateral, que no debe confundirse con otros mecanismos denominados de la misma manera, como la reclamación tributaria. Ahora bien, es posible la iniciación de procedimientos trilaterales, cuando quien lo inicia es la

1681 Artículo 221º, inciso 221.1 de la Ley N.º 27444.

propia administración. Sin embargo, resultan ser muy raros los procedimientos trilaterales iniciados de oficio. Hay procedimientos, como los seguidos ante la Comisión de Libre Competencia de Indecopi en aplicación de Decreto Legislativo N.º 1034, Ley de Represión de conductas anticompetitivas, que si bien pueden iniciarse a pedido de parte, también pueden iniciarse de oficio. En el primer caso, nos encontramos ante un procedimiento trilateral, en el segundo caso, sin embargo, la naturaleza del procedimiento es bilateral.

Ahora bien, la parte que inicia el procedimiento con la presentación de una reclamación se denomina reclamante y cualquiera de los emplazados será designado como reclamado[1682]. Los términos pueden ser considerados análogos a los de demandante y demandado propios del proceso judicial común. Es necesario señalar que en el ámbito de los procedimientos seguidos ante el Indecopi se hace referencia a denunciante y denunciado cuando en puridad dichos procedimientos, en su mayoría, son de naturaleza trilateral y no sancionadora, como por ejemplo los procedimientos seguidos ante la Comisión de Protección al Consumidor.

A este nivel hay que diferenciar dos supuestos distintos de iniciación del procedimiento trilateral a instancia de parte. En primer lugar, el supuesto en el cual la reclamación se presenta directamente ante el organismo encargado de resolver el procedimiento, el mismo que puede admitir una segunda instancia, que resuelve en definitiva la controversia. Sin embargo, existe otro supuesto, en el cual la Administración resuelve la controversia como instancia superior respecto a lo resuelto por una de las partes. Esto último ocurre por ejemplo en el ámbito de los organismos reguladores de servicios públicos o en materia de contratación estatal[1683], en donde el procedimiento que se tramita en la instancia previa es de naturaleza bilateral concurrencial.

2.1.1. Requisitos de la reclamación

La reclamación deberá contener los requisitos de los escritos previstos en el artículo 113º de la Ley —que señala los requisitos que debe contener todo escrito administrativo—, así como el nombre y la dirección de cada reclamado, los motivos de la reclamación y la petición de sanciones u otro tipo de acción afirmativa[1684]. Es necesario señalar que la generación de sanciones en un procedimiento trilateral no se opone a su naturaleza, toda vez que pueden ser resultado de la resolución del conflicto de intereses. A su vez, la acción afirmativa implica que el resultado del procedimiento sea la corrección de la situación de hecho generada, de tal manera que la misma vuelva a ser la existente antes del supuesto perjuicio generado por el reclamado.

1682 Artículo 219º, inciso 219.2 de la Ley N.º 27444.
1683 MORÓN URBINA, *Comentarios a la nueva Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., p. 493.
1684 Artículo 222º, inciso 222.1 de la Ley N.º 27444.

La norma señala que reclamación deberá ofrecer las pruebas que el reclamante considere apropiadas para sustentar su pretensión, y acompañará como anexos las pruebas que tenga en su poder[1685]. Esta precisión, copia al carbón de la consignada en el ordenamiento procesal civil, tiene por finalidad asegurar la celeridad del procedimiento. Sin embargo, ello no implica que el reclamante no pueda presentar u ofrecer pruebas posteriormente, en el transcurso del procedimiento.

Finalmente, la autoridad podrá solicitar aclaración de la reclamación de admitirla, cuando existan dudas en la exposición de los hechos o los fundamentos de derecho respectivos. El principio de informalismo, en consecuencia, se encuentra presente también en el procedimiento trilateral, puesto que se prefiere el pedido de aclaración al rechazo de la reclamación[1686].

2.1.2. Traslado de la reclamación

Una vez admitida a trámite, la reclamación se pondrá en conocimiento del reclamado a fin de que este presente su descargo o contestación, en uso de su derecho de defensa[1687]. No cabe en consecuencia, en un procedimiento trilateral, que la autoridad administrativa pueda resolver sin poner en conocimiento del reclamado lo expresado por el reclamante, por más evidente que pueda ser la pertinencia de su pretensión. Ello es resultado de la aplicación de los conceptos de debido proceso, en especial del contradictorio por el cual las partes actúan en igualdad de condiciones en el procedimiento[1688], siendo la Administración únicamente el tercero imparcial que debe resolver la controversia.

2.1.3. Contestación de la reclamación

El reclamado deberá presentar la contestación de la reclamación dentro de los quince (15) días posteriores a la notificación de esta; vencido este plazo, la Administración declarará en rebeldía al reclamado que no la hubiera presentado. Sin embargo, en el caso de que el reclamado no cumpla con presentar la contestación dentro del plazo establecido, la administración podrá permitir, si lo considera apropiado y razonable, la entrega de la contestación luego del vencimiento del plazo[1689], lo cual resulta ser muy discutible, puesto que la norma no explica cuál es el efecto de la contestación presentada fuera de plazo.

1685 Artículo 222º, inciso 222.2 de la Ley N.º 27444.

1686 Las normas de procedimiento deben ser interpretadas en forma favorable a la admisión y decisión final de las pretensiones de los administrados, de modo que sus derechos e intereses no sean afectados por la exigencia de aspectos formales que puedan ser subsanados dentro del procedimiento, siempre que dicha excusa no afecte derechos de terceros o el interés público.

1687 Artículo 221º, inciso 221.3 de la Ley N.º 27444.

1688 MARTÍN TIRADO, "El procedimiento administrativo trilateral y su aplicación en la nueva Ley del Procedimiento Administrativo General", cit., pp. 487-488.

1689 Artículo 223º, inciso 223.3 de la Ley N.º 27444.

La contestación también deberá contener los requisitos de los escritos, previstos en el artículo 113º de la presente Ley, así como la absolución de todos los asuntos controvertidos de hecho y de derecho. Esto implica además que las alegaciones y los hechos relevantes de la reclamación, salvo que hayan sido específicamente negadas en la contestación, se tendrán por aceptadas o merituadas como ciertas. En consecuencia, debemos deducir que la declaración de rebeldía genera presunción de verdad respecto a lo señalado en la reclamación, de manera similar a lo que ocurre en el proceso civil[1690]; razón por la cual no entendemos la previsión señala en el párrafo precedente en cuanto a la posibilidad de que la autoridad administrativa acepte la contestación a la reclamación aun fuera de plazo.

Las cuestiones —que tienen que ver con el cumplimiento de requisitos de admisibilidad o procedencia de la reclamación, la contestación o las pruebas aportadas— se proponen conjunta y únicamente al contestar la reclamación o la réplica y son resueltas con la resolución final[1691], previsión que entendemos tiene por finalidad evitar que el procedimiento se dilate con articulaciones paralelas.

Adicionalmente a la contestación, el reclamado podrá presentar una réplica alegando violaciones a la legislación respectiva, dentro de la competencia del organismo correspondiente de la entidad. La presentación de réplicas y respuestas a aquellas réplicas se rige por las reglas para la presentación y contestación de reclamaciones, excluyendo lo referente a los derechos administrativos de trámite[1692].

2.1.4. Respuestas a las contestaciones de las reclamaciones

Conforme a lo establecido por la Ley, y como evidente límite al contradictorio, la réplica a las contestaciones de las reclamaciones no está permitida. Los nuevos problemas incluidos en la contestación del denunciado serán considerados como materia controvertida[1693]. Esta previsión tiene por finalidad evitar una cadena de réplicas y dúplicas que podría prologarse *ad infinitud*, no obstante que podría considerarse una norma que genera un mayor formalismo del procedimiento administrativo trilateral[1694].

2.2. Actuación probatoria en los procedimientos trilaterales

En los procedimientos trilaterales se da una actuación probatoria intensa, en tanto existe pruebas aportadas por el reclamante, el reclamado, e incluso, la propia administración. Ello implica la completa aplicación de principios como los de oficialidad de la prueba en los procedimientos trilaterales.

1690 Artículo 223º, inciso 223.1 de la Ley N.º 27444.
1691 Artículo 223º, inciso 223.2 de la Ley N.º 27444.
1692 Artículo 223º, inciso 223.4 de la Ley N.º 27444.
1693 Artículo 224º de la Ley N.º 27444.
1694 MARTÍN TIRADO, "El procedimiento administrativo trilateral y su aplicación en la nueva Ley del Procedimiento Administrativo General", cit., p. 493.

Es evidente, por otro lado, que resultan aplicables al procedimiento trilateral las normas que regulan la actuación de pruebas en el procedimiento administrativo general establecidas en los artículos 162º a 180º de la Ley, en tanto normas del procedimiento general.

Finalmente, dada la especial naturaleza contradictoria del procedimiento trilateral, la administración no puede prescindir de la actuación de las pruebas ofrecidas por cualquiera de las partes, salvo la existencia de acuerdo unánime de estas[1695].

3. MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO TRILATERAL

En cualquier etapa del procedimiento trilateral, de oficio o a pedido de parte —en especial, del reclamante—, podrán dictarse medidas cautelares conforme a las normas pertinentes de la Ley (artículo 146º de la misma)[1696]. En este caso, las medidas cautelares tienen por finalidad proteger el interés del reclamante, evitando la generación de un perjuicio o que el que ya se ha producido se agrave. Asimismo, las medidas cautelares permiten asegurar el resultado de la resolución final que se emita.

Sin embargo, la ley no señala si el pedido de medida cautelar debe ser notificado a la parte afectada por la misma. Entendemos que hacerlo afectaría el principio de *inaudita pars* aplicable a las medidas cautelares, por el cual la medida cautelar se decide y ejecuta sin que dicha decisión sea puesta en conocimiento de la parte afectada sino hasta su ejecución.

Ahora bien, si el obligado a cumplir con una medida cautelar ordenada por la administración no lo hiciere, se aplicarán las normas sobre ejecución forzosa previstas por la propia Ley[1697]. Es evidente entonces que el acto administrativo que ordena la medida cautelar goza de ejecutoriedad.

3.1. Impugnación de la resolución que decide una medida cautelar

Cabe la apelación contra la resolución que dicta una medida cautelar solicitada por alguna de las partes dentro del plazo de tres (3) días contados a partir de la notificación de la resolución que dicta la medida. La ley señala que la apelación deberá elevarse al superior jerárquico en un plazo máximo de (1) día, contado desde la fecha de la concesión del recurso respectivo y será resuelta en un plazo de cinco (5) días[1698].

Salvo disposición legal o decisión de la autoridad en contrario, la apelación del acto administrativo en cuestión no suspende la ejecución de la medida

1695 Artículo 225º de la Ley N.º 27444.
1696 Artículo 226º, inciso 226.1 de la Ley N.º 27444.
1697 Artículo 226º, inciso 226.2 de la Ley N.º 27444.
1698 Artículo 226º, inciso 226.3 de la Ley N.º 27444.

cautelar, que como lo hemos señalado es ejecutoria. La medida cautelar se ejecuta —en tanto acto administrativo— aun en contra de la voluntad del administrado afectado.

Ahora bien, la norma no señala que ocurre si es que no existe superior jerárquico del funcionario que ha decidido la medida cautelar en el procedimiento administrativo trilateral. En este caso debe entenderse que cabe el recurso de reconsideración, a fin de no afectar el derecho del reclamado en el procedimiento.

4. RECURSOS QUE PUEDE INTERPONERSE EN LOS PROCEDIMIENTOS TRILATERALES

Contra la resolución final recaída en un procedimiento trilateral, expedida por una autoridad u órgano sometido a subordinación jerárquica, solo procede la interposición del recurso de apelación[1699], de existir superior jerárquico. No cabe la interposición de recurso de reconsideración, ni mucho menos de revisión.

Únicamente cuando no existe superior jerárquico, cabe plantear recurso de reconsideración. Una vez resuelto el recurso, se tendrá por agotada la vía administrativa, teniendo cualquiera de las partes expedito el derecho de recurrir al Poder Judicial, a través de proceso contencioso administrativo, en el cual debe participar también aquella parte que fuera favorecida por la resolución impugnada.

4.1. Tramitación del recurso administrativo

La apelación de una resolución emitida en un procedimiento trilateral deberá ser interpuesta ante el órgano que dictó la resolución apelada dentro de los quince (15) días de producida la notificación respectiva. El expediente respectivo deberá elevarse al superior jerárquico en un plazo máximo de dos (2) días contados desde la fecha de la concesión del recurso respectivo[1700]. Algunos ven en esta previsión la existencia de una facultad a favor del órgano que emite la resolución a fin de que pueda evaluar la admisión o procedencia del recurso presentado, facultad que no existe en los casos de tramitación de recursos administrativos en procedimientos que no son trilaterales.

Seguidamente y dentro de los quince (15) días de recibido el expediente por el superior jerárquico se correrá traslado a la otra parte y se le concederá el plazo de quince (15) días para la absolución de la apelación[1701]. El contradictorio, propio del procedimiento trilateral, continúa entonces en el ámbito de la apelación.

Con la absolución de la otra parte o vencido el plazo a que se refiere el párrafo precedente, la autoridad que conoce de la apelación podrá señalar día y hora para la vista de la causa que no podrá realizarse en un plazo mayor de diez (10) días contados desde la fecha en que se notifique la absolución de la

1699 Artículo 227º, inciso 227.1 de la Ley N.º 27444.
1700 Artículo 227º, inciso 227.2 de la Ley N.º 27444.
1701 Artículo 227º, inciso 227.3 de la Ley N.º 27444.

apelación a quien la interponga[1702]. Dicha vista de la causa, por su naturaleza, autoriza la presentación de informes orales por las partes, tal como ocurre en los procedimientos trilaterales regulados por leyes especiales.

Finalmente, la norma señala que la administración deberá emitir resolución dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha de realización de la audiencia señalada en el párrafo precedente[1703]. Transcurridos los cuales, resulta aplicable el silencio administrativo negativo, conforme lo dispuesto por el artículo 34º de la Ley.

5. CONCILIACIONES O TRANSACCIONES EN EL PROCEDIMIENTO TRILATERAL

Durante el desarrollo del procedimiento trilateral, la administración debe favorecer y facilitar la solución conciliada de la controversia existente[1704]. Ello a fin de evitar la continuación del conflicto y su posible llegada al Poder Judicial mediante la solución de la controversia en sede administrativa, dado que la conciliación tiene los efectos de la cosa juzgada.

Lo que ocurre es que la resolución emitida en un procedimiento administrativo trilateral, como toda resolución administrativa, es susceptible de ser impugnada judicialmente. En consecuencia, el citado acto administrativo no necesariamente pone fin a la controversia. Los mecanismos alternativos de solución de conflictos, en cambio, proporcionan una solución definitiva al conflicto existente.

Y es que, en la actualidad, el derecho administrativo moderno —en especial en el derecho europeo y en el contexto de procedimientos en materia económica— está favoreciendo la terminación concertada de procedimientos administrativos, a fin de evitar que la controversia continúe incluso en el ámbito jurisdiccional, dada la naturaleza definitiva de la conciliación[1705], lo cual permite reducir costos administrativos y costos de transacción, favoreciendo los intereses de los administrados y el funcionamiento del mercado.

Estos mecanismos de terminación concertada son muy comunes por ejemplo en procedimientos trilaterales seguidos por organismos reguladores que supervisan a entidades privadas prestadoras de servicios públicos, a través de sus tribunales de resolución de controversias[1706]. Estas facultades son consistentes con el rol de dichos organismos de proteger al usuario y de resolver los conflictos que se generen entre las partes en el ámbito de la prestación del servicio[1707].

1702 Artículo 227º, inciso 227.4 de la Ley N.º 27444.

1703 Artículo 227º, inciso 227.5 de la Ley N.º 27444.

1704 Artículo 221º, inciso 221.2 de la Ley N.º 27444.

1705 GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de procedimiento administrativo*, cit., p. 350.

1706 DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge, "Los organismos reguladores de los servicios públicos en el Perú", en *Derecho administrativo*, Asociación Peruana de Derecho Administrativo / Jurista Editores, Lima, 2004, p. 442.

1707 MORÓN URBINA, *Comentarios a la nueva Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., p. 502.

En consecuencia, y en los casos en los que la Ley lo permita, y antes de que se notifique la resolución final, la autoridad podrá aprobar acuerdos, pactos, convenios o contratos de los administrados que importen una transacción extrajudicial o conciliación, con el alcance, requisitos, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regule[1708].

Tales actos pueden poner fin al procedimiento administrativo —tal como lo hemos señalado cuando nos hemos referido a la terminación del procedimiento— e incluso dejar sin efecto las resoluciones que se hubieren dictado en el procedimiento. El acuerdo podrá ser recogido en una resolución administrativa, para darle ejecutividad al mismo. Habría que preguntarse, sin embargo, si este acuerdo gozaría de ejecutoriedad, lo cual en realidad depende de la norma que regule el respectivo acuerdo conciliatorio. Caso contrario, la regulación es la que corresponde a la conciliación extrajudicial, siendo necesaria la ejecución judicial del acuerdo celebrado, al constituir cosa juzgada.

5.1. Requisitos de los instrumentos que contienen transacciones o conciliaciones

La norma señala que los instrumentos que contengan transacciones o conciliaciones extrajudiciales deberán constar por escrito y establecer como contenido mínimo la identificación de las partes que intervienen y el plazo de vigencia[1709]. Esta previsión tiene por lógico objeto asegurar la pertinencia del acuerdo y su validez, de gran importancia para una eventual ejecución judicial en caso de que alguna de las partes se niegue al cumplimiento del acuerdo y teniendo en cuenta que el mismo genera el mismo efecto de la cosa juzgada, concluyendo con la controversia.

5.2. Continuación del procedimiento de oficio

Sin embargo, al aprobar los acuerdos que ponen fin a las controversias materia del procedimiento trilateral, la autoridad podrá continuar el procedimiento de oficio si del análisis de los hechos considera que podría estarse afectando intereses de terceros —dado que ellos no han participado del acuerdo— o la acción suscitada por la iniciación del procedimiento extrañase interés general[1710], como puede ser los procedimientos seguidos ante las comisiones de INDECOPI en materia de protección del consumidor o de defensa de la competencia, en los cuales la finalidad de la actuación administrativa va más allá de la simple solución de la controversia, teniendo como finalidad tutelar el derecho de los consumidores en su conjunto o la protección del mercado.

1708 Artículo 228º, inciso 228.1 de la Ley N.º 27444.
1709 Artículo 228º, inciso 228.2 de la Ley N.º 27444.
1710 Artículo 228º, inciso 228.3 de la Ley N.º 27444.

Capítulo XXIX

LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

SUMARIO: 1. Distinciones entre la responsabilidad penal y la responsabilidad administrativa. 1.1. Responsabilidad objetiva y responsabilidad subjetiva. 1.2. Los principios de la potestad sancionadora. Procedimiento administrativo frente al proceso judicial. 1.3. La Administración Pública como filtro. 1.4. El mito de la mayor gravedad del ordenamiento penal. 1.5. Los parámetros para tipificar. 1.5.1. El caso de los delitos de peligro. 1.5.2. El caso de los delitos contra el orden económico. **2. La potestad sancionadora**. 2.1. Regulación de la potestad sancionadora. 2.2. Las prerrogativas sancionadoras como potestad. 2.2. Compatibilidad de la sanción administrativa con otras consideraciones reparadoras. Las medidas correctivas. 2.3. Solidaridad. **3. Los principios de la potestad sancionadora.** 3.1. Principio de legalidad. 3.1.1. Competencia respecto a la potestad sancionadora. 3.2. Principio de debido procedimiento. 3.3. Principio de razonabilidad. Las circunstancias que afectan la determinación de la sanción administrativa. 3.3.1. Razonabilidad y proporcionalidad. 3.3.2. La graduación de la sanción. 3.3.3. Supuesto especial en materia de autorizaciones o licencias. 3.3.4. El caso de las infracciones cometidas en el contexto de obras de infraestructura. 3.3.5. Supuestos atenuantes de responsabilidad. 3.4. Principio de tipicidad. 3.5. Principio de Irretroactividad. La retroactividad benigna. 3.5.1. Sustento de la retroactividad benigna. 3.5.2. Alcance de la retroactividad benigna. 3.6. Principio de concurso de infracciones. 3.6.1. Sustento de este principio. 3.6.2. Dificultades de la aplicación de este principio. 3.7. Principio de continuación de infracciones. 3.8. Principio de causalidad. La responsabilidad objetiva del administrado. 3.8.1. Características. 3.8.2. Responsabilidad objetiva y responsabilidad subjetiva. 3.8.3. El criterio del Tribunal Constitucional. 3.8.4. Fractura o ruptura del nexo causal. 3.8.5. El caso del vehículo de emergencia. 3.8.6. Casos específicos. 3.9. Principio de presunción de licitud. 3.10. Principio de *non bis in idem.* La vía preferida. 3.10.1. Las vertientes del principio. 3.10.2. La vía que debe ser preferida. 3.10.3. El principio de subsidiaridad penal. 3.10.4. La aplicación del principio en los procedimientos administrativos. **4. Prescripción.** 4.1. Interrupción del plazo de prescripción. 4.2. Planteamiento de la prescripción. **5. Ordenamiento del procedimiento sancionador.** 5.1. Caracteres del procedimiento sancionador. 5.1.1. Distinción de autoridades. El principio de imparcialidad. 5.1.2. Considerar que los hechos declarados probados por resoluciones judiciales firmes vinculan a las entidades en sus procedimientos sancionadores. 5.1.3. Notificación del cargo. 5.1.4. Descargo. 5.2. Reglas del procedimiento sancionador. 5.2.1. Inicio del procedimiento sancionador. El principio de oficialidad. 5.2.2. Actuaciones previas de investigación. 5.2.3. Notificación del acto de cargo o de inicio del procedimiento sancionador. 5.2.4. Instrucción del procedimiento. 5.2.5. Resolución final. 5.2.6. Notificación. 5.3. Medidas provisionales en el procedimiento sancionador. 5.4. Caracteres de la resolución que ponga fin al procedimiento. 5.4.1. Efectos de la impugnación de la resolución sancionadora**. 6. Los procedimientos administrativos mixtos.**

El procedimiento sancionador tiene por finalidad hacer posible que la Administración haga efectivas sanciones contra los administrados ante la comisión de infracciones calificadas como tales por la Ley. Dichas sanciones se definen como situaciones gravosas o desventajosas impuestas al administrado como consecuencia de la comisión de una infracción.

A su vez, una infracción administrativa puede definirse como toda conducta considerada ilícita por el ordenamiento jurídico y que la autoridad administrativa se encuentra encargada de sancionar. La intención de la sanción administrativa, en consecuencia, se enfoca a la necesidad de desincentivar conductas consideradas socialmente indeseables, pero que no se consideran de suficiente gravedad como para tipificarlas penalmente[1711].

1. DISTINCIONES ENTRE LA RESPONSABILIDAD PENAL Y LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

En este orden de ideas, es necesario distinguir con claridad la responsabilidad penal de la responsabilidad administrativa de los particulares, puesto que ambas son distintas. Se ha señalado de manera reiterada que ambas provienen de la facultad del Estado de reprimir conductas antisociales y que por ello operan de manera similar. Pero es preciso tener en cuenta que todos los mecanismos de control social se encuentran tutelados y autorizados por el derecho, razón por la cual es necesario establecer con claridad las distinciones existentes entre ambos mecanismos.

Aquí es de aplicación el principio de subsidiaridad, por el cual el derecho penal es *ultima ratio*, opera cuando los demás medios de control social no desincentivan debidamente la conductas dañosas[1712]. Estos medios de control social incluyen no solo el derecho administrativo sancionador, sino también el derecho privado, como el derecho civil o el derecho comercial. A este principio nos vamos a referir de manera reiterada en este capítulo de la presente obra.

1.1. Responsabilidad objetiva y responsabilidad subjetiva

En primer lugar, la naturaleza. La responsabilidad penal es subjetiva, al amparo de lo dispuesto por el Código Penal[1713], dado que en la responsabilidad penal

1711 VERGARAY BEJAR, Verónica y GÓMEZ APAC, Hugo, "La potestad sancionadora y los principios del procedimiento sancionador", en MARAVÍ SUMAR, Milagros (comp.), *Sobre la Ley del Procedimiento Administrativo General*, UPC, Lima, 2009, p. 403.

1712 Sobre el particular: CASTILLO ALVA, José Luis, *Principios de derecho penal. Parte general*, Gaceta Jurídica, Lima, 2002, pp. 226 y ss.; HURTADO POZO, José, *Manual de derecho penal. Parte general*, Grijley, Lima, 2005, pp. 46 y ss.

1713 Código Penal. Título Preliminar:

Artículo VII.-Responsabilidad penal

La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda prescrita toda forma de responsabilidad objetiva.

resulta relevante discutir respecto al dolo o la culpa, los mismos que son evidentes componentes del tipo penal como elementos subjetivos del mismo; siendo que en principio se requiere de dolo[1714], el mismo que constituye la existencia de conciencia y voluntad respecto de la realización del hecho punible[1715]. En cambio, la responsabilidad administrativa es eminentemente objetiva, siendo innecesario efectuar el análisis de la existencia de dolo o culpa. Ello justifica por ejemplo la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas y la de los incapaces. A esto nos vamos a referir con detalle más adelante al tratar sobre el principio de causalidad.

1.2. Los principios de la potestad sancionadora. Procedimiento administrativo frente al proceso judicial

Por otro lado, los principios de ambas modalidades de responsabilidad se aplican de manera distinta, habiéndose ajustado los principios generales de la potestad punitiva del Estado para ser coherentes con las particularidades de la función administrativa, que es eminentemente distinta a la función jurisdiccional, no solo por la diversidad de detentadores de la primera, sino además por la propia naturaleza de las sanciones administrativas.

Basta con analizar principios como el de retroactividad benigna[1716] o el de tipicidad para notar que los mismos deben ajustarse a las particularidades de la responsabilidad administrativa. A ello debemos agregar un principio fundamental de los procedimientos administrativos, que es el principio de verdad material, el que se contrapone al de verdad legal, propio de los procesos judiciales, aplicable incluso a los procesos penales, lo cual queda claro de la revisión del Código Procesal Penal.

En primer lugar, los procesos penales son tramitados únicamente por entes que gozan de función jurisdiccional. Inclusive, no todos los entes que detentan esta función poseen potestad penal. Únicamente el Poder Judicial y la mal llamada Justicia Militar pueden establecer sanciones penales. Sin embargo, la Administración Pública nos muestra una gran diversidad de detentadores de la potestad sancionadora, que forma parte de la función administrativa.

Si bien solo la ley otorga potestad sancionadora, la misma se ha otorgado incluso a entes que no forman parte del Estado, pero que sin embargo forman parte de la Administración Pública, como es el caso de los colegios profesionales,

1714 Código Penal:

Artículo 12.- Delito doloso y delito culposo

Las penas establecidas por la ley se aplican siempre al agente de infracción dolosa. El agente de infracción culposa es punible en los casos expresamente establecidos por la ley.

1715 HURTADO POZO, *Manual de derecho penal. Parte general*, cit., pp. 449 y ss.

1716 MORÓN URBINA, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., pp. 661-662.

por ejemplo, que poseen potestad sancionadora respecto a sus miembros y que constituyen personas jurídicas no estatales de derecho público interno[1717].

Por otro lado, las sanciones penales y las sanciones administrativas son resultado de procedimientos eminentemente distintos. Mientras que el procedimiento administrativo sancionador es un procedimiento que se inicia de oficio —es decir, como resultado de la decisión de la propia entidad—, el proceso penal no puede iniciarse de oficio, sino como resultado de una denuncia fiscal, la misma que incluso puede ser amparada o no. Es así como el principio de imparcialidad, tan mentado en el procedimiento administrativo sancionador opera más bien como una ficción, siendo que este principio solo se cumple debidamente en el ámbito judicial[1718].

1.3. La Administración Pública como filtro

Es entonces cuando debemos definir el papel que la Administración Pública cumple en el incentivo negativo de conductas antisociales a través de la imposición de sanciones, puesto ante una infracción determinada debemos optar por emplear el ordenamiento penal o el ordenamiento administrativo, siempre que el fundamento sea distinto, a fin de no vulnerar el *non bis in idem*.

Como ya lo hemos señalado en el capítulo precedente, la Administración Pública debe servir como un filtro para reducir el nivel de conflictividad en la sociedad, resolviendo las controversias y permitiendo que solo aquellas que la misma no puede resolver lleguen al Poder Judicial. Lo que ocurre es que el problema de la carga procesal del Poder Judicial se ha convertido en un asunto de Estado, más que en un asunto que deba resolverse únicamente en el ámbito de aquel poder del Estado.

Si el Poder Judicial es cada vez más eficiente —y en consecuencia, menos costoso— el lógico resultado va a ser que la carga procesal se incremente, por simple aplicación de la ley de demanda. El problema de la carga judicial se resuelve entonces generando mecanismos para que los conflictos se resuelvan fuera del Estado (a través del arbitraje, por ejemplo), o para que los mismos se resuelvan a interior de las entidades administrativas. El procedimiento administrativo sancionador debería ser un mecanismo que permita ello, permitiendo controlar conductas antisociales sin tener que recurrir al Poder Judicial.

Sin embargo, este papel que le toca desempeñar a la autoridad administrativa debe ser realizado de manera eficiente, teniendo en cuenta los derechos e

1717 Constitución de 1993:
Artículo 20.- Colegios Profesionales
Los colegios profesionales son instituciones autónomas con personalidad de derecho público. La ley señala los casos en que la colegiación es obligatoria.

1718 SUAY RINCÓN, José, "La discutible vigencia de los principios de imparcialidad y contradicción en el procedimiento administrativo sancionador", en *Revista de Administración Pública*, N.º 123, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 167 y ss.

intereses de los administrados, respetando los principios establecidos en la Ley del Procedimiento Administrativo General. Caso contrario, el Poder Judicial tendría siempre que revisar lo resuelto por la entidad, situación en la cual el efecto liberador de la carga procesal se pierde.

1.4. El mito de la mayor gravedad del ordenamiento penal

Existe un mito recurrente que es necesario discutir y descartar. Ese mito nos dice que la sanción penal es necesariamente más grave que la sanción administrativa. Y ello es falso[1719]. En realidad, ante un mismo comportamiento ilícito podríamos encontrar que la sanción administrativa resulta ser más gravosa, y como resultado de eso más susceptible de generar un incentivo negativo respecto de las conductas consideradas antisociales.

Un caso interesante es el de la conducción de vehículos motorizados en estado de ebriedad o bajo el efecto de drogas. Es claro que dicho hecho constituye una infracción administrativa, que es sancionada con multa, pero a la vez configura un delito conforme lo señalado por el artículo 274º del Código Penal, siendo a su vez un delito de peligro como vamos a ver más adelante.

Ahora bien, la experiencia demuestra que dicha conducta antisocial ha recibido un incentivo negativo más efectivo con el aumento de la cuantía de la multa que con el hecho de que dicha conducta se encuentre tipificada. Es decir, los particulares consideran más intensa la multa a aplicar que la pena privativa de libertad. En este caso, el empleo del ordenamiento administrativo es más gravoso que el ordenamiento penal.

En consecuencia, la justificación del principio de subsidiaridad no estriba entonces en la mayor gravedad de la sanción administrativa, sino más bien en la complejidad del proceso penal, el mismo que puede no ser empleado si es que la Administración Pública cumple un papel efectivo en el incentivo negativo de conductas antisociales, teniendo en cuenta además que la misma se encuentra sometida a control judicial a través de proceso contencioso administrativo.

1.5. Los parámetros para tipificar

Si bien el principio de subsidiaridad funciona como una guía para tipificar, su aplicación no es tan sencilla. Si pensamos en el homicidio, por ejemplo, nos queda muy claro que en este caso es el ordenamiento penal el que debe reprimir dicha conducta, puesto que una multa —la típica sanción administrativa— no podría generar suficiente incentivo negativo ante una conducta tan grave. A su vez, queda claro que abrir un local comercial careciendo de licencia de

1719 Sobre el particular: CID MOLINE, José, "Garantías y sanciones (argumentos en contra la tesis de la identidad de garantías entre las sanciones punitivas)", en *Revista de Administración Pública*, N.º 140, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996, pp. 133 y ss.

funcionamiento constituye una infracción administrativa y no un delito o una falta, siendo absurdo activar al sistema judicial para reprimir dicha conducta.

1.5.1. El caso de los delitos de peligro

Sin embargo, cuando nos encontramos ante delitos de peligro la perspectiva cambia. Y es que estos delitos no necesariamente son sancionados con una pena privativa de libertad que sea suficientemente intensa, mientras que la sanción administrativa que pudiera aplicarse es percibida con mayor intensidad; a lo que hay que agregar que estos delitos no necesariamente implican garantizar derechos fundamentales, en especial en el caso de los delitos de peligro abstracto[1720]. En este caso resulta preferible emplear el ordenamiento administrativo a emplear el ordenamiento penal.

Efectivamente, la cuestión se complica cuando hablamos de los delitos de peligro abstracto. En este caso, a diferencia del peligro concreto, no existe alteración alguna más allá de la acción realizada, siendo que el peligro no se ha verificado realmente[1721]. Constituyen entonces delitos de mera desobediencia donde resulta discutible que se verifique la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, necesarios para la activación del ordenamiento penal.

En este supuesto incluimos conducir vehículos en estado de ebriedad, pero también el poseer armas ilegalmente, o el violar las medidas impuestas por la ley o por la autoridad para la introducción al país o la propagación de una enfermedad o epidemia, o de una epizootía o plaga. En estos casos no existe peligro real, sino la posibilidad que el mismo se manifieste.

La represión de infracciones de peligro abstracto por parte de la Administración Pública, en vez de emplear el ordenamiento penal, se justifica en varios elementos. En primer lugar, la naturaleza objetiva de la responsabilidad administrativa, que ya hemos referido. Pero también, en la mayor capacidad de la autoridad administrativa para asumir la ampliación de la protección a bienes jurídicos sin verse perjudicada por la carga procesal.

1.5.2. El caso de los delitos contra el orden económico

Otro caso interesante es el de los delitos contra el orden económico. En estos casos, basta con las sanciones administrativas, que son bastante severas, para controlar las conductas que afectan al mercado. En particular cuando se habla del derecho de la competencia en sus vertientes, la represión de prácticas anticompetitivas y la represión de la competencia desleal[1722].

1720 CID MOLINE, "Garantías y sanciones (argumentos en contra la tesis de la identidad de garantías entre las sanciones punitivas)", cit., pp. 140-141.

1721 HURTADO POZO, *Manual de derecho penal. Parte general*, cit., p. 785.

1722 Sobre el particular: BAYLOS CORROSA, Hermenegildo, *Tratado de derecho industrial*, Civitas, Madrid, 1993, p. 284.

De hecho, las normas aplicables en cada caso, el Decreto Legislativo N.º 1034 así como el Decreto Legislativo N.º 1044 han derogado artículos del Código Penal referidos a estas conductas, en el entendimiento de que las mismas, o no constituyen infracción alguna, o constituyen infracciones que el Indecopi puede reprimir eficientemente, siendo innecesario recurrir al ordenamiento penal[1723].

Por ejemplo, el delito de especulación configura un caso interesante de tipo penal que podría fácilmente ser eliminado del Código. En primer término, este delito reprime al productor, fabricante o comerciante que pone en venta productos considerados oficialmente de primera necesidad a precios superiores a los establecidos por la autoridad competente. Este tipo penal carece de sentido en una economía de mercado, en la cual los precios son definidos por la oferta y la demanda. A ello debemos agregar lo reducido de la pena a aplicar, privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años y noventa a ciento ochenta días-multa.

Por otro lado, este delito reprime a quien injustificadamente vende bienes, o presta servicios a precio superior al que consta en las etiquetas, rótulos, letreros o listas elaboradas por el propio vendedor o prestador de servicios; al que vende bienes que, por unidades tiene cierto peso o medida, cuando dichos bienes sean inferiores a estos pesos o medidas; así como al que vende bienes contenidos en embalajes o recipientes cuyas cantidades sean inferiores a los mencionados en ellos. En todos estos casos nos encontramos ante vulneraciones al derecho del consumidor, situación en la cual bastan las normas aplicables en este ámbito, máxime si en la actualidad ya se cuenta con un Código de Consumo. La pena es aún más exigua, privativa de libertad no mayor de un año y noventa a ciento ochenta días-multa, la misma que no genera el efecto de incentivo negativo que sí se genera en el ámbito del procedimiento administrativo sancionador.

2. LA POTESTAD SANCIONADORA

Por la potestad sancionadora, la Administración se encuentra facultada para sancionar a los administrados por la comisión de infracciones establecidas por el ordenamiento jurídico. Es preciso indicar que por primera vez se establece en la Ley del Procedimiento Administrativo General una regulación expresa de la potestad sancionadora, aplicándosele incluso garantías que inicialmente se consideraban propias del derecho penal.

Y es que, no todo acto contrario a las normas debe ser sancionado penalmente, dado el carácter subsidiario de dicha rama del derecho, que opera siempre como *última ratio*, como ya lo hemos explicado. En consecuencia, el ordenamiento debe establecer la posibilidad de la aplicación de sanciones administrativas, que funcionen también como mecanismos de control social, pero de una manera

1723 Para una posición distinta: LAMAS PUCCIO, Luis, "La despenalización del delito de abuso de poder económico", en *Revista Jurídica del Perú*, N.º 89, Lima, 2008, pp. 235 y ss.

que es relativamente más benigna. Las sanciones administrativas no incluyen, por ejemplo, la posibilidad de establecer privación de la libertad de los administrados, facultad que sí se encuentra presente en las sanciones penales.

2.1. Regulación de la potestad sancionadora

La regulación de la potestad sancionadora, y por ende, del procedimiento sancionador, resultaba ser una novedad en el ordenamiento peruano, caracterizado por la inexistencia, hasta la emisión de la Ley de Procedimiento Administrativo General, de una norma o conjunto de normas que regularan los principios y regulaciones aplicables al procedimiento sancionador en una órbita genérica[1724].

Ahora bien, el Decreto Legislativo N.º 1029 —al cual hemos aludido repetidamente en el presente trabajo— ha modificado sustancialmente diversos aspectos del procedimiento sancionador. En primer lugar, la norma materia de comentario modifica el artículo 229º de la Ley N.º 27444, estableciendo que las disposiciones de la misma en materia de procedimiento administrativo sancionador se aplican supletoriamente a los procedimientos establecidos en leyes especiales, las mismas que deberán observar los principios de la potestad sancionadora establecidos en la Ley, así como la estructura y las garantías previstas para el referido procedimiento.

El Decreto Legislativo establece en consecuencia que dichos procedimientos especiales no podrán imponer condiciones menos favorables a los administrados que las que se establecen en la Ley del Procedimiento Administrativo General. Esto es una novedad de esta norma y permite otorgarle una mayor predictibilidad a los procedimientos sancionadores especiales.

Los procedimientos administrativos sancionadores establecidos en leyes especiales entonces deben guardar coherencia con lo preceptuado por la Ley N.º 27444 a fin no solo de que exista uniformidad en el tratamiento de los referidos procedimientos, sino además de que el procedimiento sancionador revista las garantías necesarias para que su resultado sea justo, considerando que el mismo constituye actos de gravamen respecto al administrado.

De hecho, existen procedimientos sancionadores que vulneran dichos principios, teniendo en cuenta que, si bien ellos se encuentran consignados en la Ley del Procedimiento Administrativo General, son enunciados que se deducen a su vez de derechos y principios consagrados constitucionalmente, en especial del debido proceso en sede administrativa.

2.2. Las prerrogativas sancionadoras como potestad

Como ya hemos señalado anteriormente en este manual, entendemos como potestad aquella situación de poder atribuida por el ordenamiento jurídico previo

1724 DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge, "Notas acerca de la potestad sancionadora de la Administración Pública", en *Ius et Veritas*, N.º 10, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1995, p. 151.

—en particular, por la ley—, que habilita a su titular para imponer conductas a terceros[1725], con la posibilidad de que el sujeto pasivo de deba soportar las consecuencias de dicho poder, que podrían no ser ventajosas[1726]. Dicho sujeto pasivo posee entonces una relación de sujeción respecto a la entidad en cuestión. En el caso específico de la potestad sancionadora, las consecuencias del poder son eminentemente gravosas y la relación de sujeción se aplica de manera uniforme a todos los administrados en un ámbito determinado.

A diferencia de ciertos casos en el derecho comparado, como el español[1727], la Constitución Peruana no establece la existencia de facultades sancionadoras a favor de la Administración, cosa que la norma constitucional sí hace con la facultad punitiva propia del Derecho Penal. Ello no obsta para afirmar la existencia de las prerrogativas antes mencionadas, toda vez que las mismas provienen de la autotutela administrativa[1728], la misma que hoy en día no se discute, por lo menos en nuestra tradición administrativa[1729].

Ahora bien, una vez que hemos justificado la existencia de facultades sancionadoras en favor de la Administración, resulta evidente la necesidad de que dichas facultades se encuentren claramente reguladas, a fin de que se reduzcan al mínimo las posibilidades de un ejercicio discrecional por parte de la Administración, en clara defensa de los derechos del administrado; finalidad que también le corresponde a la administración, conforme al artículo III del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General[1730].

Por otro lado, el procedimiento administrativo sancionador, en sí mismo, opera premunido de un conjunto de garantías aplicables al administrado, las mismas que permiten que el procedimiento sea tramitado de manera adecuada, tutelándose adecuadamente los derechos fundamentales del particular, asegurando que la calificación de la infracción y la determinación de la posterior sanción sean ambas realizadas sobre base real y objetiva.

1725 SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de derecho administrativo*, cit., p. 394.

1726 GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, cit., T. II, p. 31.

1727 GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, cit., T. II, p. 161; GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de procedimiento administrativo*, cit., p. 455.

1728 DANÓS ORDÓÑEZ, "Notas acerca de la potestad sancionadora de la Administración Pública", cit., p. 150.

1729 No obstante ello, la autotutela administrativa resulta sumamente discutible en el ámbito del derecho administrativo anglosajón. Sobre el particular: VÉLEZ GARCÍA, Jorge, *Los dos sistemas de derecho administrativo*, Institución Universitaria Sergio Arboleda, Santa Fe de Bogotá 1996, p. 323.

1730 **Artículo III.- Finalidad**

La presente Ley tiene por finalidad establecer el régimen jurídico aplicable para que la actuación de la Administración Pública sirva a la protección del interés general, garantizando los derechos e intereses de los administrados y con sujeción al ordenamiento constitucional y jurídico en general.

2.2. Compatibilidad de la sanción administrativa con otras consideraciones reparadoras. Las medidas correctivas

Las sanciones administrativas que se impongan al administrado son compatibles con la exigencia de la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado anterior, así como con la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, siendo que estos últimos serán determinados en el proceso judicial correspondiente[1731].

En primer lugar, la medida correctiva pretende corregir la situación generada como resultado de la infracción administrativa, reponiéndola a su estado anterior[1732]. Cuando un administrado abre un local comercial sin licencia de funcionamiento el cierre del local ordenado por la autoridad municipal constituye una medida correctiva, mientras que la multa constituye la sanción administrativa resultante de la infracción.

De hecho, varios ordenamientos sancionadores no han cumplido un papel efectivo en el incentivo negativo de comportamientos lesivos en tanto no han tenido en cuenta esta distinción, tratando medidas correctivas como si fueran sanciones administrativas, evitando la aplicación de una de ellas a fin de evitar la vulneración al principio del *non bis in ídem*.

Ello ha ocurrido en especial en el ámbito municipal y en ciertos ámbitos sectoriales, como por ejemplo en el caso de los casinos de juego y máquinas tragamonedas. En este último caso, la redacción actual de la norma, a diferencia de la redacción original, distingue con claridad las sanciones a imponer de las medidas correctivas aplicables lo cual evidentemente permite ejercer la actividad sancionadora con una mayor eficiencia. Fundamentalmente es preciso distinguir entre el cierre de un local y la multa administrativa. En general, por su naturaleza, un cierre temporal o una clausura del establecimiento configuran medidas correctivas y no sanciones.

A ello debemos agregar que las atribuciones otorgadas a favor de la autoridad administrativa a fin de que la misma pueda emplear medidas correctivas pueden ser muy variables. La mayor intensidad la podemos encontrar en el ámbito del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, en donde es posible emitir medidas correctivas que incluyan la obligación del responsable del daño a restaurar, rehabilitar o reparar la situación alterada, según corresponda, y si ello no es factible, dichas medidas correctivas pueden implicar la obligación de compensar la situación alterada en términos ambientales y/o económicos[1733].

Asimismo, debemos precisar que los mecanismos de ejecución forzosa no poseen naturaleza sancionadora sino más bien coercitiva, como podrían ser

1731 Artículo 232º inciso 232.1 de la Ley N.º 27444.

1732 MORÓN URBINA, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., p. 676.

1733 Artículo 22º de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental.

las multas coercitivas o la ejecución coactiva. Los mismos pretenden entonces corregir la situación de hecho existente, a fin de reponer las cosas al estado anterior al de la comisión de la infracción, en el caso de la medida correctiva, o procurar el cumplimiento de la sanción administrativa.

Finalmente, debemos dejar en claro que la indemnización a favor de la entidad administrativa tiene naturaleza resarcitoria o reparadora, mas no punitiva ni sancionadora. En este caso, entonces, el principio de *non bis in idem* no resulta ser un obstáculo para la aplicación de los mecanismos resarcitorios a los que hacemos referencia. Sin embargo, al Administración Pública no podrá determinar de manera unilateral los daños y perjuicios irrogados, así como la indemnización que corresponda, la misma que deberá ser determinada por el Juez.

2.3. Solidaridad

La Ley de Procedimiento Administrativo General establece el principio de solidaridad sancionadora. Ello implica que, cuando el cumplimiento de las obligaciones previstas en una disposición legal corresponda a varias personas conjuntamente, las mismas responderán en forma solidaria de las infracciones que, en su caso, se cometan, y de las sanciones que se impongan[1734], infracciones derivadas evidentemente del incumplimiento de dichas obligaciones.

Ahora bien, resulta complejo asignar solidaridad a las sanciones administrativas, en particular porque las mismas están pensadas para desincentivar conductas dañosas. Además, obliga a cada uno de los obligados a percatarse del cumplimiento de las obligaciones de los demás, lo cual no siempre es posible. Finalmente, no siempre las sanciones administrativas son de naturaleza pecuniaria, lo cual limita seriamente la aplicación del principio de solidaridad antes citado.

3. LOS PRINCIPIOS DE LA POTESTAD SANCIONADORA

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida por los siguientes principios especiales señalados en la Ley, sin perjuicio de aquellos que resultan aplicables al Procedimiento Administrativo General[1735], por lo cual debemos tomar este catálogo como meramente enumerativo:

1. Legalidad
2. Debido procedimiento
3. Razonabilidad
4. Tipicidad
5. Irretroactividad
6. Concurso de Infracciones
7. Continuación de Infracciones

1734 Artículo 232º inciso 232.2 de la Ley N.º 27444.
1735 Artículo 230º de la Ley N.º 27444.

8. Causalidad
9. Presunción de licitud
10. *Non bis in idem*

Los principios citados por la Ley en este ámbito tienen gran similitud con los que provienen del Derecho Penal. De hecho, varios de ellos han tenido un amplio desarrollo en dicha rama del Derecho. Sin embargo, los principios que describimos a continuación provienen más bien de las normas constitucionales aplicadas al procedimiento administrativo sancionador, así como de los principios del Derecho Administrativo enfocados en la protección del particular. En consecuencia, la interpretación de los citados preceptos proviene del derecho administrativo, mas no del derecho penal[1736].

3.1. Principio de legalidad[1737]

Derivado del principio de legalidad administrativa en su acepción más amplia —mas no del principio de legalidad penal, que en realidad se enuncia de manera distinta—, el principio de legalidad en el ámbito del derecho administrativo sancionador implica que solo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades administrativas la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado[1738], potestad sancionadora que en ningún caso habilitará a disponer la privación de libertad, facultad que compete únicamente al Juez y en el contexto de la tramitación de un proceso penal.

El principio de legalidad implica, en primer lugar, que la Administración se sujeta a la totalidad del ordenamiento jurídico y en especial, a la Ley. En este orden de ideas, el principio de legalidad es siempre una garantía de la existencia del Estado de Derecho, constituyendo uno de los pilares del mismo. Pero, en el ámbito del procedimiento administrativo sancionador dicha garantía es especialmente intensa, puesto que se hace referencia de manera directa al rango de ley de la norma que asigna la potestad sancionadora.

En segundo lugar, la Administración Pública, a diferencia de los particulares, no goza de la llamada libertad negativa, consagrada en la norma constitucional (nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido a hacer lo que esta no prohíbe) o *principio de no coacción*, dado que solo puede hacer aquello para lo cual está facultada en forma expresa. La discrecionalidad administrativa, como resultado, ha reducido sustancialmente su existencia, lo cual es consistente con la moderna teoría administrativa, máxime si las facultades otorgadas generan limitaciones a los derechos de los administrados.

La disposición que se está comentando implica además que la Administración no puede asignarse potestad sancionadora, siendo en este caso la reserva

1736 MORÓN URBINA, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., p. 511.

1737 Artículo 230º inciso 1 de la Ley N.º 27444.

1738 Artículo 230º inc. 1 de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

de Ley un concepto absoluto[1739]. De hecho, todo acto de gravamen, por limitar derechos fundamentales, debe estar autorizado por la Ley. Por otro lado, solo la Ley puede determinar las sanciones que la Administración puede aplicar, sin que la entidad pueda asignarse las mismas a través de reglamentos o de actos administrativos.

Como veremos más adelante, la ley señala además —en concordancia con el principio que venimos describiendo— que el ejercicio de la potestad sancionadora corresponde a las autoridades administrativas a quienes les hayan sido expresamente atribuidas por disposición legal o reglamentaria, sin que pueda asumirla o delegarse en órgano distinto[1740]. Esta garantía se deduce claramente del principio de debido proceso administrativo —como veremos más adelante— al impedirse que se modifique la competencia predeterminada por la Ley, en una suerte de derecho a la autoridad competente predeterminada por la Ley.

Ello explica además porque, si bien es cierto los titulares de los órganos administrativos pueden delegar mediante comunicación escrita la firma de actos y decisiones de su competencia en sus inmediatos subalternos, o a los titulares de los órganos o unidades administrativas que de ellos dependan, ello no es posible en caso de resoluciones de procedimientos sancionadores.

3.1.1. Competencia respecto a la potestad sancionadora

La ley señala —en concordancia con el principio de legalidad— que el ejercicio de la potestad sancionadora corresponde a las autoridades administrativas a quienes les hayan sido expresamente atribuidas por disposición legal o reglamentaria, sin que pueda asumirla o delegarse en órgano distinto[1741]. Es necesario señalar, como lo hemos hecho reiteradamente, que permitir la atribución de facultades sancionadoras por vía reglamentaria —posibilidad que esta norma parece haber establecido— podría estar vulnerando el principio de legalidad al cual hemos hecho referencia líneas arriba, con el consiguiente perjuicio en contra del administrado[1742].

Por otro lado, esta norma otorga estabilidad a la competencia administrativa en materia sancionadora, impidiendo por un lado que la potestad sancionadora pueda delegarse —a diferencia de otras facultades de la Administración— o, por otro lado, que un órgano administrativo pueda avocarse al conocimiento

1739 GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, cit., T. II, p. 173.

1740 Art. 231º de la Ley N.º 27444.

1741 Artículo 231º de la Ley N.º 27444.

1742 Parte de la doctrina nacional señala que esta prescripción legal está enfocada más bien en que el reglamento pueda establecer la autoridad que se haría cargo del establecimiento de sanciones al interior de la entidad que goza de potestad sancionadora otorgada por la Ley. Sin embargo, no obstante encontrarnos de acuerdo con esta aseveración, consideramos necesaria la aclaración pertinente en la norma a través de una modificación legal. Sobre el particular: MORÓN URBINA, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., p. 523.

de asuntos cuya competencia en materia sancionadora corresponde a otro órgano. Este principio se deduce claramente del principio de debido proceso administrativo, al impedirse que se modifique la competencia predeterminada por la Ley. El administrado debe conocer a ciencia cierta la autoridad que va a tramitar el procedimiento sancionador que se va a seguir en su contra.

3.2. Principio de debido procedimiento[1743]

El debido procedimiento, en materia sancionadora, implica que las entidades aplicarán sanciones sujetándose al procedimiento establecido respetando las garantías del debido proceso. En este caso, y dado que la resolución que pueda emitirse tendrá un carácter gravoso, este principio debe ser tomado en su acepción más amplia posible, incluyéndose, para algunos, determinados principios del derecho de defensa en el orden penal[1744].

Como lo hemos señalado, definimos debido proceso como el conjunto de garantías indispensables para que un proceso en el cual se va a tomar una decisión pueda ser considerado justo. Ahora bien, el debido proceso, como derecho constitucional, es un derecho complejo, definiéndose como tal aquel derecho cuyo contenido se encuentra conformado a su vez por otros derechos, de naturaleza incompleja. En este orden de ideas, el debido proceso en general contiene en su seno derechos tan importantes como el derecho al procedimiento predeterminado por la Ley, la posibilidad de impugnar la decisión tomada, el derecho de defensa o la motivación de las resoluciones emitidas por la entidad respectiva.

Por otro lado, la doctrina y la jurisprudencia, peruana y universal, reconocen dos modalidades de debido proceso, el adjetivo y el material. El debido proceso adjetivo o procesal —denominado tradicionalmente debido proceso formal— implica el cumplimiento de las formalidades del proceso, formalidades que se encuentran señaladas en la Constitución y desarrolladas en las normas procesales pertinentes, en cada caso concreto.

Asimismo, el debido proceso material implica la emisión de una sentencia ajustada a derecho, es decir, la realización de un proceso justo. Ello implica que se cumplan con criterios mínimos de razonabilidad, de proporcionalidad, de equidad, que permitan vincular el debido proceso, no solo con el cumplimiento de requisitos formales, sino además con la satisfacción de la justicia como valor necesario para obtener la resolución de los conflictos y la paz social[1745].

Ahora bien, la doctrina y la jurisprudencia del país y parte del resto del Mundo están considerando al derecho al debido proceso como un derecho que no solo es aplicable a los órganos jurisdiccionales, sino también a los entes ad-

1743 Artículo 230º inciso 2 de la Ley N.º 27444.

1744 HUAPAYA TAPIA, Ramón, "¿Cuáles son los alcances del derecho al debido procedimiento administrativo en la Ley del Procedimiento Administrativo General?", en *Actualidad Jurídica*, T. 141, Lima, 2005, p. 188.

1745 Sobre el particular: BUSTAMANTE ALARCÓN, "El derecho a una decisión justa como elemento esencial de un proceso Justo", cit., pp. 39 y ss.

ministrativos, e inclusive, a las entidades privadas de naturaleza corporativa. Semejante ampliación tiene su origen en el concepto original del *due process of law* de la doctrina norteamericana el mismo que se encuentra contenido en la V Enmienda a la Constitución Norteamericana[1746]. Dicho concepto no hace distinciones respecto a la naturaleza del proceso al cual resulta aplicable el precepto acotado, razón por la cual el concepto puede aplicarse sin mayores dificultades a procesos judiciales, administrativos, e inclusive, a procesos que se dan en entidades privadas de naturaleza corporativa[1747].

3.3. Principio de razonabilidad[1748]. Las circunstancias que afectan la determinación de la sanción administrativa

La redacción original de la norma preceptuaba que las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción; así como que la determinación de la sanción considere criterios como la existencia o no de intencionalidad, el perjuicio causado, las circunstancias de la comisión de la infracción y la repetición en la comisión de infracción. En este orden de ideas, el principio de razonabilidad en gran medida podría considerarse incluido en la acepción material o sustantiva del debido proceso, al cual hemos hecho mención en el acápite precedente.

Ahora bien, para lo primero la doctrina, así como las jurisprudencia administrativa ha establecido diversos mecanismos para efectuar el cálculo en términos de análisis costo beneficio, lo cual ha dado lugar a diversas fórmulas —expresadas matemáticamente— que se han estado empleando en las entidades públicas. La comparación que puede considerarse más difundida es la que relaciona lo que el administrado ha obtenido al cometer la infracción —que podría considerarse como beneficio ilícito— y la posibilidad de que la infracción pueda ser detectada por la autoridad administrativa, a lo cual hay que agregarle los factores agravantes y atenuantes que vamos a ver más adelante.

3.3.1. Razonabilidad y proporcionalidad

Sin embargo, el Decreto Legislativo N.º 1029 modifica la norma materia de análisis, estableciendo como novedad que las sanciones a ser aplicadas deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, debiendo observarse un conjunto de criterios para efectos de su graduación, como son

1746 "[Ni] podrá obligársele a nadie a testificar contra sí mismo en una causa penal; ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el **debido proceso legal**; ni tampoco podrá tomarse la propiedad privada para uso público sin una justa compensación" (el resaltado es nuestro).

1747 ESPINOSA SALDAÑA B., "Debido proceso en procedimientos administrativos, su viabilidad y las experiencias peruana y mundial sobre el particular", cit., p. 2.

1748 Artículo 230º inciso 3 de la Ley N.º 27444.

la gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido, el perjuicio económico causado, la repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción, las circunstancias de la comisión de la infracción, el beneficio ilegalmente obtenido y la existencia o no de intencionalidad por parte del agente de la infracción.

Lo que ocurre, en primer lugar, es que la Ley del Procedimiento Administrativo General no consignaba expresamente, dentro del principio de razonabilidad, al principio de proporcionalidad, que implica que la sanción que se impute a una infracción dada implique congruencia entre la infracción cometida, los fines a obtener con la sanción y el efecto de la misma[1749]. No obstante que dicho principio era considerado incluido en la norma por parte de la doctrina, se consideró necesario incorporarlo en esta modificación.

En mérito a la proporcionalidad se requiere que el medio empleado para la obtención de dichos fines se encuentre acorde con el mismo, tal que, ante varias posibilidades de limitación, la Administración Pública escoja aquella que sea menos gravosa respecto del derecho fundamental a limitar, siendo necesario, finalmente, que el grado de afectación al derecho se encuentre acorde con el nivel de obtención de la finalidad perseguida con la limitación; concepción esta última que es enteramente consistente con el sustento racional del principio de preferencia por los derechos fundamentales, puesto que permite que el juzgador —que es el que define cuando nos encontramos ante una limitación válida— realice un análisis en términos de costo beneficio para verificar la referida proporcionalidad.

En tal sentido, la jurisprudencia ha establecido con claridad[1750], y de manera reiterada[1751], la necesidad de cumplir con las tres dimensiones de la propor-

1749 GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, cit., T. II, p. 177.

1750 Exp. N.º 2235-2004-AA/TC, Sentencia de fecha 18 de febrero de 2005:

"(...)

Por su parte, el principio de proporcionalidad exige, a su vez, que la medida limitativa satisfaga los subcriterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. El principio de idoneidad comporta que toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo, es decir, que exista una relación de medio a fin entre la medida limitativa y el objetivo constitucionalmente legítimo que se persigue alcanzar con aquél.

A su vez, en el Fund. Jur. N.º 109 de la STC N.º 0050-2004-AI/TC, este Tribunal afirmó que el principio de necesidad impone al legislador adoptar, entre las diversas alternativas existentes para alcanzar el fin perseguido, aquella que resulte menos gravosa para el derecho que se limita. Como tal, presupone la existencia de una diversidad de alternativas, todas aptas para conseguir el mismo fin, debiendo ser la escogida por el legislador aquella que genera menos aflicción sobre el derecho fundamental.

(...)

Asimismo, en la misma STC N.º 0050-2004-AI/TC, este Tribunal destacó que '(...) de acuerdo con el principio de proporcionalidad, strictu sensu, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de esta debe ser, por lo menos, equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental, comparándose dos intensidades o grados: el de la realización del fin de la medida examinada y el de la afectación del derecho fundamental' (Fund. Jur. N.º 109).

(...)".

1751 En especial, la STC N.º 2192-2004-AA/TC.

cionalidad, que se refieren al juicio o principio de idoneidad o adecuación, el principio de necesidad, así como el principio de proporcionalidad en sentido estricto[1752]. El primero de ellos implica que la sanción aplicada sea adecuada a la finalidad perseguida con la sanción, vale decir, que efectivamente el resultado de la misma constituya la satisfacción de dicha finalidad.

Asimismo, el criterio de necesidad refiere —como ya lo hemos indicado líneas arriba— que la sanción sea la menos gravosa posible ante la equivalencia en la obtención del resultado conforme al fin perseguido con la sanción. Finalmente, el criterio de ponderación implica comparar la afectación de los intereses del administrado a través de la sanción impuesta con la intensidad de la satisfacción del fin perseguido, a fin de determinar si dicha afectación se encuentra debidamente justificada.

Y es que, conforme a la Ley del Procedimiento Administrativo General el principio de razonabilidad implica también que las decisiones de la autoridad administrativa, cuando crean obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados —es decir, respecto a los denominados actos de gravamen—, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido[1753].

3.3.2. La graduación de la sanción

Como lo hemos señalado, el Decreto Legislativo N.º 1029 ha incorporado, no solo criterios adicionales para la graduación de la sanción, sino además la existencia de prelación entre ellas. Un primer elemento es la gravedad del daño al interés general y/o bien jurídico protegido. La importancia del mismo radica precisamente en el hecho de que la determinación de una infracción y la sanción que le corresponde se dirige a la protección de un bien jurídico protegido, en el cual se incluye el interés general.

Un segundo elemento a tomar en cuenta es el perjuicio económico causado. La primera cuestión a dilucidar es a quien debe afectar dicho perjuicio, si a la propia administración o a los administrados que puedan verse afectados por la infracción. La segunda es si en efecto dicho criterio puede considerarse como justificante de la determinación de una sanción, incluso por encima de una situación aparentemente tan relevante como la repetición o continuidad de las infracciones cometidas por el administrado.

Un tercer criterio es la repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción, que en buena cuenta son situaciones distintas. La repetición implica la

1752 MORÓN URBINA, Juan Carlos, "El exceso de punición administrativa", en *Actualidad Jurídica*, T. 144, Lima, 2005, p. 158.

1753 Artículo IV, inciso 1, literal 1.4 del Título Preliminar de la Ley N.º 27444.

realización de la misma infracción varias veces. La continuidad, en cambio, se encuentra referida a la comisión de una sola infracción durante un periodo de tiempo determinado, sin que exista solución de continuidad entre un extremo y otro de dicho periodo. Ambas situaciones tienden a incrementar la cuantía de la sanción porque muestran un mayor daño al bien jurídico tutelado por la sanción administrativa.

Las circunstancias de la comisión de la infracción ya se encontraban presentes como criterio en la redacción previa de la norma. Sin embargo, nunca estuvo claro su ámbito de aplicación, siendo un elemento más bien que permitía una importante discrecionalidad en la graduación de la sanción. En dicho orden de ideas, hubiera sido mejor eliminar dicho criterio, a fin de reducir al mínimo el riesgo de decisiones arbitrarias.

Asimismo, el beneficio ilegalmente obtenido es una novedad de la norma materia de análisis y se enfoca en la intensidad de la ventaja conseguida por el administrado al cometer la infracción. No entendemos sin embargo las razones por las cuales este es un supuesto que permite determinar la graduación de la sanción, puesto que el mayor o menor beneficio a favor del administrado no entrañaría una mayor afectación al interés general. De hecho, constituye un supuesto de determinación de la sanción, más que un factor agravante de la misma.

Finalmente, la existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor, que aparecía en primer lugar en la redacción anterior de la norma ahora figura en último lugar en la prelación, cuando constituye un tema medular en la asignación de responsabilidad punitiva. Es más, la ausencia de intencionalidad debería ser más bien un supuesto de atenuación de responsabilidad —a la que aludiremos más adelante— antes que simplemente un criterio de graduación de la sanción.

Sin embargo, esta consideración inicial se enfrenta con una situación específica, que es la relacionada con la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, respecto de las cuales deberá asumirse que su voluntad es la que proviene de sus órganos sociales; al margen de la responsabilidad que pueda imputarse a los integrantes de los mismos[1754].

En todo caso, el rol secundario que juega la intencionalidad del infractor en la determinación de la sanción nos muestra la opción del legislador por un modelo más bien objetivo de responsabilidad administrativa de los particulares, en el cual poco importa el dolo o la culpa como factores de atribución de responsabilidad. A esto nos vamos a referir con detalle más adelante.

1754 Para una opinión distinta: GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, “Garantías frente a la potestad sancionadora de la administración”, en *Temas de Derecho Procesal. Memoria del XIV Congreso Mexicano de Derecho Procesal*, UNAM, México D.F., 1996, p. 754.

3.3.3. Supuesto especial en materia de autorizaciones o licencias

La norma establece, en su artículo 231-A que, cuando el procedimiento sancionador recaiga sobre la carencia de autorización o licencia para la realización de varias conductas individuales que, atendiendo a la naturaleza de los hechos, importen la comisión de una actividad y/o proyecto que las comprendan en forma general, cuya existencia haya sido previamente comunicada a la entidad competente, la sanción no podrá ser impuesta en forma individualizada, sino aplicada en un concepto global atendiendo a los criterios previstos en el inciso 3 del artículo 230º de la Ley N.º 27444.

Este precepto fue incorporado por el Decreto Legislativo N.º 1014, emitido también en el contexto del Acuerdo de Promoción Comercial tantas veces señalado, que tiene por finalidad establecer medidas para fomentar la inversión en servicios públicos y en obras públicas de infraestructura y funciona como parámetro para el ejercicio de la potestad sancionadora de tal manera que la misma no constituya un mecanismo que afecte a la inversión privada.

3.3.4. El caso de las infracciones cometidas en el contexto de obras de infraestructura

El citado Decreto Legislativo N.º 1014, como ya lo hemos señalado, tiene por finalidad establecer medidas para fomentar la inversión en servicios públicos y en obras públicas de infraestructura, teniendo en cuenta el serio déficit de infraestructura existente en el Perú. Para ello, entre otros mecanismos, establece parámetros para el ejercicio de la potestad sancionadora en estas situaciones.

Para estos efectos, la norma preceptúa que en el caso de infracciones administrativas pasibles de multas que tengan como fundamento el incumplimiento de la realización de trámites, obtención de licencias, permisos y autorizaciones u otros procedimientos similares ante autoridades competentes por concepto de instalación de infraestructuras en red para servicios públicos u obras públicas de infraestructura, la cuantía de la sanción a ser impuesta no podrá exceder el uno (1%) de valor de la obra o proyecto, según sea el caso. Asimismo, no podrá exceder el cien por ciento (100%) del monto por concepto de la tasa aplicable por derecho de trámite, de acuerdo a Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) vigente en el momento de ocurrencia de los hechos, en los casos en que no sea aplicable la valoración indicada anteriormente.

Es preciso señalar que dichas multas únicamente pueden ser cobradas en los casos en que los trámites sean exigidos por el ordenamiento vigente, siendo evidente que la generación de procedimientos sancionadores por el incumplimiento de trámites que no son obligatorios constituye una barrera burocrática conforme las normas vigentes; que desincentiva la inversión.

Finalmente, los casos de imposición de multas administrativas por montos que excedan los límites antes señalados, serán conocidos por la Comisión de

Eliminación de Barreras Burocráticas del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, para efectos de determinar si en tales supuestos se han constituido barreras burocráticas ilegales de acceso al mercado, conforme al procedimiento que hemos explicitado en capítulos previos de este manual.

3.3.5. Supuestos atenuantes de responsabilidad

La Ley de Procedimiento Administrativo General contiene supuestos que atenúan la responsabilidad administrativa, incorporados por el Decreto Legislativo N.º 1029. En tal sentido, la norma incorporó el artículo 236º-A al articulado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, estableciendo causales atenuantes de la responsabilidad de los administrados y en consecuencia de la sanción que resulta susceptible de aplicar, más allá de los supuestos de graduación de la sanción antes señalados.

Una primera causal se enfoca en la subsanación del defecto u omisión de manera espontánea antes del inicio del procedimiento; que incentiva a la corrección del bien jurídico afectado, como ocurre en determinados ordenamientos, como por ejemplo el tributario[1755] en el cual se establecen reducciones a las sanciones por determinados supuestos establecidos en el Código Tributario. Claro, una vez iniciado el procedimiento administrativo la imputación debe mantenerse, puesto que el administrado ya tendría conocimiento de los cargos que se le imputan y no existiría mérito alguno en la subsanación voluntaria de la infracción.

En segundo lugar, se incorpora el error inducido por la existencia de una disposición administrativa confusa o ilegal. En este caso más bien se discute si es que no debería existir responsabilidad alguna, puesto que el incumplimiento de la norma se encontraría justificado, sea porque la norma no resulta comprensible, sea porque la norma se encuentra en contraposición con el resto del ordenamiento. En el primer caso, nos encontraríamos ante lo que el derecho penal denomina error de prohibición, puesto que la falta de comprensión de

1755 Código Tributario:

Artículo 179.- Régimen de incentivos.

La sanción de multa aplicable por las infracciones establecidas en los numerales 1, 4 y 5 del artículo 178, se sujetará, al siguiente régimen de incentivos, siempre que el contribuyente cumpla con cancelar la misma con la rebaja correspondiente:

a) Será rebajada en un noventa por ciento (90%) siempre que el deudor tributario cumpla con declarar la deuda tributaria omitida con anterioridad a cualquier notificación o requerimiento de la Administración relativa al tributo o período a regularizar.

b) Si la declaración se realiza con posterioridad a la notificación de un requerimiento de la Administración, pero antes del cumplimiento del plazo otorgado por esta según lo dispuesto en el artículo 75 o en su defecto, de no haberse otorgado dicho plazo, antes de que surta efectos la notificación de la Orden de Pago o Resolución de Determinación, según corresponda, o la Resolución de Multa, la sanción se reducirá en un setenta por ciento (70%).

(...)

la norma impide su cumplimiento; situación que en principio debería eximir de responsabilidad. En el segundo caso es necesario señalar que, en principio, la ilegalidad de una norma no exime su cumplimiento; sin embargo, el administrado puede obtener la inaplicación de la misma, sea en sede administrativa, sea en sede jurisdiccional.

3.4. Principio de tipicidad[1756]

Por el principio de Tipicidad —que se confunde en ocasiones con el principio de legalidad sancionadora, incluso en sentencias del Tribunal Constitucional— solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. En tal sentido, este principio se asemeja a su equivalente a nivel del derecho penal, puesto que establece que solo la Ley puede establecer las infracciones y las sanciones respectivas, sea cual fuese el ámbito jurídico en el cual las mismas se apliquen.

El principio de tipicidad proviene entonces de una doble necesidad. En primer lugar, de los principios generales de libertad, establecidos formalmente en la Constitución y que tienen directa relación con el establecimiento del Estado de Derecho, puesto que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que esta no prohíbe. En segundo lugar, el citado principio tiene un correlato evidente en la seguridad jurídica, puesto que permite que los administrados tengan un conocimiento certero de las consecuencias de los actos que realicen[1757].

Ahora bien, la Ley señala que las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas normas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente. En nuestra opinión, resulta erróneo permitir a la administración discrecionalidad en la determinación de sanciones, dado el nulo control que existiría respecto a dicha actuación, con el consiguiente perjuicio para el administrado.

Además, la Ley de Procedimiento Administrativo General señala, creemos que también erróneamente, la posibilidad de que la ley establezca la posibilidad de tipificar conductas por vía reglamentaria. Ello implica, una excesiva flexibilización del principio que al cual estamos haciendo referencia, que podría resultar perjudicial para los administrados. La posibilidad de que la Administración pueda tipificar conductas permite que la misma se atribuya potestades sancionadoras, sin que ello permita un control de las mismas, sea este control externo o interno[1758].

1756 Artículo 230º inciso 4 de la Ley N.º 27444.

1757 GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, cit., T. II, p. 174.

1758 Sin embargo, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en la sentencia de fecha 16 de abril de 2003, en el Exp. N.º 2050-2002-AA/TC, de la siguiente manera:

Un interesante ejemplo de lo señalado en el párrafo precedente es lo dispuesto por la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, la misma que en su artículo 3º establece que la función normativa de los citados organismos comprende, a su vez, la facultad de tipificar las infracciones por incumplimiento de obligaciones establecidas por normas legales, normas técnicas y aquellas derivadas de los contratos de concesión, bajo su ámbito, así como por el incumplimiento de las disposiciones reguladoras y normativas dictadas por ellos mismos.

Asimismo, la norma señala que los citados entes aprobarán su propia Escala de Sanciones dentro de los límites máximos establecidos mediante decreto supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro del Sector a que pertenece el Organismo Regulador. Es cierto que en esta materia las infracciones son profusas, pero es discutible si ello puede justificar la discrecionalidad otorgada a estas entidades para definirlas por sí mismas, sin que exista la obligación de que ello sea a través de un decreto supremo.

Otro ejemplo se encuentra en el ámbito de la normativa ambiental. La redacción previa del artículo 17º de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (Ley N.º 29325) preceptuaba que mediante decreto supremo refrendado por el Ministro del Ambiente y en vía reglamentaria se tipifican las conductas sancionables administrativamente por infracciones ambientales previstas en la Ley General del Ambiente, y demás normas sobre la materia, que proviene de una reforma a la redacción original de la norma, en la cual se señalaba más bien que las conductas sancionables eran las señaladas en la ley antes citada.

En este ámbito también encontramos una amplia gama de infracciones y la necesidad de proteger derechos fundamentales, pero de la misma manera es preciso analizar con cuidado si se justifica otorgar amplias atribuciones a la autoridad administrativa a fin de que la misma pueda determinar por vía reglamentaria las infracciones en materia ambiental. Sin embargo, es preciso señalar que en este caso no era la entidad que sancionaba la que a su vez tipificaba, lo

---

"(...)

9. No debe identificarse el principio de legalidad con el principio de tipicidad. El primero, garantizado por el ordinal "d" del inciso 24) del artículo 2º de la Constitución, se satisface cuando se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la ley. El segundo, en cambio, constituye la precisa definición de la conducta que la ley considera como falta. Tal precisión de lo considerado como antijurídico desde un punto de vista administrativo, por tanto, no está sujeta a una reserva de ley absoluta, sino que puede ser complementada a través de los reglamentos respectivos, como se infiere del artículo 168º de la Constitución. La ausencia de una reserva de ley absoluta en esta materia, como indica Alejandro Nieto (*Derecho administrativo sancionador*, Tecnos, Madrid, 1994, p. 260), "provoca, no la sustitución de la ley por el reglamento, sino la colaboración del reglamento en las tareas reguladoras, donde actúa con subordinación a la ley y como mero complemento de ella".

(...)".

cual generaría ciertos parámetros para que exista una menor discrecionalidad en dicha tipificación.

Ahora bien, en la actualidad, la Ley N.º 30011 ha modificado la norma antes citada, estableciendo las conductas que constituyen infracciones administrativas, pero señalando además que mediante resolución de Consejo Directivo del OEFA se tipifican las conductas y se aprueba la escala de sanciones aplicables. Si bien la Ley establece los lineamientos para que el OEFA pueda tipificar, en este caso la atribución corresponde a dicha entidad y ya no al Ministerio del Ambiente, con las dificultades que ello pueda entrañar.

3.5. Principio de Irretroactividad[1759]. La retroactividad benigna

Por el principio de irretroactividad son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar. La Ley contempla, sin embargo, la retroactividad benigna, al señalar la aplicación de normas posteriores cuando resulten más favorables al administrado. Esto último, sin embargo, parece ser una contravención a la norma constitucional, que establece que solo existe retroactividad benigna en materia penal y cuando favorece al reo, mas no en términos de derecho administrativo sancionador.

3.5.1. Sustento de la retroactividad benigna

Ahora bien, gran parte de la doctrina administrativa sustenta la retroactividad benigna de las normas sancionadoras en el ámbito administrativo en la identidad sustancial entre infracciones administrativas e ilícitos penales, que en buena cuenta son manifestaciones de *ius puniendi* del Estado[1760]. Es decir, resultaría poco coherente que se establezca la existencia de retroactividad benigna respecto a delitos y la misma no pueda ser aplicada a infracciones administrativas.

Sin embargo hay que tener cuidado con esta afirmación. Primero, porque como ha quedado claro la responsabilidad administrativa y la responsabilidad penal no son equivalentes. Segundo, porque no solo el Estado sanciona, existiendo entes no estatales que desempeñan función administrativa y que gozan de potestad sancionadora, como es el caso de los colegios profesionales.

Además, se señala que las infracciones administrativas en general entrañan menor gravedad que los delitos o faltas que son tipificados en la norma penal[1761]. Sin embargo, como ya se ha visto, no necesariamente la sanción administrativa resulta ser más benigna que la sanción penal por una misma afectación a un

1759 Artículo 230º inciso 5 de la Ley N.º 27444.

1760 VERGARAY BEJAR/GÓMEZ APAC, "La potestad sancionadora y los principios del procedimiento sancionador", cit., pp. 420-421.

1761 DANÓS ORDÓÑEZ, "Notas acerca de la potestad sancionadora de la Administración Pública", cit., p. 154.

bien jurídico, siendo que incluso la sanción administrativa puede resultar más efectiva para desincentivar conductas dañosas que la sanción penal.

Todo lo antes señalado nos lleva al dilema de justificar de otra manera la retroactividad benigna, en particular si, como lo hemos señalado, la misma no se deduce automáticamente de la norma constitucional. Como ya se ha señalado, una diferencia fundamental entre el proceso penal y el procedimiento administrativo sancionador es el mayor costo del primero, puesto que demanda un mayor empleo de recursos, en base a dicha consideración es posible argumentar que, a fin que la Administración Pública pueda funcionar debidamente como un mecanismo de control social la misma requiere de determinadas garantías que limiten la posibilidad de que el administrado deba recurrir al Poder Judicial Aparentemente la retroactividad resulta ser una de ellas.

3.5.2. Alcance de la retroactividad benigna

Finalmente, debe analizarse con cuidado el asunto relativo al alcance de la retroactividad benigna en el derecho administrativo sancionador, puesto que podría entenderse que la misma podría alcanzar a hechos respecto de los cuales ya la Administración se ha pronunciado imponiendo una sanción de manera firme[1762], e incluso a sanciones que ya han sido ejecutadas. Mientras que algunos consideran que la retroactividad benigna llega hasta la ejecución de la sanción, otros afirman que la misma no puede afectar un acto administrativo firme[1763]. En lo que si la doctrina parece estar de acuerdo es que este principio no es aplicable a sanciones ya ejecutadas. Si la multa ya ha sido cobrada, la misma no puede ser recuperada por el administrado aun cuando la infracción haya dejado de serlo. Por otro lado, en un procedimiento en trámite nos encontraríamos más bien ante una sustracción de la materia.

3.6. Principio de concurso de infracciones[1764]

Este principio implica que, cuando una misma conducta califique como más de una infracción se aplicará la sanción prevista para la infracción de mayor gravedad, sin perjuicio que puedan exigirse las demás responsabilidades que establezcan las leyes. Este principio se presenta similar a aquellos establecidos en el ámbito penal respecto a los concursos de delitos, sean estos ideales o reales, distinción que se considera aplicable también al procedimiento administrativo sancionador.

1762 Sobre el particular: PEDRESCHI GARCES, Willy, "Análisis sobre la potestad sancionadora de la administración pública y el procedimiento administrativo sancionador", en AA.VV., *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Ley N.º 27444*, ARA, Lima, 2003, pp. 536-537.

1763 MORÓN URBINA, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., p. 662.

1764 Artículo 230º inciso 6 de la Ley N.º 27444.

Un concurso ideal de infracciones es aquel en el cual un mismo hecho afecta varios bienes jurídicos; mientras que el concurso real de infracciones ocurre cuando ocurren varias acciones simultáneas que afectan a determinados bienes jurídicos. En este orden de ideas, resulta evidente que este principio se aplica al concurso ideal de infracciones, puesto que en el caso de un concurso real cada hecho deberá ser sancionado como resultado de la infracción generada[1765].

3.6.1. Sustento de este principio

Esta previsión legal, en primer lugar, impide que se establezcan varias sanciones distintas para una misma conducta en el ámbito de un mismo procedimiento administrativo, con lo cual debemos distinguirlo claramente del *non bis in ídem*. El concurso de infracciones implica distinguir entre infracciones provenientes de un mismo procedimiento administrativo, y afectadas por un mismo régimen[1766], caso contrario nada obsta para que las infracciones se sancionen de manera autónoma, siempre que no se genere la triple identidad.

En segundo lugar, debemos precisar que cuando se haga referencia a las responsabilidades adicionales, debe entenderse son aquellas que no tienen naturaleza sancionadora, sino más bien reparatoria, como puede ser la responsabilidad civil. En el caso de la responsabilidad penal la misma será exigida siempre que no exista la triple identidad propia del *non bis in ídem*.

3.6.2. Dificultades de la aplicación de este principio

Este principio ofrece ciertas dificultades. En primer lugar, puede resultar complicado definir cuál resultaría ser la infracción de mayor gravedad, no obstante que la sanción puede resultar un adecuado parámetro, sin ser el único. En segundo lugar, la norma no establece que ocurre en el supuesto, poco común por cierto, de que la sanción de la infracción supuestamente más grave sea más bien inferior a la que se habría aplicado de haberse preferido la imputación de una infracción distinta. Pareciera que nuevamente nos encontramos ante un principio proveniente del derecho penal que no se está aplicando al procedimiento administrativo sancionador con los ajustes requeridos.

3.7. Principio de continuación de infracciones

Este principio —que a primera vista parece más bien una técnica a emplear en el procedimiento administrativo— tiene por finalidad impedir la iniciación de nuevos procedimientos sancionadores cada vez que el particular cometa una infracción que forma parte de un conjunto de infracciones íntimamente

1765 VERGARAY BEJAR/GÓMEZ APAC, "La potestad sancionadora y los principios del procedimiento sancionador", cit., p. 423.

1766 MORÓN URBINA, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., p. 662.

relacionadas entre sí[1767], así como para aplicar el supuesto de continuidad a fin de graduar la sanción administrativa.

En este orden de ideas, para imponer sanciones por infracciones en las que el administrado incurra en forma continua, se requiere que hayan transcurrido por lo menos treinta (30) días desde la fecha de la imposición de la última sanción y que la entidad acredite haber solicitado al administrado que demuestre haber cesado la infracción dentro de dicho plazo. Que no se generen estos requerimientos no obsta para que se haga efectivo mecanismos de ejecución forzosa contra el administrado que no cumple con la medida correctiva respectiva, que es el cese de la actividad ilícita, mecanismos que pueden incluir la multa coercitiva como es el caso de los organismos reguladores o el Indecopi.

Ahora bien, el Decreto Legislativo N.º 1029 ha regulado con una mayor amplitud este principio, estableciendo que no se podría imputar continuación de infracciones —bajo sanción de nulidad— en determinados casos. La redacción original de la Ley N.º 27444 no establecía excepciones a la continuidad de infracciones, sino tan solo supuestos de pertinencia de la misma. Esta continuidad es medular para determinar la graduación de la sanción, como ya lo hemos visto.

En primer lugar, no es posible imputar continuidad de infracciones cuando se encuentre en trámite un recurso administrativo interpuesto dentro del plazo, lo cual tiene sentido en tanto la sanción administrativa no se ejecuta mientras no se haya agotado la vía administrativa[1768], lo cual constituye una importante excepción al principio de ejecutoriedad del acto administrativo; por el cual los actos administrativos se ejecutan por la propia entidad, aun en contra de la voluntad del administrado.

En segundo lugar, la norma establece que tampoco procede imputar continuidad de infracciones cuando el recurso interpuesto no hubiera recaído en un acto administrativo firme, puesto que contra este último no cabe recurso alguno. Si bien esta es una causal distinta, parece relacionada íntimamente con la anterior, puesto que evidentemente cuando el acto administrativo que ordene la sanción se encuentre firme el mismo podrá ser ejecutado, procediéndose a imponer la sanción.

Finalmente, no resulta aplicable el supuesto de continuación de infracciones cuando la conducta en cuestión haya perdido el carácter de infracción admi-

1767 VERGARAY BEJAR/GÓMEZ APAC, "La potestad sancionadora y los principios del procedimiento sancionador", cit., p. 424.

1768 Ley N.º 27444:

Artículo 237.- Resolución

(...)

237.2 La resolución será ejecutiva cuando ponga fin a la vía administrativa. La administración podrá adoptar las medidas cautelares precisas para garantizar su eficacia, en tanto no sea ejecutiva.

(...)

nistrativa, sin perjuicio de lo relativo a la irretroactividad establecida en el inciso 5 del artículo 230º de la Ley N.º 27444, la misma que prescribe la retroactividad benigna en materia sancionadora. En estos casos resulta claro que no es posible imponer sanción alguna, puesto que el ordenamiento jurídico ya no considera que la acción realizada por el administrado sea susceptible de generar responsabilidad.

3.8. Principio de causalidad[1769]. La responsabilidad objetiva del administrado

En el derecho administrativo sancionador —y en el derecho sancionador en general— la responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable. Ahora bien, al igual que en el derecho penal y la responsabilidad civil el criterio de causalidad a aplicar es el de la denominada causalidad adecuada. En este sentido, cuando hacemos mención a la causalidad adecuada, nos referimos a la que implica que únicamente cabe responsabilidad de infracciones generadas por hechos que normalmente causan dichas conductas legalmente tipificadas.

3.8.1. Características

Esta definición de causalidad elimina criterios ya superados como los de la causa *sine qua non* o de la denominada causa próxima. La primera implica aquella causa sin la cual la infracción no hubiese ocurrido. Por ejemplo, si el administrado no hubiera adquirido el auto el mismo no habría cometido la infracción de tránsito. Pero claro, es evidente que no toda adquisición de un auto genera la comisión de una infracción de tránsito.

La segunda implica aquella causa más cercana a la infracción administrativa cometida, que implicaría por ejemplo suponer como causa de la infracción cometida por el proveedor de un bien defectuoso en materia de protección al consumidor a la venta realizada por el empleado de la tienda[1770]. Es preciso señalar que en los casos de protección al consumidor resulta evidente que nos encontramos ante responsabilidad objetiva del proveedor, a lo cual nos vamos a referir más adelante.

Pero por otro lado, el principio de causalidad implica que la responsabilidad administrativa es personal, siendo imposible que un administrado sea sancionado por un hecho cometido por otro administrado, salvo que la ley autorice expresamente figuras como la solidaridad, por la cual la responsabilidad puede

1769 Artículo 230º inciso 8 de la Ley N.º 27444.

1770 KOSSUTH WIELAND, Alfred, "Algunas consideraciones acerca de la responsabilidad por productos defectuosos a la luz de la Ley de Protección al Consumidor", en *Revista Jurídica del Perú*, N.º 26, Trujillo, 2001, pp. 176-177.

ser exigida a cualesquiera de los administrados, o a todos a la vez, como lo describe la Ley N.º 27444.

Es preciso que este extremo del principio de causalidad se tenga particularmente claro, puesto que muchas veces se confunde con el concepto de culpabilidad, que como veremos a continuación no es aplicable al procedimiento administrativo sancionador, por lo menos no como se define en la doctrina y la jurisprudencia.

3.8.2. Responsabilidad objetiva y responsabilidad subjetiva

En este orden de ideas, y de manera similar a lo que ocurre respecto a la responsabilidad patrimonial imputable a la Administración, que es objetiva; la responsabilidad administrativa del administrado es también objetiva, razón por la cual basta la relación causal entre la infracción y la actuación de aquel para imputar la misma, sin que sea necesario analizar factor de atribución alguno.

Esta consideración elimina entonces el principio de culpabilidad, tan empleado por la doctrina en materia administrativa sancionadora[1771] —así como en la jurisprudencia comparada, en particular la española—, que implica que la responsabilidad administrativa se imputa ante la existencia de dolo o de culpa. Lo que ocurre es que dicho principio en realidad carece de sustento en el ámbito de las infracciones administrativas, como lo vamos a demostrar a continuación.

En primer lugar, el evidente rol secundario que juega la intencionalidad del infractor en la determinación de la sanción en lo que concierne al principio de razonabilidad —luego de la reforma proveniente del Decreto Legislativo N.º 1029— nos muestra la opción del legislador peruano por un modelo objetivo de responsabilidad administrativa de los particulares, en el cual no importa el dolo o la culpa como factores de atribución de responsabilidad.

Pero sobre todo es evidente que el dolo y la culpa son irrelevantes para determinar la comisión de una infracción administrativa. Inicialmente, porque el solo hecho de cometer la misma implica la violación al deber de cuidado, con lo cual resulta innecesario evaluar la existencia de dolo o culpa[1772]. En otras palabras, podríamos afirmar que, por lo menos la culpa, se presume en el ámbito de la responsabilidad del administrado.

Asimismo, es por completo imposible que el administrado pueda acreditar que ha actuado con la diligencia requerida al cometer una infracción administrativa. Si una persona abrió su local comercial sin licencia no es posible que se exonere de responsabilidad demostrando haber actuado con la diligencia requerida. Lo mismo ocurre en supuestos de protección al consumidor, como

1771 NIETO, Alejandro, *Derecho administrativo sancionador*, Tecnos, Madrid, 2005, pp. 383 y ss.

1772 Para una visión distinta: FUENTES BARDAJI, Joaquín de (Dir.), *Manual de derecho administrativo sancionador*, Thomson-Aranzadi, Madrid, 2005, T. 1, pp. 176 y ss.

lo hemos evidenciado líneas arriba, en los cuales incluso se hacer referencia claramente a los supuestos de fractura del nexo causal.

Finalmente, el concepto de culpabilidad debe ser descartado a fin de permitir la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, la misma que hoy en día resulta ser por completo indiscutible. Si admitiéramos la necesidad de acreditar el dolo o la culpa para efectos de la responsabilidad administrativa sería imposible que una persona jurídica pueda ser sancionada, puesto que la actuación dolosa o culposa solo podría atribuirse a sus representantes. Es por ello que se considera que no resulta posible imputar responsabilidad penal a las personas jurídicas[1773].

Resulta entonces perfectamente posible que una persona jurídica sea sancionada por una infracción administrativa y que su representante legal sea denunciado penalmente por el mismo hecho sin que se vea afectado el principio de "*non bis in ídem*" toda vez que si bien existe identidad de hecho y hasta de fundamento, no existe identidad de sujeto. Ello ocurre por ejemplo en materia ambiental. Y es sumamente discutible, por decir lo menos, afirmar que la persona jurídica incurre en culpa a través de la persona natural que la dirige[1774], como lo señala algún sector de la doctrina[1775].

3.8.3. El criterio del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional, para variar, ha empleado este principio de manera equivocada en su jurisprudencia, confundiéndolo con el supuesto principio de culpabilidad. El Tribunal señala que "*un límite a la potestad sancionatoria del Estado está representado por el principio de culpabilidad. Desde este punto de vista, la sanción, penal o disciplinaria, solo puede sustentarse en la comprobación de responsabilidad subjetiva del agente infractor de un bien jurídico. En ese sentido, no es constitucionalmente aceptable que una persona sea sancionada por un acto o una omisión de un deber jurídico que no le sea imputable*"[1776].

En primer lugar, el contexto de esta afirmación del Tribunal en enfoca en la responsabilidad penal así como en la responsabilidad administrativa funcional —en este caso del personal policial—, no en la responsabilidad administrativa propiamente dicha, cuya naturaleza como bien sabemos es diferente. Para empezar el proceso penal y el procedimiento administrativo sancionador poseen una naturaleza distinta, no obstante la existencia de determinados principios comunes. Asimismo, el procedimiento disciplinario no es un procedimiento administrativo puesto que no concluye en un acto administrativo sino más bien en un acto de administración interna.

1773 Sobre el particular: NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, cit., pp. 440 y ss.

1774 GONZÁLEZ PÉREZ, "Garantías frente a la potestad sancionadora de la administración", cit., p. 753.

1775 FUENTES BARDAJI, *Manual de derecho administrativo sancionador*, cit., p. 203.

1776 STC N.º 2868-2004-AA-TC, de fecha 24 de noviembre de 2004, considerando 21.

Pero además lo que el Tribunal denomina erróneamente principio de culpabilidad es precisamente el principio que venimos tratando, que es el de causalidad, puesto que este es precisamente el que impide que una persona sea sancionada por una infracción que no ha cometido[1777]. Como ya lo hemos señalado, en materia del derecho administrativo sancionador el concepto de culpabilidad —que además es erróneo— posee una definición distinta que la que se emplea en el derecho penal.

3.8.4. Fractura o ruptura del nexo causal

Dada la naturaleza objetiva de la responsabilidad administrativa del administrado, la única forma a través de la cual dicho administrado podría eximirse de responsabilidad estriba en acreditar una fractura en el nexo causal. Es decir, demostrar que existe la posibilidad de demostrar que, no obstante la generación de la infracción, esta no fue originado por el comportamiento del administrado.

El caso más conocido de fractura de nexo causal y el que nos viene primero a la memoria es el caso fortuito. Conocido inicialmente como "acto de Dios", el caso fortuito implica un hecho extraordinario, imprevisible e irresistible, proveniente de la naturaleza[1778]. El hecho es extraordinario, puesto que no constituye un riesgo propio de la actividad que está efectuando el administrado. Se ha discutido mucho respecto de la justificación de la imprevisibilidad como elemento de la causal, pero consideramos que la misma es de particular relevancia toda vez que si la causal hubiese sido prevista la misma no podría eximir de responsabilidad, puesto que el administrado habría podido evitarla. Por otro lado, el hecho es irresistible puesto que al administrado le ha resultado imposible actuar de otra manera, siendo considerado este como una persona normal.

Por otro lado, se entiende por fuerza mayor —conocida tradicionalmente como "acto del Príncipe"— a aquella causa no imputable, consistente en un evento extraordinario e irresistible, generado por una autoridad que goza de un poder otorgado por el Estado. Es decir, la fuerza mayor no requiere el elemento de imprevisibilidad, puesto que basta con que el mismo, de haberse podido prever, fuera inevitable[1779]. La infracción ocurrió entonces como resultado de cualquier actuación administrativa o estatal que haya impulsado la comisión de aquella. Es preciso señalar además que ambas causales a menudo se han confundido —incluso en la normativa civil[1780]—, siendo eminentemente distintas, por lo menos en el ámbito del derecho administrativo.

1777 Para una opinión distinta: VERGARAY BEJAR/GÓMEZ APAC, "La potestad sancionadora y los principios del procedimiento sancionador", cit., p. 428.

1778 Sobre el particular: TRAZEGNIES GRANDA, *La responsabilidad extracontractual*, cit., T. I, p. 304.

1779 FUENTES BARDAJI, *Manual de derecho administrativo sancionador*, cit., pp. 186-187.

1780 Código Civil:
Artículo 1315.- Caso fortuito o fuerza mayor
Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraor-

El hecho determinante de tercero es en realidad una situación que impide la responsabilidad administrativa, en líneas generales, dado que otra persona generó la infracción. Lo que ocurre es que la imputación de responsabilidad al administrado implica considerar a este último como agente. Ahora bien, el tercero debe ser siempre un ente o persona distinta a las personas que componen la entidad que aparentemente ha generado el daño.

Finalmente, la actuación de quien sufre el daño —en este caso la autoridad administrativa— inicialmente no parece ser determinante para estos efectos, considerando que además puede confundirse con la fuerza mayor. Siendo objetiva la responsabilidad del administrado aparentemente no parece ser posible emplear la negligencia de la autoridad administrativa como una causal eximente de responsabilidad.

Sin embargo existen comportamientos de la entidad que pueden llevar a error al administrado y que no implican el empleo del poder derivado del ejercicio de la función administrativa, como podría ser por ejemplo la entrega de información verbal de manera errónea. Con lo cual queda claro que los supuestos de error del administrado se resuelven a través del empleo del principio de causalidad y no del supuesto principio de culpabilidad.

3.8.5. El caso del vehículo de emergencia

Un caso muy común que emplean los defensores del principio de culpabilidad —que ya a estas alturas hemos demostrado que no constituye en realidad un principio del procedimiento administrativo sancionador— es el del vehículo de emergencia. Supongamos que nos encontramos frente a un semáforo en rojo en una calle de una sola vía. Y detrás de nuestro auto, una ambulancia, la misma que conforme a las normas de tránsito tiene derecho de paso. Es evidente ante dicha situación que debemos pasarnos la luz roja. Sin embargo, posteriormente nos llega a nuestro domicilio una resolución de multa por la infracción cometida.

Es evidente que no deberíamos ser sancionados en el caso que estamos describiendo. La pregunta es porque. Los defensores del principio de culpabilidad nos dicen que no existe responsabilidad en tanto el administrado actuó con la diligencia requerida, situación en la cual no existiría dolo ni culpa. Esto es erróneo, puesto que el caso se resuelve fácilmente empleando el principio de causalidad, vale decir, identificando el supuesto de fractura del nexo causal que se presenta en este caso. Rápidamente podemos determinar que nos encontramos ante hecho determinante de tercero, en este caso la ambulancia que se encontraba detrás del auto del administrado.

dinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

3.8.6. Casos específicos

En los supuestos de intervención administrativa en la economía la responsabilidad administrativa objetiva resulta evidente. En primer lugar, la responsabilidad proveniente de competencia desleal es objetiva, no siendo necesario determinar la existencia de dolo o culpa para que la misma se configure, bastando únicamente con la determinación de la acción del agente[1781]. Asimismo, no es necesario que se acredite la existencia de un daño evidente al mercado, bastando con el efecto potencial del acto de competencia desleal[1782]. En consecuencia, la responsabilidad en este ámbito es objetiva, dada la necesidad de reprimir la conducta indebida, desincentivando su comisión.

Lo mismo ocurre con la protección al consumidor, donde el proveedor puede liberarse de responsabilidad únicamente si prueba la existencia de alguna de las situaciones de fractura de nexo causal que hemos señalado anteriormente[1783], bastando con determinar la existencia de nexo causal entre el daño ocasionado y la acción del proveedor; en especial en el caso de productos defectuosos[1784].

En materia de contratación administrativa puede efectuarse similar análisis, puesto que en la norma aplicable se establece que la intencionalidad del autor posee un papel en la determinación de la sanción, pero no en la asignación de la responsabilidad administrativa que corresponda.

Por otro lado, en materia ambiental se ha señalado de manera expresa que la responsabilidad es objetiva. Conforme lo establecido por el artículo 18º de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental los administrados son responsables objetivamente por el incumplimiento de obligaciones derivadas de los instrumentos de gestión ambiental, así como de las normas

1781 Artículo 7º del Decreto Legislativo N.º 1044.

1782 KRESALJA R., Baldo, "Comentarios al Decreto Ley N.º 26122 sobre Represión de la Competencia Desleal", en *Derecho*, N.º 47, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1993, p. 33.

1783 Ley N.º 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor:

Artículo 104º.- Responsabilidad administrativa del proveedor

El proveedor es administrativamente responsable por la falta de idoneidad o calidad, el riesgo injustificado o la omisión o defecto de información, o cualquier otra infracción a lo establecido en el presente Código y demás normas complementarias de protección al consumidor, sobre un producto o servicio determinado.

El proveedor es exonerado de responsabilidad administrativa si logra acreditar la existencia de una causa objetiva, justificada y no previsible que configure ruptura del nexo causal por caso fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante de un tercero o de la imprudencia del propio consumidor afectado.

En la prestación de servicios, la autoridad administrativa considera, para analizar la idoneidad del servicio, si la prestación asumida por el proveedor es de medios o de resultado, conforme al artículo 18º.

1784 KOSSUTH WIELAND, "Algunas consideraciones acerca de la responsabilidad por productos defectuosos a la luz de la Ley de Protección al Consumidor", cit., p. 177.

ambientales y de los mandatos o disposiciones emitidas por el OEFA. La recurrente jurisprudencia administrativa en este aspecto corrobora lo antes señalado.

Como resultado de los ejemplos antes señalados, es evidente la tendencia de la norma sectorial a establecer de manera expresa la naturaleza objetiva de la responsabilidad administrativa del administrado a fin de que no exista controversia alguna en los operadores de la norma sancionadora respecto al rol que cumple el dolo o la culpa en la determinación de dicha responsabilidad.

3.9. Principio de presunción de licitud[1785]

Por el principio de presunción de licitud, las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario. Este principio resulta ser equivalente en al ámbito penal a la llamada presunción de inocencia contenida en nuestra Constitución, que sin embargo no debe ser confundida con el principio de *in dubio pro reo*, que posee un origen y naturaleza distintos.

La inmediata consecuencia del principio que venimos señalando es la asignación de la carga de la prueba a la Administración respecto a la demostración de la comisión de la infracción por parte del administrado. La Administración es la que debe probar la comisión de la infracción. Esta, en consecuencia, no se presume, ni siquiera en el supuesto de que el administrado no se presente a presentar sus descargos en el procedimiento iniciado en su contra.

Asimismo, la Administración deberá resolver sobre bases ciertas, sin que puedan basarse en inferencias, sospechas o simples declaraciones aun cuando las mismas provengan de funcionarios públicos[1786]. Evidentemente, si la Administración no logra obtener convicción de la comisión de la infracción una vez realizada la actividad probatoria el administrado no puede ser sancionado.

Ello ocurre porque la carga de la prueba corresponde a quien se encuentra en mejor capacidad para probar un hecho. En la confrontación entre el administrado y la autoridad administrativa ante la posibilidad de que el mismo haya cometido una infracción, resulta más factible que la entidad pruebe la ilicitud de la actuación del administrado que este último pruebe su ausencia de responsabilidad. Sin embargo, como ya lo hemos señalado, corresponde al administrado acreditar la existencia de la fractura del nexo causal.

Este principio justifica, entre otras cuestiones, que la resolución emitida en un procedimiento sancionador no sea ejecutiva hasta que la misma haya agotado la vía administrativa[1787], así como el hecho de que la Administración deba

1785 Artículo 230º inciso 9 de la Ley N.º 27444.

1786 MORÓN URBINA, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., pp. 670-671; GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, cit., T. II, p. 178.

1787 MORÓN URBINA, Juan Carlos, "La suspensión de la cobranza coactiva por la interposición

tener especial cuidado al emitir medidas cautelares en los procedimientos que venimos reseñando, las mismas que deben cumplir con los requisitos legales.

Asimismo, justifica que, en el ámbito del proceso contencioso administrativo, si la actuación administrativa impugnada establece una sanción o una medida correctiva, la carga de probar los hechos que configuran la infracción corresponde a la entidad administrativa. Esta disposición está contenida en el artículo 33º del Texto Único Ordenado de la Ley N.º 27584, que regula el proceso contencioso administrativo y configura; una clara muestra del principio general de la carga de la prueba que ya hemos señalado al hablar de la instrucción del procedimiento, por el cual la misma corresponde a quien se encuentra en mejor capacidad para probar.

3.10. Principio de *non bis in idem*[1788]. La vía preferida

Este principio establece que no se podrá imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento[1789]. Resultaba obvio, en consecuencia, que tampoco pueden imponerse dos o más sanciones administrativas a una misma infracción, tal como lo hemos señalado en acápites anteriores. Asimismo, y cuando la ley se refiere a pena, se debe entender que se está haciendo mención a la sanción de naturaleza penal. Es decir, no cabe el establecimiento simultáneo o sucesivo de varias sanciones administrativas, o estas combinadas con sanciones penales.

Ahora bien, en cuanto a este principio el Decreto Legislativo N.º 1029 modificó este precepto, dejando claro, tal como también lo ha señalado la jurisprudencia de manera reiterada, que el mismo se aplica también ante la coexistencia de sanciones administrativas, salvo en lo relativo a la continuación de infracciones, que no implica en realidad una excepción a dicho principio, sino más bien un supuesto de graduación de la sanción administrativa.

3.10.1. Las vertientes del principio

Por otro lado, el principio que venimos comentando tiene dos vertientes. Una es la vertiente sustantiva, por la cual nadie puede ser sancionado dos veces por un mismo hecho, de tal manera que no pueda recaer sobre un mismo sujeto varios castigos por un mismo hecho, en tanto ello configuraría un abuso del poder sancionador del Estado.

Asimismo, existe una vertiente procesal, por la cual que un mismo hecho no pueda ser objeto de dos procesos distintos o, si se quiere, que se inicien dos procesos con el mismo objeto. Con ello se impide, por un lado, la dualidad de

de la demanda contencioso administrativa", en *Actualidad Jurídica*, T. 142, Lima, 2005, p. 16.

1788 Artículo 230º inciso 10 de la Ley N.º 27444.

1789 DANÓS ORDÓÑEZ, "Notas acerca de la potestad sancionadora de la Administración Pública", cit., p. 155.

procedimientos (por ejemplo, uno de orden administrativo y otro de orden penal) y, por otro, el inicio de un nuevo proceso en cada uno de esos órdenes jurídicos, como podrían ser dos procedimientos administrativos con el mismo objeto[1790].

3.10.2. La vía que debe ser preferida

Ahora bien, el problema en este punto radica en determinar, una vez que se da esta confluencia, que vía procesal es la que deberá ser preferida. La solución pasaría por preferir la vía judicial, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial[1791]; lo cual implica que, si el administrado es condenado o absuelto en sede judicial resultaría imposible el inicio de un procedimiento administrativo sancionador con la finalidad de imponerle gravamen alguno por la comisión de la infracción administrativa. A ello debemos agregarle lo establecido por el Código Procesal Penal[1792], el mismo

1790 Esta ha sido la interpretación del Tribunal Constitucional en la sentencia de fecha 16 de abril de 2003, en el Exp. N.º 2050-2002-AA/TC, antes referida, estableciendo además lo siguiente:

"(...)

19. (...)

El principio del *ne bis in idem* material tiene conexión con los principios de legalidad y proporcionalidad, ya que si la exigencia de *lex praevia* y *lex certa* que impone el artículo 2º, inciso 24, ordinal d), de la Constitución obedece, entre otros motivos, —como lo ha expresado este Tribunal en el Caso Encuestas a Boca de Urna, Exp. N.º 0002-2001-AI/TC, Fund. Jur. N.º. 6)— a la necesidad de garantizar a los ciudadanos un conocimiento anticipado del contenido de la reacción punitiva o sancionadora del Estado ante la eventual comisión de un hecho antijurídico, tal cometido garantista devendría inútil si ese mismo hecho, y por igual fundamento, pudiese ser objeto de una nueva sanción, lo que comportaría una punición desproporcionada de la conducta antijurídica. Por ello, el elemento consistente en la igualdad de fundamento es la clave que define el sentido del principio: no cabe la doble sanción del mismo sujeto por un mismo hecho cuando la punición se fundamenta en un mismo contenido injusto, esto es, en la lesión de en un mismo bien jurídico o un mismo interés protegido.

(...)".

1791 Ley Orgánica del Poder Judicial:

Artículo 4.- Carácter vinculante de las decisiones judiciales. Principios de la administración de justicia

Toda persona y autoridad está obligada a acatar y dar cumplimiento a las decisiones judiciales o de índole administrativa, emanadas de autoridad judicial competente, en sus propios términos, sin poder calificar su contenido o sus fundamentos, restringir sus efectos o interpretar sus alcances, bajo la responsabilidad civil, penal o administrativa que la ley señala.

Ninguna autoridad, cualquiera sea su rango o denominación, fuera de la organización jerárquica del Poder Judicial, puede avocarse al conocimiento de causas pendientes ante el órgano jurisdiccional. No se puede dejar sin efecto resoluciones judiciales con autoridad de cosa juzgada, ni modificar su contenido, ni retardar su ejecución, ni cortar procedimientos en trámite, bajo la responsabilidad política, administrativa, civil y penal que la ley determine en cada caso.

Esta disposición no afecta el derecho de gracia.

1792 Código Procesal Penal, Título Preliminar:

que preceptúa que el ordenamiento penal es preferido sobre el ordenamiento administrativo en el caso en que se genere *non bis in ídem*.

Las razones por las cuales debemos preferir el ordenamiento penal son varias[1793]. En primer término, como ya lo hemos señalado, el ordenamiento penal muestra una evidente mayor imparcialidad, que se nota no solo en el hecho de que exista una parte acusadora autónoma, sino además en el hecho de que el procedimiento administrativo sancionador se inicia por decisión unilateral de la autoridad administrativa, a diferencia del proceso judicial.

Pero además hay otro elemento que debe tomarse en cuenta, que es el hecho de que la Administración Pública se encuentra sometida a diversas modalidades de control, entre ellos, el control jurisdiccional. Es decir, toda decisión de la administración pública es susceptible de ser revisada judicialmente, en especial a través del proceso contencioso administrativo.

3.10.3. El principio de subsidiaridad penal

En este razonamiento cumple un rol medular un principio penal de especial importancia al cual ya hemos aludido, que es el principio de subsidiaridad penal. Este principio parece entrar en contradicción con el principio de preferencia por la función jurisdiccional que hemos descrito en el acápite precedente, porque si el derecho penal se emplea a falta de otros mecanismos igualmente idóneos no queda claro porque entonces debe preferirse el ordenamiento penal frente al ordenamiento administrativo en supuestos en los cuales se manifieste la triple identidad.

Sin embargo, esta contradicción es meramente aparente. Lo que ocurre es que el principio de subsidiaridad penal se aplica en el ámbito de la tipificación, también conocida como criminalización primaria, es decir, cuando se determinan las conductas consideradas como delitos. Con lo cual este es un principio sustantivo. En cambio, el principio de preferencia por la función jurisdiccional constituye más bien un principio adjetivo, que permite determinar el ordenamiento procesal a emplear en caso se genere *non bis in ídem*.

Artículo III. Interdicción de la persecución penal múltiple.- Nadie podrá ser procesado, ni sancionado más de una vez por un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento. Este principio rige para las sanciones penales y administrativas. El derecho penal tiene preeminencia sobre el derecho administrativo.

La excepción a esta norma es la revisión por la Corte Suprema de la sentencia condenatoria expedida en alguno de los casos en que la acción está indicada taxativamente como procedente en este Código.

1793 CANO CAMPOS, Tomás, "*Non bis in ídem*, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el derecho administrativo sancionador", en *Revista de Administración Pública*, N.º 156, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2001, pp. 214 y ss.

3.10.4. La aplicación del principio en los procedimientos administrativos

La legislación y las normas reglamentarias en el Perú, sin embargo, han vulnerado de manera reiterada en principio que venimos comentando, al establecer sanciones concurrentes aplicables a una misma infracción, en especial en materia de delitos tributarios, normas de protección al consumidor o en el caso de infracciones de tránsito. Sin embargo, en muchos casos la sanción administrativa va acompañada de una medida correctiva, la cual por definición no configura una sanción administrativa, situación en la cual no existe vulneración alguna al principio que venimos describiendo.

Ahora bien, cierto sector de la doctrina considera que el principio de *non bis in ídem* admite excepciones a nivel del procedimiento disciplinario, dada la discutible aplicación del concepto de relación de sujeción especial. Esta última consideración parece ser de aplicación en materia de responsabilidad del personal de la Administración Pública, fundamentalmente por aplicación del principio de autonomía de responsabilidades consignado en el artículo 243º de la Ley N.º 27444[1794].

4. PRESCRIPCIÓN

La facultad de la autoridad para determinar la existencia de infracciones administrativas prescribe en el plazo que establezcan las leyes especiales, sin perjuicio de los plazos para la prescripción de las demás responsabilidades no sancionadoras que la infracción pudiera ameritar[1795]. Ahora bien, en caso de que el plazo de prescripción no se encuentre determinado, la facultad sancionadora prescribirá a los cuatro años computados a partir de la fecha en que se cometió la infracción o desde que cesó, si fuera una acción continuada. La redacción original establecía el plazo de cinco años, antes de la reforma generada por el Decreto Legislativo N.º 1029.

La prescripción tiene su base, por una parte, en concepciones de seguridad jurídica. Ninguna infracción —al igual que ningún delito— puede ser perseguibles por siempre. En tal medida, debe existir un mecanismo idóneo que permita, además, forzar a la Administración a tener la debida diligencia en la sanción de conductas dañosas, puesto que la actividad sancionadora de las entidades posee un correlato evidente a nivel del interés general. Una vez transcurrido el

1794 Ley N.º 27444:

Artículo 243.- Autonomía de responsabilidades

243.1. Las consecuencias civiles, administrativas o penales de la responsabilidad de las autoridades son independientes y se exigen de acuerdo a lo previsto en su respectiva legislación.

243.2. Los procedimientos para la exigencia de la responsabilidad penal o civil no afectan la potestad de las entidades para instruir y decidir sobre la responsabilidad administrativa, salvo disposición judicial expresa en contrario.

1795 Artículo 233º inciso 233.1 de la Ley N.º 27444.

plazo de prescripción sin que se haya emitido sanción alguna el ordenamiento asume que dicha infracción no ha afectado sustancialmente el interés general.

4.1. Interrupción del plazo de prescripción

La redacción original de la norma preceptuaba que el plazo de prescripción solo se interrumpe con la iniciación del procedimiento sancionador, reanudándose el plazo si el expediente se mantuviera paralizado durante más de un mes por causa no imputable al administrado[1796]. Ello implicaba que luego que cesa la interrupción volvía a contarse un nuevo plazo de prescripción. La situación antes precisada genera además la caducidad de las medidas cautelares que se hubieren hecho efectivas.

Sin embargo, el Decreto Legislativo N.º 1029 establece que el cómputo del plazo de prescripción solo se suspende con la iniciación del procedimiento sancionador a través de la notificación del acto de inicio del procedimiento; reanudándose el plazo si el expediente se mantuviera paralizado durante más de veinticinco días hábiles por causa no imputable al administrado.

Ello implica además que el inicio del procedimiento es un supuesto de suspensión, no de interrupción, puesto que el plazo continua corriendo desde el momento en el cual se detuvo; estableciéndose además el plazo de prescripción en días hábiles, uniformizándolo con los plazos establecidos en general por la Ley del Procedimiento Administrativo General.

4.2. Planteamiento de la prescripción[1797]

Los administrados plantean la prescripción por vía de defensa y la autoridad debe resolverla sin más trámite que la constatación de los plazos. Ello implica, en primera instancia, que la entidad no podría concluir de oficio un procedimiento sancionador alegando la prescripción del mismo. Pero, por otro lado, esta indicación entraña el hecho de que es un derecho del administrado, dada la naturaleza eminentemente gravosa de la sanción administrativa, el invocar la prescripción como argumento de defensa.

La norma no establece si la prescripción pueda ser declara de oficio, siendo un tema controvertido[1798]. Razones de interés general podrían justificar ambas posiciones. Ahora bien, desde las posiciones que se esfuerzan por equiparar la responsabilidad penal con la responsabilidad administrativa tendría sentido la declaración de la prescripción de oficio, puesto que el juez, al momento de abrir instrucción debe verificar que el delito no haya prescrito a fin de no activar innecesariamente el funcionamiento del Poder Judicial. Pero ello se justifica en

1796 Artículo 233º inciso 233.2 de la Ley N.º 27444.

1797 Artículo 233º inciso 233.3 de la Ley N.º 27444.

1798 MORÓN URBINA, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., p. 678.

tanto el proceso penal demanda más recursos que el procedimiento administrativo sancionador. Pero claro, lo señalado no quiere decir que el procedimiento administrativo sancionador no sea costoso en sí mismo, teniendo en cuenta la posibilidad de que el mismo sea revisado en un proceso contencioso administrativo, el mismo que es aún más costoso. De hecho, entes como Indecopi consideran que es posible declara la prescripción de oficio, cuando la misma haya sido detectada por la autoridad administrativa.

Ahora bien, si la entidad estima que la prescripción es fundada, debe disponer el inicio de las acciones de responsabilidad para dilucidar las causas de la inacción administrativa. Ello implica determinar los funcionarios o servidores responsables de la falta de sanción respecto a la infracción cometida, puesto que la misma afecta el interés general.

5. ORDENAMIENTO DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

El procedimiento administrativo sancionador tiene una regulación especial, derivada de su condición de mecanismo generador de actos de gravamen, desfavorables para el administrado. Esto implica establecer una batería de garantías procesales a favor del administrado, una mayor rigidez en la imparcialidad y neutralidad establecidas respecto a la autoridad administrativa, establecer mecanismos eficaces para el ejercicio del derecho de defensa, impedir la *reformatio in peius*, así como prescribir la suspensión del efecto de los actos administrativos sancionadores cuando los mismos son impugnados, entre otros mecanismos.

5.1. Caracteres del procedimiento sancionador

Para el ejercicio de la potestad sancionadora se requiere obligatoriamente haber seguido el procedimiento legal o reglamentariamente establecido. Ello implica que no cabe la aplicación de sanción alguna, aun cuando la misma corresponda a una infracción debidamente tipificada, si es que la misma no es resultado de procedimiento establecido en la Ley.

En consecuencia, el procedimiento sancionador está caracterizado por un conjunto de elementos, entendidos como eminentemente garantistas respecto al administrado[1799], los mismos que se justifican por el hecho de que la sanción administrativa implica una afectación gravosa a los derechos e intereses de los administrados, como ya lo hemos señalado de manera reiterada.

5.1.1. Distinción de autoridades. El principio de imparcialidad

La Ley del Procedimiento Administrativo General dispone que es necesario diferenciar en la estructura del procedimiento administrativo sancionador entre

1799 Artículo 234º de la Ley N.º 27444.

la autoridad administrativa que conduce la fase instructora y la que decide la aplicación de la sanción, cuando la organización de la entidad lo permita[1800].

Esta previsión tiene por finalidad asegurar la imparcialidad de ambas autoridades y especializarlas en la labor que realizan. Asimismo, se fortalece la necesaria neutralidad que es requisito de este procedimiento, dada su naturaleza[1801]. Es necesario, sin embargo, que este elemento se establezca como una obligación más rígida, que no esté condicionada a la organización de la entidad en cuestión.

Por otro lado, el principio de imparcialidad resulta discutible en el ámbito del procedimiento administrativo sancionador. De hecho, como ya hemos señalado, a diferencia del proceso penal, el procedimiento administrativo sancionador no muestra real imparcialidad puesto que, en general, la autoridad instructora estás sometida a jerarquía respecto a la autoridad decisora[1802]. Un interesante mecanismo de corrección es la completa separación entre autoridades, lo cual sin embargo muestra la limitación de incrementar ampliamente las unidades orgánicas requeridas para ello[1803]. Otro mecanismo se dirige a darle un efecto más relevante a las conclusiones de la fase instructora, puesto que puede afectar e derecho de defensa que la autoridad que resuelve emplee otros elementos de juicio que el administrado desconoce.

Un ejemplo interesante de esta distinción entre autoridades ocurre en determinados procedimientos que se tramitan ante Indecopi. En el caso de los procedimientos en materia de libre competencia, se establece que la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia es el órgano con autonomía técnica que realiza la labor de instructor del procedimiento de investigación y sanción de conductas anticompetitivas y que emite opinión sobre la existencia de la conducta infractora[1804]; mientras que la Comisión declara la existencia de una conducta anticompetitiva e impone la sanción correspondiente. De manera análoga se organiza el procedimiento en los casos de competencia desleal, conforme el Decreto Legislativo N.º 1044.

5.1.2. Considerar que los hechos declarados probados por resoluciones judiciales firmes vinculan a las entidades en sus procedimientos sancionadores

Ello implica que la Administración no podría pronunciarse de manera distinta a lo señalado por el órgano jurisdiccional ante un mismo hecho que implique

1800 GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de procedimiento administrativo*, cit., p. 459.

1801 GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, cit., T. II, p. 468.

1802 TAMAYO YOSHIMOTO, Liliana, "El procedimiento administrativo sancionador", en MARAVÍ SUMAR, Milagros (comp.), *Sobre la Ley del Procedimiento Administrativo General*, UPC, Lima, 2009, p. 449.

1803 SUAY RINCÓN, "La discutible vigencia de los principios de imparcialidad y contradicción en el procedimiento administrativo sancionador", cit., p. 171.

1804 Artículo 15º del Decreto Legislativo N.º 1034.

infracción administrativa. Esta previsión legal acredita, en primer término, la subordinación de la Administración Pública al Poder Judicial, así como el control que realiza el Poder Judicial de la potestad sancionadora de la administración[1805]. Una derivación del principio de preferencia por la función administrativa que hemos analizado cuando hemos tratado el principio del *non bis in ídem*.

En segundo lugar, debe entenderse que lo señalado por el órgano jurisdiccional constituye verdad jurídica. En buena cuenta, no cabe sanción administrativa respecto de un hecho respecto del cual el Poder Judicial ha considerado que no existe responsabilidad alguna por parte del administrado.

5.1.3. Notificación del cargo

Es necesario notificar a los administrados los hechos que se le imputen a título de cargo, así como la calificación de las infracciones que tales hechos pueden construir y la expresión de las sanciones que, en su caso, se le pudiera imponer, así como la autoridad competente para imponer la sanción y la norma que atribuya tal competencia.

Este elemento de procedimiento sancionador permite que el administrado pueda informarse en forma idónea a fin de ejercer adecuadamente su derecho de defensa. La información que la Administración debe proporcionar al administrado se convierte en un derecho esencial del administrado y en una obligación ineludible de aquella.

5.1.4. Descargo

La entidad debe otorgar al administrado un plazo de cinco días para formular sus alegaciones y utilizar los medios de defensa admitidos por el ordenamiento jurídico, aportando pruebas y aduciendo alegaciones, sin que la abstención del ejercicio de este derecho pueda considerarse elemento de juicio en contrario a su situación.

Es este punto es preciso realizar dos aclaraciones puntuales. En primer lugar, el administrado podría presentar el descargo fuera de plazo y la entidad debería tomarlo en cuenta en tanto alegaciones, siempre que la autoridad administrativa no haya resuelto aún. Asimismo, nada impide que el administrado sustente su falta de responsabilidad en la infracción administrativa en el recurso que presente contra el acto administrativo que lo sancione aun cuando no haya presentado descargo; sin perjuicio del cumplimiento del principio de presunción de licitud.

5.2. Reglas del procedimiento sancionador

En la lógica de establecer garantías para el administrado, la norma define un conjunto de reglas para ejercer la potestad sancionadora en el procedimiento

1805 TAMAYO YOSHIMOTO, “El procedimiento administrativo sancionador”, cit., p. 451.

administrativo[1806], las cuales no se oponen al principio de unidad de vista sino que más bien lo complementan.

5.2.1. Inicio del procedimiento sancionador. El principio de oficialidad

El procedimiento sancionador se inicia siempre de oficio por parte de la entidad instructora, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, petición motivada de otros órganos o entidades, o a través de una denuncia[1807]. Esta regla se deriva de la propia naturaleza de procedimiento de oficio inherente al procedimiento sancionador. A su vez, esta previsión legal sustenta la exclusividad de la potestad sancionadora a favor de la Administración Pública, reforzando la estabilidad de la competencia en el citado ámbito.

Sin embargo, existen ciertas distinciones que es preciso advertir. En primer lugar, es evidente que si el inicio proviene de propia iniciativa es la propia autoridad la que decide iniciar el procedimiento al tener conocimiento de la presunta infracción, el mismo que no se produce a través de una denuncia, sino como resultado de la detección de la infracción a través de un procedimiento de fiscalización, por ejemplo. En segundo lugar, si el inicio del procedimiento proviene de una orden superior no existe discrecionalidad, puesto que la autoridad debe dar trámite al procedimiento puesto que se encuentra sometida a jerarquía.

Por otro lado, si ocurre una petición motivada de otros órganos o entidades —respecto de las cuales no existe relación de jerarquía— la autoridad puede dar inicio o no al procedimiento como resultado de la evaluación que realice. Lo mismo ocurre con la denuncia, que por definición es un mecanismo de colaboración del administrado con la Administración y no un medio para ejercer el derecho de petición.

En este último punto es donde la doctrina ha hecho interesantes avances. Bien se sabe que en nuestro ordenamiento el denunciante no es parte del procedimiento administrativo sancionador y en consecuencia no interactúa en el mismo. Se señala que esta previsión podría afectar el principio de oficialidad, puesto que el inicio del procedimiento se somete a la decisión discrecional de la autoridad administrativa. Pero eso es relativo, puesto que incluso la decisión de la autoridad administrativa de no dar trámite a una denuncia debe encontrarse debidamente motivada[1808].

El problema de convertir al denunciante en parte estriba en modificar la naturaleza del procedimiento, puesto que si el denunciante actúa a fin de satisfacer su propio interés, el cual entra en conflicto con el del denunciado[1809], no nos

1806 Artículo 235º de la Ley N.º 27444.

1807 GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de procedimiento administrativo*, cit., p. 462.

1808 TAMAYO YOSHIMOTO, "El procedimiento administrativo sancionador", cit., p. 455.

1809 LOZANO CUTANDA, Blanca, "El principio de oficialidad de la acción sancionadora administrativa y las condiciones necesarias para garantizar su efectividad", en *Revista de Administración Pública*, N.º 161, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2003, pp. 100 y ss.

encontramos ante un procedimiento sancionador, sino ante un procedimiento trilateral. Sobre esto vamos a volver más adelante al hablar sobre los llamados procedimientos mixtos o híbridos.

5.2.2. Actuaciones previas de investigación

Con anterioridad a la iniciación formal del procedimiento se podrán realizar actuaciones previas de investigación, averiguación e inspección con el objeto de determinar con carácter preliminar si concurren circunstancias que justifiquen su iniciación. Dichas actuaciones previas no son en realidad parte del procedimiento sancionador, sino más bien actos de instrucción preventiva, razón por la cual ni interrumpen la prescripción de la facultad sancionadora[1810].

Ahora bien, la realización de las citadas actuaciones debería considerarse obligatoria, a fin de asegurar una protección adecuada al interés y los derechos de los administrados. Ello es aún más plausible si además tomamos en cuenta el hecho de que el acto de iniciación del procedimiento sancionador requiere un análisis previo, como veremos a continuación.

5.2.3. Notificación del acto de cargo o de inicio del procedimiento sancionador

Decidida la iniciación del procedimiento sancionador, la autoridad instructora del procedimiento formula la respectiva notificación de cargo al posible sancionado, la que debe contener los datos a que se refiere el numeral 3 del artículo 234º de la Ley —al que hemos hecho referencia en el acápite precedente— a fin que presente sus descargos por escrito en un plazo que no podrá ser inferior a cinco días hábiles contados a partir de la fecha de notificación.

Es necesario precisar que la decisión de inicio del procedimiento es un acto administrativo, el mismo que se encuentra sujeto a las formalidades comunes, pero además debe fundarse en aquellos hechos que fundamentan la iniciación del procedimiento sancionador. En consecuencia, el acto de inicio de procedimiento es el resultado de un análisis proveniente de un procedimiento cognitivo previo, razón por la cual el conjunto de actuaciones previas establecido por la ley y la doctrina nacional y comparada se nos muestran ineludibles.

5.2.4. Instrucción del procedimiento

Vencido el plazo concedido al administrado para la presentación de sus descargos, y aun si aquel no hubiese cumplido con presentarlos, la autoridad que instruye el procedimiento realizará de oficio todas las actuaciones necesarias para el examen de los hechos, recabando los datos e informaciones que sean

1810 MORÓN URBINA, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., p. 529; GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de procedimiento administrativo*, cit., p. 461.

relevantes para determinar, en su caso, la existencia de responsabilidad susceptible de sanción.

En consecuencia, la ausencia de descargo no perjudica directamente al administrado, dada la oficialidad de la prueba y la presunción de licitud como principios del procedimiento sancionador. La Administración se encuentra obligada a recabar todos los medios probatorios que se consideren pertinentes para acreditar la infracción o la ausencia de esta, sin que la participación del administrado sea indispensable para la emisión de la resolución, no importante el tenor de la misma.

5.2.5. Resolución final

Concluida, de ser el caso, la recolección de pruebas, la autoridad instructora del procedimiento resuelve la imposición de una sanción o la inexistencia de infracción, en el caso de que no exista diferenciación entre autoridad instructora y la que decide, situación que como hemos indicado no es la ideal.

Ahora bien, en el caso de que la estructura del procedimiento contemple la existencia diferenciada de órganos de instrucción y órganos de resolución —situación que es la que resulta más eficiente— y concluida la recolección de pruebas, la autoridad instructora formulará propuesta de resolución en la que se determinará, de manera motivada, las conductas que se consideren probadas constitutivas de infracción, la norma que prevé la imposición de sanción para dicha conducta y la sanción que se propone que se imponga; o bien se propondrá la declaración de no existencia de infracción.

Recibida la propuesta de resolución, el órgano competente para decidir la aplicación de la sanción podrá disponer la realización de actuaciones complementarias, siempre que sean indispensables para resolver el procedimiento. Ello ocurre si es que la instrucción realizada por la autoridad proponente no resulta ser suficiente para crear convicción en el órgano que decide la sanción.

5.2.6. Notificación

La resolución que aplique la sanción o la decisión de archivar el procedimiento será notificada tanto al administrado como al órgano u entidad que formuló la solicitud o a quién denunció la infracción, de ser el caso. Esta regla le da forma a la discusión respecto a la legitimidad de los denunciantes así como del órgano o entidad que formuló la solicitud para actuar dentro del procedimiento administrativo sancionador.

Si bien es cierto, una denuncia o una solicitud administrativa pueden generar la iniciación de un procedimiento administrativo sancionador, ello no implica necesariamente que alguno de los órganos administrativos o el denunciante puedan ejercer por ejemplo la facultad de contradicción —cuando la resolución se pronuncie por la ausencia de sanción—, prerrogativa que le correspondería

únicamente al administrado, y en el caso de que la resolución final lo perjudicase. Sin embargo, algunos sectores de la doctrina discuten hoy en día la posibilidad de que se le pueda asignar al denunciante la calidad de parte en supuestos específicos[1811].

5.3. Medidas provisionales en el procedimiento sancionador

La autoridad que instruye el procedimiento podrá disponer la adopción de medidas de carácter provisional que aseguren la eficacia de la resolución final que pudiera recaer, con sujeción a lo dispuesto en cuanto a las medidas cautelares en la Ley de Procedimiento Administrativo General[1812]. En el caso del procedimiento administrativo sancionador las medidas cautelares tienen una importancia evidente, derivada de la necesidad de asegurar la eficacia de la sanción que se aplique posteriormente, así como de evitar modificaciones a la situación de hecho existente.

Las medidas provisionales que se adopten deberán ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades de los objetivos que se pretende garantizar en cada supuesto concreto. Lo antes precisado implica evidentemente la adopción de criterios de razonabilidad para hacer efectivas dichas medidas. Ello tiene una importancia medular si consideramos que cabe la posibilidad de que la autoridad resuelva finalmente estableciendo la ausencia de sanción. Con ello las medidas provisionales se extinguen de pleno derecho, y podrían incluso generar la obligación de la entidad de resarcir los daños y perjuicios que se hubiesen irrogado.

Por otro lado, el cumplimiento o ejecución de las medidas de carácter provisional que en su caso se adopten, se compensarán, en cuanto sea posible, con la sanción impuesta. Evidentemente, ello será posible únicamente en el caso de sanciones susceptibles de valuación económica directa, como podrían ser las multas. La Ley no establece que ocurre en aquellos casos en los cuales se dan medidas cautelares que no son susceptibles de compensación. El evidente riesgo reside en la posibilidad de que se genere dos o más sanciones respecto de una misma infracción.

5.4. Caracteres de la resolución que ponga fin al procedimiento

En la resolución que ponga fin al procedimiento no se podrán aceptar hechos distintos de los determinados en el curso del procedimiento, con independencia de su diferente valoración jurídica, dada la especial naturaleza del procedi-

1811 COBREROS MENDAZONA, "El reconocimiento al denunciante de la condición de interesado en el procedimiento sancionador", cit., pp. 1438 y ss.

1812 Artículo 236º de la Ley N.º 27444.

miento sancionador[1813]. El principio de congruencia goza entonces de un matiz especial en el procedimiento que venimos describiendo. La administración no puede sancionar al administrado por hechos generados durante la tramitación del expediente, o por aquellos que, no obstante haberse generado antes del inicio del procedimiento, no se hicieron de conocimiento de la entidad. Caso contrario, podría incluirse en el procedimiento y en la resolución sanciones respecto de las cuales el administrado no se ha defendido debidamente[1814].

Es necesario señalar que la resolución emitida en un proceso sancionador será ejecutiva únicamente cuando ponga fin a la vía administrativa, ello sin perjuicio de las medidas cautelares que puedan obtenerse en el eventual proceso contencioso administrativo que se promueva. Esto es una excepción al principio general de ejecutoriedad del acto administrativo, admitida por gran parte del derecho y la doctrina comparados[1815]. Sin embargo, la administración podrá adoptar las medidas cautelares precisas para garantizar la eficacia de la resolución emitida, en tanto la misma no sea ejecutiva.

5.4.1. Efectos de la impugnación de la resolución sancionadora

Además de la suspensión de los efectos del acto impugnado, cuando el infractor sancionado recurra o impugne la resolución adoptada, la resolución de los recursos que interponga no podrá determinar la imposición de sanciones más graves para el sancionado[1816].

Esta previsión impide que se genere la llamada *reformatio in peius*, que consiste en la modificación de la resolución recurrida en perjuicio del administrado. Si bien esta es una norma general del procedimiento administrativo recursal, también debe tenerse en cuenta su especial virtualidad a nivel del derecho administrativo sancionador.

6. LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS MIXTOS

En el ámbito administrativo existen ciertos procedimientos que muestran elementos propios del procedimiento trilateral, así como elementos propios del procedimiento sancionador. La primera pregunta que habría que absolver sobre el particular estriba en el ordenamiento que deberá aplicarse a los mismos, en mérito, por ejemplo, de la mayor o menor garantía que deberá emplearse.

Un típico ejemplo de procedimiento mixto es el que se vincula con las agencias de competencia, encargadas de la defensa de la competencia y la defensa

1813 Artículo 237º de la Ley N.º 27444.

1814 MORÓN URBINA, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, cit., pp. 531-532.

1815 GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, cit., T. II, p. 199; GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de procedimiento administrativo*, cit., p. 475.

1816 Artículo 237º inciso 237.3 de la Ley N.º 27444.

del consumidor. En el caso peruano este rol es despeñado por el Indecopi. En muchos de los procedimientos en cuestión, el reclamante pretende el reconocimiento de sus derechos, pero a la vez la obtención de una sanción en contra del reclamado, o denunciado, como se quiera.

Un caso es el de los procedimientos de protección al consumidor. El resultado del procedimiento implica una sanción para el proveedor, pero también el reconocimiento del derecho del reclamante o denunciante, y como resultado, un resarcimiento o compensación que permita corregir el daño causado.

En estos casos, es necesario analizar con cuidado los principios a aplicar en estos procedimientos, puesto que la aplicación de sanciones implicará la utilización de los principios establecidos en la ley respecto al procedimiento administrativo sancionador, mientras que deberá ser posible el empleo de principios de imparcialidad o mayor formalidad que se aplican al procedimiento administrativo trilateral. De hecho, en un procedimiento trilateral puede generarse sanciones, con lo cual estos procedimientos denominados como mixtos resultarían ser eminentemente trilaterales.

MODELOS

MODELO DE DENUNCIA ADMINISTRATIVA

San Borja, 15 de octubre del 2012

Señor
……
Alcalde de la Municipalidad de Jesús María
Pte.

Ref. Queja por daños ocasionados

Tenemos el agrado de dirigirnos a Usted, en nuestra condición de propietarios del edificio ubicado en el Jirón Canterac Nº 346, a fin de hacer de su conocimiento lo siguiente:

1. En la azotea del edificio vecino, signado con el número 334, se ha construido con materiales provisionales (madera, cartón y planchas onduladas) varias habitaciones.
2. Al diseñar los techos de dichas habitaciones, inclinaron las planchas y colocaron una canaleta para colectar el producto de las lluvias orientada indebidamente hacia nuestro edificio, motivo por el cual cada vez que llueve, se moja la pared medianera desde la azotea hasta el primer piso, causando deterioro de la pintura, humedad, hongos, etc.

Con la finalidad de superar esa situación, se conversó con la vecina del tercer piso del citado edificio (Dpto. 302), la que hizo caso omiso a nuestro reclamo, por lo que el problema continúa, según se puede apreciar en las cinco fotografías adjuntas.

En consecuencia, solicitamos a vuestro despacho, tenga a bien disponer los trámites respectivos, a fin de solucionar dicho impase a la brevedad posible.

Atentamente,

Dpto. 101 – Sra. Angie Gavidia Molina ...……DNI Nº..……..
Dpto. 201 – Sr. Carlos Rojas Medina……...……...DNI Nº……
Dpto. 301 – Sr. Luis Morante Guerreri……..…DNI Nº…….

MODELO DE DESCARGO

REF. : Investigación N.º 032-2010/ILN-CPC-PREV
SUMILLA : PRESENTO DESCARGO

SEÑORES COMISION DE PROTECCION DEL CONSUMIDOR

C.E.G.N.E. "CAMILO BLAS", con R.U.C. N.º 20364365603 debidamente representada por su Promotora doña **Mónica Bendezú Álvarez**, identificada con D.N.I. N.º 09789784, según Resolución Directoral USE 03 N.º 00234 de fecha 10 de marzo 1996, con domicilio real en Jirón Huaraz N.º 1571 Breña-Lima, y domicilio procesal en Jr. Carabaya N.º 261 – Oficina N.º 304 - Lima; ante Ud. respetuosamente digo:

Que, hemos sido notificados con la Carta N.º 356-2011-PREV-CPC/INDECOPI, sobre el inicio de una investigación preliminar por supuesta suspensión del servicio educativo a los padres de familia que presentan demora en el pago de las pensiones escolares, y dentro del plazo concedido para el descargo correspondiente y a fin de aclarar los hechos investigados y acreditar con documentos, procedo a señalar los mismos en la forma siguiente:

I. LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

La denominada Protección del Consumidor está consagrada en el artículo 65º de la Constitución[1], en el cual se establece la obligación del Estado defender el interés de los consumidores y usuarios, garantizando el derecho a la información sobre los bienes y servicios existentes. La norma distingue entre consumidores y usuarios a fin de sentar que el usuario es un consumidor especial, puesto que hace uso de un servicio público.

En realidad, el mercado y la competencia deberían ser suficientes para asegurar la idoneidad de los productos que se ofertan en el mercado, sean bienes o servicios. Existen determinadas cuestiones que justifican, sin embargo, el establecimiento de determinadas normas que cautelen los derechos de los consumidores y los usuarios, en particular la llamada información asimétrica. Ese orden de ideas la información que se proporciona a los consumidores es de vital importancia para la tutela de sus derechos.

En primer lugar, la Ley de Protección al Consumidor, en su artículo 5º, reconoce a los consumidores un conjunto de derechos, los mismos que, no obstante su aparente configuración legal, gozan de protección constitucional al amparo de lo dispuesto por el artículo 65º de la Constitución. Como ya se ha señalado, entre ellos se encuentra el derecho a recibir de los proveedores toda la información necesaria para tomar una decisión o realizar una elección adecuadamente informada en la adquisición de productos y servicios, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios.

A su vez, la norma preceptúa[2] que el proveedor está obligado a consignar en forma veraz, suficiente, apropiada y muy fácilmente accesible al consumidor o usuario, la información sobre los productos y servicios ofertados. Tratándose de productos destinados a la alimentación y la salud de las personas, esta obligación se extiende a informar sobre sus ingredientes y componentes. A su vez, el Tribunal Constitucional ha reconocido dichos derechos de configuración legal dentro de los atributos contenidos en el artículo constitucional que hemos señalado anteriormente[3], el mismo que se considera que genera una lista abierta de atributos de los derechos de los consumidores[4] más allá de únicamente aportar información relevante.

II. LOS MECANISMOS EMPLEADOS PARA PONER EN CONOCIMIENTO DE LOS PADRES DE FAMILIA LAS CONDICIONES ECONÓMICAS DEL SERVICIO Y LAS ACCIONES EN EL CASO DE INCUMPLIMIENTO DEL PAGO DE PENSIONES

En primer lugar, es preciso señalar que nuestra representada ha cumplido con señalar debidamente a los padres de familia las condiciones económicas del servicio educativo que brindamos. Es decir, el monto de las pensiones así como la forma de pago de las mismas. Cumplimos con adjuntar copia de la documentación remitida a los padres de familia.

Asimismo, el padre de familia al matricular a su hijo, asume un compromiso de pago con la institución a través de un documento que se suscribe entre ambos. Además, se le hace llegar oportunamente el cronograma de pagos para su conocimiento. Ante la demora de más de dos meses, se le cursa una carta invitándolo a regularizar sus deudas.

Cuando el padre de familia, ha incurrido en varios meses de mora y no ha enviado ningún documento en el que solicite ampliación de plazos o que se le otorgue más tiempo para regularizar sus pagos, se le envía una tercera carta, indicándole que procederemos a suspender el servicio. Como ya se ha señalado anteriormente, la institución a mi cargo, NO HA LLEGADO A SUSPENDER EL SERVICIO por este motivo a ningún alumno, teniendo en cuenta el interés superior del menor, por lo que los hijos de los padres que incumplieron los pagos por los servicios educativos, fueron evaluados normalmente. Cumpliéndose entonces de manera clara y transparente con lo establecido por el artículo 16º de la Ley N.º 27665[5].

---

1 Constitución de 1993:
Artículo 65º. El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población.

2 Artículo 15º del Decreto Supremo N.º 039-2000-ITINCI.

3 Particularmente las STC N.º 0008-2003-AI/TC (fundamento 32) y N.º 3315-2004-AA/TC (fundamento N.º 9-10).

4 Sobre el particular: ESPINOZA ESPINOZA, Juan, "La tutela constitucional de consumidor". En: AA.VV., *La Constitución Comentada*. Lima: Gaceta Jurídica, 2005, T.I, p. 899-902.

5 *Los Centros y Programas Educativos no podrán condicionar la atención de los reclamos formulados por los usuarios, ni la evaluación de los alumnos, al pago de las pensiones. En este último caso, la institución educativa puede retener los certificados correspondientes a períodos no pagados siempre que se haya informado de esto a los usuarios al momento de la matrícula.*

Es preciso señalar que una de las razones por las cuales el servicio no sería suspendido en caso de demora en el pago de pensiones, es que el padre de familia se apersone al Centro Educativo y se comprometa a efectuar y regularizar sus deudas, tal y conforme podrá apreciar de los documentos que anexo al presente.

Nuestra institución no suspende el servicio educativo a los alumnos por la falta de pago de pensiones de sus padres, prueba de ello son las Actas de evaluación con el 100% de alumnos matriculados, aun cuando estén en situación de mora por la falta de pago de sus pensiones. Cumplimos con adjuntar dichas actas, a fin de acreditar de manera fehaciente lo expuesto.

Ahora bien, en el supuesto caso de que se hubiese afectado a un alumno suspendiendo el servicio, la Coordinación Académica del Colegio ha previsto que el alumno pueda recuperar las clases faltantes, a través del Programa de Recuperación Académica en un horario que no afecta al desarrollo de sus clases normales, previo conocimiento del padre de familia.

III. LA CALIDAD DE NUESTRO SERVICIO.

Sin embargo, debemos aclarar que no hemos incurrido en el empleo de mecanismo coercitivo alguno dentro de lo preceptuado por el artículo 5º del Decreto Legislativo N.º 006-2009-PCM, Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema de Protección al Consumidor, puesto que, en el peor de los casos, la suspensión del servicio —sin afectar a las evaluaciones— obedece a la lógica del contrato educativo.

Es preciso señalar que la institución educativa que represento tiene siempre las puertas abiertas al dialogo con los padres de familia, en especial cuando se presentan estos casos de demora en el pago de las pensiones, para lo cual existen diversos mecanismos, como pueden ser el compromiso verbal, el compromiso escrito, la solicitud del padre de familia dentro del marco de la conciliación; no habiéndose recurrido a extremos como la suspensión del servicio educativo, pese a encontrarse el padre de familia en condición de morosidad por la falta de varios meses en el pago de sus pensiones.

Nuestra institución es respetuosa de los intereses económicos de nuestros padres de familia, que son derechos reconocidos dentro del marco de las normas de Protección del Consumidor, hemos tenido muy bien informado al usuario sobre los servicios que les brindamos, a través de los comunicados, cartas personales y avisos en los paneles publicitarios, así como en los módulos de información personalizada que se les brinda antes y durante la matricula.

Asimismo, el servicio que brindamos es óptimo, mediante el trato equitativo a los padres de familia, especialmente por tratarse de una entidad que brinda servicios educativos, y que nuestros usuarios se encuentren satisfechos por lo que reciben: educación objetiva, buen trato al usuario, diálogo permanente con el padre de familia, sin lesionar sus intereses y cuidando de que sea tratado con respeto y equitativamente.

ANEXOS:

- Copia del DNI de la Promotora del C.E.G.N.E. “CAMILO BLAS”.
- Copia de la Resolución Directoral USE 3 N.º 00131 mediante la cual se designa a la promotora del C.E.G.N.E. “CAMILO BLAS” a: MÓNICA BENDEZÚ ÁLVAREZ.
- Copias de las cartas remitidas a los padres de familia.
- Copias de los compromisos celebrados con los padres de familia.

POR TANTO:

A Ud. solicito tener presente lo expuesto y proveer conforme a Ley.

Lima, 22 de marzo de 2012.

MODELO DE RECONSIDERACIÓN

Sumilla: Recurso de reconsideración contra la Resolución Nº 002-2004-MP-FN

SEÑORA FISCAL DE LA NACIÓN

Jorge Luis ANCHANTE EGÚSQUIZA, Fiscal Provincial Penal Titular de la Tercera Fiscalía Provincial Penal de Arequipa, con D.N.I. Nº 06334786, con domicilio real en Avenida Santa Marta 146, Int. 104, Cercado, ciudad de Arequipa; me apersono y señalo domicilio procesal en Jirón Moquegua Nº 456 Oficina Nº 209, Lima Cercado. A Usted, respetuosamente digo:

PETITORIO:

Interpongo recurso de **RECONSIDERACIÓN** contra la Resolución de la Fiscalía de la Nación Nº 002-2004-MP-FN, que dispone, que la Fiscalía Suprema de Control Interno, Aperture Investigación y Ejecuta la Suspensión en las Funciones sin goce de haber al recurrente, solicitando se deje sin efecto la misma, declarándose nula en su oportunidad, por los siguientes fundamentos:

I. FUNDAMENTOS DE HECHO:

1. Que, el recurrente es nombrado por el Consejo Nacional de la Magistratura, mediante Resolución Nº 720-2004-CNM, publicada en el diario oficial "El Peruano" el 24 de noviembre del 2004, como Fiscal Provincial Titular en lo Penal de Arequipa, del Distrito Judicial de Arequipa; y mediante Resolución Nº 1988-2004-MP-FN publicada en el diario oficial "El Peruano" el 7 de diciembre del 2004, se me designa por la Fiscalía de la Nación, como Fiscal Provincial Titular en lo Penal de Arequipa, de la Tercera Fiscalía Provincial Penal del Distrito Judicial de Arequipa.
2. Que, la Resolución impugnada establece dentro de sus considerandos que de los documentos remitidos se advierte que el recurrente al momento del nombramiento, juramentación y posesión del cargo, mantenía vínculo laboral con el Ministerio del Interior, en su calidad de Capitán de la Policía Nacional del Perú, lo que configuraría incompatibilidad para el ejercicio del cargo de Fiscal del Ministerio Público.
3. Que, el supuesto vínculo laboral existente al momento del concurso y juramentación, no puede ni debe ser considerado válido, ya que colisiona con los derechos fundamentales de la persona, de la libertad de trabajo y autonomía de la voluntad, porque el recurrente, con fecha 12 de septiembre del año 2004, es decir con TRES MESES DE ANTICIPACION A LA POSESIÓN DEL CARGO, PRESENTÓ SU RENUNCIA IRREVOCABLE a la Policía Nacional del Perú, en ejercicio regular de su derecho, para poder acceder al nuevo cargo obtenido, máxime si dicho nombramiento y designación proviene de un riguroso concurso público, ganado con mucho esfuerzo y sacrificio, luego de largos años de preparación. Resulta injusto que, por la demora de un trámite administrativo burocrático y demasiado engorroso al tener que ser suscrita por el propio señor Presidente de la República, se perjudique y lesione sus intereses y derechos.
4. En consecuencia, a la fecha de nombramiento y juramentación, **el recurrente, mantenía vínculo laboral "VICIADO, FORZADO Y OBLIGADO"** con el Ministerio del Interior – Policía Nacional del Perú, al extremo que después de haber renunciado con fecha 12 de setiembre del 2004, tuvo que continuar laborando contra su voluntad, a fin de que no se le formalice denuncia y se inicie Proceso Penal Militar por el delito de Abandono de Destino, previsto en el artículo 215º del Código de Justicia Militar. Semejante hecho habría truncado las justas aspiraciones a la Magistratura del recurrente, llegando a trabajar en forma efectiva hasta el día 23 de noviembre del 2004, fecha en que se le otorga vacaciones, para posteriormente, el día 17 de diciembre del 2004, expedirse la Resolución Suprema Nº 0346-2004-IN/PNP mediante la que se pasa a la situación de retiro al recurrente, fecha a partir de la cual, ya no existía vínculo laboral alguno, menos incompatibilidad funcional.
5. A mayor abundamiento, el día 18 de diciembre del año 2004, a las 11:05 horas, recién tomé posesión del cargo y empiezo a suscribir el Despacho Fiscal respectivo, POR LO QUE REALMENTE NUNCA HA EXISTIDO NI EXISTE A LA FECHA INCOMPATIBILIDAD FUNCIONAL ALGUNA. Ello, dado que el día 16 de diciembre del 2004, luego de juramentar el cargo ante el Fiscal Superior Decano del Distrito Judicial de Arequipa, precisamente a fin de no incurrir en incompatibilidad funcional y procediendo de buena fe, inmediatamente el recurrente solicitó quince días de licencia sin goce de haber; siendo atendido su pedido, conforme a la Resolución Nº 498-2004-MP-FSD-DJ-AREQUIPA, hasta el día 18 de diciembre del 2004, a

horas 11:05 en que se le notifica con la Resolución Nº 499-2004-MP-FSD-DJ-AREQUIPA por la cual se deja sin efecto la licencia concedida, según consta de las copias fedateadas, de los documentos públicos antes indicados, que se adjunta al presente.

6. Asimismo, en la misma Resolución se afirma que el recurrente no puso en conocimiento del Consejo Nacional de la Magistratura su condición de miembros de la Policía Nacional del Perú, pues de otra forma no se le habría nombrado ni tomado el juramento respectivo. Dicho argumento es totalmente falso, en virtud de los argumentos del presente recurso y de los documentos que se adjuntan como medios probatorios.
7. No es verdad que el recurrente haya ocultado al Consejo Nacional de la Magistratura la vigencia del vínculo laboral con la Policía Nacional del Perú, a la fecha del concurso y nombramiento, ya que el recurrente ha actuado en todo momento en forma legal y transparente, poniendo en conocimiento su condición de Abogado Asimilado con el Grado de Capitán, incluso, en las dos oportunidades que se inscribió y postuló al Concurso Público para Selección y Nombramiento de Jueces y Fiscales; lo realizó, identificándose y presentando una copia legalizada de su Carné de Identidad Policial Nº 355744, que obra en los expedientes respectivos; así como, al haber hecho mención en su currículum vitae documentado, el cargo actual que desempeñaba en ese entonces, como Secretario Letrado del Juzgado de Instrucción Permanente de Arequipa del Consejo Superior de Justicia de la Tercera Zona Judicial de la Policía Nacional del Perú, y al presentar varios documentos de su trayectoria funcional en dicha Institución; además, en la Entrevista Personal, llevada a cabo el día 15 de noviembre del 2004, en acto público y filmado, se le preguntó al recurrente "si tenía vínculo con la Policía Nacional del Perú", a lo que contestó: que era Abogado asimilado con el grado de Capitán, e incluso repreguntaron "que ha haría Ud., al respecto si fuera nombrado, porque esos trámites demoran", respondiendo; que justamente previendo dicha situación es que renuncié con la debida anticipación, solicitando mi pase a retiro, para acceder al nombramiento, más precisamente luego de haber aprobado la prueba escrita de conocimientos, documentos que obran en Consejo Nacional de la Magistratura que ofrezco como medios probatorios, peticionando se soliciten copias certificadas respectivas a la referida Institución.
8. En otro de los considerandos de la Resolución impugnada se señala que dadas las circunstancias del caso y siendo que la regularización de su cese en el Ministerio del Interior, no convalida la situación de irregularidad en el nombramiento. Sin embargo este caso no se trata de uno en el que se subsane un error luego de formalizarse el nombramiento, pues de lo expuesto y de los documentos presentados queda demostrado que el recurrente actuó con la diligencia debida al momento de presentarse al concurso, siendo el Ministerio del Interior el responsable de la demora en resolver su pedido de pase al retiro, trámite iniciado con anterioridad al nombramiento, juramentación y posesión del cargo.
9. Es necesario precisar, que no obstante haber efectuado un constante y permanente seguimiento al expediente, en el que se presenta la renuncia y pase a retiro, es que se tomó conocimiento que la misma se encontraba en el último nivel, con proyecto de resolución favorable, en el Despacho del señor Presidente de la República, en espera para la firma respectiva, y ante la INMINENTE PELIGRO de perder mi nombramiento como magistrado, procedo a juramentar el cargo el 16 de diciembre del 2004, a pesar que los Fiscales nombrados junto con el recurrente, lo hicieron en fecha 12, a fin de no incurrir en incompatibilidad funcional, verificándose mi juramentación luego de cuatro días calendarios y segundo día hábil, de publicada la Resolución de la Fiscalía de la Nación Nº 1988-2004-MP-FN de fecha 7 de diciembre del 2004, DE NO HABER JURAMENTADO HUBIERA INCURRIDO INEXORARABLMENTE EN ABANDONO DE CARGO, es por ello que acto seguido a la juramentación expongo al señor Fiscal Superior Decano del Distrito Judicial de Arequipa, mi inconveniente "formal", además, a fin de evitar cuestionamientos por parte de los señores abogados, justiciables y no perjudicar al Ministerio Público y al propio recurrente, es que precisamente solicito Licencia de Quince días sin goce de haber, la misma que me es concedida inicialmente, para luego ser dejada sin efecto, sin mayor fundamento ni amparo legal alguno, al igual que mi recurso de reconsideración planteado, que fuera declarado improcedente, conforme acredito con las copias fe datadas respectivas.
10. De lo expuesto anteriormente se concluye que, el Consejo Nacional de la Magistratura, tenía pleno conocimiento del vínculo laboral existente antes y durante la postulación al Concurso Público, así como mi renuncia formulada inclusive con anterioridad a la entrevista personal, y del trámite administrativo que correspondía al mismo; y que al asumir efectivamente el cargo como Fiscal Provincial Penal, mi persona ya no pertenecía al Ministerio del Interior – Policía Nacional del Perú, por haberse resuelto mi pase a retiro mediante Resolución Suprema Nº 0346-2004-IN/PNP de fecha 17 de diciembre del 2004, a exigencia constante del recurrente, al extremo de trasladar mi domicilio a la ciudad de Lima a partir del 26 de noviembre del 2004, con dicho propósito.

11. Cabe precisar, que ningún postulante con cargo público, previamente renuncia para postular al Consejo Nacional de la Magistratura, acto que se verifica con fecha posterior a la obtención del título y nombramiento respectivo, es decir, hasta momentos antes del día de la juramentación y toma de posesión de cargo sea en el Poder Judicial o el Ministerio Público, de forma tal que lo relevante es que no se produzca INCOMPATIBILIDAD FUNCIONAL; debiéndose tener en cuenta que en unos casos la renuncia es tramitada y surte efectos inmediatamente, mientras en otros, como el presente, la renuncia está sujeta a trámites formales burocráticos complejos, que en la mayoría de los casos demoran inclusive hasta un año; lo que evidenciaría una desigualdad fáctica y de oportunidades ante la ley; por consiguiente, el hecho de haber pertenecido a la Policía Nacional del Perú, no debe significar un estigma de desigualdad y discriminación para la superación de un profesional que siempre ha actuado y actuará en forma honesta, transparente y legal.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO:

- La defensa de la persona humana, y el respeto a su dignidad, como fin supremo de la sociedad y el Estado, conforme al artículo 1 de la Constitución.
- El derecho de toda persona, a la igualdad ante la ley, nadie debe ser discriminado por motivo de origen, opinión, condición económica o de cualquier otra índole, conforme al artículo 2 inciso 2) de la Constitución.
- El derecho de toda persona, a la Libertad de Trabajo, conforme al artículo 2 inciso 15) de la Constitución.
- El derecho de toda persona, a formular peticiones, conforme al artículo 2 inciso 20) de la Constitución.
- El trabajo es un deber y un derecho de toda persona, conforme al artículo 22 de la Constitución.
- Las responsabilidades disciplinarias de los miembros de Ministerio Público, se hacen efectivas previa audiencia y defensa del Fiscales emplazados, conforme al artículo 51 del Decreto Legislativo N.º 052 Ley Orgánica del Ministerio Público.
- Los miembros del Ministerio Público, no podrán ser separados ni suspendidos, sino por alguna de las causas previstas en la Ley o en su Reglamento, siempre con las garantías que respectivamente otorgan en defensa del procesado, conforme al artículo 58 del Decreto Legislativo N.º 052 Ley Orgánica del Ministerio Público.
- Los miembros del Ministerio Público, están prohibidos de ejercer cualquier otra actividad lucrativa, así como, ejercer la defensa como abogado o prestar asesoramiento, entre otros, de conformidad al artículo 20 del Decreto Legislativo N.º 052 Ley Orgánica del Ministerio Público.
- Es derecho de los administrados, interponer recurso de Reconsideración ante el mismo órgano que dictó el primer acto, materia de impugnación, de conformidad al artículo 208 concordante con el artículo 207 inciso 207.1 y 207.2 de la Ley Nº 27444 – Ley de Procedimiento Administrativo General.

III. MEDIOS PROBATORIOS:

- Copia fedateada del Formato de Inscripción para el Concurso de Nombramiento de Jueces y Fiscales – Convocatoria Nº 001-04-CNM de fecha 26 de abril del 2004.
- Copia fedateada del Formato del Consejo Nacional de la Magistratura, para señalamiento de domicilio y plaza la que se postula, de fecha 26 de abril del 2004.
- Copia fedateada de la Resolución Nº 720-2004-CNM, publicada en el diario oficial “El Peruano” el 24 de noviembre del 2004, mediante la que el Consejo Nacional de la Magistratura nombra al recurrente, como Fiscal Provincial Titular en lo Penal de Arequipa, del Distrito Judicial de Arequipa.
- Copia fedateada del Título de Nombramiento otorgado al recurrente, por el Consejo Nacional de la Magistratura, con fecha 3 de diciembre del 2004.
- Copia fedateada del Acta de Proclamación, Juramento y Entrega de Título del recurrente, de fecha 3 de diciembre del 2004.
- Copia fedateada de la Constancia de calificaciones obtenidas por el recurrente, durante el concurso público del año 2004.
- Copia fedateada de la Constancia de calificaciones obtenidas por el recurrente, durante el concurso público del año 2004.

- Copia fedateada de la Resolución Nº 1988-2004-MP-FN publicada en el diario oficial "El Peruano" el 7 de diciembre del 2004, por la que, la Fiscalía de la Nación, designa al recurrente como Fiscal Provincial Titular en lo Penal de Arequipa, de la Tercera Fiscalía Provincial Penal del Distrito Judicial de Arequipa.
- Copia fedateada, de la solicitud de pase a la situación de retiro, del recurrente, de fecha 12 de setiembre del 2004.
- Copia fedateada de la Orden de Vacaciones Nº 30-XI-DTA-RPNP-AREQUIPA-UPB, de fecha 24 de Noviembre del 2004.
- Copia fedateada de la Resolución Suprema Nº 0346-2004-IN/PNP de fecha 17 de diciembre del 2004, pasando al retiro al recurrente.
- Copia fedateada del Acta de Juramentación de fecha 16 de diciembre del 2004, del recurrente, ante el señor Fiscal Superior Decano del Distrito Judicial de Arequipa.
- Copia fedateada de la Resolución Nº 498-2004-MP-FSD-DJ-AREQUIPA, de fecha 16 de diciembre del 2004, concediendo quince días de licencia sin goce de haber, al recurrente.
- Copia fedateada de la Resolución Nº 499-2004-MP-FSD-DJ-AREQUIPA, de fecha 17 de diciembre del 2004, que deja sin efecto la licencia de quince días sin goce de haber concedida al recurrente.
- Copia fedateada del escrito de Reconsideración de fecha 18 de diciembre del 2004, interpuesto por el recurrente.
- Copia fedateada de la Resolución 321-2004-MP-FSD-DJP, de fecha 18 de diciembre del 2004, que declara improcedente el recurso de reconsideración.
- Copia fedateada del escrito de fecha 20 de diciembre del 2004, mediante la que el recurrente hace de conocimiento la Resolución Suprema Nº 0346-2004-IN/PNP de fecha 17 de diciembre del 2004, de pase a retiro.
- Copia fedateada de la Resolución de la Fiscalía de la Nación Nº 002-2004-MP-FN de fecha 5 de enero del 2004, que dispone en su artículo tercero Suspender en sus Funciones Sin Goce de Haber, al recurrente.

POR TANTO:

Solicito a Usted Señora Fiscal, acceder a la presente, y declarar fundado el presente recurso de reconsideración en su oportunidad, por ser de absoluta justicia.

OTROSI DIGO: Solicito, al amparo del artículo 216º de la Ley de Procedimiento Administrativo General, solicito a Vuestro Despacho se suspendan los efectos de la resolución impugnada, por el cual se resuelve suspender en sus funciones sin goce de haber al recurrente; en virtud de los siguientes fundamentos:

1. La Resolución materia de impugnación, resulta arbitraria, por cuanto de conformidad a la Ley Orgánica del Ministerio Público, las suspensiones no podrán exceder de treinta días, y con rebaja del haber básico al 50%, siendo que en el presente caso, no se señala el plazo de duración de la suspensión sin goce de haber, mientras concluye la investigación; además, de haber sido dispuesta sin previa audiencia y derecho a defensa que asiste al recurrente, vulnerándose derechos elementales de toda persona.
2. La ejecución de la referida Resolución, causa perjuicio irreparable al recurrente, atentando contra el derecho a la vida, salud, integridad física y psicológica propia y de su familia, porque en su condición de magistrado suspendido sin goce de haber, durante tiempo indeterminado, se pone en grave riesgo su subsistencia y de quienes dependen del recurrente, al estar expresamente prohibido de poder ejercer cualquier otra actividad que le permita sustento económico.
3. Resulta a todas luces inviable la presente suspensión sin goce de haber ejecutada, ya que todas las actuaciones suscritas por el recurrente como Fiscal, no carecen de legalidad, ni pueden ni deben ser impugnadas por las razones que motivan la medida, evidenciándose vicios de nulidad, debido a que al asumir el cargo como Fiscal Provincial Penal de Arequipa, el fecha 18 de diciembre del 2004 a horas 11.05, el recurrente ya no pertenecía al Ministerio del Interior – Policía Nacional del Perú, conforme a la Resolución Suprema N.º 0346-2004-IN/PNP de fecha 17 de diciembre del 2004.
4. La Ley del Procedimiento Administrativo General señala que la autoridad a quien le compete resolver el recurso podrá suspender de oficio o a petición de parte la ejecución del acto recurrido cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Que la ejecución del acto pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación. Esta verificación corresponde a la Administración, con lo cual la facultad de suspensión sigue teniendo un carácter eminentemente discrecional, no obstante que la alegación de los posibles perjuicios y la prueba de los mismos corresponde a quien solicita el recurso. En el presente caso se puede apreciar que la suspensión ordenada atenta contra el derecho a la vida, salud, integridad física y psicológica propia y de su familia, porque en su condición de magistrado suspendido sin goce de haber, durante tiempo indeterminado, se pone en grave riesgo su subsistencia y de quienes dependen del recurrente, al estar expresamente prohibido de poder ejercer cualquier otra actividad que le permita sustento económico.

b) Que se aprecie objetivamente la existencia de un vicio de nulidad trascendente, que haga suponer que el resultado va a ser la declaración de nulidad del acto. Este precepto también resulta común en el derecho comparado, en especial el español. Y el sustento material de la solicitud está claramente acreditado, al notarse que la resolución emitida adolece de importantes vicios de nulidad.

c) Cabe agregar que la misma Ley del Procedimiento Administrativo General establece que la decisión de la suspensión se adoptará previa ponderación suficientemente razonada entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión y el perjuicio que causa al recurrente la eficacia inmediata del acto recurrido. Ello viene aparejado del hecho de que al momento de disponerse la suspensión la autoridad administrativa podrá adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar la protección del interés público o los derechos de terceros y la eficacia de la resolución impugnada.

Lima, 21 de enero del 2005.

MODELO DE RECURSO DE APELACIÓN

SEÑOR ALCALDE DE MAGDALENA DEL MAR:

CINTHYA CASTILLO VILLANUEVA, identificada con DNI N.º 09673283, en el procedimiento seguido respecto de la Resolución de Multa N.º 296-2011-MDMM-GM-GDU-UCU, de fecha 31 de mayo de 2011, a usted atentamente digo:
Que, cumplo con presentar el respectivo RECURSO DE APELACION contra la Resolución de Unidad N.º 465-2011-MDMM-GM-GDU-UCU, la misma que declara infundado el recurso de reconsideración presentado, por los fundamentos de hecho y derecho siguientes:

EN CUANTO A LA MOTIVACIÓN:

- La multa materia de impugnación es aplicada “por contravenir a una ordenanza y/o resoluciones municipales”. Sin embargo, la resolución emitida no establece que ordenanza o resolución municipal es la que ha sido violada, lo cual nos muestra que la motivación de dicha resolución es por lo menos incompleta, que evidentemente constituye un vicio de la misma, lo cual a su vez genera su nulidad.
- En efecto, conforme el artículo 6º de la Ley del Procedimiento Administrativo General, la motivación deberá ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado.
- Asimismo, la norma señala que no son admisibles como motivación, la exposición de fórmulas generales o vacías de fundamentación para el caso concreto o aquellas fórmulas que por su oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras para la motivación del acto.
- Una simple inspección de la resolución de multa materia de impugnación nos muestra que la misma no contiene dicha motivación, lo cual evidentemente acarrea la nulidad de la resolución, en estricta aplicación de lo dispuesto por el artículo 10º de la norma antes citada.
- La resolución que resuelve la reconsideración no corrige el defecto en la motivación, puesto que hace mención a una norma en materia de edificaciones que no resulta pertinente, puesto que no constituye ordenanza ni resolución municipal, cuando más bien lo que debió resolver es respecto a la nulidad de la multa y la obligación de la autoridad que la emitió de hacerlo nuevamente conforme a ley.

- Teniendo en cuenta además que la obligación de motivar es aún más evidente en el contexto de un procedimiento administrativo sancionador en el cual se emite una resolución que genera una afectación gravosa a los derechos e intereses de los administrados, la misma que debe sujetarse a garantías específicas establecidas por el ordenamiento.

LA INFRACCIÓN QUE NO ES TAL:

- Ahora bien, como se ha indicado, la resolución de multa no establece la norma que ha sido violada por una razón muy clara, y es que la misma no existe. En otras palabras, no existe infracción administrativa alguna y en consecuencia, no existe justificación para la imposición de una sanción.
- En primer lugar, por el principio de Tipicidad – que se confunde en ocasiones con el principio de legalidad sancionatoria - solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía.
- En tal sentido, este principio se asemeja a su equivalente a nivel del derecho penal, puesto que establece que solo la Ley puede establecer las infracciones y las sanciones respectivas, sea cual fuese el ámbito jurídico en el cual las mismas se apliquen.
- El principio de tipicidad proviene entonces de una doble necesidad. En primer lugar, de los principios generales de libertad, establecidos formalmente en la Constitución y que tienen directa relación con el establecimiento del Estado de Derecho, puesto que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que esta no prohíbe.
- En segundo lugar, el citado principio tiene un correlato evidente en la seguridad jurídica, puesto que permite que los administrados tengan un conocimiento certero de las consecuencias de los actos que realicen. Caso contrario, el administrado no sabe cuando un comportamiento de terminado constituye una conducta ilícita, como ocurre en el presente caso.
- En este orden de ideas, la multa impugnada carece de tipicidad. La infracción proviene de una fórmula legal de lo más vaga, a lo que hay que agregar que no se ha identificado debidamente la norma que se ha violado. Por otro lado, el precepto contenido en el Reglamento Nacional de Edificaciones no configura la infracción en cuestión, no solo porque no constituye ordenanza ni resolución municipal, sino además porque la vía de evacuación no se encuentra bloqueada, toda vez que las personas puede emplear la salida que corresponde a su dirección domiciliaria.
- Asimismo, la decisión de colocar la división metálica no ha sido tomada sino por razones por completo atendibles, que se encuentra referidas a la seguridad de la recurrente, su familia y los vecinos, puesto que en uno de los departamentos de dicho piso funciona un local comercial, el mismo que evidentemente se encuentra abierto al público. Asimismo, dicha división no perjudica a los vecinos, sino que más bien los favorece al generar orden y seguridad, conforme lo hemos señalado en el respectivo recurso de reconsideración.

PRESUNCIÓN DE LICITUD

- En segundo lugar, debe tenerse en cuenta el principio de presunción de licitud, propio del derecho administrativo sancionador, por el cual las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario. Este principio resulta ser equivalente en al ámbito penal a la llamada presunción de inocencia contenida en nuestra Constitución, que sin embargo no debe ser confundida con el principio de in dubio pro reo, que posee un origen y naturaleza distintos.
- La inmediata consecuencia del principio que venimos señalando es la asignación de la carga de la prueba a la Administración respecto a la demostración de la comisión de la infracción por parte del administrado. La Administración es la que debe probar la comisión de la infracción. Esta, en consecuencia, no se presume, ni siquiera en el supuesto de que el administrado no se presente a presentar sus descargos en el procedimiento iniciado en su contra.
- Ello ocurre porque la carga de la prueba corresponde a quien se encuentra en mejor capacidad para probar un hecho. En la confrontación entre el administrado y la autoridad administrativa ante la posibilidad de que el mismo haya cometido una infracción, resulta más factible que la entidad pruebe la ilicitud de la actuación del administrado que este último pruebe su ausencia de responsabilidad. Sin embargo, corresponde al administrado acreditar la existencia de la fractura del nexo causal.
- En este orden de ideas no se ha probado la comisión de la infracción. Como si ello fuera poco, la resolución materia de impugnación señala que no existen elementos de prueba que desvirtúen la sanción aplicada, cuando más bien corresponde a la entidad la carga de la

prueba sobre la comisión de la infracción. Es la entidad la que no ha probado la comisión de la infracción por parte de la administrada en el presente caso.

- Ello porque no se ha probado que la colocación de la referida división metálica efectivamente constituya un obstáculo para la evacuación, ni que la misma no constituya una necesidad de seguridad del entorno conforme lo hemos señalado de manera reiterada en este procedimiento.

POR TANTO:

A usted señor alcalde pedimos resolver conforme a ley, declarando fundada la presente apelación y anulando la multa impugnada.

Magdalena del Mar, 3 de noviembre de 2011

MODELO DE SUSPENSIÓN DE EJECUCIÓN DE RESOLUCIÓN

Solicitud: Suspensión de ejecución de resolución

SEÑOR ALCALDE DE LA MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE MIRAFLORES:

JOHNNY SÁNCHEZ REÁTEGUI, identificado con DNI N.º 08910956, domiciliado en Av. José Pardo N.º 1267, Int. 201, Miraflores, a Usted me presento y digo:

Que, la Municipalidad de Miraflores ha emitido la Resolución de Gerencia N.º 081-2010-MM/GM, de fecha 20 de setiembre, notificada a nuestra parte con fecha 25 de setiembre del presente año. Asimismo, con fecha 12 de noviembre de 2010 se emitió la carta N.º 231-2010-MM-GDU/SDEL, la misma que ejecuta lo dispuesto en la resolución antes señalada, dejando clara la seria afectación a nuestro derecho a la propiedad y a la libertad de empresa supeditando el cumplimiento de la misma a la revocación de la licencia, lo cual contraviene el ordenamiento jurídico.

Como resultado, el recurrente ha interpuesto la respectiva Demanda Contencioso Administrativa contra ambas actuaciones administrativas, solicitando que la mismas sea anuladas y el Poder Judicial declare infundada la queja presentada por el señor Daniel Cáceres Mascaró contra el recurrente, queja que ha generado la resolución administrativa señalada en el párrafo precedente. En consecuencia, a vuestro despacho solicito suspender la ejecución de las actuaciones administrativas antes señaladas, en estricta aplicación de lo dispuesto por el artículo 16º de la Ley del Procedimiento de Ejecución Coactiva, bajo responsabilidad, para lo cual cumplimos con adjuntar copia de la demanda contencioso administrativa que hemos referido.

POR TANTO:

A vuestro despacho pido resolver conforme lo expuesto.

Miraflores, 2 de febrero de 2011

Bibliografía

1. LIBROS

AA.VV., *La protección jurídica del ciudadano. Libro Homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, Civitas, Madrid, 1993, 3 Tomos.

AA.VV., *Actualidad y perspectivas del derecho público a fines del siglo XX. Homenaje al Profesor Garrido Falla*, 3 vols., Editorial Complutense, Madrid, 1995.

AA.VV., *La Constitución comentada*, 2 tomos, Gaceta Jurídica, Lima, 2005.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Principios de derecho público económico*, Comares, Granada, 1999.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar; DE LA CUÉTARA, J.M.; MARTÍNEZ, J.L., *El nuevo servicio público*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

BACA ONETO, Víctor Sebastián, *Los actos de gobierno*, Universidad de Piura, Piura, 2003.

BARCELONA LLOP, Javier, *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, Santander, 1995.

BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción, *La prueba en el procedimiento administrativo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2003.

BIDART CAMPOS, Germán, *Derecho constitucional: realidad, norma y justicia*, 2 tomos, Ediar, Buenos Aires, 1966, Dos tomos.

BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo, *Introducción al derecho constitucional comparado*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1997.

BOQUERA OLIVER, José María, *Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 1992.

BREWER-CARÍAS, Allan R., *Principios del régimen jurídico de la organización administrativa venezolana*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1994.

BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo, *Derechos fundamentales y proceso justo*, ARA, Lima, 2001.

BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo, *El derecho a probar*, Ara, Lima, 2001.

CALABRESI, Guido, *The Cost of Accidents: A legal and Economic Analysis*, Yale University Press, New Haven, 1970.

CANOSA, Armando, *Los recursos administrativos*, Abaco, Buenos Aires, 1996.

CARBONELL, Eloísa, *Agencias y procedimiento administrativo en Estados Unidos de América*, Marcial Pons, Madrid, 1996.

CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho administrativo I*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997.

COMADIRA, Julio R., *Derecho administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996.

COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS, *La Constitución de 1993: análisis y comentarios*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1994.

COSCULLUELA MONTANER, Luis, *Manual de derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 1993.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *Propuestas para una reforma de la justicia contencioso-administrativa desde la perspectiva del acceso a la justicia*, Defensoría del Pueblo, Lima, 2007.

DEL POZO GOICOCHEA, Claudia Rosanna, *Control difuso y procedimiento administrativo*, Palestra, Lima, 2005.

DÍEZ, Manuel María, *Derecho administrativo*, T. V, Plus Ultra, Buenos Aires, 1971.

DÍEZ SÁNCHEZ, Juan José, *El procedimiento administrativo común y la doctrina constitucional*, Civitas, Madrid, 1992.

DROMI, José Roberto, *Manual de derecho administrativo*, 2 tomos, Astrea, Buenos Aires, 1987.

DROMI, Roberto, *Derecho administrativo*, 2 T., Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2000.

DUVERGER, Maurice, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, Ariel, Barcelona, 1962.

ENTRENA CUESTA, Rafael, *Curso de derecho administrativo*, Tecnos, Madrid, 1988.

ESCOLA, Héctor Jorge, *Compendio de derecho administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1984.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1992.

FERRANDO BADÍA, Juan, *Regímenes políticos actuales*, Tecnos, Madrid, 2001.

FRAGA, Gabino, *Derecho administrativo*, México D.F., Porrúa, 2003.

FUENTES BARDAJI, Joaquín de (Dir.), *Manual de derecho administrativo sancionador*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2005.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo, *Las Constituciones del Perú*, Ministerio de Justicia, Lima, 1993.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª ed. (reimpr.), Civitas, Madrid, 1991.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de derecho administrativo*, 2 tomos, Civitas, Madrid, 2000.

GARCÍA LUENGO, Javier, *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, Civitas, Madrid, 2002.

GARCÍA TREVIJANO, José Antonio, *Los actos administrativos*, Civitas, Madrid, 1986.

GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de derecho administrativo*, Tecnos, Madrid, 1987.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Manual de procedimiento administrativo*, Civitas, Madrid, 2000.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Administración pública y libertad*, UNAM, México D.F., 2006.

GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, Fundación de Derecho administrativo, Buenos Aires, 1998-2000.

GUZMÁN NAPURÍ, Christian, *La administración pública y el procedimiento administrativo general*, Página Blanca, Lima, 2004.

GUZMÁN NAPURÍ, Christian, *El procedimiento administrativo*, ARA, Lima, 2007.

GUZMÁN NAPURÍ, Christian, *Introducción al derecho público económico*, Ediciones Caballero Bustamante, Lima, 2009.

HÄBERLE, Peter, *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997.

HARMON, Michael M. y MAYER, Richard T., *Teoría de la organización para la administración pública*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1999.

HARRINGTON, James, *La República de Océana*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1987.

HAURIOU, André, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, Ariel, Barcelona, 1980.

HERRERO DE EGAÑA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Juan Manuel, *Régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002.

HOBBES, Thomas, *Leviatán*, Sarpe, Madrid, 1984.

HURTADO POZO, José, *Manual de derecho penal. Parte general*, Grijley, Lima, 2005.

INSTITUTO LIBERTAD Y DEMOCRACIA, *La simplificación administrativa: primer paso hacia la desburocratización*, ILD, Lima, 1990.

JELLINEK, Georg, *Teoría general del Estado*, Albatros, Buenos Aires, 1954.

KAFKA, Folke, *Teoría económica*, Universidad del Pacífico, Lima, 1994.

LIJPHART, Arend, *Modelos de democracia*, Ariel, Barcelona, 2000.

LOAYZA, Norman V. et al., *Informality in Latin American and the Caribbean*, The World Bank, Washington D.C., 2009.

LOCKE, John, *Ensayo sobre el gobierno civil*, Orbis, Barcelona, 1983.

LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1979.

LÓPEZ, Andrea, *Funcionamiento de los mecanismos de control social sobre la gestión privada de los servicios públicos*, Instituto Nacional de la Administración Pública, Buenos Aires, 2000.

MAINWARING, Scott y Matthew S. SHUGART (comps.), *Presidencialismo y democracia en América Latina*, Paidós, Buenos Aires, 2002.

MARAVÍ SUMAR, Milagros (Comp.), *Sobre la Ley del Procedimiento Administrativo General*, UPC, Lima, 2009.

MARTÍN MATEO, Ramón, *Manual de derecho administrativo*, Trivium, Madrid, 1995.

MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián, *Derecho administrativo económico*, 2 tomos, La Ley, Madrid, 1991.

MONTESQUIEU, *Del espíritu de las Leyes*, Tecnos, Madrid, 1972.

MONZÓN VALENCIA DE ECHEVARRÍA, Loretta, *La pretensión indemnizatoria en el proceso contencioso administrativo*, Ediciones Legales, Lima, 2009.

MORÓN URBINA, Juan Carlos, *Derecho procesal administrativo*, Página Blanca, Lima, 1997.

MORÓN URBINA, Juan Carlos, *Derecho procesal administrativo*, Rhodas, Lima, 1999.

MORÓN URBINA, Juan Carlos, *Comentarios a la nueva Ley del Procedimiento Administrativo General*, Gaceta Jurídica, Lima, 2001.

MORÓN URBINA, Juan Carlos, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, Gaceta Jurídica, Lima, 2008.

MORELL OCAÑA, Luis, *Curso de derecho administrativo II*, Cizur Menor, Aranzadi, 1998.

MUÑOZ MACHADO, Santiago, *La responsabilidad civil concurrente de las administraciones públicas*, Civitas, Madrid, 1998.

NIETO, Alejandro, *Derecho administrativo sancionador*, Tecnos, Madrid, 2005.

OLIAS DE LIMA GETE, Blanca (coord.), *La nueva gestión pública*, Pearson Educación, Madrid, 2001.

PARADA VÁSQUEZ, Ramón, *Derecho administrativo. Parte general*, T. I, Marcial Pons, Madrid, 1996.

PARADA VÁSQUEZ, Ramón, *Derecho administrativo*, 3 tomos, Marcial Pons, Madrid, 2002.

PAREJO ALFONSO, Luciano *et al.*, *Manual de derecho administrativo. Parte general*, Ariel, Barcelona, 1998.

PCM. PROGRAMA DE MODERNIZACIÓN Y DESCENTRALIZACIÓN DEL ESTADO, *Propuesta de Ley del Poder Ejecutivo*, Presidencia del Consejo de Ministros, Lima, 2006.

RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1995.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo, *Derecho administrativo*, Temis, Santa Fe de Bogotá 1995.

ROUSSEAU, Jean Jacques, *El contrato social*, Taurus, Madrid, 1966.

RUBIO CORREA, Marcial, *Estudio de la Constitución Política de 1993*, 6 tomos, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999.

RUBIO CORREA, Marcial, *El sistema jurídico: introducción al derecho*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2000.

RUBIO CORREA, Marcial, *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2005.

RUBIO LLORENTE, Francisco, *La forma de poder: estudio sobre la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

SALCEDO CUADROS, Carlo Magno (Comp.), *La administración electoral en el Perú: funciones, competencias y organismos electorales*, ONPE, Lima, 2004.

SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho procesal penal*, 2 volúmenes, Grijley, Lima, 1999.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *El control de las administraciones públicas y sus problemas*, Espasa-Calpe, Madrid, 1991.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Comentario sistemático a la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común*, Carperi, Madrid, 1993.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de derecho administrativo*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Tratado de derecho administrativo*, T. I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.

SARTORI, Giovanni, *Ingeniería constitucional comparada*, Fondo de Cultura Econ ómica, México D.F., 1996.

SIEGAN, Bernard H., *Reforma constitucional*, CITEL, Lima, 1993.

SPINOZA, Baruch, *Tratado teológico político*, Alianza Editorial, Madrid, 1986.

STOBER, Rolf, *Derecho administrativo económico*, Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid, 1992.

STONER, James A.F., FREEMAN, R. Edward y GILBERT, Daniel R., *Administración*, Prentice-Hall Hispanoamericana, México D.F., 1996.

STRAUSS, Leo y CROPSEY, Joseph (comps.), *Historia de la filosofía política*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1993.

TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de, *La responsabilidad extracontractual*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1990.

VAL PARDO, Isabel de, *Administración de entidades públicas*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1999.

VARGAS JACOME, Camilo, *La función administrativa en Colombia*, Pontificia Universidad Javeriana, Santa Fe de Bogotá, 1992.

VÉLEZ GARCÍA, Jorge, *Los dos sistemas de derecho administrativo*, Institución Universitaria Sergio Arboleda, Santa Fe de Bogotá, 1996.

VERGOTTINI, Giuseppe, *Derecho constitucional comparado*, Espasa-Calpe, Madrid, 1983.

VICKERS, John y YARROW, George, *Un análisis económico de la privatización*, Fondo de Cultura Económica, México, 1991.

VIDAL PERDOMO, Jaime, *Derecho constitucional general e instituciones políticas colombianas*, Legis, Bogotá, 1998.

2. ARTÍCULOS Y TRABAJOS

ABAD YUPANQUI, Samuel B., "El derecho de acceso a la información pública", en AA.VV., *La Constitución comentada*, Gaceta Jurídica, Lima, 2005.

ABUGATTAS GIADALAH, Gattas, "Descentralización y desconcentración como modelos posibles de organización estatal", en *Foro Jurídico*, N.º 2, Lima, 2003.

ALBÁN PERALTA, Walter, "El *Ombudsman* como canal de acceso a la justicia", en *Debate Defensorial*, N.º 3, Defensoría del Pueblo, Lima, 2001.

ALEXY, Robert, "Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional", en *Derecho y razón práctica*, Distribuciones Fontamara, México D.F., 1993.

AMPUERO GODO, Saúl, "La justicia contencioso-administrativa en combo: un replanteo del proceso contencioso administrativo y sus cambios e imperfecciones a propósito del Decreto Legislativo N.º 1067", en *Actualidad Jurídica*, T. 177, agosto, Lima, 2008.

BELADIEZ ROJO, Margarita, "La vinculación de la Administración al derecho", en *Revista de Administración Pública*, N.º 153, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2000.

BERNALES BALLESTEROS, Enrique, "La Comisión Permanente en la Constitución de 1993", en *La Constitución de 1993: análisis y comentario*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1994.

BIZJAK, Iván, "Características especiales del papel del Defensor del Pueblo en países en transición", en *Debate Defensorial*, N.º 3, Defensoría del Pueblo, Lima, 2001.

BROHM, Winfried, "Sobre la aceleración de los procedimientos administrativos", en *Documentación Administrativa*, N.º 235-236, Ministerio para la Administraciones Públicas/Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1993.

BUCHANAN, James, "From Private Preferences to Public Philosophy: The Development of de Public Choice", en *The Economics of Politics*, IEA, Londres, 1978.

BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo, "Kelsen de cabeza: verdades y falacias sobre el control difuso de las normas por las autoridades administrativas", en *Thémis*, N.º 51, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2005.

BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo, "El derecho a una decisión justa como elemento esencial de un proceso Justo", en *Derecho & Sociedad*, N.º 15, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2000.

BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo, "Control difuso y administración: ¿es viable que la administración ejerza el control difuso de la constitucionalidad normativa?", en *Revista Jurídica del Perú*, N.º 41, Trujillo, 2002.

CABALLERO SÁNCHEZ, Rafael, "La *beschleunigung* o aceleración del procedimiento administrativo y del proceso contencioso administrativo", en *Revista de Administración Pública*, N.º 147, Centros de Estudios Constitucionales, Madrid, 1998.

CALVO CHARRO, María, "Silencio positivo y acciones declarativas", en *Revista de Administración Pública*, N.º 128, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.

CANO CAMPOS, Tomás, "*Non bis in ídem*, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el derecho administrativo sancionador", en *Revista de Administración Pública*, N.º 156, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2001

CARPIO MARCOS, Edgar, "Inactividad administrativa y acción de cumplimiento", en *Revista Jurídica del Perú*, N.º 18, Trujillo, 2001.

CARPIO MARCOS, Edgar, "Los derechos no enumerados", en AA.VV., *La Constitución comentada*, Gaceta Jurídica, Lima, 2005.

CASINO RUBIO, Miguel, "El derecho sancionador y la responsabilidad patrimonial de la Administración", en *Documentación Administrativa*, N.º 254-255. Ministerio para la Administraciones Públicas/Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1999.

CASSAGNE, Juan Carlos, "Conexión y diferencias entre el procedimiento administrativo y el proceso civil", en CASSAGNE, Juan Carlos, *Estudios de derecho público*, Depalma, Buenos Aires, 1995.

CASSESE, Sabino, "Crisis y transformaciones del Derecho administrativo", en *Documentación Administrativa*, N.º 250-251, Ministerio para la Administraciones Públicas/ Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1998.

CERULLI IRELLI, Vincenzo, "La simplificación de la acción administrativa", en *Documentación Administrativa*, N.º 248-249, Ministerio para la Administraciones Públicas/ Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1997.

CID MOLINE, José, "Garantías y sanciones (argumentos en contra la tesis de la identidad de garantías entre las sanciones punitivas)", en *Revista de Administración Pública*, N.º 140, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996.

CIERCO SEIRA, César, "La simplificación de los procedimientos administrativos en Italia", en *Revista de Administración Pública*, N.º 152, Centros de Estudios Constitucionales, Madrid, 2000.

COBREROS MENDAZONA, E., "El reconocimiento al denunciante de la condición de interesado en el procedimiento sancionador", en *Actualidad y perspectivas del derecho público a fines del siglo XX. Homenaje al Profesor Garrido Falla*, Editorial Complutense, Madrid, 1995.

CUETO PÉREZ, Miriam, "Los derechos de los ciudadanos en el Código de Procedimiento Administrativo portugués", en *Revista de Administración Pública*, N.º 140, Centros de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996.

DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge, "Notas acerca de la potestad sancionadora de la Administración Pública", en *Ius et Veritas*, N.º 10, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1995.

DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge, "El silencio administrativo como técnica de garantía del particular frente a la inactividad formal de la Administración", en *Ius et Veritas*, N.º 13, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1996.

DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge, "Las resoluciones que ponen fin al procedimiento administrativo", en *Ius et Veritas*, N.º 16, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1998.

DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge, "Comentarios a la nueva Ley del Procedimiento Administrativo General", en AA.VV., *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General: Ley N.º 27444*, ARA, Lima, 2001.

DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge, "Régimen de la nulidad de los actos administrativos en la nueva Ley N.º 27444", en AA.VV., *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Ley N.º 27444*, ARA, Lima, 2003.

DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge, "Los organismos reguladores de los servicios públicos en el Perú", en *Derecho administrativo*, Asociación Peruana de Derecho Administrativo / Jurista Editores, Lima, 2004.

DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge, "La participación ciudadana en el ejercicio de funciones administrativas en el Perú", en *Estudios en Homenaje a Don Jorge Fernández Ruiz*, UNAM, México D.F., 2005.

DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge, "El régimen de los reglamentos en el ordenamiento jurídico peruano", en *Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, UNAM, México D.F., 2008.

DE ASIS ROIG, Agustín, "Los recursos administrativos de reposición y alzada", en *Documentación Administrativa*, N.º 254-255, Ministerio para la Administraciones Públicas/Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1999

DÍEZ SÁNCHEZ, Juan José, "Comentarios en torno a la Ley de Proceso Contencioso-Administrativo del Perú", en *Revista de Administración Pública*, N.º 165, Centros de Estudios Constitucionales, Madrid, 2004.

DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, "La inaplicación administrativa de reglamentos ilegales y leyes inconstitucionales", en *Revista de Administración Pública*, N.º 155, Centros de Estudios Constitucionales, Madrid, 2001.

EGUIGUREN PRAELI, Francisco, "Facultades legislativas del Poder Ejecutivo", en EGUIGUREN, Francisco (Dir.), *La Constitución peruana de 1979*, Cultural Cuzco, Lima, 1986.

EGUIGUREN PRAELI, Francisco, "La legislación delegada y los decretos de urgencia", en *La Constitución de 1993: análisis y comentarios*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1994.

ENTRENA CUESTA, Rafael, "Notas sobre el concepto y clases de Estado de derecho", en *Revista de Administración Pública*, N.º 33, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1960.

ESPINOSA SALDAÑA B., Eloy, "Algunos alcances sobre la posibilidad de revisión judicial de aquellos actos calificados como 'políticos' o 'de direccionalidad política'", en *Revista Jurídica del Perú*, N.º 14, Trujillo, 1998.

ESPINOSA SALDAÑA B., Eloy, "Debido proceso en procedimientos administrativos, su viabilidad y las experiencias peruana y mundial sobre el particular", en *Revista Jurídica del Perú*, N.º 18. Trujillo, 2001.

ESPINOSA SALDAÑA B., Eloy, Eloy, "Recursos administrativos: algunas consideraciones básicas y el análisis del tratamiento que les ha sido otorgado en la Ley N.º 27444", en AA.VV., *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Ley N.º 27444*, ARA, Lima, 2003.

FERNÁNDEZ CARTAGENA, Julio, "Suspensión del procedimiento de ejecución coactiva de obligaciones no tributarias", en *Actualidad Jurídica*, T. 156, Lima, 2006.

FINOT, Iván, "Descentralización, transferencias territoriales y desarrollo local", en *Revista de la Cepal*, N.º 86, CEPAL, Santiago de Chile, 2006,

FLEURY, Sonia, *Reforma del Estado*, Banco Interamericano de Desarrollo, Washington D.C., 2000.

FRANCH, Marta, "Revisión de oficio", en *Control de la administración pública. Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo*, UNAM, México D.F., 2007.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo, "La interpretación constitucional como problema", en *Pensamiento Constitucional*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1994.

GARRIDO FALLA, Fernando, "El procedimiento administrativo de 1950 a hoy", en *Revista de Administración Pública*, N.º 150, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1999.

GÓMEZ-REINO Y CARNOTA, Enrique, "El arbitraje administrativo en el derecho de la competencia", en *Revista de Administración Pública*, N.º 162, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2003.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, "La costas en lo contencioso administrativo", en *Revista de Administración Pública*, N.º 9, Centros de Estudios Constitucionales, Madrid, 1952.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, "Garantías frente a la potestad sancionadora de la administración", en *Temas de Derecho Procesal. Memoria del XIV Congreso Mexicano de Derecho Procesal*, UNAM, México D.F., 1996.

GUEVARA COTRINA, Danilo, "El reciente pronunciamiento del Tribunal Constitucional respecto al procedimiento de ejecución coactiva", en *Actualidad Jurídica*, T. 154, Lima, 2006.

GUZMÁN NAPURÍ, Christian, "Una aproximación a la aplicación del Análisis Económico del Derecho al Derecho constitucional", en *Derecho & Sociedad*, N.º 15, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2000.

GUZMÁN NAPURÍ, Christian, "¿Es realmente necesario que el gobierno legisle?: apuntes acerca del uso de la legislación delegada y la legislación de urgencia en el Perú", en *Revista Jurídica del Perú*, Año 51, N.º 21, Trujillo, 2001.

GUZMÁN NAPURÍ, Christian, "El principio de preferencia por los derechos fundamentales: un intento de fundamentación lógica", en *Revista Jurídica del Perú*, N.º 27, Trujillo, 2001.

GUZMÁN NAPURÍ, Christian, "Acerca de los mecanismos de participación política", en *Revista Jurídica del Perú*, N.º 18, Trujillo, 2001.

GUZMÁN NAPURÍ, Christian, "El debido proceso en sede administrativa en la jurisprudencia y la doctrina peruana. ¿Hoy en día todavía puede discutirse la pertinencia del mismo?", en *Ius et Veritas*, N.º 22, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2001.

GUZMÁN NAPURÍ, Christian, "El nuevo régimen jurídico de los actos administrativos", en *Revista Jurídica del Perú*, Año 52, N.º 34, Trujillo, 2002.

GUZMÁN NAPURÍ, Christian, "Los recursos administrativos", en *Normas Legales*, N.º 326, Trujillo, 2003.

GUZMÁN NAPURÍ, Christian, "La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública", en AA.VV., *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Ley N.º 27444*, ARA, Lima, 2003.

GUZMÁN NAPURÍ, Christian, "Los administrados y sus derechos en el procedimiento", en *Revista Jurídica del Perú*, N.º 57, Trujillo, 2004.

GUZMÁN NAPURÍ, Christian, "La carga de la prueba en el procedimiento administrativo general", en *Actualidad Jurídica*, T. 134, Lima, 2005.

GUZMÁN NAPURÍ, Christian, "La manifestación de voluntad del administrado en el procedimiento administrativo", en *Actualidad Jurídica*, T. 145, Lima, 2005.

GUZMÁN NAPURI, Christian, "El procedimiento administrativo trilateral", en *Actualidad Jurídica*, T. 150, Lima, 2006.

HUAPAYA NAVA, Mario y TERRAZOS POVES, Juana Rosa, "Principio de subsidiariedad: consideraciones respecto a la aplicación constitucional del numeral 14.3 del D. Leg. N.º 1044 en materia de actividad empresarial del Estado", en *Derecho & Sociedad*, N.º 31, D&S, Lima, 2008.

HUAPAYA TAPIA, Ramón, "El artículo V de la Ley del Procedimiento Administrativo General o el derecho administrativo como ordenamiento jurídico", en AA.VV., *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Ley N.º 27444*, ARA, Lima, 2003.

HUAPAYA TAPIA, Ramón, "¿Cuáles son los alcances del derecho al debido procedimiento administrativo en la Ley del Procedimiento Administrativo General?", en *Actualidad Jurídica*, T. 141, Gaceta Jurídica, Lima, 2005.

HUTCHINSON, Tomás, "De la prueba en el procedimiento administrativo", en *Procedimiento Administrativo. Jornadas organizadas por la Universidad Austral*, Facultad de Derecho, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1998.

INDACOCHEA PREVOST, Ursula, "Calle de las Pizzas y ponderación constitucional", en *Revista de Derecho Administrativo*, N.º 5, CDA, Lima, 2008.

INDECOPI. ÁREA DE ESTUDIOS ECONÓMICOS, "Impulsando la simplificación administrativa: un reto pendiente", Documento de Trabajo N.º 002-2000, publicado en el Diario Oficial *El Peruano*, Lima, 10 de abril del 2000.

JACKISH, Carlota, "Teoría de distribución de poderes", en JACKISH, Carlota (Comp.), *División de poderes*, Buenos Aires, CIEDLA, 1993.

JEGOUZO, Ives, "El derecho a la transparencia administrativa: el acceso de los administrados a los documentos administrativos", en *Documentación Administrativa*, N.º 239, Ministerio para la Administraciones Públicas/Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1994.

JIMÉNEZ DORANTES, Manuel, "La delimitación del acto administrativo como elemento esencial para el desarrollo del derecho administrativo mexicano", en *Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano*, UNAM, México D.F., 2006.

JIMÉNEZ MAYOR, Juan F., "Relaciones entre el Poder Ejecutivo y Legislativo", en *Pensamiento Constitucional*, Maestría en Derecho con Mención en Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1994.

JORDANO FRAGA, Jesús, "La reforma del artículo 141, apartado 1, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre o el inicio de la demolición del sistema de responsabilidad objetiva de las administraciones públicas", en *Revista de Administración Pública*, N.º 149, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1999.

KLEIN, Harald, "Gobiernos locales y democracia", en *Boletín*, N.º 12, Instituto del Ciudadano, Lima, 1995.

KOSSUTH WIELAND, Alfred, "Algunas consideraciones acerca de la responsabilidad por productos defectuosos a la luz de la Ley de Protección al Consumidor", en *Revista Jurídica del Perú*, N.º 26, Trujillo, 2001.

KREBS, Walter, "Contratos y convenios entre la Administración y los particulares", en *Documentación Administrativa*, N.º 235-236, Ministerio para la Administraciones Públicas/Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1993.

KRESALJA R., Baldo, "El rol del Estado y la gestión de los servicios públicos", en *Thémis*, N.º 39, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999.

LAPORTA, Francisco, "Sobre el concepto de derechos humanos", en *Doxa* 4, Universidad de Alicante, Alicante, 1987.

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella, "Resoluciones no revisables por el Poder Judicial", en AA.VV., *La Constitución Comentada*, T. II, Gaceta Jurídica, Lima, 2005.

LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro, "Los principios del procedimiento administrativo", en CIENFUEGOS SALGADO, David y LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro (coords.), *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz*, UNAM, México D.F., 2005.

LUNA CERVANTES, Eduardo, "El derecho de petición", en AA.VV., *La Constitución comentada*, T. I, Gaceta Jurídica, Lima, 2005.

MARAVÍ SUMAR, Milagros, "La simplificación administrativa: un asunto complejo", en *Thémis*, N.º 40, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2000.

MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián, "Presupuestos constitucionales de la función administrativa en el derecho positivo", en *Revista de Administración Pública*, N.º 26, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1958.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, "De la simplificación de la administración pública", en *Revista de Administración Pública*, N.º 147, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1998.

MARTIN TIRADO, Richard, "El procedimiento administrativo trilateral y su aplicación en la nueva Ley del Procedimiento Administrativo General", en AA.VV., *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Ley N.º 27444*, ARA, Lima, 2003.

MARTIN TIRADO, Richard, "La responsabilidad de la administración pública y del personal a su servicio", en AA.VV., *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Ley N.º 27444*, ARA, Lima, 2005.

MARTIN TIRADO, Richard, "El régimen del contrato administrativo de servicios: nuevas soluciones para un viejo problema", en *Revista de Derecho Administrativo*, N.º 7, CDA, Lima, 2009.

MARTÍN VALDIVIA, Salvador, "El silencio administrativo como garantía de los derechos de los particulares", en *Revista de Administración Pública*, N.º 149, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1999.

MARTÍNEZ, Juan José, "Entendiendo la reforma del Estado a través del problema de agencia", en *Revista de Derecho Administrativo*, N.º 1, CDA, Lima, 2006.

MASUCCI, Alfonso, "Apuntes reconstructivos de la Ley sobre el Procedimiento Administrativo en Italia", en *Documentación Administrativa*, N.º 248-249, Ministerio para la Administraciones Públicas/Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1997.

MATHEUS LÓPEZ, Carlos Alberto, "Introducción propedéutica a la tutela procesal del medio ambiente en el Perú", en *Derecho-PUC*, N.º 56, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003.

MENDOZA ESCALANTE, Mijail, "Intensidad de la intervención o afectación de derechos fundamentales y principio de proporcionalidad", en *Revista Jurídica del Perú*, T. 80, Lima, 2007.

MIR PUIGPELAT, Oriol, "El concepto de derecho administrativo desde una perspectiva lingüística y constitucional", en *Revista de Administración Pública*, N.º 162, Centros de Estudios Constitucionales, Madrid, 2003.

MIRANDA HURTADO, Guillermo, "Instituciones y perspectivas del derecho laboral público", en *Derecho & Sociedad*, Año 15, N.º 23, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2004.

MONROY GÁLVEZ, Juan, "Debido proceso y tutela jurisdiccional", en AA.VV., *La Constitución comentada*, T. II, Gaceta Jurídica, Lima, 2005.

MORALES LUNA, Félix, "Principios jurídicos y sistemas normativos", en *Foro Jurídico*, N.º 1, Lima, 2002.

MORENO MOLINA, Ángel Manuel, "La reforma administrativa en los Estados Unidos", en *Revista de Administración Pública*, N.º 134, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.

MORILLO-VELARDE PÉREZ, José Ignacio, "El silencio administrativo tras la reforma de 1999: un cambio inadvertido y unas posibilidades inéditas", en *Revista de Administración Pública*, N.º 159, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2002.

MORÓN URBINA, Juan Carlos, "El nuevo régimen de los actos administrativos en la Ley N.º 27444", en AA.VV., *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Ley N.º 27444*, Lima, ARA, 2003.

MORÓN URBINA, Juan Carlos, "El vicio de la derogación singular de las normas reglamentarias", en *Ius et Veritas*, N.º 26, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003.

MORÓN URBINA, Juan Carlos, "Reflexiones constitucionales sobre la regla del agotamiento de la vía administrativa", en *Foro Jurídico*, N.º 2, Lima, 2003.

MORÓN URBINA, Juan Carlos, "La suspensión de la cobranza coactiva por la interposición de la demanda contencioso administrativa", en *Actualidad Jurídica*, T. 142, Lima, 2005.

MORÓN URBINA, Juan Carlos, "El exceso de punición administrativa", en *Actualidad Jurídica*, T. 144, Lima, 2005.

MORELL OCAÑA, Luis, "El principio de jerarquía de la Administración: del paradigma de la objetivación al de la *fidelitas* personal", en Documentación Administrativa

N.º 229, Ministerio para la Administraciones Públicas/Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1992.

MUÑOZ MACHADO, Santiago, "Las concepciones del Derecho administrativo y la idea de participación en la Administración", en *Revista de Administración Pública*, N.º 84, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1977.

OCHOA CARDICH, César, "Los principios generales del procedimiento administrativo", en AA.VV., *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Ley N.º 27444*, ARA, Lima, 2003.

ORTEGA, Luis, "La coordinación de la Administración del Estado", en *Documentación Administrativa*, N.º 230-231, Ministerio para la Administraciones Públicas/Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1992.

ORTEGA, Luis, "La responsabilidad civil de la Administración Pública", en *Thémis*, N.º 32, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1995.

PALOMAR OLMEDA, Álvaro, "Los principios de la actividad administrativa y las relaciones entre las Administraciones", en *Documentación Administrativa*, N.º 254-255, Ministerio para la Administraciones Públicas/Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1999.

PANIAGUA CORAZAO, Valentín, "Sistema electoral", en *La Constitución de 1993: análisis y comentarios*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1995.

PANTALEÓN PRIETO, Fernando, "Los anteojos del civilista: hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas", en *Documentación Administrativa*, N.º 237-238, Ministerio para la Administraciones Públicas/Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1994.

PAREJO ALFONSO, Luciano, "Estudio sobre arbitraje", en CISNEROS FARÍAS, Germán et al. (coords.), *Control de la Administración Pública*, UNAM, México D.F., 2007.

PAREJO ALFONSO, Luciano, "El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional: a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N.º 3, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1981.

PASCO LIZÁRRAGA, Mario, "La carga de la prueba y las presunciones en la nueva Ley Procesal del Trabajo", en *Actualidad Jurídica*, T. 194, Lima, 2010

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, "Reflexiones sobre el Parlamento", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, 1986.

PEDRESCHI GARCÉS, Willy, "Análisis sobre la potestad sancionadora de la administración pública y el procedimiento administrativo sancionador", AA.VV., en *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Ley N.º 27444*, ARA, Lima, 2003.

PÉREZ HUALDE, Alejandro, "Constitución Nacional y control de los servicios públicos", en *Revista Jurídica del Perú*, N.º 32, Trujillo, 2002.

PESOLE, Luciana, "El acceso por vía incidental en la justicia constitucional italiana", en *Revista de Derecho*, vol. 12, N.º 1, Universidad Austral de Chile, Valdivia, 2001.

POLASTRI, Rossana y ROJAS, Fernando, "Descentralización", en *Perú: La oportunidad de un país diferente: prospero, equitativo y gobernable*, Banco Mundial, Lima, 2006.

POSNER, Richard A., *El análisis económico del derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1998.

PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS, *Política y Plan Nacional de Simplificación Administrativa*, PCM-GTZ, Lima, 2010

RAINER, Arnold, "El derecho constitucional europeo a fines del siglo XX", en PALOMINO MANCHEGO, José F. (comp.), *Derechos humanos y Constitución en Iberoamérica. Libro homenaje a Germán J. Bidart Campos*, Grijley, Lima, 2002.

REBOLLO, Luis Martín, "Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración", en *Revista de Administración Pública*, N.º 150, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1999.

RESTREPO BOTERO, Darío, "Mecanismos de democracia participativa". Ponencia presentada en el Taller de Expertos "Participación de la Sociedad Civil en Programas Sociales", auspiciado por CLAD y AECI. Caracas, del 24 al 26 de abril de 1995.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo, "La revocación de los actos administrativos ilícitos", en *Derecho administrativo. Memorias del Congreso Internacional de Culturas y sistemas jurídicos comparados*, UNAM, México D.F., 2005.

ROMÁN MASEDO, Laura, "Política y Administración: algunas notas sobre el origen y la evolución del debate teórico", en *Revista de Estudios Políticos*, N.º 98, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

SÁENZ DÁVALOS, Luis, "La cláusula de derechos no enumerados y su aplicación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en *Revista Peruana de Jurisprudencia*, N.º 13, Trujillo, 2002.

SALCEDO CUADROS, Carlo Magno, "El modelo de administración electoral según la Constitución de 1993: la reforma deformada", en *La Administración Electoral en el Perú. Funciones, competencias y organismos electorales*, ONPE, Lima, 2004.

SALCEDO CUADROS, Carlo Magno, "¿Qué es materia electoral? A propósito del control jurisdiccional de las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones", en *Actualidad Jurídica*, N.º 143, Lima, 2005.

SALCEDO CUADROS, Carlo Magno, "La reforma legal del régimen sobre el proceso contencioso-administrativo", en *Actualidad Jurídica*, T. 179, Lima, 2008.

SANTAMARÍA ARINAS, René Javier, "La reforma del artículo 105.1 LPC y la revocación de los actos administrativos", en *Revista de Administración Pública*, N.º 151, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2000.

SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge, "Atribuciones del presidente del Consejo de Ministros", en AA.VV., *La Constitución comentada*, T. II, Gaceta Jurídica, Lima, 2005.

SCHOCH, Friedrich, "El pensamiento procesal en el derecho administrativo general", en *Documentación Administrativa*, N.º 235-236, Ministerio para la Administraciones Públicas/Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1993.

SHIMABUKURO MAKIKADO, Roberto C., "La instrucción del Procedimiento Administrativo", en AA.VV., *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Ley N.º 27444*, ARA, Lima, 2003.

TIRADO BARRERA, José Antonio, "La ejecución forzosa de los actos administrativos en la Ley N.º 27444", en AA.VV., *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Ley N.º 27444*, ARA, Lima, 2003.

TORNOS MAS, Joaquín, "La simplificación procedimental en el ordenamiento español", en *Revista de Administración Pública*, N.º 151, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2000.

TULLOCK, Gordon, "El voto como un medio de control colectivo", en TULLOCK, Gordon, *Los motivos del voto*, Espasa Calpe, Madrid, 1979.

USLENGHI, Alejandro J., "Audiencias públicas", en *Procedimiento Administrativo*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral. Facultad de Derecho, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 1998.

ZAS FRIZ BURGA, Johnny, "La autonomía política y sus elementos. Una introducción conceptual para el estudio de los gobiernos subnacionales", en *Derecho-PUC*, N.º 52, Lima, 1999.

ZAS FRIZ BURGA, Johnny, "Autonomía y organización de los gobiernos regionales", en AA.VV., *La Constitución comentada*, T. II, Gaceta Jurídica, Lima, 2005.

ZEGARRA VALDIVIA, Diego, "La motivación del acto administrativo en la Ley N.º 27444, Nueva Ley del Procedimiento Administrativo General", en AA.VV., *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Ley N.º 27444*, ARA, Lima, 2003.

ZOLEZZI MÖLLER, Armando, "El régimen tributario en la nueva Constitución", en *La Constitución de 1993: análisis y comentarios*. Comisión Andina de Juristas, Lima, 1994.

ÍNDICE ANALÍTICO

Las cifras remiten a las páginas de la obra.

Abandono, 547, 549.
Abstención, 211 y ss.
Acceso al expediente, 498.
Actividad empresarial del Estado, 149 y ss.
Actos administrativos (Régimen jurídico de los), 317 y ss., 346 y ss., 355 y ss.
Actos administrativos habilitantes, 597.
Actos administrativos impugnables, 612.
Actos heterocompositivos, 614.
Acumulación de solicitudes administrativas, 475.
Acumulación objetiva de peticiones, 476.
Acumulación originaria, 475 y ss.
Administración pública (Actividades), 22.
Administrados (Régimen jurídico de los), 265 y ss., 286 y ss.
Alegatos o alegaciones, 520.
Atribuciones indelegables, 193 y ss.
Audiencia pública, 288 y ss.
Autenticación de actos propios, 417.
Autonomía del derecho administrativo, 30.
Autoridad administrativa, 386.
Autoservicio, 470.
Autotutela administrativa, 178 y ss., 574.

Barreras burocráticas, 158, 430 y ss.

Caducidad, 551.
Carga de la prueba, 522.
Caso fortuito, 304.
Celeridad de los procedimientos, 500.

Colaboración entre entidades, 224 y ss.
Colaboración interinstitucional, 228.
Competencia administrativa, 186 y ss.
Conferencias entre entidades vinculadas, 228.
Conflicto negativo de competencia, 207.
Conflicto positivo de competencia, 207.
Conflictos de competencia, 203 y ss.
Contradicción administrativa, 445 y ss.
Contraloría General de la República, 253.
Contrato administrativo de servicios (CAS), 238.
Contratos administrativos, 320.
Control administrativo, 21.
Control judicial de la Administración Pública, 219.
Control y prevención de daños, 309.
Convenios de colaboración, 229.
Copia de un documento público, 417.
Costas y costos en un proceso judicial, 302.

Daño emergente, 300.
Daño indemnizable, 300.
Daño moral, 301.
Daño no indemnizable, 301.
Declaratoria de nulidad de un acto administrativo, 299.
Decretos de urgencia, 73, 74.
Decretos legislativos, 72.
Delegación, 192 y ss.
Delegación de firma, 199, 200.
Delito de omisión o retardo de función, 259.
Delitos contra el orden económico, 652.
Delitos de peligro, 652.
Denunciante, 438.
Denuncias, 438 y ss.
Derecho de petición administrativa, 441 y ss.
Derechos de tramitación, 423 y ss.
Descentralización, 161 y ss.
Desistimiento, 545.
Días calendario, 486.
Días inhábiles, 485.
Doble percepción de ingreso proveniente del Estado, 258.
Domicilio del administrado, 361.

Eficacia de los actos administrativos, 355 y ss.
Eficacia de los actos administrativos, 355.
Ejecución coactiva, 577 y ss.
Ejecución de actos administrativos, 571 y ss.
Ejecución forzosa, 575 y ss., 577 y ss.
Elementos esenciales de la organización administrativa, 98.
Encargo de gestión, 197 y ss.
Enriquecimiento ilícito, 263.
Entes rectores, 121.
Entidad administrativa, 101 y ss.
Entidades encargadas del cumplimiento de las normas de procedimiento, 429 y ss.
Estabilidad laboral, 243.
Estado (Funciones), 14 y ss.
Estructura de la administración pública
Ética pública, 236.
Exautoridades, 256.
Expediente, 504 y ss.

Faltas administrativas, 247.
Fedatarios, 415 y ss.
Fin del procedimiento, 542 y ss.
Fiscalización posterior, 380 y ss.
Formas de iniciación del procedimiento administrativo, 438 y ss.
Formularios, 507.
Fotografías de los administrados, 412.
Fractura del nexo causal, 304.
Fuentes del derecho administrativo, 64 y ss.
Fuerza mayor, 304.
Función administrativa, 16 y ss., 30 y ss.
Funcionario público, 262 y ss.
Funciones del Estado, 14 y ss.

Gastos administrativos, 428 y ss.
Gobiernos locales, 170 y ss.
Gobiernos regionales, 165 y ss.

Horario de atención de las entidades, 486.

Impulso de oficio, 549.
Incidentes administrativos, 516.
Incompetencia administrativa, 205.
Indecopi, 155, 430, 586, 603.
Informe final, 539.
Informes administrativos, 533 y ss.
Inicio del procedimiento administrativo, 456 y ss.
Instrucción del procedimiento administrativo, 519 y ss.
Instrumentos de gestión, directivas y circulares, 93.
Interés general, 30, 31, 310.
Interés privado, 311.
Intervención de terceros en la actividad probatoria, 537.

Jurado Nacional de Elecciones, 626.
Jurisprudencia, 88.

Legalidad del procedimiento, 390 y ss.
Lucro cesante, 300.

Manual de Procedimientos Institucionales, 373.
Medidas cautelares, 513 y ss.
Ministerios, 136 y ss.
Ministros, 136 y ss.
Modelos de escritos recurrentes, 508.
Multa coercitiva, 588.

Nombramiento o contratación del personal, 234.
Normas administrativas en general, 87.
Normativa derogada, 597.
Notificación, 355 y ss.
Nulidad de oficio, 593.
Nulidad del acto administrativo, 346 y ss.

OEFA, 587.
Ordenación del procedimiento administrativo, 493 y ss.
Organismo administrativo, 101.
Organismos constitucionales autónomos, 145.
Organismos públicos, 139.

Organismos públicos ejecutores, 140.
Organismos reguladores, 142.
Organismos técnicos especializados, 141.
Organización de la administración pública, 134 y ss.
Organización descentralizada, 161 y ss.
Órgano administrativo, 103 y ss.
Órganos colegiados, 123 y ss.
Órganos desconcentrados de la entidad, 466.

Pago de tasas, 446.
Participación de los administrados en las decisiones administrativas.
Personal de la Administración Pública, 224 y ss.
Peticiones de gracia, 452.
Plazos, 480 y ss.
Poder ejecutivo, 134 y ss.
Poder especial, 477.
Poder general, 477.
Poder judicial, 144, 145, 216 y ss.
Poder legislativo, 143 y ss.
Potestad sancionadora, 648 y ss., 653.
Potestades discrecionales, 181.
Precedente administrativo, 90, 91.
Precedente jurisprudencial, 89.
Prescindencia de la actuación probatoria, 527.
Presentación de la declaración jurada, 263.
Presentación espontánea, 413.
Presidente del Consejo de Ministros, 137.
Presunción de veracidad, 409.
Presupuesto público, 303.
Principio de celeridad en el procedimiento administrativo, 52.
Principio de conducta procedimental, 52.
Principio de discrecionalidad limitada, 327.
Principio de eficacia, 53.
Principio de ejecutividad, 322.
Principio de ejecutoriedad, 322.
Principio de imparcialidad, 48, 49.
Principio de impugnabilidad, 323.
Principio de impulso de oficio, 45, 497, 523.
Principio de informalismo, 50.
Principio de inmediatez, 255.
Principio de irrevocabilidad, 324.
Principio de legalidad, 20, 35.

Principio de participación, 286.
Principio de participación, 56, 57.
Principio de predictibilidad, 59, 60.
Principio de presunción de veracidad, 51.
Principio de privilegio de controles posteriores, 60.
Principio de proporcionalidad, 47, 48.
Principio de razonabilidad, 46, 48.
Principio de simplicidad, 57.
Principio de subsidiaridad?, 154.
Principio de unidad de vista, 496.
Principio de uniformidad en el procedimiento administrativo, 58.
Principio de verdad material, 54, 526.
Principio del debido procedimiento administrativo, 37 y ss.
Principios que regulan la función administrativa, 30
Procedimiento administrativo, 372 y ss.
Procedimiento administrativo trilateral, 629 y ss.
Procedimiento disciplinario, 252.
Procedimientos concurrenciales, 630.
Procedimientos trilaterales, 55.
Proceso contencioso administrativo, 220.
Proceso de lesividad, 352.
Programas, 142.
Programas de racionalización del tiempo, 469.
Proyecto de resolución, 539.
Proyectos, 142.
Prueba instrumental, 532.
Publicación, 355 y ss.

Queja, 511 y ss.

Ratificación de firma y del contenido del escrito, 474.
Recepción documental, 464.
Rectificación de errores, 592.
Recurso de apelación, 618 y ss.
Recurso de lesividad, 595 y ss.
Recurso de reconsideración, 616 y ss.
Recurso de revisión, 620.
Recurso jerárquico, 618 y ss.
Recursos administrativos, 605 y ss.
Régimen del personal de la administración pública, 233 y ss.
Régimen jurídico de los actos administrativos, 317 y ss., 346 y ss., 355 y ss.

Régimen jurídico de los administrados, 265 y ss., 286 y ss.
Régimen laboral público, 243.
Registro de sanciones, 251.
Reglamentos administrativos, 79 y ss.
Repetición, 312.
Representación de las personas jurídicas en el procedimiento administrativo, 478.
Reserva de ley, 71, 81.
Reserva reglamentaria, 81.
Resolución final, 543.
Resoluciones inimpugnables, 625.
Respondabilidad administrativa, 259, 260.
Responsabilidad administrativa, 245 y ss., 259.
Responsabilidad civil, 245.
Responsabilidad del personal de la administración pública, 224 y ss.
Responsabilidad patrimonial de la administración pública, 293 y ss.
Responsabilidad penal, 246, 263.
Responsabilidad vicaria, 312.
Revisión de oficio de los actos administrativos, 592 y ss.
Revocación de actos administrativos, 599 y ss.
Revocatoria, 170, 175.

Sanciones adminisitrativas, 250.
Silencio administrativo, 553 y ss.
Simplificación administrativa, 407 y ss., 422 y ss.
Sistema de administración financiera del Estado, 115.
Sistema de Defensa Judicial del Estado, 117.
Sistema de Gestión de Recursos Humanos, 113.
Sistema de Sistema Nacional de Abastecimiento, 114.
Sistema electoral, 147.
Sistema Nacional de Control, 119, 120.
Sistema Nacional de Inversión Pública, 116.
Sistema Nacional de Modernización de la Gestión Pública, 120 y ss.
Sistema Nacional de Planeamiento Estratégico, 116.
Sistemas administrativos, 112.
Sistemas funcionales, 110.
Subsanación documental, 471 y ss.
Sucedáneos documentales, 413 y ss.
Suplencia, 201 y s.

Terceros administrados, 283.
Término de la distancia, 485.

Términos, 480 y ss.
Texto Único de Procedimientos Administrativos, 392 y ss.
Traducciones de parte, 409.
Tratados de integración, 69.
Tribunal Constitucional, 635.

Unidades de recepción de escritos administrativos, 465.
Uniformidad documental, 506.

Vacancia, 170, 175.
Validez del acto administrativo, 346 y ss.
Vencimiento de los plazos, 467, 488.

ÍNDICE GENERAL

Capítulo I: La función administrativa

1. Las funciones del Estado 14
2. Las tres funciones y la función administrativa 16
3. La función administrativa. Su definición 16
   3.1. El punto de vista orgánico o estructural 17
   3.2. El punto de vista material o sustancial 18
   3.3. Características diferenciales de la función administrativa, desde el punto de vista funcional 19
   3.4. El ámbito de la función administrativa 20
   3.5. El principio de legalidad 20
   3.6. El control administrativo 21
4. Las actividades de la Administración Pública 22
   4.1. Actividad de limitación de derechos 22
   4.2. ¿Pueden limitarse todos los derechos? 24
   4.3. Parámetros para la actividad limitadora de la Administración 24
   4.4. Actividad prestacional 25
   4.5. Actividad de fomento 25
   4.6. Actividad normativa 26
   4.7. Actividad sancionadora 26
   4.8. Actividad cuasijurisdiccional 27
   4.9. Actividad arbitral 27
5. A modo de conclusión 28

Capítulo II: Los principios que regulan la función administrativa

1. Generalidades 29
   1.1. Empleo de los principios generales 30
2. La autonomía del derecho administrativo y el interés general 30
   2.1. El interés general y el cambio en el paradigma 31
3. Los principios establecidos en la Ley de Procedimiento Administrativo General 32
   3.1. Carácter no taxativo de la enumeración de principios contenidos en la Ley 32
   3.2. El principio de legalidad 35
      3.2.1. Origen del principio de legalidad 35
   3.3. El debido procedimiento administrativo 37
      3.3.1. El debido proceso en sede administrativa 38
      3.3.2. Los derechos constitucionales implícitos como sustento del debido proceso en sede administrativa 39
      3.3.3. El contenido del derecho al debido proceso en sede administrativa 41
      3.3.4. Elementos diferenciales 42

3.3.5. Limitaciones al debido proceso en sede administrativa 43
3.3.6. El componente sustantivo 44
3.4. El principio de impulso de oficio..... 45
3.4.1. Contenido del principio de impulso de oficio 45
3.5. El principio de razonabilidad 46
3.5.1. El principio de proporcionalidad..... 47
3.5.2. La importancia de los principios de razonabilidad y proporcionalidad 48
3.6. El principio de imparcialidad 48
3.6.1. Importancia del principio de imparcialidad..... 49
3.7. El principio de informalismo 50
3.8. El principio de presunción de veracidad..... 51
3.9. El principio de conducta procedimental 52
3.10. El principio de celeridad en el procedimiento administrativo 52
3.11. El principio de eficacia..... 53
3.12. El principio de verdad material 54
3.12.1. El caso particular de los procedimientos trilaterales..... 55
3.13. El principio de participación 56
3.13.1. La importancia de este principio 57
3.14. El principio de simplicidad..... 57
3.15. El principio de uniformidad en el procedimiento administrativo..... 58
3.16. El principio de predictibilidad 59
3.16.1. Finalidad del principio de predictibilidad..... 60
3.17. El principio de privilegio de controles posteriores 60
3.17.1. Aplicación del principio..... 61

Capítulo III: Sistema de fuentes del derecho administrativo

1. Las disposiciones constitucionales 64
1.1. La Constitución como fuente de Derecho 64
1.2. Función articuladora de la Constitución 64
1.3. Interpretación constitucional e interpretación conforme a la Constitución 66
1.4. La supremacía constitucional 66
2. Los tratados y convenios internacionales incorporados al ordenamiento jurídico nacional 67
2.1. El caso de los tratados de integración 69
3. Las leyes y las disposiciones de jerarquía equivalente..... 69
3.1. Características de la norma con rango de ley..... 69
3.2. Aplicación e importancia de la norma con rango de ley en el derecho administrativo 70
3.3. Reserva de ley..... 71
3.4. Los decretos legislativos 72
3.5. Los decretos de urgencia..... 73
3.5.1. Las limitaciones de los decretos de urgencia 74
3.6. Las normas regionales y locales de alcance general..... 77
3.7. El rol de la Ley de Procedimiento Administrativo General 77
3.7.1. Finalidad de la norma legal de naturaleza administrativa 78
4. Los reglamentos administrativos 79
4.1. Características diferenciales de los reglamentos..... 80
4.2. Reserva de ley y reserva reglamentaria 81

4.3. La inderogabilidad singular 82
4.4. Inaplicación de reglamentos 82
4.5. Los reglamentos ejecutivos 83
4.6. La regulación legal 84
4.7. Los reglamentos autónomos 85
5. Las normas administrativas en general 87
6. Las fuentes delimitativas e interpretativas 88
6.1. La jurisprudencia 88
6.1.1. Precedente jurisprudencial 89
6.1.2. Los pronunciamientos vinculantes 90
6.2. El empleo de los principios generales 90
7. El precedente administrativo 90
7.1. Modificación del precedente administrativo 91
8. Las disposiciones generales al interior de las entidades 92
8.1. Instrumentos de gestión, directivas y circulares 93
9. Resolución en el ámbito administrativo ante la deficiencia de fuentes 94

Capítulo IV: La estructura de la Administración Pública

1. Elementos esenciales de la organización administrativa 98
1.1. Las actividades de gestión administrativa 98
1.1.1. La actividad organizativa 99
1.1.2. Criterios para el diseño y estructura de la Administración Pública 100
1.2. El organismo administrativo o entidad administrativa 101
1.2.1. La definición reglamentaria de entidad administrativa 102
1.3. El órgano administrativo 103
1.3.1. Clases de órganos por su función genérica 103
1.3.2. Clases de órganos por su función al interior de los organismos 104
1.4. Las relaciones entre los órganos y organismos administrativos 106
1.4.1. Jerarquía 107
1.4.2. Relaciones de tutela 108
1.4.3. Relaciones de coordinación 109
2. El sistema en el derecho administrativo 109
2.1. Justificación de los sistemas al interior del Estado 110
2.2. Los sistemas funcionales 110
2.3. Los sistemas administrativos 112
2.3.1. Gestión de Recursos Humanos 113
2.3.2. Sistema Nacional de Abastecimiento 114
2.3.3. La administración financiera del Estado 115
2.3.4. El Sistema Nacional de Inversión Pública 116
2.3.5. Sistema Nacional de Planeamiento Estratégico 116
2.3.6. El Sistema de Defensa Judicial del Estado 117
2.3.7. El Sistema Nacional de Control 119
2.3.8. Sistema Nacional de Modernización de la Gestión Pública 120
2.4. Los entes rectores 121
2.4.1. Atribuciones de los entes rectores en los sistemas administrativos 121
3. Órganos colegiados 123
3.1. Aplicación del régimen de los órganos colegiados 123
3.2. Clases de órganos colegiados 124

3.3. Organización interna de los órganos colegiados 125
3.4. Atribuciones de los miembros de los órganos colegiados 125
3.5. Régimen de sesiones 127
3.5.1. Frecuencia de reunión de los miembros de los órganos colegiados 127
3.5.2. Convocatoria para las sesiones 127
3.5.3. Sesión universal 128
3.5.4. Celebración de la sesión 128
3.5.5. Quórum establecido para la instalación 128
3.5.6. Orden del día 129
3.5.7. Suspensión de la sesión 129
3.5.8. Quórum establecido para las votaciones 129
3.5.9. Miembros del órgano colegiado que votan distinto a la mayoría 130
3.5.10. Prohibición de abstención 130
3.5.11. Acta de sesión 131
3.5.12. Trámite que se sigue respecto al acta de sesión 131

Capítulo V: La organización de la Administración Pública. Organización nacional

1. El Poder Ejecutivo o Gobierno 134
1.1. El régimen presidencial. El caso peruano 134
1.2. Los ministerios 136
1.2.1. Los ministros 136
1.2.2. El rol del presidente del Consejo de Ministros 137
1.2.3. Estructura general de los ministerios 139
1.3. Los organismos públicos 139
1.3.1. Organismos públicos ejecutores 140
1.3.2. Los organismos técnicos especializados 141
1.3.3. Los organismos reguladores 142
1.4. Programas y proyectos 142
2. El Poder Legislativo o Parlamento 143
2.1. Funciones del Parlamento 143
2.2. La función administrativa en el Parlamento 144
3. El Poder Judicial 144
3.1. El rol de control del Poder Judicial 145
4. Los organismos constitucionales autónomos 145
4.1. El caso del sistema electoral 147
5. Las demás entidades y organismos del Estado 148
6. La actividad empresarial del Estado 149
6.1. Las limitaciones a la actividad empresarial del Estado. El principio de subsidiaridad 150
6.2. Regulación actual de la actividad empresarial del Estado 151
6.2.1. Ámbito 152
6.2.2. Estados financieros 152
6.2.3. ¿Se abre las puertas a la privatización de empresas públicas? 153
6.4. ¿Existe algún mecanismo de control del principio de subsidiaridad? 154
6.5. El precedente del Tribunal de Indecopi 155
6.5.1. El precedente de la Sala en cuanto a la existencia de oferta privada suficiente 156
6.5.2. Barreras burocráticas 158
6.5.3. El sentido de la resolución de la Sala 158

7. Las entidades de derecho privado que se encuentran sujetas al derecho público 159
7.1. Las denominadas personas jurídicas no estatales de derecho público interno. 160

Capítulo VI: Organización descentralizada

1. Introducción 161
2. Ventajas y desventajas de la descentralización 162
3. Las normas regionales y locales de alcance general 164
4. Los gobiernos regionales 165
4.1. Competencias constitucionales 165
4.1.1. Bienes y rentas 167
4.2. Conformación de regiones 167
4.3. Organización 168
4.4. Transferencia de competencias 169
4.5. Revocatoria y vacancia 170
5. Los gobiernos locales 170
5.1. Competencias constitucionales 171
5.1.1. Bienes y rentas 173
5.1.2. Administración Tributaria 174
5.2. Organización 174
5.3. Revocación y vacancia 175

Capítulo VII: La autoridad administrativa o la Administración Pública como sujeto de relaciones jurídicas procesales

1. Principios generales 178
1.1. La autotutela administrativa 178
1.1.1. Efectos de la autotutela 179
1.2. Las potestades administrativas en general 180
1.2.1. Potestades discrecionales 181
1.3. Los deberes de las autoridades en el procedimiento administrativo 182
2. La competencia administrativa 186
2.1. Competencia administrativa. Generalidades 186
2.1.1. Alcances de la competencia administrativa 186
2.1.2. Caracteres de la competencia administrativa 186
2.1.3. Competencia desconcentrada 189
2.2. Ejercicio de la competencia administrativa 191
2.2.1. Competencia de las entidades consagradas en la Constitución 191
2.2.2. Cambio de la competencia administrativa 191
2.3. Delegación 192
2.3.1. Atribuciones indelegables 193
2.3.2. Deber de vigilancia del delegante 194
2.3.3. Extinción de la delegación de la competencia administrativa 194
2.4. Avocación de competencia de una autoridad administrativa 195
2.4.1. Características y requisitos de la avocación de la competencia administrativa 196
2.5. Encargo de gestión 197
2.5.1. Formalización del encargo de gestión 198
2.5.2. Responsabilidades que asume la entidad que realiza el encargo de gestión 198

2.5.3. Encargos de gestión a personas jurídicas no estatales 199
2.6. Delegación de firma..... 199
2.6.1. Límites a la delegación de firma 200
2.7. Suplencia 201
2.7.1. Funciones del suplente de un cargo administrativo 201
2.8. Desconcentración de la titularidad de la competencia..... 202
2.8.1. Impugnación contra actos administrativos emitidos en el ejercicio de la competencia administrativa desconcentrada..... 203
3. Conflictos de competencia 203
3.1. Control de la competencia administrativa 204
3.2. Criterios y oportunidad del control de la competencia administrativa..... 204
3.3. Incompetencia administrativa..... 205
3.4. Declinación de competencia..... 205
3.5. Presentación de escritos ante organismo incompetente 206
3.6. Conflictos de competencia..... 206
3.6.1. Conflicto negativo de competencia 207
3.6.2. Conflicto positivo de competencia 207
3.7. Resolución de los conflictos de competencia 208
3.7.1. Plazo para que se emita la resolución de conflicto de competencia.... 208
3.7.2. Continuación del procedimiento..... 208
3.7.3. Autoridades que se encuentran facultadas para resolver los conflictos de competencia 209
3.7.4. Autoridades que se encuentran facultadas para resolver los conflictos de competencia fuera de una misma entidad 209
3.7.5. Conflictos de competencia entre otras entidades..... 210
3.7.6. Impugnación de la resolución de un conflicto de competencia 210
4. Abstención 211
4.1. Causales de abstención de la autoridad administrativa 211
4.2. Promoción y resolución de la abstención..... 213
4.2.1. Formalidad para la promoción de la abstención..... 213
4.2.2. Trámite de la abstención 213
4.2.3. Abstención de la autoridad administrativa por disposición superior ... 214
4.2.4. Impugnación de la resolución que ordena la abstención de una autoridad administrativa..... 214
4.2.5. Rol de la autoridad administrativa que fue motivo de abstención 215
4.3. Efectos de la falta de abstención..... 215
4.3.1. Consecuencias que se originan producto de la falta de abstención..... 215
5. Las relaciones entre el Poder Judicial y la Administración Pública 216
5.1. El problema de los actos políticos o de direccionalidad política 217
5.2. El control judicial de la Administración Pública 219
5.2.1. El proceso contencioso administrativo 220

Capítulo VIII: Colaboración entre entidades

1. Coordinación y cooperación 224
2. Deberes que rigen la colaboración entre las autoridades 225
3. Suspensión del plazo..... 227
4. Medios que permiten la colaboración interinstitucional..... 228
4.1. Las conferencias entre entidades vinculadas..... 228
4.2. Los convenios de colaboración 229

4.3. Otros mecanismos de colaboración entre entidades 230
5. Regulación de la colaboración entre entidades 230
5.1. Notificación al administrado 230
5.2. Responsabilidad de los actores de la colaboración interinstitucional 231
5.3. Costas para la colaboración interinstitucional 231

Capítulo IX: El régimen del personal de la Administración Pública y la responsabilidad del mismo

1. Principios generales del régimen del personal de la Administración Pública 233
1.1. El régimen de nombramiento o contratación 234
1.2. La naturaleza de la relación entre el personal de la Administración Pública y la misma 235
1.3. La ética pública 236
1.4. El contrato administrativo de servicios 238
1.4.1. Ámbito de aplicación 238
1.4.2. Impedimentos 239
1.4.3. La pertinencia de este régimen 240
1.4.4. Lo establecido por el Tribunal Constitucional 241
1.4.5. La regulación actual 241
1.5. Otros regímenes especiales 242
1.6. El régimen laboral público y la estabilidad laboral 243
1.7. Responsabilidad en la que puede incurrir el personal de la Administración Pública 244
1.7.1. Responsabilidad administrativa 245
1.7.2. Responsabilidad civil 245
1.7.3. Responsabilidad penal 246
2. Faltas en que puede incurrir el personal de la Administración Pública 246
2.1. Régimen de faltas administrativas consignadas en la Ley del Procedimiento Administrativo General 247
2.2. Criterios aplicables a las faltas que no están señaladas expresamente en la Ley 249
2.3. Las sanciones 250
2.4. Los elementos de determinación de la sanción administrativa a empleados públicos 250
2.5. Registro de sanciones 251
3. Procedimiento aplicable a estos casos. El procedimiento disciplinario 252
3.1. Los principios aplicables 253
3.2. Los procedimientos sancionadores tramitados por la Contraloría General de la República 253
3.3. Las dificultades de la regulación que estamos comentando 254
3.4. El principio de inmediatez 255
4. Incompatibilidades y restricciones aplicables al personal de la Administración Pública 256
4.1. El caso de las exautoridades 256
4.2. Otras incompatibilidades 257
4.3. La doble percepción de ingreso proveniente del Estado 258
5. Denuncia por delito de omisión o retardo de función 259
6. Responsabilidad y respondabilidad 259
6.1. La respondabilidad como mecanismo de control 260
6.2. La naturaleza del funcionario público 262

6.3. La Ley que regula la presentación de la declaración jurada 263
6.4. El enriquecimiento ilícito y la responsabilidad penal 263
6.5. La duplicación del plazo de prescripción 264

Capítulo X: El régimen jurídico de los administrados

1. Generalidades 265
1.1. Capacidad procesal del administrado 266
1.2. Libertad de actuación procesal de los administrados 267
1.3. La representación de las personas jurídicas frente a la Administración Pública 267
2. Los derechos de los administrados frente a la Administración Pública 268
2.1. Las posiciones activas del administrado 269
2.2. Los derechos de los administrados consagrados en la Ley N.º 27444 271
3. Los deberes generales de los administrados frente a la Administración Pública 278
3.1. Deberes de los administrados en la Ley N.º 27444 279
3.1.1. Suministro de información dentro del procedimiento administrativo por parte de los administrados 280
3.2. Comparecencia personal del administrado 281
3.2.1. Formalidades que se deben cumplir para la comparecencia del administrado 281
3.2.2. Falta de los requisitos de formalidad propios de la notificación 282
3.2.3. Facilidades que prevé la Ley para la concurrencia del administrado ... 282
4. Terceros administrados 283
4.1. Casos en que un tercero administrado puede ser parte del procedimiento administrativo 283

Capítulo XI: Participación de los administrados en las decisiones administrativas

1. El principio de participación 286
1.1. Participación ciudadana en el inicio del procedimiento 287
2. Efectos de la participación de los administrados 287
3. La audiencia pública 288
3.1. Regulación de la audiencia pública 289
3.2. Convocatoria a audiencia pública 290
3.3. Efectos que produce la audiencia pública 290
3.4. Críticas a la institución 290
4. El periodo de información pública 291

Capítulo XII: La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública

1. Generalidades 293
2. Concepto de responsabilidad. Elementos 294
2.1. Razones para la imputación de responsabilidad 295
3. Casos en los que los administrados tienen derecho a ser indemnizados por la Administración Pública 295
3.1. Responsabilidad subjetiva vs. responsabilidad objetiva 296
3.2. La reforma del Decreto Legislativo N.º 1029. El caso del comando terrorista . 298
3.3. El caso de la declaratoria de nulidad de un acto administrativo 299
4. El daño indemnizable 300
4.1. Daño emergente y lucro cesante 300
4.2. El daño moral 301

4.3. El daño no indemnizable 301
4.4. El caso de las costas y costos en un proceso judicial 302
4.4.1. El presupuesto público 303
4.5. La fractura del nexo causal 304
4.6. El caso fortuito y la fuerza mayor 304
5. Necesidad del resarcimiento de los daños generados por la Administración Pública. 305
5.1. Evolución del principio de responsabilidad estatal 306
5.2. Control y prevención de daños 309
5.3. La dilución social del daño 309
5.4. El interés general 310
5.5. El interés privado 311
6. La facultad de repetición 312
6.1. El tema de la responsabilidad vicaria 312
7. La perspectiva adjetiva o procesal de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública 314
7.1. La reforma producida 314

Capítulo XIII: El régimen jurídico de los actos administrativos

1. Concepto y definición 317
1.1. El acto administrativo: ¿declaración de voluntad? 319
1.2. Hechos y actos de la Administración que no configuran actos administrativos 319
1.3. El caso de los contratos administrativos 320
1.4. Diferencias entre los actos administrativos y los reglamentos 321
2. Los principios rectores de los actos administrativos 322
2.1. Ejecutividad 322
2.2. Ejecutoriedad 322
2.3. Impugnabilidad 323
2.4. Irrevocabilidad 324
2.5. Discrecionalidad limitada 327
3. Los elementos del acto administrativo 327
3.1. Requisitos esenciales 327
3.1.1. Competencia 327
3.1.2. Motivación 329
3.1.3. El objeto o contenido 330
3.1.4. Procedimiento regular 332
3.1.5. Finalidad pública 333
3.2. Elementos no esenciales 334
3.2.1. La causa 334
3.2.2. La forma 334
3.2.3. Modalidad 335
4. Clasificación de los actos administrativos 336
4.1. Los actos administrativos según sus efectos 336
4.1.1. La antigua distinción entre actos administrativos de efectos generales y los actos administrativos de efectos particulares 336
4.1.2. Actos administrativos generales e individuales 337
4.2. Los actos administrativos según su contenido 338
4.2.1. Actos definitivos y actos de trámite 338
4.2.2. Actos creadores de derechos o que establecen obligaciones 339

4.3. Los actos administrativos según la declaración: actos administrativos expresos, tácitos y presuntos 339
4.4. Los actos administrativos según su impugnabilidad: los actos administrativos impugnables, los actos administrativos que causan estado y los actos administrativos firmes 341
4.5. Los actos administrativos según su ejecución 341
5. El caso de los actos de administración interna 342
5.1. Distinción con los actos administrativos 342
5.2. ¿Son impugnables los actos de administración interna? 343
5.3. Decisiones internas de mero trámite 343
5.4. Las comunicaciones internas de la Administración 344

Capítulo XIV: La validez y la nulidad del acto administrativo

1. Los vicios que generan la nulidad del acto administrativo 346
1.1. Vicios específicos de los actos administrativos 346
1.2. Vicios especiales de los actos administrativos 348
2. Conservación del acto 348
2.1. Concepto de vicio no trascendente 349
2.2. Parámetros de la conservación del acto administrativo 350
3. Instancia competente para declarar la nulidad. La nulidad de oficio 351
3.1. El llamado proceso de lesividad 352
4. Efectos de la declaración de nulidad del acto administrativo 353
4.1. Responsabilidad administrativa ante la nulidad 353
4.2. Los alcances de la nulidad 354

Capítulo XV: La eficacia de los actos administrativos: notificación y publicación

1. La eficacia de los actos administrativos 355
1.1. Eficacia inmediata 356
1.2. Eficacia anticipada 356
1.3. Eficacia diferida 357
2. La notificación de actos administrativos 358
2.1. Requisitos 358
2.2. Plazo de la notificación 359
2.3. Realización de la notificación 359
2.4. La notificación personal y los ajustes efectuados por el Decreto Legislativo N.º 1029 360
2.4.1. Cuando el domicilio del administrado ha sido ubicado 361
2.5. Notificación no personal 362
2.6. Actos con dispensa de notificación 363
3. La publicación del acto administrativo 364
3.1. La publicación como notificación 364
3.2. Requisitos 366
4. Los efectos jurídicos de la publicidad del acto administrativo 366
4.1. Naturaleza jurídica de los medios de publicidad 367
5. Notificaciones defectuosas 367
5.1. Saneamiento de notificaciones defectuosas 368

Capítulo XVI: El procedimiento administrativo. Concepto

1. El procedimiento administrativo. Generalidades 372
   1.1. Finalidad del procedimiento administrativo 372
   1.2. Clasificación de los procedimientos administrativos contenida en la Ley de Procedimiento Administrativo General 372
   1.3. Procedimientos tramitados por la Administración que no son procedimientos administrativos 373
   1.4. El Manual de Procedimientos Institucionales 373
2. Procedimiento administrativo de oficio 374
   2.1. Supuestos habilitantes para el inicio de oficio de un procedimiento administrativo 375
   2.2. Iniciación de un procedimiento administrativo de oficio 376
   2.3. Notificación del acto de inicio del procedimiento 376
   2.4. Tramitación del procedimiento administrativo de oficio 377
3. Procedimientos iniciados a pedido de parte 378
   3.1. Procedimiento de aprobación automática 378
      3.1.1. Formalidades que se deben cumplir en el procedimiento de aprobación automática 379
      3.1.2. Procedimientos considerados de aprobación automática 379
      3.1.3. Fiscalización posterior 380
      3.1.4. Realización de la fiscalización posterior 381
      3.1.5. Consecuencias de la declaración falsa o fraguada de un acto administrativo 383
   3.2. Procedimiento de evaluación previa 384
      3.2.1. Plazo máximo para el procedimiento administrativo de evaluación previa 385
4. Los sujetos del procedimiento administrativo 385
   4.1. Los administrados 386
   4.2. Autoridad administrativa 386

Capítulo XVII: La legalidad del procedimiento y los mecanismos de simplificación administrativa

1. La legalidad del procedimiento. El Texto Único de Procedimientos Administrativos . 390
   1.1. El Texto Único de Procedimientos Administrativos. Generalidades 392
   1.2. Contenido del Texto Único de Procedimientos Administrativos 393
      1.2.1. Los servicios prestados por las entidades administrativas 394
      1.2.2. Los parámetros de los servicios exclusivos 395
      1.2.3. Duplicidad de procedimientos administrativos 396
   1.3. Previsiones formales del Texto Único de Procedimientos Administrativos 396
      1.3.1. Autoridades competentes 397
      1.3.2. Procedimiento para aprobar el TUPA 398
      1.3.3. La calificación de los procedimientos 399
      1.3.4. Opinión previa 399
      1.3.5. Difusión y publicación del TUPA 400
      1.3.6. Modificación de un TUPA ya aprobado 400
      1.3.7. Entidades que no cumplen con publicar su respectivo TUPA 401
   1.4. Los servicios que no son prestados de manera exclusiva por las entidades y su regulación 402

2. Mecanismos de simplificación administrativa en general 403
2.1. Antecedentes y evolución 405
2.2. Mecanismos que se utilizan para la simplificación del procedimiento administrativo 407
2.3. Simplificación procedimental 407
2.3.1. Requisitos para la tramitación del procedimiento administrativo 407
2.3.2. La presunción de veracidad en el procedimiento administrativo 409
2.3.3. Traducciones de parte, informes o constancias profesionales o técnicas 409
2.4. Documentación que no puede solicitarse a los administrados por parte de las entidades 410
2.4.1. Información o documentación existente en la entidad 410
2.4.2. Información o documentación de la propia entidad 411
2.4.3. La presentación de más de dos ejemplares de un mismo documento . 412
2.4.4. Fotografías de los administrados 412
2.4.5. Otros posibles requerimientos que no resultan exigibles 412
2.4.6. Presentación espontánea 413
2.5. Sucedáneos documentales 413
2.5.1. Admisión de los sucedáneos documentales en los procedimientos administrativos 415
2.5.2. Labor de los fedatarios 415
2.5.3. Régimen de fedatarios existente y requisitos de autenticación de documentos 416
2.5.4. Autenticación de actos propios 417
2.5.5. Copia de un documento público 417
2.5.6. El caso de la documentación privada 417
2.6. Políticas en materia de simplificación administrativa 418
2.6.1. Principios 418
2.6.2. Objetivos estratégicos 420
2.6.3. Metodología de Simplificación Administrativa 422
3. Derechos de tramitación. Determinación de los costos de los procedimientos administrativos 423
3.1. Determinación del monto de los derechos de tramitación 423
3.1.1. Condiciones que se exigen a la entidad para el cobro del derecho de tramitación 424
3.1.2. Límites de los derechos de tramitación 424
3.1.3. Forma de cancelación del derecho de tramitación 425
3.1.4. Procedimiento de determinación 425
3.2. Situaciones de improcedencia del cobro de derechos de tramitación 426
3.2.1. Improcedencia de la división del procedimiento administrativo para efectos del cobro de derechos de tramitación 427
3.2.2. Excedentes económicos 427
3.2.3. Igualdad en el pago del derecho de tramitación para los administrados 427
3.3. Gastos administrativos 428
3.3.1. Supuestos en los que procede el reembolso de los gastos administrativos 429
3.3.2. Condena de costas en el procedimiento administrativo 429
4. Entidades encargadas del cumplimiento de las normas de procedimiento 429
4.1. La competencia de las entidades encargadas de garantizar el cumplimiento de las normas antes señaladas. El Indecopi 430

4.1.1. Barreras burocráticas 430
4.1.2. Evolución de la normativa 431
4.1.3. La regulación actual 432
4.1.4. Cómo se efectúa el análisis de una barrera burocrática 433
4.1.5. Lo señalado por el Tribunal Constitucional sobre el particular 433
4.2. Facultades propias de la Presidencia del Consejo de Ministros para garantizar el cumplimiento de lo establecido en la Ley 434
4.3. Mecanismo bajo el cual se regulará las facultades de la Presidencia del Consejo de Ministros para el cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 436

Capítulo XVIII: Formas de iniciación del procedimiento administrativo

1. El caso especial de las denuncias 438
1.1. La naturaleza jurídica del denunciante 438
1.2. Colaboración del administrado con la Administración 440
1.3. Requisitos de la denuncia 440
1.4. Elementos deben tomarse en cuenta en la denuncia 441
2. Derecho del administrado a la petición administrativa 441
2.1. El derecho de petición en las normas 442
2.2. Solicitudes que se pueden plantear ante la autoridad administrativa 443
3. Solicitudes en interés particular del administrado 443
4. Solicitudes en interés general de la colectividad 444
4.1. Contenido de las solicitudes en interés general de la colectividad 445
5. Contradicción administrativa 445
5.1. Garantías de la contradicción administrativa 446
5.1.1. El pago de tasas 446
5.2. Interés del administrado para que proceda la facultad de contradicción 447
6. Facultad de solicitar información 447
6.1. Finalidad del acceso a la información 448
6.2. Limitaciones 450
7. Facultad de formular consultas 451
7.1. Los pronunciamientos vinculantes 452
8. Peticiones de gracia 452
8.1. Regulación de la petición graciable 453

Capítulo XIX: El inicio del procedimiento administrativo

1. Efectos del inicio de procedimiento 456
1.1. Establecimiento de la relación administrativa procesal 456
1.2. Prioridad en la atención 457
1.3. Posibilidad de adopción de medidas provisionales 458
1.4. Interrupción de la prescripción 458
2. Presentación de los escritos 459
2.1. Requisitos de los escritos 459
2.1.1. Requisitos subjetivos de los escritos 460
2.1.2. Requisitos materiales de los escritos 461
2.2. El cargo en el procedimiento administrativo 463
3. Recepción documental 464
3.1. Unidades de recepción de escritos administrativos 465
3.1.1. Los órganos administrativos a los cuales van dirigidos 466
3.1.2. Los órganos desconcentrados de la entidad 466

3.1.3. Las autoridades políticas del Ministerio del Interior 466
3.1.4. En las oficinas de correo 466
3.1.5. El caso de los administrados que residen fuera del país 467
3.1.6. El vencimiento de los plazos 467
3.2. Obligaciones de las unidades de recepción 468
3.3. Reglas para la celeridad en la recepción de documentación 468
3.3.1. Programas de racionalización del tiempo 469
3.3.2. Asesoramiento a los usuarios 469
3.3.3. Adecuación de horas hábiles 470
3.3.4. Estacionalidad de la demanda 470
3.3.5. Mecanismos de autoservicio 470
4. Observaciones a la documentación presentada por el administrado y la subsanación documental 471
4.1. Régimen jurídico mientras está pendiente la subsanación de un escrito 472
4.2. Observaciones a nivel de la autoridad instructora 473
4.3. Subsanación documental 473
5. Ratificación de firma y del contenido del escrito 474
5.1. Mejora de la solicitud 474
6. Acumulación originaria 475
6.1. Acumulación de solicitudes administrativas 475
6.2. Acumulación objetiva de peticiones 476
6.3. Planteamientos subsidiarios o alternativos 476
6.4. Separación de las acumulaciones originarias 476
7. La representación en el procedimiento administrativo 477
7.1. Poder general 477
7.2. Poder especial 477
7.3. La representación de las personas jurídicas en el procedimiento administrativo 478

Capítulo XX: El tiempo en el procedimiento administrativo: plazos y términos

1. Plazos máximos para realizar los actos procedimentales 480
1.1. Plazo máximo para la tramitación en un procedimiento administrativo 481
1.2. Prórroga dentro del procedimiento administrativo 482
1.3. Reducción del plazo o anticipación de los términos 483
2. Transcurso del plazo 483
2.1. Inicio del cómputo de los plazos 483
2.2. Plazo fijado en días 484
2.3. Plazo fijado en meses o años 484
2.4. Término de la distancia 485
2.5. Régimen administrativo aplicable a los días inhábiles 485
2.6. Cómputo del plazo en días calendario 486
3. Horario de atención de las entidades 486
4. Los efectos del vencimiento del plazo 488
4.1. Responsabilidades que asume la autoridad que incumple los plazos establecidos 489
5. La reforma del Decreto de Urgencia N.º 099-2009 y su pertinencia 489
5.1. Gestión de personal 490
5.2. Ámbito de aplicación 491

Capítulo XXI: La ordenación del procedimiento administrativo

1. Generalidades 493
   1.1. Los elementos diferenciales existentes entre los procesos judiciales y los procedimientos administrativos 494
      1.1.1. Las posiciones de las partes 494
      1.1.2. Las garantías del procedimiento 495
      1.1.3. La concepción del interés general 495
      1.1.4. El esquema de formalidad 495
   1.2. El principio de unidad de vista 496
   1.3. Principio de impulso de oficio del procedimiento 497
   1.4. Derecho de acceso al expediente 498
2. Reglas para la celeridad de los procedimientos 500
   2.1. Reglas para la celeridad 500
   2.2. Medios de transmisión a distancia 502
   2.3. El caso de la notificación en procesos de selección 503
3. Acumulación sobreviniente en el procedimiento 503
4. Conformación del expediente 504
   4.1. Regla del expediente único 505
   4.2. Uniformidad documental 506
   4.3. Presentación de los expedientes administrativos 506
      4.3.1. Intangibilidad del expediente administrativo 506
      4.3.2. Recomposición del expediente 507
   4.4. Formularios 507
   4.5. Modelos de escritos recurrentes 508
   4.6. Elaboración de actas en el procedimiento administrativo 509
      4.6.1. Formalidades de las actas 510
   4.7. Medidas de seguridad que se aplican a fin de cautelar los expedientes administrativos 510
5. La queja en el procedimiento administrativo 511
   5.1. Finalidad de la queja 511
   5.2. Tramitación de la queja 512
   5.3. Efecto de la queja administrativa 512
6. Las medidas cautelares 513
   6.1. Caracteres de las medidas cautelares 513
   6.2. Regulación de las medidas cautelares dentro del procedimiento administrativo 513
   6.3. Impugnación de la medida cautelar 514
   6.4. Variabilidad de la medida cautelar en el procedimiento administrativo 515
   6.5. La caducidad de la medida cautelar 515
   6.6. Las diferencias con la medida cautelar en el proceso judicial 515
7. Incidentes administrativos 516
   7.1. Condición de admisión temporal 517
   7.2. El caso de la decisión anticipada 517
   7.3. Rechazo de las cuestiones distintas al asunto de fondo 517

Capítulo XXII: La instrucción del procedimiento administrativo

1. Generalidades 519
2. Los alegatos o alegaciones 520

3. Actividad y actuación probatoria 521
3.1. Carga de la prueba en un procedimiento administrativo 522
3.2. La aplicación del principio de impulso de oficio 523
3.3. La oficialidad de la prueba 524
3.3.1. El caso de los procedimientos de oficio 525
3.3.2. El principio de verdad material 526
3.4. Actuación probatoria de la entidad 527
3.4.1. Prescindencia de la actuación probatoria 527
3.4.2. Hechos no sujetos a la actuación probatoria 528
3.5. Solicitud de pruebas al administrado 529
3.5.1. Negativa del administrado a colaborar con la Administración en la actuación de medios probatorios 530
3.6. Gastos de las actuaciones probatorias 530
4. Medios de prueba que se emplean dentro de un procedimiento administrativo 531
4.1. Prueba instrumental 532
4.1.1. Solicitud de documentos a otras autoridades 532
4.1.2. Remisión de los documentos solicitados a otras entidades 533
4.2. Informes administrativos 533
4.2.1. Clasificación de los informes administrativos 534
4.2.2. Procedencia de la solicitud de informes 535
4.2.3. Presentación de los informes 536
4.2.4. Falta de recepción del informe solicitado 536
4.3. Intervención de terceros en la actividad probatoria 537
4.3.1. El deber de los terceros respecto a las actuaciones probatorias 537
4.3.2. Presentación de testigos en un procedimiento administrativo 537
4.3.3. El peritaje o pericia en un procedimiento administrativo 538
4.3.4. Pericia de la Administración 538
4.3.5. Actuación de pruebas por las autoridades públicas 539
5. Informe final y proyecto de resolución 539

Capítulo XXIII: Fin del procedimiento

1. Formas convencionales de terminación del procedimiento administrativo 542
1.1. Requisitos del acuerdo 543
2. La resolución final 543
2.1. Contenido de la resolución final del procedimiento 543
2.2. El principio de congruencia en el derecho administrativo 544
3. Desistimiento 545
3.1. Desistimiento del procedimiento y de la pretensión 546
3.1.1. Medios para hacer el desistimiento 546
3.1.2. Continuación de oficio del procedimiento 547
3.2. Desistimiento de un acto procedimental o de un recurso administrativo 547
4. Abandono 547
4.1. ¿Tiene sentido hoy en día seguir hablando de abandono del procedimiento administrativo? 548
4.2. Impulso de oficio y abandono 549
4.3. Abandono y verdad material 550
4.4. El papel del recurso de reconsideración en esta situación 550
5. Caducidad 551

Capítulo XXIV: El silencio administrativo

1. Silencio administrativo positivo 553
1.1. La evolución del silencio administrativo positivo 555
1.1.1. Los supuestos en que los procedimientos de evolución previa se encontraban sujetos a silencio administrativo positivo según la Ley N.º 27444 555
1.1.2. La Ley N.º 29060, Ley del Silencio Administrativo, y la regulación actual contenida en el Decreto Legislativo N.º 1029 557
1.2. Los efectos del silencio administrativo positivo 557
1.2.1. El acto ficto resultante del silencio administrativo positivo 558
2. Silencio administrativo negativo 562
2.1. El silencio administrativo negativo como garantía del administrado 562
2.1.1. Lo señalado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional 562
2.1.2. Lo señalado por la Ley N.º 27584 y la reforma posterior 564
2.2. Supuestos en que el procedimiento de evaluación previa se encuentran sujetos al silencio administrativo negativo 565
2.2.1. La materia tributaria y aduanera 567
2.2.2. Lo establecido en la norma derogada 567
2.3. Los efectos del silencio administrativo negativo 568
2.4. La llamada resolución ficta denegatoria y su regulación excepcional por parte del ordenamiento peruano 569

Capítulo XXV: Ejecución de actos administrativos. Los procedimientos de ejecución

1. Generalidades 571
1.1. Carácter ejecutorio de los actos administrativos 571
1.2. Pérdida del carácter ejecutorio 573
1.2.1. Pérdida de la ejecutoridad como medio de defensa 574
1.3. Fundamento de la facultad de la Administración de ejecutar por sí misma sus actos que la misma emite 574
1.3.1. La autotutela administrativa 574
1.3.2. Efectos de la autotutela 574
2. Ejecución forzosa 575
2.1. Exigencias que debe cumplir la autoridad administrativa para proceder a la ejecución forzosa de los actos administrativos 575
2.2. Notificación del acto de inicio de ejecución 577
3. Medios de ejecución forzosa. La ejecución coactiva 577
3.1. Derecho a la inviolabilidad de domicilio 578
3.2. Ejecución coactiva 578
3.3. El procedimiento coactivo como procedimiento especial 579
3.4. El papel del ejecutor coactivo 579
3.5. El caso de las obligaciones no tributarias 579
3.6. Actos de ejecución forzosa 579
3.7. Medidas cautelares previas 580
3.8. Medidas cautelares dentro del proceso 580
3.9. Ejecución coactiva de las obligaciones tributarias 580
3.10. Las obligaciones tributarias de los gobiernos locales 581
3.11. Ejecución coactiva de deudas tributarias que corresponden al Gobierno Nacional 581

3.12. El efecto del proceso contencioso administrativo en el procedimiento de ejecución coactiva 582
3.13. Revisión judicial 583
3.14. La autonomía y competencia de los gobiernos locales 584
3.15. La suspensión del proceso de ejecución coactiva en el caso de deudas tributarias del Gobierno Nacional 585
3.15.1. El mal llamado recurso de apelación 585
3.15.2. El caso del Indecopi 586
3.15.3. El caso de OEFA 587
4. Otros medios de ejecución forzosa 587
4.1. La ejecución subsidiaria 587
4.2. Multa coercitiva 588
4.3. Acto de compulsión sobre las personas 589

Capítulo XXVI: La revisión de oficio de los actos administrativos

1. Rectificación de errores 592
2. Nulidad de oficio 593
2.1. Sustento de la nulidad de oficio 593
2.2. Autoridad competente para declarar de oficio la nulidad de un acto administrativo 594
2.3. Prescripción de la facultad de la Administración de declarar de oficio la nulidad de un acto 595
2.4. Acción, proceso o recurso de lesividad 595
2.4.1. Los tres supuestos de proceso de lesividad 596
2.4.2. Acto administrativo habilitante 597
2.4.3. La normativa derogada 597
2.5. Declaración de la nulidad de oficio de los actos administrativos emitidos por consejos o tribunales regidos por leyes especiales 599
3. Revocación de actos administrativos 599
3.1. Supuestos habilitantes para la revocación de actos administrativos 600
3.2. Regulación de la revocación 602
3.3. Garantías a favor del administrado en caso de revocación de un acto administrativo 602
3.4. El precedente emitido por Indecopi sobre el particular 603

Capítulo XXVII: Los recursos administrativos

1. Generalidades 605
1.1. El denominado derecho de contradicción administrativa 606
1.1.1. ¿Verdadera garantía para el administrado? 606
1.1.2. El problema del cobro de las tasas en los recursos administrativos 608
1.1.3. Las garantías otorgadas para la procedencia de recursos administrativos 610
1.1.4. ¿Es entonces una garantía para la Administración? 610
1.1.5. Mayores y mejores excepciones al agotamiento de la vía administrativa 611
1.2. Los actos administrativos impugnables 612
1.3. Supuestos en los que no cabe impugnación alguna contra los actos administrativos 613
1.3.1. Actos heterocompositivos 614
2. Los recursos administrativos 614

2.1. Términos aplicables a los recursos administrativos 615
2.2. Requisitos del recurso administrativo 615
2.3. El recurso de reconsideración 616
2.3.1. Finalidad del recurso de reconsideración 617
2.4. El recurso jerárquico o de apelación 618
2.4.1. Las relaciones de jerarquía 618
2.4.2. El caso particular de la resolución de controversias en los procesos de selección 619
2.5. Recurso de revisión 620
2.5.1. Los recursos de revisión regulados por leyes especiales 621
3. Los efectos del recurso administrativo 622
3.1. La suspensión de los efectos del acto impugnado 622
3.2. Efectos directos de la resolución que resuelve el recurso 623
3.3. Existencia de nulidad del acto impugnado 624
3.4. Los actos que agotan la vía administrativa 624
3.5. Las resoluciones inimpugnables 625
3.5.1. El caso particular del Jurado Nacional de Elecciones 626
3.5.2. Materia electoral y materia administrativa 627

Capítulo XXVIII: El procedimiento administrativo trilateral

1. Generalidades 629
1.1. Los procedimientos concurrenciales 630
1.2. Funciones del procedimiento trilateral 631
1.3. Principios que rigen el procedimiento trilateral 632
1.4. El problema del control difuso en sede administrativa 633
1.5. El precedente del Tribunal Constitucional y sus implicancias 635
1.5.1. Los discutibles fundamentos del Tribunal Constitucional 636
1.5.2. Los parámetros de una sentencia más reciente 638
1.6. Inaplicación de reglamentos 639
2. La tramitación del procedimiento administrativo trilateral 639
2.1. Iniciación del procedimiento trilateral 639
2.1.1. Requisitos de la reclamación 640
2.1.2. Traslado de la reclamación 641
2.1.3. Contestación de la reclamación 641
2.1.4. Respuestas a las contestaciones de las reclamaciones 642
2.2. Actuación probatoria en los procedimientos trilaterales 642
3. Medidas cautelares en el procedimiento administrativo trilateral 643
3.1. Impugnación de la resolución que decide una medida cautelar 643
4. Recursos que puede interponerse en los procedimientos trilaterales 644
4.1. Tramitación del recurso administrativo 644
5. Conciliaciones o transacciones en el procedimiento trilateral 645
5.1. Requisitos de los instrumentos que contienen transacciones o conciliaciones 646
5.2. Continuación del procedimiento de oficio 646

Capítulo XXIX: La potestad sancionadora de la Administración Pública. El procedimiento administrativo sancionador

1. Distinciones entre la responsabilidad penal y la responsabilidad administrativa 648

1.1. Responsabilidad objetiva y responsabilidad subjetiva 648
1.2. Los principios de la potestad sancionadora. Procedimiento administrativo frente al proceso judicial 649
1.3. La Administración Pública como filtro 650
1.4. El mito de la mayor gravedad del ordenamiento penal 651
1.5. Los parámetros para tipificar 651
1.5.1. El caso de los delitos de peligro 652
1.5.2. El caso de los delitos contra el orden económico 652
2. La potestad sancionadora 653
2.1. Regulación de la potestad sancionadora 654
2.2. Las prerrogativas sancionadoras como potestad 654
2.3. Compatibilidad de la sanción administrativa con otras consideraciones reparadoras. Las medidas correctivas 656
2.4. Solidaridad 657
3. Los principios de la potestad sancionadora 657
3.1. Principio de legalidad 658
3.1.1. Competencia respecto a la potestad sancionadora 659
3.2. Principio de debido procedimiento 660
3.3. Principio de razonabilidad. Las circunstancias que afectan la determinación de la sanción administrativa 661
3.3.1. Razonabilidad y proporcionalidad 661
3.3.2. La graduación de la sanción 663
3.3.3. Supuesto especial en materia de autorizaciones o licencias 665
3.3.4. El caso de las infracciones cometidas en el contexto de obras de infraestructura 665
3.3.5. Supuestos atenuantes de responsabilidad 666
3.4. Principio de tipicidad 667
3.5. Principio de irretroactividad. La retroactividad benigna 669
3.5.1. Sustento de la retroactividad benigna 669
3.5.2. Alcance de la retroactividad benigna 670
3.6. Principio de concurso de infracciones 670
3.6.1. Sustento de este principio 671
3.6.2. Dificultades de la aplicación de este principio 671
3.7. Principio de continuación de infracciones 671
3.8. Principio de causalidad. La responsabilidad objetiva del administrado 673
3.8.1. Características 673
3.8.2. Responsabilidad objetiva y responsabilidad subjetiva 674
3.8.3. El criterio del Tribunal Constitucional 675
3.8.4. Fractura o ruptura del nexo causal 676
3.8.5. El caso del vehículo de emergencia 677
3.8.6. Casos específicos 678
3.9. Principio de presunción de licitud 679
3.10. Principio de non bis in ídem. La vía preferida 680
3.10.1. Las vertientes del principio 680
3.10.2. La vía que debe ser preferida 681
3.10.3. El principio de subsidiaridad penal 682
3.10.4. La aplicación del principio en los procedimientos administrativos 683
4. Prescripción 683
4.1. Interrupción del plazo de prescripción 684

4.2. Planteamiento de la prescripción 684
5. Ordenamiento del procedimiento sancionador 685
5.1. Caracteres del procedimiento sancionador 685
5.1.1. Distinción de autoridades. El principio de imparcialidad 685
5.1.2. Considerar que los hechos declarados probados por resoluciones judiciales firmes vinculan a las entidades en sus procedimientos sancionadores 686
5.1.3. Notificación del cargo 687
5.1.4. Descargo 687
5.2. Reglas del procedimiento sancionador 687
5.2.1. Inicio del procedimiento sancionador. El principio de oficialidad 688
5.2.2. Actuaciones previas de investigación 689
5.2.3. Notificación del acto de cargo o de inicio del procedimiento sancionador 689
5.2.4. Instrucción del procedimiento 689
5.2.5. Resolución final 690
5.2.6. Notificación 690
5.3. Medidas provisionales en el procedimiento sancionador 691
5.4. Caracteres de la resolución que ponga fin al procedimiento 691
5.4.1. Efectos de la impugnación de la resolución sancionadora 692
6. Los procedimientos administrativos mixtos 692

Este libro se terminó de imprimir
en junio de 2013 en los
Talleres Gráficos del
Instituto Pacífico
Jr. Castrovirreyna Nº 224 - Breña
Central: 332-5766

Lima - Perú