JUAN CARLOS MORÓN URBINA

COMENTARIOS A LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL

TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY Nº 27444

TOMO II

12ª edición
REVISADA
ACTUALIZADA
AUMENTADA



GACETA JURIDICA

Av. Angamos Oeste Nº 526, Urb. Miraflores
Miraflores, Lima - Perú / ☎(01) 710-8900
www.gacetajuridica.com.pe

BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ
Centro Bibliográfico Nacional

343.7 M86 2017 Morón Urbina, Juan Carlos, 1965-
Comentarios a la ley del procedimiento administrativo general : Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 / Juan Carlos Morón Urbina.-- 12a ed., rev., act., aum.-- Lima : Gaceta Jurídica, 2017 (Lima : Impr. Edit. El Búho).
2 t. ; 18 cm.

Bibliografía: t.2, p. 741-756.
D.L. 2017-12434
ISBN 978-612-311-392-6 (o.c.)

1. Perú. [Ley n. 27444 : 11-04-2001] - Interpretación y aplicación 2. Procedimiento administrativo - Legislación - Perú - Interpretación y aplicación 3. Derecho administrativo - Legislación - Perú - Interpretación y aplicación I. Título

BNP: 2017-2879

COMENTARIOS A LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL
Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444
Tomo II
© Juan Carlos Morón Urbina
© Gaceta Jurídica S.A.

Décimo segunda edición: Octubre 2017
Primera edición: Octubre 2001
3620 ejemplares
Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú
2017-12434
ISBN Obra completa: 978-612-311-392-6
ISBN Tomo II: 978-612-311-499-2
Registro de proyecto editorial
31501221701019

Prohibida su reproducción total o parcial
D.Leg. N° 822

Diagramación de carátula: Martha Hidalgo Rivero
Diagramación de interiores: Nora Villaverde Soldevilla

GACETA JURÍDICA S.A.
AV. ANGAMOS OESTE N° 526, URB. MIRAFLORES
MIRAFLORES, LIMA - PERÚ
CENTRAL TELEFÓNICA: (01)710-8900
E-mail: ventas@gacetajuridica.com.pe / www.gacetajuridica.com.pe

Impreso en: Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.
San Alberto N° 201, Surquillo
Lima - Perú
Octubre 2017
Publicado: noviembre 2017

TÍTULO II

DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

CAPÍTULO VI

INSTRUCCIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Artículo 168 Actos de instrucción

168.1 Los actos de instrucción necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución, 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.

168.2 Queda prohibido realizar como actos de instrucción la solicitud rutinaria de informes previos, requerimientos de visaciones o cualquier otro acto que no aporte valor objetivo a lo actuado en el caso concreto, según su naturaleza.

(Texto según el artículo 159 de la Ley Nº 27444)

ANTECEDENTES

- Arts. 37, 68, 72: LNGPA.
- Art. 62, k): Reglamento LSA.

CONCORDANCIAS INTERNAS

- T.P. Art. IV, 1.11: Principio de verdad material.
- T.P. Art. IV, 1.16: Principio de privilegio de control posterior.
- T.P. Art. IV, 1.17: Principio del ejercicio legítimo del poder.
- Art. 34: Procedimiento de evaluación previa con silencio positivo.
- Art. 37: Procedimiento de evaluación previa con silencio negativo.
- Art. 65, 2: Deber de prestar colaboración en el esclarecimiento de los hechos.
- Art. 154: Impulso del procedimiento.
- Art. 176: Solicitud de documentos a otras autoridades.
- Art. 178: Solicitud de pruebas a los administrados.
- Art. 181: Petición de informes.

Comentario

I. INTRODUCCIÓN

La instrucción del procedimiento administrativo tiene por objeto que la autoridad administrativa que está a cargo de un expediente acopie los elementos necesarios para lograr su convicción de la verdad material, indispensable para decidir el derecho aplicable al caso concreto materia de análisis.

Como tal, en líneas generales, se trata de formar el fundamento que servirá de insumo en la futura resolución que emita la autoridad administrativa.

El presente Capítulo está organizado en función de dos principios administrativos esenciales: la oficialidad y la verdad material.

II. LOS ACTOS DE INSTRUCCIÓN

Los actos de instrucción en puridad comprenden dos tipos diferentes de actuaciones procedimentales: aquellas dirigidas a aportar datos al expediente y aquellas que constituyen actividad probatoria.

Por la primera actividad de aportación de datos se incorporan al procedimiento y al expediente determinadas informaciones, datos o normas preexistentes al caso, que serán evaluadas por la autoridad en su momento. Son tales los requerimientos de informes legales (art. 181 del TUO de la LPAG), solicitud de documentos a las autoridades (art. 176 del TUO de la LPAG), y la solicitud de información a los administrados (art. 178 del TUO de la LPAG).

Por la segunda actividad, que es la propiamente probatoria, se trata de aquellos medios que permiten demostrar la veracidad de las informaciones y documentos aportados. Tales como testimoniales, declaraciones, inspecciones, peritajes, etc.

En todas las ramas del Derecho la noción de prueba cumple un rol fundamental, trascendiendo del campo particular de cada una de ellas hacia la teoría general del Derecho Procesal, en donde se consolidan sus características y peculiaridades. Por esto, el ordenamiento administrativo se limita a establecer los rasgos propios de la prueba en su ámbito, dejando los demás aspectos a normas supletorias comunes a todo proceso.

Al igual que en todas las ramas procesales, la prueba de los hechos relevantes es esencial para la decisión que va a resolver un procedimiento administrativo, ya que todo acto de la autoridad debe sustentarse en motivaciones prácticas, reales y verificables; si así no fuera, el acto aparecería viciado y susceptible de anulación.

Particularmente, el rol de la prueba se orienta a la obtención de una de las finalidades básicas del procedimiento administrativo: seguridad en el acierto de las resoluciones de la autoridad. Por ello, la prueba es un elemento fundamental que busca propiciar certeza a la gestión administrativa, ya que resulta evidente que cuando la Administración Pública está fundamentada en hechos verdaderos, los administrados se encuentran mejor protegidos contra una actividad ligera o irresponsable.

En la prueba cobran singular importancia una serie de principios, caracteres y obligaciones propios del Derecho Administrativo Procesal. Primero, el de verdad material por el cual corresponde a la Administración Pública buscar

permanentemente la realidad en las relaciones que conoce, independientemente de lo alegado o planteado por las partes. También tiene presencia el deber de oficialidad, por el que todo funcionario público realiza las acciones necesarias para esclarecer los hechos relevantes sometidos a su decisión.

Finalmente, la LPAG contiene una prohibición expresa de considerar como actos de instrucción válidos la solicitud rutinaria de informes previos, requerimientos de visaciones o conformidades que no aporten valor objetivo a lo actuado. Con ello se intenta erradicar de los procedimientos administrativos las visaciones burocráticas que, por ejemplo, se encarga a las oficinas de asesoría legal o a las secretarías generales que sin adicionar valor agregado al procedimiento, resultan adversas a la celeridad de los procedimientos administrativos. Para mejor comprensión debe analizarse el numeral 168.2 del artículo comentado en concordancia con el artículo 181 del TUO de la LPAG.

Artículo 169 Acceso al expediente[407]

169.1 Los administrados, sus representantes o su abogado, tienen derecho de acceso al expediente en cualquier momento de su trámite, así como a sus documentos, antecedentes, estudios, informes y dictámenes, obtener certificaciones de su estado y recabar copias de las piezas que contiene, previo pago del costo de las mismas. Sólo se exceptúan 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 2 de la Constitución Política. Adicionalmente se exceptúan 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.

169.2 El pedido de acceso al expediente puede hacerse verbalmente, sin necesidad de solicitarlo mediante el procedimiento de transparencia y acceso a la información pública, siendo concedido de inmediato, sin necesidad de resolución expresa, en la oficina en que se encuentre el expediente, aunque no sea la unidad de recepción documental.

(Texto modificado según el artículo 2 Decreto Legislativo N° 1272)

ANTECEDENTES

- Art. 35: D. Leg. N° 757.
- Art. 25: D.S. N° 094-92-PCM.

CONCORDANCIAS EXTERNAS

- Constitución: Art. 2, inc. 5, derecho de información.
- Ley N° 28237: Código Procesal Constitucional.
- D.S. N° 043-2003-PCM: TUO de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.
- D.S. N° 072-2003-PCM: Reglamento de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

CONCORDANCIAS INTERNAS

- T.P. Art. IV, 1.12: Principio de participación.
- Art. 55.2, 3: Derecho de acceso a la información contenida en el expediente.
- Art. 64, 4: Derecho a acceder a información gratuita sobre las actividades de las entidades.
- Art. 259.1, 10: Difundir información confidencial.

TEXTO ORIGINAL DE LA LEY N° 27444:

Artículo 160.- Acceso a la información del expediente

160.1 Los administrados, sus representantes o su abogado, tienen derecho de acceso al expediente en cualquier momento de su trámite, así como a sus documentos, antecedentes, estudios, informes y dictámenes, obtener certificaciones de su estado y recabar copias de las piezas

(407) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 160 de la Ley N° 27444.

que contiene, previo pago del costo de las mismas. Sólo se exceptúan 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 20 de la Constitución Política. Adicionalmente se exceptúan 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.

160.2 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.

MODIFICACIONES AL TEXTO ORIGINAL:

❖ **Primera modificación:** artículo modificado por el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1272 publicado el 21/12/2016, cuyo texto es el vigente en el TUO.

✍ *Comentario*

I. EL DERECHO DEL ADMINISTRADO A ACCEDER AL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO Y EL DEBIDO PROCEDIMIENTO

Como sabemos, el derecho fundamental de acceso a la información pública se encuentra recogido en el inciso 5 del artículo 2 de la Constitución Política de 1993, en los siguientes términos:

> "Artículo 2.- 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.
>
> (...)".

Este derecho autónomo ha surgido del desarrollo de los derechos de libertad de expresión e información a partir de entender la existencia de un principio de máxima divulgación o máxima publicidad, que supone el establecimiento de una presunción a favor de la publicidad de la información y que se pueden incluir en las normas legales restricciones limitadas en razones de orden público, de seguridad nacional, de secreto fiscal o bancario y/o de protección a la honra o a la privacidad de las personas destinadas a proteger un objetivo legítimo y ser necesarias para una sociedad democrática. En cuanto a lo que debe considerarse como información pública, se ha seguido el criterio de la posesión o de control y no de origen o financiación, como determinante para establecer cuándo una determinada información debe ser puesta a disposición de quien lo solicite.

Entonces el derecho fundamental de acceso a la información tiene distintas concreciones en ciertos ámbitos específicos de nuestro ordenamiento jurídico. Así,

por ejemplo, una de sus aplicaciones más frecuentes es cuando la ubicamos entre los derechos de quienes son parte en un procedimiento administrativo (administrados), para acceder a la información que forma parte del expediente respectivo.

Es necesario precisar que en este ámbito la posibilidad del administrado de acceder a la información del expediente en el cual ostenta la calidad de parte no solo encuentra sustento constitucional en el derecho de acceso a la información pública, si no que sirve de modo instrumental al derecho al debido procedimiento administrativo en la medida que el solicitante de la información tiene un interés en conocer la información que le concierne, dado que sus derechos e intereses están involucrados y podrían verse afectados por la determinación que adopte la Administración Pública en el procedimiento administrativo en cuestión.

De esta manera, si tenemos en cuenta que en el régimen general no se requiere expresar ningún interés para solicitar el acceso a la información pública, en el caso de la información que forma parte del expediente administrativo la existencia de un interés directo por parte del solicitante refuerza precisamente la necesidad de permitir ese acceso de manera oportuna. El contenido normativo de este artículo está destinado a variar la actitud tradicionalmente recelosa de la Administración Pública de mantener el expediente total o parcialmente en reserva para el administrado directamente concernido con los documentos que deben conformar el expediente. Como bien lo grafica BREWER-CARÍAS[408]:

> "No era infrecuente que la Administración Pública se negara a enseñarle al particular documentos que en el expediente pudieran darle la razón, y mostrarle solo aquellos informes o documentos que iban en contra del interés o derecho del particular. No era infrecuente, en efecto, que al acudir a una oficina pública, el interesado no lograra que le enseñaran el expediente, el cual era considerado siempre como reservado o secreto, y si lograba que le enseñaran algún documento del mismo, normalmente eran aquellos documentos que no le favorecían, sin embargo, todos aquellos dictámenes y opiniones que podían resultar favorables, en general se guardaban y siempre se mantenían en reserva".

II. GARANTÍAS DE LA LEY Nº 27444 SOBRE EL DERECHO A ACCEDER AL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO

La LPAG premune de varias garantías adicionales para la efectividad del derecho de los administrados a acceder a la información del expediente administrativo. Tales garantías son las siguientes:

i. Que el pedido de acceso pueda hacerse verbalmente, sin necesidad de formalizarlo por escrito o ingresarlo por mesa de partes de la dependencia. Se

(408) BREWER-CARÍAS, Allan. "El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos". En: *Colección Estudios Jurídicos Nº 16*, editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1985, p. 116.

realiza directamente a la persona a cargo del expediente y de modo verbal. Si, el funcionario desea documentar el pedido o la actuación, elaborará el acta correspondiente.

ii. Que el acceso sea concedido en cualquier momento. La dimensión temporal de la oportunidad en que se permita acceder a la información adquiere especial relieve cuando se trata de la situación de un particular con interés legítimo o derecho subjetivo involucrado en un procedimiento en curso, en la medida que el acceso hace parte del derecho a un procedimiento con las garantías debidas. Por ello, la LPAG garantiza el acceso en cualquier momento, siendo solo indispensable la petición del administrado, quien pondera el momento adecuado para el acceso. Por tanto, no compete a la entidad estatal condicionar el acceso a alguna resolución autoritativa (aprobación previa del acceso), pretender que el ejercicio sea solo en algún momento determinado (por ejemplo, establecer que el acceso será después de resuelto el expediente), establecer fechas u horas fijas para la atención de estos pedido, la asignación de turnos o citas previas para el acceso al expediente.

iii. Que el acceso sea de manera directa (no a través de copias o documentos intermedios).

iv. Que brindar el acceso a la información sea una obligación de todas las dependencias de la entidad y no solo de alguna de ellas (por ejemplo, oficinas de trámite documentario). En particular lo será de la oficina en la que encuentre el expediente.

v. Su otorgamiento no requiere ninguna resolución autoritativa de autoridad alguna por cuanto es un acto de gestión del expediente, que quiere ser liberado de formalidades inconducentes. Solo se requiere verificar la identidad del administrado o de su abogado acreditado en autos para que proceda el acceso.

Como se puede apreciar, la regulación de este acceso al expediente en curso por el propio administrado participe en el mismo, no se sigue por la normas del derecho de acceso a la información de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información, que está concebido para los terceros que no lo son y tiene reglas que lo hacen incompatible con el curso del procedimiento administrativo en trámite.

En esa misma línea, debemos advertir que la cláusula del artículo 64 del TUO de la LPAG expresamente indica que ese derecho se ejerce "sin limitación alguna", sin perjuicio de las reservas contempladas en el artículo 169 del mismo ordenamiento respecto a documentos sobre información referida a: i) derecho a la intimidad personal o familiar, ii) seguridad nacional; iii) secreto bancario, tributario, comercial o industrial; iv) aquellos que impliquen previo pronunciamiento de la autoridad (como dictámenes o proyectos de resoluciones). En efecto, la información que forma parte del expediente administrativo resulta indispensable para que el administrado que tiene la calidad de parte en el mismo pueda conocer las razones que llevaran a la Administración Pública a adoptar una determinada decisión, y en esa medida, ejercer una adecuada defensa de sus derechos e intereses.

Artículo 170 Alegaciones

170.1 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.

170.2 En los procedimientos administrativos sancionadores, o en caso de actos de gravamen para el administrado, se dicta resolución sólo habiéndole otorgado un plazo perentorio no menor de cinco días para presentar sus alegatos o las correspondientes pruebas de descargo.

(Texto según el artículo 161 de la Ley N° 27444)

ANTECEDENTE

- Art. 78: LNGPA.

CONCORDANCIAS INTERNAS

- Art. 66: Suministro de información a las entidades.
- Art. 102: Impugnación de la decisión.
- Art. 134.2: Observaciones a la documentación presentada.
- Art. 156.2: Cuestiones distintas al asunto principal.
- Art. 193: Desarrollo y efectos de la audiencia pública.
- Art. 215: Facultad de contradicción.
- Art. 231: Contestación de la reclamación.
- Art. 252: Caracteres del procedimiento sancionador.
- Art. 253: Procedimiento sancionador.

✍ *Comentario*

La LPAG reconoce a los administrados la facultad de presentar un informe, formular alegaciones, aportar documentos o cualquier elemento de juicio. Este derecho a las alegaciones es mucho más amplio que el derecho al alegato conclusivo que contenía la LNGPA, al cual también incluye.

En nuestro ordenamiento se trata propiamente de una facultad, mas no de un momento procesal con espacio propio dentro del procedimiento administrativo como acontece en otros ordenamientos, donde se incorpora la fase denominada "audiencia a los interesados" en cuyo interior ocurren los alegatos.

La figura de la alegación ha sido regulada como requisito indispensable solo para aquellos procedimientos de gravamen para los administrados (por ejemplo, sancionadores, fiscalización, tributarios, etc.), en los que la autoridad deberá otorgar vista de la causa por un lapso no menor de cinco días para presentar su alegato a manera de apreciación final sobre lo actuado, bajo la pena de producir indefensión e invalidar la decisión final.

Para su ejercicio reviste trascendencia el factor oportunidad, ya que con el fin de no sustraer al conocimiento de los interesados, ninguna de las piezas o

actos procesales integrantes del expediente y que serán estimados para pronunciar la decisión, debe permitirse su ejercicio dentro del periodo que se extiende a partir de la última actuación instructiva (generalmente, la prueba) hasta el momento inmediatamente anterior al pronunciamiento de la decisión administrativa. Teniendo esta finalidad, el alegato nos revela mayor importancia por cuanto brinda la opción para replicar las argumentaciones de la contraparte y reforzar los propios fundamentos de hecho o de derecho, en cuanto hayan sido contestados, mejorando sus posibilidades de éxito.

La alegación debe concentrarse en analizar y presentar sistemáticamente las pretensiones planteadas en el procedimiento, en la sustentación razonable de cómo lo actuado (fundamentalmente, la prueba) abona en favor de lo pretendido, así como en una síntesis de las apreciaciones conclusivas expuestas de modo tal que este documento bien puede auxiliar al administrador para formular su decisión.

Artículo 171 Carga de la prueba

171.1 La carga de la prueba se rige por el principio de impulso de oficio establecido en la presente Ley.

171.2 Corresponde a los administrados aportar pruebas mediante la presentación de documentos e informes, proponer pericias, testimonios, inspecciones y demás diligencias permitidas, o aducir alegaciones.

(Texto según el artículo 162 de la Ley N° 27444)

CONCORDANCIA EXTERNA

- STC Exp. N° 1966-2005-HC/TC: Precedente vinculante (impulso de oficio).

CONCORDANCIAS INTERNAS

- Art. 84, 3: Deber de encauzar el procedimiento de oficio.
- Art. 154: Impulso del procedimiento.
- Art. 172: Actuación probatoria.
- Art. 173: Omisión de la actuación probatoria.
- Art. 174: Hechos no sujetos a actuación probatoria.
- Art. 175: Medios de prueba.
- Art. 176: Solicitud de documentos a otras autoridades.
- Art. 178: Solicitud de pruebas a los administrados.
- Art. 179: Norma supletoria.
- Art. 184: Testigos.
- Art. 185: Peritaje.
- Art. 186: Actuación probatoria de autoridades públicas.
- Art. 187: Gastos de actuaciones probatorias.
- Art. 188: Actuaciones probatorias que afecten a terceros.

✍ *Comentario*

I. LA PROBANZA DE OFICIO A CARGO DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA

Aportar y actuar los medios probatorios tendentes a verificar la verdad material de los hechos es eventualmente interés de los afectados por el acto a dictarse, pero por sobre todo y aun sin que medie pedido u ofrecimiento de parte, resulta una obligación para la propia Administración Pública en virtud del deber de oficialidad imperante en el procedimiento administrativo.

En muchos casos la Administración Pública necesita averiguar y comprobar determinados hechos para poder pronunciar resolución en su consecuencia. Así acontece, por ejemplo, en los procedimientos iniciados de oficio. De este modo existe un comportamiento de la Administración Pública destinado a averiguar los hechos o darle certeza, ya que esos hechos y sus alcances una vez constatados servirán de fundamento para su resolución. Se puede afirmar que en estos casos,

se aúna a la obligación de oficialidad, una necesidad primordial de la Administración Pública por precisar los hechos.

Por el contrario, algunas veces interesa a los propios administrados demostrar que los argumentos sustentadores de alguna decisión administrativa no existen, no son como los interpreta el funcionario instructor o simplemente pueden interesarse en fundamentar los hechos que sustentan alguna petición concreta.

En los casos de procedimientos de reclamación, recursales o iniciados a instancia de parte, el interés en producir, actuar y analizar la prueba, concierne a los administrados como componente del debido proceso administrativo.

Exclusivamente, en los procedimientos a iniciativa de parte como los mencionados cabe inferir que si de la colaboración de los particulares con la Administración Pública o de la prueba que aporte pueda resultar perjudicado, puede no aportar esa colaboración. Por el contrario, este planteamiento no resulta amparable en los procedimientos de oficio donde el interés público predomina sobre el particular, por lo que entre las normas reguladoras del Derecho Procesal especial encontramos disposiciones en contrario afirmando el deber de colaboración de los administrados, como sucede en materia de fiscalización tributaria, etc.

Oficialmente la indagación de los hechos es una tarea exclusiva de la Administración Pública. Sin embargo, la doctrina liberal ha influenciado para que durante la sustanciación de los procedimientos de parte, tratándose de pruebas documentales, se limite esa oficialidad, mediante la voluntariedad de los administrados.

Aunque el interesado puede participar en la indagación de los hechos, la Administración Pública no puede forzarle al cumplimiento de ese deber más allá de la documentación exigida expresamente para admitir la solicitud a trámite. Luego de iniciado, mucho dependerá del mayor o menor interés del administrado en la decisión del procedimiento. Si el particular deseara obtener un acto declarativo de sus derechos, normalmente colaborará con la Administración Pública aportando sus pruebas. Por el contrario, si la Administración Pública prepara un gravamen para el administrado, difícilmente prestará la colaboración necesaria.

Pero en todo supuesto posible, la Administración Pública debe actuar con su natural interés en que los hechos instruidos sean verdaderos, no solo por respeto a su obligación antes citada sino por la necesidad de que sus decisiones se basen en la certeza.

La realidad constata que las diversas materias a ser probadas determinan un diferente interés e intensidad de la Administración Pública y de los administrados hacia la prueba.

II. CARGA DE PRUEBA

La Administración Pública actúa permanentemente en la búsqueda de la verdad material en todos sus órdenes. Por eso, sobre ella recae el deber de

practicar todas las diligencias probatorias que le produzcan conocimiento y convencimiento de esa certeza, sin detenerse a analizar si los hechos materia de probanza motiven una decisión favorable o adversa a la Administración Pública o a los terceros.

La aplicación de la oficialidad al aspecto probatorio impone a la Administración Pública: la obligación de verificar y probar los hechos que se imputan o que han de servir de base a la resolución del procedimiento, así como la obligación de proceder a la realización de la actividad probatoria misma cuando lo requiera el procedimiento.

Por lo general, los administrados no tienen el deber de probar, salvo en procedimientos especiales donde las normas legales expresas pueden imponerles esa obligación. Si recae sobre ellos la carga, como imperativo del propio interés, no tiene la trascendencia que tiene en el proceso judicial ni la esencia de una obligación jurídicamente exigible.

Las posibilidades que pueden elaborarse sobre esta materia son múltiples y cada una requiere un tratamiento específico. El profesor HUTCHINSON[409], en un esfuerzo de síntesis, indica que los supuestos fundamentales son:

- Cuando el interesado requiere algo de la Administración Pública.
- Cuando es la Administración Pública quien requiere algo de un particular, pretende ejercer respecto de él alguna de sus potestades o ejercer actos de gravamen.
- Cuando los interesados sean dos o más.

En todos los casos rige como principio que la prueba está a cargo del pretensor. No del pretensor de la obligación final, sino de quien pretenda el reconocimiento del hecho invocado para fundar la resolución.

Por lo tanto, el particular que reclama una decisión a la Administración Pública o el contrainteresado que alega la existencia de ciertos hechos impeditivos adversos a esas pretensiones, o la Administración Pública que estima que es momento de aplicar una sanción u otorgar un derecho, tienen a su cargo la prueba del hecho invocado como acción o excepción. En los procedimientos de oficio la carga de la prueba se rige por el principio de impulso de oficio (num. 171.1 del art. 171 del TUO de la LPAG), mas en los procedimientos trilaterales y autorizatorios la carga es en principio del peticionario, pero la Administración Pública mantiene el deber de probar los hechos impeditivos-extintivos que determinen la denegación del derecho.

(409) HUTCHINSON, Tomás. *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*. Tomo II. Astrea, Buenos Aires, 1988, p. 177.

Un supuesto dificultoso es la carga probatoria en materia de revisión de los actos, pues se afirma que, a consecuencia de la presunción de legitimidad, la carga de la prueba incumbe totalmente al interesado que lo ataca. Lo cierto es que antes de sancionar un acto administrativo, se reúnen muchos antecedentes que los particulares necesitarán contradecir, y para eso asumen la carga de la prueba según los principios generales.

III. DERECHOS DE LOS ADMINISTRADOS EN MATERIA PROBATORIA

En materia de probanza dentro del procedimiento administrativo, el administrado cuenta con los siguientes atributos:

- Derecho a que la decisión se emita sobre la base de la probanza actuada;
- Derecho a la inexistencia de pruebas tasadas o con carácter de prueba plena en los procedimientos administrativos;
- Derecho a que no se consideren pruebas ilícitamente obtenidas;
- Derecho a que no se le exija probanza sobre hechos que la Administración Pública debe tener por ciertos o debe actuar prueba de oficio (art.174 del TUO de la LPAG);
- Derecho al ofrecimiento de medios probatorios y a que sean actuados y merituados, salvo que la Administración Pública motivadamente determine que no guardan relación con el fondo del asunto, sean improcedentes o innecesarios (num. 172.1 del art. 172 del TUO de la LPAG);
- Derecho a participar en la actuación y controlar las prueba de cargo;
- Derecho a que se valoren en la resolución los medios de prueba que haya ofrecido y admitido; y,
- Derecho a no declarar en su contra (num. 178.3. del art. 178 del TUO de la LPAG).

Artículo 172 Actuación probatoria

172.1 Cuando la administración no tenga por ciertos los hechos alegados por los administrados o la naturaleza del procedimiento lo exija, la entidad dispone la actuación de prueba, siguiendo el criterio de concentración procesal, fijando un período que para el efecto no será menor de tres días ni mayor de quince, contados a partir de su planteamiento. Sólo podrá rechazar motivadamente los medios de prueba propuestos por el administrado, cuando no guarden relación con el fondo del asunto, sean improcedentes o innecesarios.

172.2 La autoridad administrativa notifica a los administrados, con anticipación no menor de tres días, la actuación de prueba, indicando el lugar, fecha y hora.

172.3 Las pruebas sobrevinientes pueden presentarse siempre que no se haya emitido resolución definitiva.

(Texto según el artículo 163 de la Ley N° 27444)

ANTECEDENTE

- Art. 76: LNGPA.

CONCORDANCIAS INTERNAS

- Art. 145.2: Prórroga de plazos para la actuación de pruebas.
- Art. 157, 2: Facultad de disponer todos los trámites necesarios en un mismo acto.
- Art. 175: Medios de prueba.

✍ *Comentario*

I. LAS ACTUACIONES PROBATORIAS

En la dinámica de la prueba, la teoría del proceso suele diferenciar cuatro momentos: ofrecimiento, admisión, actuación y valoración. No obstante, en el procedimiento administrativo general no existe una delimitación precisa de los precitados momentos probatorios ni necesidad de fases propiamente definidas por actos administrativos.

En principio, dificulta realizar ese distingo la inexistencia de una regulación normativa propia e integral de la prueba administrativa. De otro lado, incide también para ello la existencia del informalismo que predomina en el procedimiento, orientado a conferir el máximo de garantías a los administrados y a la Administración Pública para que desarrolle su actividad probatoria en la mejor forma posible, siempre en busca de mayor certeza.

Como expone PIRAN, solo limitan la aplicación del informalismo en materia probatoria: la regular marcha de la Administración Pública y los derechos

de los demás administrados interesados en el objeto de la prueba. En efecto, la admisión de la informalidad en materia de prueba debe ser armonizada con el criterio de razonabilidad e interés público. No siempre puede admitirse una prueba presentada fuera de su oportunidad, sobre todo cuando ello implique un mecanismo dilatorio(410).

No obstante, es aconsejable y lógico que la prueba sea ofrecida y producida en la primera oportunidad en que se aprecie la necesidad de averiguar los hechos o se plantee alguna duda sobre la verdad de los mismos. En tal sentido, es adecuado que el administrado peticionario o recurrente pueda ofrecer la prueba en el primer acto procesal que se lo permita (escrito inicial o recurso). Particularmente tratándose de recursos, es recomendable hacerlo en el mismo escrito de impugnación. Dilucidados estos aspectos se podrá proseguir con la evaluación del expediente.

Sin embargo, solo la decisión final concluye la posibilidad de presentar medios probatorios, o ignorar las presentadas.

Entre nosotros, VALDEZ CALLE afirma "en cuanto a la oportunidad de la actuación de la prueba, opinamos que ella puede ser ofrecida y actuada en cualquier instancia del proceso, máxime si se trata de prueba instrumental, pues no existe disposición que limite la estación de prueba a solo determinada instancia. Por lo demás, es de advertir que como la finalidad del proceso es la de esclarecer, mal puede la Administración Pública limitar por propia decisión la etapa de prueba"(411).

En el caso de los procedimientos de aprobación automática, la valoración probatoria aparece a posteriori de la decisión, bajo la forma de fiscalización posterior. Precisamente, en ese momento es que el funcionario público averigua y/o comprueba selectivamente la certeza de las afirmaciones de los administrados o de la documentación presentada, lo cual realiza mediante los medios probatorios que juzgue indispensables.

La doctrina y legislación comparada nos muestran uniformemente que dentro de un procedimiento administrativo son objeto de prueba aquellos hechos relevantes:

a. "Que no se tengan por ciertos cuando sean alegados por los interesados". Resulta determinante para la prueba la discrepancia entre los hechos propuestos por los interesados y los aceptados por la Administración Pública, bastando para decidirse por la apertura la simple existencia del dato objetivo de tal contradicción.

(410) PIRAN, Carlos José. *La prueba en el ámbito de la Administración*. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1973, p. 43 y ss.

(411) VALDEZ CALLE, Antonio. *Comentario a las normas generales de procedimientos administrativos*. Talleres Gráficos de Neocont, Lima, 1969, p. 74.

b. "Que la naturaleza del procedimiento lo exija". Tratándose, por ejemplo, de procedimientos cuasijurisdiccionales o contenciosos.

De tal manera que no será necesaria la actuación probatoria cuando la Administración Pública tenga por ciertos los hechos, no haya en el expediente actos que se contradigan o cuando no se derive de la naturaleza del procedimiento la necesidad de abrir tal fase.

Pero no solo se trata de probar la existencia de determinados hechos, por cuanto sobre ellos puede existir acuerdo, sino también puede producirse prueba sobre sus resultados, alcances o consecuencias. Aun cuando exista concordancia sobre los actos entre los sujetos de la relación procedimental, puede ser necesario actuar evidencia para demostrar su errónea apreciación pese a ser conocidos y admitidos uniformemente.

En cuanto al origen de los hechos materia de probanza, puede versar sobre actos o condiciones del propio aportante de la Administración Pública (por ejemplo, cuando se trata de contradecir un acto administrativo) o ser ajenos a los nombrados (por ejemplo, cuando se trata de reclamar desigualdad procesal).

II. DECISIÓN SOBRE LA PRUEBA

Compete a la Administración Pública activa, a través del funcionario instructor, decidir sobre la admisión o rechazo de la apertura a prueba, así como sobre los medios de prueba propuestos por los administrados.

Respecto a la primera decisión cabe tener presente que un eventual rechazo a la apertura a prueba por parte de la Administración Pública, puede fundarse únicamente en su carácter innecesario, pero siempre implicará dar por ciertos y acreditados los hechos manifestados y documentos presentados por el interesado.

En tal virtud, como garantía al debido proceso, el instructor debe disponer la actuación de todos los medios probatorios legalmente admisibles, concerniente a hechos relevantes al caso y que conduzcan a su aclaración. La decisión sobre la apertura a prueba no es arbitraria sino reglada y racional.

La autoridad administrativa puede decretar la apertura a prueba o tramitar la cuestión como de puro derecho. Esto ocurre si no hay hechos que deban ser probados.

También puede ocurrir que aunque el particular hubiera propuesto pruebas, la Administración Pública las desestime por imposibles, inconducentes, impertinentes o formalmente improcedentes. Pero si no se presentan estos supuestos, la Administración Pública tiene la obligación de admitir y ordenar la prueba propuesta. Actuar de otro modo, indica un actuar irrazonable, arbitrario o de mala fe, susceptible de afectar el derecho de defensa del administrado y derivar en responsabilidad para su autor.

La negativa a actuar un medio probatorio se puede fundar en:

- Inconducente, es el medio de prueba que no sirve para decidir el asunto (por ejemplo, referido a un aspecto accidental o irrelevante en el procedimiento, o que no orientan a ninguna convicción clara).
- Inadmisible, es el medio de prueba prohibido expresamente por la ley o que resulta de imposible actuación.
- Impertinente, es el medio de prueba no referido a los hechos materia de probanza (sea sobre hechos ajenos o contenidos en el asunto pero tan evidentes que no requieren probanza).

III. DERECHO AL CONTROL DE LA ACTUACIÓN PROBATORIA

El numeral 172.2 del artículo comentado establece la obligación de la autoridad instructora de informar a los administrados comparecientes en el procedimiento de la actuación de determinada prueba, indistintamente de que haya sido solicitada de oficio o por cualquiera de las partes. La notificación debe incluir no solo la mención del medio de prueba a actuarse, sino todas las circunstancias de su actuación: lugar, fecha y hora, y además, hacer con una anticipación no menor de tres días a dicho acto.

El objeto de esta notificación es que el interesado sepa cuándo se inicia la evacuación de las pruebas y tenga la posibilidad para ejercer su derecho al control del medio de prueba. Este derecho, le permite comparecer y participar en la actuación probatoria (por ejemplo, preguntar a los testigos, o declarantes), oponerse a la actuación por alguna motivación justificada (por ejemplo, si concurren en los testigos, peritos o declarantes alguna de las causales de abstención previstas en el artículo 97 del TUO de la LPAG), presentar contrapruebas que considere pertinentes (por ejemplo, para rebatir alguna declaración, etc.) o presentar observaciones a la forma en que se actúa la prueba. En nuestro ordenamiento no existen pruebas reservadas. La ausencia de esta notificación, afecta el debido procedimiento del administrado, acarreando la nulidad de los hechos subsecuentes del procedimiento directamente vinculados a la prueba, y convierte en ilícita la actuación probatoria realizada.

IV. LAS PRUEBAS SOBREVINIENTES

Por último, el numeral 172.3 del artículo comentado se dedica al supuesto a la admisibilidad y deber de instruir las pruebas sobrevinientes que presenten los administrados. La norma tiene por objeto oponerse y convertir en ilegal la práctica de muchas entidades que otorgan un plazo perentorio para presentar las pruebas, con el apercibimiento de no tomarlas en cuenta al momento de resolver, en una inusual e equivocada interpretación del principio de celeridad. Enmendando esta ilegal práctica, la norma obliga a las autoridades a que atiendan el principio de verdad material, debiendo admitir y merituar toda prueba que sea presentada antes de emitir la resolución en su instancia.

Artículo 173 Omisión de actuación probatoria

Las entidades podrán prescindir de actuación de pruebas cuando decidan exclusivamente en base a los hechos planteados por las partes, si los tienen por ciertos y congruentes para su resolución.

(Texto según el artículo 164 de la Ley N° 27444)

CONCORDANCIAS INTERNAS

- Art. 168: Actos de instrucción.
- Art. 196: Contenido de la resolución.
- Art. 225: Resolución del recurso administrativo.

Comentario

La Administración Pública podrá evitar cualquier actividad probatoria si considera que la evidencia aportada por el administrado, en su escrito, es suficiente para formar convicción sobre la certeza y veracidad de lo afirmado por este. Obviamente si la autoridad tuviere algún factor de duda o elemento cierto que le permita someter a crítica las afirmaciones del administrado, procederá a actuar la prueba necesaria y no a resolver desestimando el pedido.

Artículo 174 Hechos no sujetos a actuación probatoria

No será actuada prueba respecto a hechos públicos o notorios, respecto a hechos alegados por las partes cuya prueba consta en los archivos de la entidad, sobre los que se haya comprobado con ocasión del ejercicio de sus funciones, o sujetos a la presunción de veracidad, sin perjuicio de su fiscalización posterior.

(Texto según el artículo 165 de la Ley N° 27444)

CONCORDANCIAS INTERNAS

- T.P. Art. IV, 1.7: Principio de presunción de veracidad.
- Art. 33: Fiscalización posterior.
- Art. 46: Documentación prohibida de solicitar.
- Art. 47: Documentos sucedáneos de los originales.
- Art. 48: Validez de actos administrativos de otras entidades y suspensión del procedimiento.
- Art. 49: Presunción de veracidad del procedimiento administrativo.
- Art. 50: Valor de documentos públicos y privados.

Comentario

La norma es imperativa: la Administración Pública no podrá someter a probanza las siguientes informaciones:

- **Hechos públicos o notorios**

Son los hechos que pertenecen al común de la gente o grupo social referido gozan de forma pública sin necesidad de probanza adicional sobre la notoriedad. Esta debe responder al conocimiento que la Administración Pública posee y no a la que terceros o administrados aleguen, por lo que se aplica leyes de oficio por la autoridad.

- **Hechos alegados por las partes cuya prueba consta en los archivos de la entidad**

Se conoce como "declaración jurada" a la manifestación escrita y personal que realizan los administrados, servidores y autoridades de la Administración Pública sobre determinados hechos o aspectos relevantes de su condición individual (bienes y rentas, cumplimiento de requisitos, determinación tributaria, inexistencia de incompatibilidades, etc.) bajo compromiso de decir la verdad y comprometiendo su responsabilidad por su dicho, en caso de eventual falsedad.

Ha sido frecuentemente empleado por la legislación nacional para lograr evidencias sobre las circunstancias personales de los declarantes en relación con los cometidos e intereses de la Administración Pública. Con mayor énfasis el proceso de simplificación administrativa ha sustituido diversos supuestos de presentación de pruebas documentales por declaraciones juradas.

La declaración jurada se fundamenta en la presunción de verdad que orienta las relaciones jurídicoadministrativas, por la cual se consideran ciertas de antemano todas aquellas manifestaciones presentadas, salvo evidencia en contrario.

De este modo, el empleo de las declaraciones juradas involucra una inversión de la carga de la prueba, ya que en vez de obligar a la Administración Pública a certificar previamente ciertos hechos o las condiciones personales que le interesa, se establece la presunción en favor del declarante por afirmar su condición, y, como correlato, le corresponde al Estado investigar a posteriori la veracidad de lo así afirmado, determinado, en su caso, la inexactitud de lo declarado (obrepción) o la ocultación de hechos (subrepción).

Por ejemplo, como el Estado-empleador debe asegurar la existencia de determinadas condiciones e idoneidad de sus funcionarios para la recta actividad gubernativa, le correspondería –en principio– verificar la concurrencia, por ejemplo, de los requisitos para asumir determinado cargo, la inexistencia de inhabilidades o incompatibilidades para alguna función pública en particular y sobre las fuentes de ingresos que gozan los funcionarios (a fin de detectar fuentes indebidas). Sin embargo, como la mayoría de estos aspectos resulta de dificultosa determinación a priori y, por razones de celeridad y eficacia en la gestión pública, la legislación ha creído conveniente invertir los roles, de tal suerte que se obliga al funcionario a presentar una declaración jurada, afirmando su condición personal y obligándose al Estado la función de fiscalizar a priori la veracidad de tales declaraciones, reservándose asimismo la posibilidad de analizarlas y, en su caso, determinar las responsabilidades consiguientes en caso de falsedad.

- **Hechos que hayan sido comprobados con ocasión del ejercicio de sus funciones.**

- **Hechos sujetos a la presunción de veracidad**

La presunción de veracidad confiere una naturaleza especial al objeto de prueba en el procedimiento. En virtud de este principio procedimental el instructor *a priori* debe sujetarse a los hechos argumentados por los interesados, porque la Administración Pública supone que las personas dicen la verdad y que la prueba que aportan en su solicitud es auténtica. El funcionario no está facultado para inmotivadamente desconocer los hechos protegidos por la presunción de veracidad.

Sin embargo, cuando existan afirmaciones contradictorias entre los interesados, ambas se neutralizan recíprocamente y originan el desvanecimiento de la presunción de veracidad por imperio de dos versiones contrapuestas amparadas bajo la misma presunción. Otro modo como se puede desvanecer la presunción es por efecto de la prueba en contrario (real) que permite a la Administración Pública controvertir razonablemente las afirmaciones del interesado. En estos casos, donde no se tengan por ciertos los hechos alegados por los interesados corresponde abrir a prueba el expediente. Estos elementos deben ser considerados por la Administración Pública para calificar como de evaluación previa un procedimiento.

De este modo, exclusivamente, se abre la causa a prueba cuando la Administración Pública no tenga por ciertos los hechos alegados por los interesados o la naturaleza del procedimiento lo exija. Contrariamente es indudable que cuando la Administración Pública no haga uso de esta atribución debe considerar como ciertos todos los hechos afirmados por los interesados.

Artículo 175 Medios de prueba

Los hechos invocados o que fueren conducentes para decidir un procedimiento podrán ser objeto de todos los medios de prueba necesarios, salvo aquellos prohibidos por disposición expresa. En particular, en el procedimiento administrativo procede:

1. *Recabar antecedentes y documentos.*
2. *Solicitar informes y dictámenes de cualquier tipo.*
3. *Conceder audiencia a los administrados, interrogar testigos y peritos, o recabar de los mismos declaraciones por escrito.*
4. *Consultar documentos y actas.*
5. *Practicar inspecciones oculares.*

(Texto según el artículo 166 de la Ley N° 27444)

ANTECEDENTE

- Art. 76: LNGPA.

CONCORDANCIAS INTERNAS

- Art. 165: Elaboración de actas.
- Art. 168: Actos de instrucción.
- Art. 171: Carga de la prueba.
- Art. 172: Actuación probatoria.
- Art. 176: Solicitud de documentos a otras autoridades.
- Art. 177: Presentación de documentos entre autoridades.
- Art. 178: Solicitud de pruebas a los administrados.
- Art. 179: Norma supletoria.
- Art. 181: Petición de informes.
- Art. 184: Testigos.
- Art. 185: Peritaje.
- Art. 186: Actuación probatoria de autoridades públicas.
- Art. 187: Gastos de actuaciones probatorias.
- Art. 188: Actuaciones probatorias que afecten a terceros.

✍ *Comentario*

La actuación de medios probatorios consiste en el conjunto de actos realizados para trasladar hacia el expediente los distintos elementos de convicción producidos por los medios probatorios sobre los hechos investigados.

Cuando la Administración Pública instruye un asunto y aporta medios de prueba, los momentos de producción y actuación probatoria se funden, ya que ella no puede ofrecerse prueba a sí misma. Por el contrario, se dirige directamente a actuarla y la traslada al expediente y evalúa los elementos ilustrativos o de convicción que estima necesarios para pronunciarse con fundamento.

En cambio, el administrado sí requiere que la Administración Pública realice determinada actividad para actuar el medio probatorio ofrecido. Los organismos

de la Administración Pública están encargados de recibir la prueba e incorporarla materialmente al expediente (tomar testimoniales, pedir informes, etc.).

En todos los casos, la actuación de la prueba corresponde a la Administración Pública a través de sus órganos y de las dependencias públicas que instruyen el expediente.

En principio, durante la vía administrativa son admisibles cuantos medios de prueba puedan dar evidencia útil de los hechos a probar, salvo la prueba ilícita. Así tenemos los siguientes medios de prueba:

- Personales (declaraciones de los administrados, testimonios, prueba pericial),
- Reales (la prueba documental que comprende las actas de inspección o de verificación que conllevan presunción de certeza y los medios de soporte físico de imágenes, el sonido o informáticos),
- Sucedáneos de prueba (por ejemplo, las declaraciones juradas),
- Presunciones legales (presunción de veracidad o presunción de inocencia),
- Pruebas indiciarias (presunciones de hecho: inferencias lógicas y concluyentes a partir de hechos acreditados).

Artículo 176 Solicitud de documentos a otras autoridades

176.1 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.

176.2 Cuando la solicitud sea formulada por el administrado al instructor, deberá indicar la entidad donde obre la documentación y, si fuera de un expediente administrativo obrante en otra entidad, deberá acreditar indubitablemente su existencia.

(Texto según el artículo 167 de la Ley Nº 27444)

CONCORDANCIAS INTERNAS

- Art. 85.2.2: Colaboración entre entidades. Deber de proporcionar datos e informes.
- Art. 157, 3: Fecha cierta del plazo cuando se soliciten trámites por otras autoridades.
- Art. 177: Presentación de documentos entre autoridades.
- Art. 259.1, 3: Demora injustificada de la remisión de datos.

✍ *Comentario*

Este supuesto de acto de captación de información constituye una aplicación en el ámbito probatorio del criterio de colaboración establecido para dirigir las relaciones entre las entidades públicas en el artículo 85 y siguientes del TUO de la LPAG, al cual remitimos los comentarios generales.

Artículo 177 Presentación de documentos entre autoridades

177.1 Los documentos y antecedentes a que se refiere el artículo 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.

177.2 Si la autoridad requerida considerase necesario un plazo mayor, lo manifestará inmediatamente al requirente, con indicación del plazo que estime necesario, el cual no podrá exceder de diez días.

(Texto según el artículo 168 de la Ley Nº 27444)

CONCORDANCIAS INTERNAS

- Art. 85.2.1: Deber de respetar la competencia de otras entidades.
- Art. 157, 3: Fecha cierta del plazo cuando se soliciten trámites por otras autoridades.
- Art. 176: Solicitud de documentos a otras autoridades.
- Art. 259.1, 3: Demora injustificada de la remisión de datos.

✍ *Comentario*

Una de las principales técnicas de colaboración entre las entidades es el intercambio de informaciones. Constituye un deber general de todas las entidades para con las demás, facilitar la información sobre su propia gestión que estas precisen para el adecuado ejercicio de sus cometidos. Si la exigencia es eventual, ella podrá ejecutarse también eventualmente, mas si la necesidad fuere continuada, se tenderá a la interconexión permanente de sistema informático. La información que posee una entidad pública, no es para ella, ni siquiera para su sector, sino configura el gran conjunto del servicio que todas las demás entidades también deben servir.

Artículo 178 Solicitud de pruebas a los administrados

178.1 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. Para el efecto se cursa el requerimiento mencionando la fecha, plazo, forma y condiciones para su cumplimiento.

178.2 Será legítimo el rechazo a la exigencia prevista en el párrafo anterior, cuando la sujeción implique: la violación al secreto profesional, una revelación prohibida por la ley, suponga directamente la revelación de hechos perseguibles practicados por el administrado, o afecte los derechos constitucionales. En ningún caso esta excepción ampara el falseamiento de los hechos o de la realidad.

178.3 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.

(Texto según el artículo 169 de la Ley N° 27444)

ANTECEDENTE

- Art. 46: LNGPA.

CONCORDANCIAS EXTERNAS

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: art. 14.3 g), derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos: art. 8.2 g), derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable.
- Constitución: Art. 2, inc. 10, derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados.
- D.Ley N° 25988: Art. 5, deber de conservar documentos privados por un periodo máximo 5 años.

CONCORDANCIAS INTERNAS

- Art. 20.3: Contenido de los requerimientos, citatorios.
- Art. 44: Requisitos para la realización del procedimiento administrativo.
- Art. 45: Acceso a información para consulta por parte de las entidades.
- Art. 46: Documentación prohibida de solicitar.
- Art. 47: Documentos sucedáneos de los originales.
- Art. 65: Deberes de los administrados en el procedimiento.
- Art. 66: Suministro de información a las entidades por parte de los administrados.
- Art. 67: Comparecencia personal.
- Art. 68: Formalidades de la comparecencia.
- Art. 136, 4: Requerimiento de la exhibición del original del documento.
- Art. 141, 4: Plazo para actos de cargo al administrado.
- Art. 157, 3: Fecha cierta del plazo cuando se soliciten trámites por otras autoridades.
- Art. 175: Medios de prueba.

✍ *Comentario*

I. FACULTAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA PARA SOLICITAR PRUEBA A LOS ADMINISTRADOS

Para entender la solicitud de prueba que la Administración Pública puede realizar a los administrados debe tenerse en cuenta el estatuto dispuesto en el artículo 66 del TUO de la LPAG, según el cual el administrado tiene el derecho de entregar las pruebas que juzgue necesaria para las peticiones iniciadas a su propio interés, y tiene por el contrario el deber de soportar el suministro de información en aquellos procedimientos investigatorios o de oficio.

La presente norma cabe dentro del segundo supuesto mencionado y no en los procedimientos de parte.

Aun en los supuestos de procedimientos de oficio, en los cuales el administrado está sujeto al deber de suministrar información y pruebas, es posible que el administrado pueda rechazar la exigencia por la existencia de valores constitucionales superiores que acuden a su protección. Estos argumentos de inmunidad son: el mantenimiento del secreto profesional, revelación de hechos perseguibles realizados por el propio administrado o afectar de cualquier otro modo sus derechos constitucionales (como, por ejemplo, a la libertad de conciencia, a la intimidad, etc.).

Es necesario no confundir la facultad de solicitud de prueba y su requerimiento que este artículo autoriza, en armonía con el inciso 3 del artículo 175 del TUO de la LPAG, con el supuesto de comparecencia personal que es regulado en el artículo 67 del TUO de la LPAG. El pedido de entrega de información, la presentación de documentos, la respuesta a pliegos interrogatorios, etc., con la posibilidad de exigir presencia física en la entidad. Para lo segundo deben cumplirse las condiciones del mencionado artículo 67.

II. EL DERECHO DEL ADMINISTRADO A GUARDAR SILENCIO EN MATERIA DE PRUEBAS ILEGALES

El numeral 178.2 contempla la legitimidad del rechazo por parte del administrado ante las exigencias probatorias que supongan la revelación de hechos perseguibles practicados por el mismo, sustentándose en el derecho fundamental a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable. Como se sabe una declaración inculpatoria solamente es válida si es hecha espontánea y voluntariamente por el administrado sin coacción ni intimidación de ninguna naturaleza (coacción física o moral), esto es, cuando la manifestación de voluntad no está viciada.

Conforme a esta exigencia, las autoridades quedan prohibidas, en los procedimientos dirigidos a emitir actos de gravamen como los sancionadores, a

emplear métodos de coerción, amenaza o intimidación para obtener la incriminación o el reconocimiento de la comisión de infracciones por parte de los administrados. Es importante tener en cuenta que los métodos prohibidos no solo tienen que ser ilícitos en sí mismos (amenaza sobre su persona, patrimonio o terceros vinculados), sino también pueden serlo medidas no ilícitas en sí mismas, tales como, por ejemplo, la amenaza de pérdida de un derecho indebidamente obtenido, o el pago por una declaración inculpatoria.

La norma también autoriza al rechazo de esta pretensión por parte del administrado, pero en ningún caso a falsear lo sucedido, lo que deberá ser apreciado por la autoridad conforme al principio de análisis integral de la prueba actuada. Aun en caso que se produjere esta declaración inculpatoria bajo mecanismos coercitivos, la evidencia obtenida sería ilícita, y por tanto insubsistente para apoyar cualquier decisión administrativa, ni utilizable en ningún proceso judicial.

Es importante anotar que este derecho que sirve de sustento al numeral 178.2 comentado también puede ser válido para sustentar la ilegitimidad de cualquier prueba, además de la confesión del administrado, obtenida gracias a declaraciones obtenidas por coerción física o moral como, por ejemplo, sobre testigos o peritos.

Artículo 179 Normativa supletoria

En lo no previsto en este apartado la prueba documental se regirá por los artículos 46 y 47 de la presente Ley.

(Texto según el artículo 170 de la Ley N° 27444)

CONCORDANCIAS INTERNAS

- Art. 46: Documentación prohibida de solicitar.
- Art. 47: Documentos sucedáneos de los originales.
- Art. 176: Solicitud de documentos a otras autoridades.
- Art. 177: Presentación de documentos entre autoridades.
- Art. 178: Solicitud de pruebas a los administrados.

Comentario

Esta norma tiene por objeto hacer extensiva a los actos de instrucción las limitaciones que establecen los artículos 46 y 47 del TUO de la LPAG, sobre aquella información o documentación prohibida de solicitar a los administrados y aquella documentación que obligatoriamente deberá admitir como sucedáneos de los originales. En tal sentido, las limitaciones contenidas en estos dos artículos no solo son aplicables *ab initio* del procedimiento sino también en los procedimientos de evaluación previa. Como es obvio, la fiscalización posterior a estos documentos se producirá una vez concluido el procedimiento y no durante este.

Artículo 180 Presunción de la calidad de los informes

180.1 Los informes administrativos pueden ser obligatorios o facultativos y vinculantes o no vinculantes.

180.2 Los dictámenes e informes se presumirán facultativos y no vinculantes, con las excepciones de ley.

(Texto según el artículo 171 de la Ley Nº 27444)

CONCORDANCIAS INTERNAS

- Art. 157, 3: Fecha cierta del plazo cuando se soliciten trámites por otras autoridades.
- Art. 168.2: Prohibición de realizar como actos de instrucción la solicitud rutinaria de informes previos.
- Art. 181: Petición de informes.
- Art. 182: Presentación de informes.
- Art. 183: Omisión de informe.

✍ *Comentario*

I. INFORMES Y DICTÁMENES

Para la legislación administrativa los términos "informe" y "dictamen" son empleados conjuntamente con tanta persistencia que induce a pensar que existe entre ambos identidad de conceptos. Pero la doctrina se ha preocupado en tratar de encontrar algunos matices.

Por ejemplo, GARCÍA-TREVIJANO[412]considera que la diferencia entre ambos radica en su contenido. De ahí que el informe mantiene su esencia en una labor de evaluación, conclusión y propuesta dentro de los aspectos estrictamente jurídicos, constituyendo una exposición o relato de hechos y normas; mientras que, por su lado, el dictamen trasciende lo estrictamente jurídico, comprendiendo en su ámbito aspectos axiológicos de conveniencia o pertinencia (aspecto de la discrecionalidad y razonabilidad).

Por su parte, la doctrina argentina representada por HUTCHINSON[413] apunta otro criterio para señalar la diferencia entre ambas figuras. En esta orientación, el informe es el mecanismo probatorio por el cual se trasladan e incorporan al expediente noticias o constancias sobre hechos que obran en documentos, archivos o registros contables o de otra clase. El supuesto típico de informe, es el requerimiento, de oficio o a petición del administrado, acerca de datos registrados en una entidad destinados a probar o denegar las afirmaciones concernientes a los hechos controvertidos. Por su parte, mediante el dictamen una

(412) GARCÍA-TREVIJANO FOS, José Antonio. *Los actos administrativos*. 2ª edición actualizada, Civitas, Madrid, 1991, p. 322.

(413) HUTCHINSON, Tomás. Ob. cit., tomo II, p. 192 y ss.

instancia consultiva especializada emite su parecer técnico o jurídico acerca de la materia controvertida. En este sentido, el dictamen no constituiría ningún medio probatorio sino una opinión sobre lo actuado, incluyendo un análisis de la probanza aportada.

II. CLASES DE INFORMES

La doctrina se ha preocupado de aplicar dos criterios diferenciadores para identificar las diversas clases de informes que existen en el mundo administrativo.

El primer criterio empleado es según la necesidad de su producción dentro del curso del procedimiento administrativo. Según este criterio, los informes resultan ser los obligatorios o preceptivos y los facultativos.

Los informes preceptivos u obligatorios son aquellos que el instructor necesariamente debe recabar y recibir antes de decidir un procedimiento determinado sometido a su conocimiento, aunque sin tener la obligación de conformarse con sus conclusiones y contenido. De tal suerte que el informe se mantiene en su función de ser un medio de asesoramiento para la decisión, cuya influencia en la decisión dependerá de la convicción que le genere la decisión. No obstante, si se omitiere recibir ese informe para resolver su omisión acarrearía un vicio al procedimiento que determina la nulidad de la decisión tomada. Ejemplos de informes preceptivos son los exigidos en los procedimientos disciplinarios a la Comisión de Procesos Administrativos como requisito previo a cualquier decisión definitiva del titular de la entidad, los informes técnicos y legales antes de adoptar la decisión de exonerarse de una licitación pública, o los informes previos que se solicitan a los órganos de control para proceder a aprobar algunas modalidades de adquisiciones.

Por el contrario, son informes facultativos, potestativos o voluntarios aquellos que la instancia decisoria solicita de acuerdo a su propio criterio e iniciativa discrecional para ilustrarse mejor de aquellos aspectos que considere indispensables, sin que su requerimiento provenga de alguna obligación legal. En este sentido, su pedido no es requisito de validez del acto, ni su omisión acarreará vicio a la decisión que finalmente se adopte. Es el caso de los informes jurídicos que se solicitan a las asesorías legales de cualquier entidad.

Estas dos categorías no son necesariamente excluyentes, siendo que muchas veces concurren ambas en un mismo procedimiento. Así sucede si habiendo recabado los informes obligatorios, se considera necesario contar con informes adicionales sobre el mismo u otros aspectos dudosos para mejor decidir.

Una segunda clasificación de los informes reposa en los efectos que tiene su contenido respecto del acto administrativo sobreviniente que el instructor va a emitir. En este sentido, los informes pueden ser vinculantes o no vinculantes para el instructor.

Como principio, la autoridad no se encuentra sujeta a las conclusiones o recomendaciones contenidas en el informe que se solicitó. El rol asesor del informe se mantiene en su propia esencia de servir de orientación al instructor, pero no le impone una decisión o sustituye en el juicio. En este lugar conocemos a los informes no vinculantes que no obligan a ser observados por las instancias consultantes, quienes mantienen discrecionalidad para, bajo su responsabilidad, seguir o apartarse del parecer contenido en el informe con una motivación expresa y suficiente. Pese a ello, el informe constituye un antecedente valioso a tener en cuenta por la instancia decisoria y por sus instrumentos de control sucesivo y posterior para apreciar la legalidad de su accionar, dado que el mérito del informe puede no derivar de la norma pero sí de la solidez de sus argumentaciones, de la calidad del análisis y de la claridad de sus conclusiones.

Por el contrario, tenemos los informes cuyas conclusiones y recomendaciones son de cumplimiento imperativo para la autoridad instructora. Entonces, los informes vinculantes serán aquellos que obligan al instructor a resolver apegado al sentido de la opinión del consultado, de cuyo contenido el instructor no puede apartarse. Por esta naturaleza particular se dice que en puridad los informes vinculantes suponen competencias compartidas entre el órgano instructor y el consultivo, por lo que se hace necesario adecuar las demás disposiciones en cuanto recurrencia y responsabilidades funcionales. A falta de disposición concreta, corresponde afirmar que los informes son no vinculantes, ya que como regla general compete a cada instancia instructora analizar y tomar la decisión, pudiendo aceptar o no el contenido del parecer alcanzado.

De la mezcla de estas variedades pueden surgir singularidades como el "dictamen o informe calificado" (informe preceptivo y vinculante), por el cual en casos especiales no basta la emisión de un informe sino que la legislación exige la obtención de un informe favorable de alguna entidad especializada como una fase integrante de la voluntad colectiva del Estado.

Artículo 181 Petición de informes

181.1 Las entidades solo solicitan informes que sean preceptivos en la legislación o aquellos que juzguen absolutamente indispensables para el esclarecimiento de la cuestión a resolver. La solicitud debe indicar con precisión y claridad las cuestiones sobre las que se estime necesario su pronunciamiento.

181.2 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.

181.3 El informante, dentro de los dos días de recibida, podrá devolver sin informe todo expediente en el que el pedido incumpla los párrafos anteriores, o cuando se aprecie que solo se requiere confirmación de otros informes o de decisiones ya adoptadas.

(Texto según el artículo 172 de la Ley N° 27444)

ANTECEDENTE

- Art. 73: LNGPA.

CONCORDANCIA EXTERNA

- R.M. N° 024-2012-JUS: Procedimientos para la emisión de Consultas Jurídicas, Informes Jurídicos y Dictámenes Dirimentes en la Dirección Nacional de Asuntos Jurídicos.

CONCORDANCIAS INTERNAS

- Art. 166, 3: Especificación del plazo para solicitar trámites a efectuarse por otras autoridades.
- Art. 168.2: Prohibición de realizar como actos de instrucción la solicitud rutinaria de informes previos.
- Art. 178: Solicitud de pruebas a los administrados.
- Art. 179: Norma supletoria.
- Art. 182: Presentación de informes.
- Art. 183: Omisión de informe.

Comentario

I. LA SOLICITUD DE OPINIONES O INFORMES ADMINISTRATIVOS

Para apoyar el acierto de la resolución que va a decidir cualquier expediente, el instructor está habilitado para solicitar opiniones técnicas o pareceres a otros, sobre algunos hechos. Si bien su empleo aparece de modo facultativo, la compleja realidad de la actividad gubernativa hace indispensable requerir opiniones de índole especializada y técnica para sustentar pronunciamientos e incrementar su posibilidad de acierto.

Al interior de cualquier entidad pública nacional, desarrollan funciones consultivas por su propia esencia las unidades encargadas del asesoramiento jurídico (en materias legales), las de planeamiento y de presupuesto, entre otras; e incluso pueden colocarse en esta ubicación a otros órganos activos de la Administración Pública cuando puedan brindar información útil para el instructor.

Por su parte, asumen un rol asesor externo fundamental a nuestra Administración Pública las siguientes entidades: los órganos rectores de los sistemas administrativos en las materias de su competencia (las direcciones de Presupuesto, Tesoro y Crédito Público en el Ministerio de Economía y Finanzas; la Contraloría General de la República, la Contaduría Pública de la Nación, etc.), la Dirección Nacional de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Justicia e incluso los colegios profesionales.

De tal manera, el informe o dictamen constituye un antecedente que se incorpora al expediente y aporta a la motivación de la decisión, emitiéndose en ejercicio de una función meramente consultiva no decisoria. Resaltamos así como carácter sustancial que, el informe o dictamen es preparatorio de la voluntad administrativa, integrante del proceso volitivo y documental seguido para la toma de decisiones y no resulta válido como argumento para confirmar resoluciones ya adoptadas. Esta misma naturaleza hace que el informe no sea un documento ejecutorio o sujeto a fe plena.

Estos instrumentos suponen la intervención asesora de personal capacitado sobre ciertos extremos de la causa.

Tales instrumentos, sean recabados de las propias instancias asesoras existentes al interior de la entidad o de otras entidades consultivas de la Administración Pública, corresponden a un actuar de oficio.

II. CARACTERÍSTICAS DE LA SOLICITUD

En cuanto a las características intrínsecas de los informes cabe diferenciar su requerimiento y formulación. Para pedir un informe deben concurrir en el órgano activo de la Administración Pública las siguientes características:

- Necesidad

Con la finalidad de imprimir celeridad al trámite y evitar dilaciones innecesarias, se limita a la Administración Pública activar la libertad de requerirlos, disponiendo que soliciten informes solo cuando sean absolutamente necesarios para el mejor esclarecimiento de la cuestión a resolver. En concordancia, se tiende a la supresión de los pedidos rutinarios de opinión legal previa a las asesorías jurídicas, reservándolas para aquellos supuestos en que el fundamento legal de la petición sea razonablemente discutible desde el punto de vista legal o exista controversia jurídica.

- **Petición concreta y oportuna**

Cuando se dispone la elaboración de un informe debe indicarse concretamente los extremos de la materia sobre los que solicita opinión, por lo cual no puede emitirse parecer en abstracto ni para situaciones hipotéticas. Sobre este extremo, cita DROMI, que la Procuración del Tesoro argentino ha establecido que: "Ante una consulta de carácter general y abstracta, (...) no debe emitir opinión, pues la única manera de proceder que garantiza la interpretación recta de su propio criterio es limitarse al problema específico que el caso suscita, ponderadas que sean las circunstancias particulares del mismo"(414).

En cuanto a la oportunidad de solicitarla, como expresamos anteriormente, resulta consustancial a su naturaleza que el pedido sea efectuado previo a la adopción de la decisión que lo motive y no con posterioridad.

- **Plazo prorrogable para su evacuación (num. 141.3 del art. 141)**

Las normas prescriben un plazo máximo de siete días hábiles para la evacuación de los informes o dictámenes solicitados a los agentes del mismo organismo o de otros organismos.

Sin embargo, si el informante considera necesario un lapso mayor, lo deberá indicar inmediatamente al requeriente, con la justa motivación y siempre que no se perjudique el derecho de terceros. La manifestación de prórroga de plazo, así como su admisión deberán constar en el expediente e indicar el nuevo lapso otorgado no mayor de 3 días.

En aquellos casos que el solicitante no cumpliera con estas exigencias o fuera patente que desea simplemente evadir sus responsabilidades decisorias, dilatar el trámite, pretenda conformación de actos ya adoptados o cualquier circunstancia análoga, la sanción consistirá en la habilitación para que el informante niegue opinión motivando su decisión. La costumbre de obtener informes tardíos de solidaridad con el decisor o en búsqueda de justificación a decisiones ya adoptadas configura un pernicioso hábito que debe erradicarse. De insistir el consultante, deberá dirimir el superior inmediato.

(414) DROMI, José Roberto. *El acto administrativo.* Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1985, pp. 227 y 228.

Artículo 182 Presentación de informes

182.1 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.

182.2 El informe o dictamen no incorpora a su texto el extracto de las actuaciones anteriores ni reitera datos que obren en expediente, pero referirá por su folio todo antecedente que permita ilustrar para su mejor resolución.

(Texto según el artículo 173 de la Ley N° 27444)

ANTECEDENTE

- Art. 74: LNGPA.

CONCORDANCIA EXTERNA

- D.S. N° 043-2003-PCM: TUO de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública (art. 17, incs. 1 y 4: confidencialidad de la información deliberativa e informes legales).

CONCORDANCIAS INTERNAS

- Art. 141, 3: Plazo máximo para la emisión de dictámenes.
- Art. 175, 2: Medios de prueba. Informes y dictámenes.
- Art. 181: Petición de informes.
- Art. 183: Omisión de informe.
- Art. 189: Proyecto de Resolución.

✍ *Comentario*

Respecto a la presentación del informe, el asesor debe cumplir con las siguientes exigencias:

- **Conocimiento de la materia**

La instancia asesora para emitir el informe debe conocer los antecedentes necesarios (generalmente el expediente completo).

- **Absolución personal**

La misma instancia a quien se requirió la opinión debe cumplir con emitirla directamente, sin poder trasladar la materia consultada a otra dependencia. En algunas legislaciones extranjeras (Costa Rica, Argentina, etc.) se concreta aún más la regulación hasta delinear que necesariamente deben ser consultadas las

instancias orgánicas y permanentes del Estado expertos en el asunto antes que a las asesorías externas, con el objetivo de evitar opiniones complacientes que puedan ser realizadas sin la consecuencia y responsabilidad inherentes al personal técnico. Además solo cuando no existan especialistas dentro de la Administración Pública o ante casos comprobadamente complejos se tomarán servicios de técnicos externos.

- Contenido preciso

El contenido de los informes debe responder a los criterios de brevedad y exclusividad sobre la materia pedida, debiendo obviar cualquier reproducción de actuados existentes en el expediente, bastando su referencia precisa. Pero la precisión no estriba únicamente en la forma externa del informe sino también trasciende a su interior, ya que debe fundarse exclusivamente en la legalidad existente.

Ni tal condición ni el carácter de la petición concreta, limitan al informante para comprender dentro de su análisis otros aspectos que emerjan del propio expediente, hayan sido o no planteados por el órgano requeriente y tengan incidencia en el asunto bajo examen. Más bien ello resulta necesario para dar cumplimiento eficaz a los principios de oficialidad y de verdad material otorgándole valor agregado a su actuación. Lo que sí resulta indispensable es que su análisis aborde los extremos consultados.

Artículo 183 Omisión de informe

183.1 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.

183.2 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.

183.3 El informe presentado extemporáneamente puede ser considerado en la correspondiente resolución.

(Texto según el artículo 174 de la Ley N° 27444)

CONCORDANCIA EXTERNA

- D.S. N° 040-2014-PCM: Reglamento General de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil (art. 100, incumplimiento constituye falta para efectos de la responsabilidad administrativa disciplinaria).

CONCORDANCIAS INTERNAS

- Art. 141, 3: Plazo máximo para la emisión de dictámenes.
- Art. 180: Presunción de la calidad de informes.
- Art. 181: Petición de informes.
- Art. 182: Presentación de informes.

Comentario

Uno de los rasgos importantes de los informes consultivos interadministrativos para contribuir a la celeridad del procedimiento es el ser oportuno en la absolución.

El numeral 141.3 del artículo 141 del TUO de la LPAG establece el tiempo máximo común para la emisión de todo tipo de informes y opiniones, incluyendo su prórroga en caso necesario. Lo normal es que, dentro de dicho término el instructor cuente con el parecer técnico necesario, pero puede suceder que la emisión del informe sea tardía respecto a la necesidad del informe o incluso respecto a la decisión que sea impostergable adoptar, tanto por la dilación del informante para cumplir dentro del plazo concedido o a la urgencia de resolver el caso en consulta por parte del instructor.

El artículo comentado establece para tales casos extremos dos posibilidades: prescindir del informe y definir el proceso por sí mismo, entendiendo que la omisión del informe no suspende la tramitación o la obligación de resolver la causa por parte del instructor; o, bien citar al informante para que en fecha única y en sesión de la cual se levantará acta cumpla con absolver verbalmente ante sí la opinión solicitada. Ambas son alternativas excluyentes y por una de ellas deberá optar el instructor.

En el primer supuesto, estaremos frente a lo que la doctrina denomina informe tardío. Sobre ello, el jurista GARCÍA-TREVIJANO[415], en opinión que compartimos, nos enseña que contraría la esencia y naturaleza del informe que pueda ser evacuado después de adoptada la decisión, siendo inexistente como tal. La ausencia del informe no puede paralizar el procedimiento, que deberá seguir su propio impulso, pero no cabe pensar en silencio positivo o negativo, implícito o presunto, aplicables a la función consultiva, sino solo de la responsabilidad del funcionario consultado y de la posibilidad de sustituirlo o acudir a otro estamento consultivo.

Para la opción de la convocatoria e informe verbal debe tenerse en cuenta la relación interadministrativa que debe existir entre el solicitante y el informante, pues no cabe aplicarla en caso de informes solicitados a entidades privadas dentro de una relación general de sujeción.

Las normas prevén el supuesto adicional por el que una ley en un procedimiento especial pueda considerar una especie de silencio administrativo positivo, que permita al instructor presumir que si dentro de determinado plazo la instancia asesora no presenta informe se considerará su parecer conforme al supuesto planteado.

(415) GARCÍA-TREVIJANO FOS, José Antonio. Ob. cit., p. 328.

Artículo 184 Testigos

184.1 El proponente de la prueba de testigos tiene la carga de la comparecencia de los mismos en el lugar, fecha y hora fijados. Si el testigo no concurriera sin justa causa, se prescindirá de su testimonio.

184.2 La administración puede interrogar libremente a los testigos y, en caso de declaraciones contradictorias, podrá disponer careos, aun con los administrados.

(Texto según el artículo 175 de la Ley Nº 27444)

CONCORDANCIAS INTERNAS

- Art. 165: Elaboración de actas.
- Art. 171.2: Notificación de la actuación probatoria.
- Art. 175, 3: Medios de prueba. Testigos.
- Art. 186: Actuación probatoria de autoridades públicas.

Comentario

La prueba de testigos es la suministrada mediante declaraciones emitidas por personas físicas diferentes de los administrados acerca de lo que saben respecto de un hecho de cualquier naturaleza. La prueba consiste en la exposición preferentemente verbal, ante la autoridad instructora que plantea las preguntas.

Como la LPAG optó por el respeto a la libertad individual, restringiendo las competencias de la Administración Pública para exigir la presencia de particulares a su sede, la norma comentada establece que es de cargo de quien la ofrece asegurar la comparecencia de los testigos. Cuando sea la Administración Pública la que deba tomar testimonios a su propia iniciativa, deberá acudir a su búsqueda personalmente o contar con una norma expresa de nivel legal que le permita tener facultad para exigir la comparecencia.

En cuanto al desarrollo de la prueba misma, la autoridad tomará en vía de analogía los elementos del régimen procesal ordinario para su actuación.

Artículo 185 Peritaje

185.1 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.

185.2 La administración se abstendrá de contratar peritos por su parte, debiendo solicitar informes técnicos de cualquier tipo a su personal o a las entidades técnicas aptas para dicho fin, preferentemente entre las facultades de las universidades públicas.

(Texto según el artículo 176 de la Ley N° 27444)

CONCORDANCIAS EXTERNAS

- D.Leg. N° 1310: Medidas adicionales de simplificación administrativa (art. 8, Sistemas de Trámite Documentario de las Entidades de la Administración Pública).
- D.S. N° 133-2013-PCM: Establece el acceso e intercambio de información espacial entre entidades de la Administración Pública.
- D.S. N° 083-2011-PCM: Crean la Plataforma de Interoperabilidad del Estado - PIDE.
- R.M. N° 381-2008-PCM: Lineamientos y mecanismos para implementar la interconexión de equipos de procesamiento electrónico de información entre las entidades del Estado.

CONCORDANCIAS INTERNAS

- Art. 85.2.3: Colaboración entre entidades.
- Art. 141, 3: Plazo máximo para la emisión de dictámenes.
- Art. 165: Elaboración de actas.
- Art. 171.2: Notificación de la actuación probatoria.
- Art. 175, 3: Medios de prueba. Testigos.

Comentario

La prueba pericial es impuesta por la naturaleza particular de los hechos que requieren probanza, cuya exacta apreciación necesita de conocimientos especiales de naturaleza técnica (aspectos contables en procedimientos tributarios o de laboratorio en procedimientos industriales, pero nunca en materia jurídica).

Los interesados podrán proponer la designación de peritos a su costo, indicando los temas sobre los cuales deberán pronunciarse. En cambio, la Administración Pública por lo general se abstiene de requerirlos, puesto que cumplen el mismo fin los informes de sus agentes técnicos y demás dependencias estatales especializadas.

Artículo 186 Actuación probatoria de autoridades públicas

Las autoridades de entidades no prestan confesión, 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.

(Texto según el artículo 177 de la Ley Nº 27444)

CONCORDANCIAS INTERNAS

- Art. 175: Medios de prueba.
- Art. 182: Presentación de informes.
- Art. 185: Peritaje.

Comentario

Por su propia naturaleza en los procedimientos externos resulta improcedente acudir a la confesión de los funcionarios. En cuanto a esta exclusión de las autoridades de la posibilidad de prestar confesión, se debe tener en cuenta que la regla se sustenta que al ser representantes de la Administración Pública y esta no ser parte del procedimiento mal podrían confesar en su nombre.

Es más, si se trata de profundizar sobre las actuaciones públicas, se tiene que al ser la actividad gubernamental eminentemente documentaria, los actos que son realizados pueden probarse perfectamente acudiendo a las actas, documentos y, finalmente, al mismo expediente sin necesidad de mayores declaraciones verbales.

Por otro lado, la prueba confesional, o sea la declaración del propio agente acerca de sus propias actuaciones o las que conociere con motivo de su labor, resulta impuesta por la naturaleza de los procedimientos administrativos internos de sustancia investigadora, como son el disciplinario y el de auditoría. Este empleo excepcional encuentra fundamento en el resguardo del derecho de defensa de los administrados, por el que resulta valorativamente indispensable recoger las expresiones de los funcionarios cuya conducta es precisamente objeto de investigación.

Artículo 187 Gastos de actuaciones probatorias

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 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.

(Texto según el artículo 178 de la Ley Nº 27444)

ANTECEDENTE

- Art. 77: LNGPA.

CONCORDANCIAS INTERNAS

- Art. 54: Reembolso de gastos administrativos.
- Art. 171: Carga de la prueba.
- Art. 172: Actuación probatoria.
- Art. 175: Medios de prueba.

Comentario

El tema del gasto de las actuaciones probatorias se enmarca dentro del rubro gastos del procedimiento cuyo tratamiento matriz está en el artículo 51 del TUO de la LPAG. En general, las principales agresiones de índole económico que pueden afectar al procedimiento suelen ser las costas, fundamentalmente bajo la forma del reintegro de los gastos incurridos por la Administración Pública en sus actuaciones y en el tema de probanza, los principales gastos son los de traslado de los testigos, el costo de los peritos y los administrados, los desembolsos por las inspecciones oculares, entre otros.

Por el principio contenido en el artículo 51 del TUO de la LPAG, las entidades no pueden transferir a los administrados a título de reembolso los gastos que efectivamente le corresponda asumir. Solo cuando una ley le autorice expresamente podrá proceder conforme a ella, siendo el único caso habilitado por la LPAG, el de los gastos de actuaciones probatorias ofrecidas por los administrados.

Específicamente, en el tema de gastos probatorios la legislación contemporánea tiene dos referentes: aquellas legislaciones que establecen que todos los gastos de la prueba deben ser de cuenta del Estado, quien las financia como una actividad más de la Administración Pública. Por otro lado, la mayoría de países acogen una situación intermedia en la que los gastos de la prueba realizada en interés o a petición del interesado son de cuenta de este y que no resulten de una obligación legal impuesta a los órganos que dirigen el procedimiento.

El artículo bajo comentario, siguiendo la línea de la Ley española, se afilia a esta tendencia pero mantiene algún perfil propio. La regla general será que la Administración Pública tiene que soportar los gastos probatorios que ella disponga, así como aquellos que solicite el administrado cuando "deban ser soportados por la Administración Pública". Ante la duda de cuáles deben ser los gastos que deba soportar la Administración Pública debe estarse a aquellas actividades probatorias que constituyan un deber legal de las autoridades administrativas.

Artículo 188 Actuaciones probatorias que afecten a terceros

Los terceros tienen el deber de colaborar para la prueba de los hechos con respeto de sus derechos constitucionales.

(Texto según el artículo 179 de la Ley N° 27444)

CONCORDANCIAS INTERNAS

- Art. 65, 2: Deber de prestar colaboración en el esclarecimiento de los hechos.
- Art. 69: Terceros administrados.
- Art. 175: Medios de prueba.
- Art. 178: Solicitud de pruebas a los administrados.

Comentario

El deber de obtención de la verdad material se extiende hasta los terceros del procedimiento administrativo, por lo cual las actuaciones probatorias que los refieran deberán ser analizadas. Para el respeto de sus derechos constitucionales deberá tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 178 del TUO de la LPAG.

Artículo 189 Proyecto de resolución

Cuando fueren distintos la autoridad instructora de la competente para resolver, la 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.

(Texto según el artículo 180 de la Ley N° 27444)

CONCORDANCIA EXTERNA

- D.S. N° 043-2003-PCM: TUO de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública. (art. 17, inc. 1, confidencialidad de información deliberativa).

CONCORDANCIAS INTERNAS

- Art. 196: Contenido de la resolución.
- Art. 225: Resolución del recurso administrativo.
- Art. 252: Caracteres del procedimiento sancionador.

✍ *Comentario*

La norma consagra una disposición de intermediación entre la labor de la autoridad instructora y la autoridad con potestad resolutiva, cuando estas fueran diferentes.

Como a quien le compete resolver no tiene la pronta ubicación y conocimiento de los actuados y las pretensiones, se dispone que la autoridad instructora concluya su función en el procedimiento presentando al nivel resolutivo un informe conteniendo:

a. Aspectos más notables de los actos que dio inicio al procedimiento, contextualizándolo y afirmando o negando si se han probado los supuestos que le sirvieron de base al procedimiento;

b. Un resumen del contenido de la instrucción, indicando cuáles son las informaciones recibidas y las pruebas actuadas;

c. El análisis de la prueba instruida, con la precisión de su mérito a criterio del instructor; y,

d. Proyecto de resolución, que debe guardar concordancia con el resto del informe.

La elaboración del proyecto de resolución consiste en la manifestación de un juicio sobre la base de la evidencia actuada y a los descargos presentados, que si bien parte de una actividad informativa, contiene un plus adicional: la propuesta de decisión en función de la convicción obtenida. Como bien manifiesta GARCÍA-TREVIJANO FOS, la diferencia entre un informe común y una propuesta

o proyecto de decisión "debe colocarse en la posición que adoptan los órganos de que se trate. La propuesta implica la existencia de un órgano inferior y otro superior, uno que resuelve y otro que propone; en cambio en los informes, los órganos no puede decirse que estén sometidos a rígida jerarquía. Esto es claro respecto de los órganos cuya única o esencial misión es informar. Otra diferencia está en la colocación de ambos actos en el procedimiento. La propuesta se da siempre inmediatamente antes que la resolución, mientras que los informes son un trámite anterior a aquella"(416).

Por otro lado, GONZÁLEZ NAVARRO también aporta criterios para diferenciar el informe de la propuesta de decisión afirmando que: "Mientras la propuesta se hace por el instructor, el informe se emite por un órgano administrativo distinto de aquel a quien corresponde iniciar, instruir o resolver el procedimiento. Mientras el informe sirve para aportar datos al expediente o para comprobar los que en él existan, la propuesta supone una valoración de esos datos y de su certeza viniendo a ser un proyecto de resolución (...)"(417).

El informe busca acelerar el proceso de comprensión de la instancia resolutiva, si bien no lo vincula a los criterios del instructor, mantiene plena libertad para analizar la instrucción y decidir lo más conveniente a su criterio.

(416) GARCÍA-TREVIJANO FOS, José Antonio. *Los actos administrativos*. 2ª edición actualizada, Civitas, Madrid, 1991, pp. 321-322.

(417) GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco. *Derecho Administrativo español. El acto y el procedimiento administrativos*. Eunsa, Navarra, 1997, p. 792.

CAPÍTULO VII
PARTICIPACIÓN DE LOS ADMINISTRADOS

Artículo 190 Administración abierta

Además de los medios de acceso a la participación en los asuntos públicos establecidos por otras normas, en la instrucción de los procedimientos administrativos las entidades se rigen por las disposiciones de este Capítulo sobre la audiencia a los administrados y el período de información pública.

(Texto según el artículo 181 de la Ley Nº 27444)

CONCORDANCIA EXTERNA

- Constitución: Art. 2, inc. 17, derecho a la participación ciudadana en asuntos políticos, económicos, sociales y culturales; art. 31, participación ciudadana en asuntos públicos.

CONCORDANCIAS INTERNAS

- T.P. Art. IV, 1.12: Principio de participación.
- Art. 169: Acceso a la información del expediente.
- Art. 191: Audiencia pública.
- Art. 194: Periodo de información pública.

✍ *Comentario*

I. LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LOS ASUNTOS ADMINISTRATIVOS COMO NECESIDAD CONTEMPORÁNEA

Un fenómeno contemporáneo en los procesos de modernización estatal es la consistente búsqueda de mejorar las posibilidades de participación ciudadana en diversos aspectos de la gestión pública. Antes de ello, simplemente prevalecía la idea de una Administración Pública centralizada, autocrática y autosuficiente, y se concebía la ciudadanía como una pasiva receptora del servicio público y solo sujeto a la acción administrativa, participando defensivamente para proteger sus intereses y derechos individuales por medio de sus peticiones, solicitudes y reclamos.

El desarrollo de la participación en diversos aspectos de la gestión administrativa es considerada como una tendencia universal que resulta indispensable para alcanzar una Administración Pública más transparente y predecible, aumentar la confianza de la ciudadanía en las decisiones públicas al haber sido tomada en cuenta para identificar y resolver los asuntos que se perciben como de su mayor preocupación y transmitirle abiertamente el mensaje que es fuente

útil para aportar a las entidades sus intereses, necesidades y aspiraciones vivenciales. La idea de incremento de la legitimidad del accionar público con base a la participación ciudadana va de la mano con la necesidad de propiciar el activismo y la movilidad ciudadana en aspectos de interés colectivo determinados o difusos (servicios públicos, regulación administrativa, medioambiente, consumidores, etc.).

Por ello, la participación ciudadana permite al gestor gubernamental conocer directamente el punto de vista, las preocupaciones, valores, prioridades y sugerencias de los ciudadanos que están relacionados con algún proyecto o actividad pública; mejorar y legitimar socialmente sus propuestas de decisiones (normas, proyectos, inversiones, tarifas, licencias, etc.), aprovechar de mejor manera el conocimiento local y vivencial de la ciudadanía; someter a prueba previamente su propuesta de decisión ante todos los interesados; minimizar, al anticiparse, a los conflictos potenciales que conlleven sus decisiones, a ahorrar tiempo y mejorar la propuesta de decisiones al introducir tempranamente ajustes e incorporar aportes provenientes de los diversos intereses particulares en juego. De este modo, una bien conducida participación ciudadana en la toma de decisiones administrativas, permite superar a la Administración Pública tradicional que solo intuye los intereses y quereres ciudadanos, que fundamenta sus decisiones en lo que creen sus propios funcionarios que es el interés público (confundiéndolo muchas veces con el interés de la institución), que adopta decisiones luego cuestionadas posteriormente por los diversos componentes sociales por inoportunas, antitécnicas o inconvenientes, o que constantemente modifica o altera sus opciones.

En suma la participación ciudadana nos pone dentro de un nuevo modo de administrar el interés público mejorando la percepción de la población respecto de la institución estatal.

Con absoluta corrección, MUÑOZ MACHADO afirma que la expansión del fenómeno de la participación en asuntos administrativos no solo ha desbordado el ámbito político que era su espacio primigenio, sino que además refleja una crisis de legitimación de la Administración Pública contemporánea. Antes a la autoridad le bastaba legitimar su acción gubernamental mediante su apego a la ley y en la búsqueda permanente de aquello que califica como interés público. No obstante, puesta en crisis la legitimidad de la autoridad legislativa que es quien establece –merced al principio de legalidad– la finalidad de los órganos administrativos, sus instrumentos, sus competencias y límites, esa crisis de legitimidad se ha proyectado hacia la gestión pública quien ya no será capaz de seguir a cargo del monopolio de la definición del interés público. De ahora en adelante "el ciudadano ya no se conforma con elegir a sus representantes, confiarles los asuntos y desentenderse tanto de la acción política como de la gestión administrativa, sino que además quiere seguir actuando paralelamente a sus representantes parlamentarios y agentes

de la Administración Pública y mantener un control constante, no limitado al momento de las elecciones, sobre los mismos"[418].

De este modo, los diversos caminos de la participación ciudadana pretenden "complementar las decaídas formas de legitimación externa imponiendo una presencia viva y cualificada de los intereses comunitarios en el interior de la propia estructura administrativa eliminando la radical contraposición anterior entre Estado y sociedad"[419].

No podemos dejar de advertir un sesgo de idealización de la participación ciudadana, al considerar que *per se* significa la incorporación de valores democráticos en la gestión pública, tales como: legitimación, transparencia[420], control ciudadano, eficacia administrativa, etc. Si bien se logró con esta participación mejores condiciones para la incorporación de tales valores, consideramos que no necesariamente son condiciones suficientes para ellos, ni menos sinónimos. Por ejemplo, podemos tener una Administración Pública con amplios elementos de participación ciudadana, pero sin ser necesariamente transparente y asimismo podemos tener una Administración Pública transparente, pero sin llegar a incorporar elementos de participación ciudadana. El acceso a los documentos e informaciones que obran en las entidades, la publicidad de las normas, actas y documentos de gestión pública, el deber de dar información sobre las políticas y acciones gubernamentales, las facilidades para comprender las decisiones públicas, la identificación del nombre de las autoridades públicas, entre otros, hacen una gestión transparente. Pero teniendo esos elementos no tenemos una gestión pública participativa.

En esta orientación, han ido apareciendo modos confluentes para incluir en los procesos gubernativos distintos mecanismos de participación ciudadana en la gestión pública. Clásica e ilustrativa de este desarrollo es la tipología que nos presenta GARCÍA DE ENTERRÍA[421] de participación ciudadana a través de la

(418) MUÑOZ MACHADO, Santiago. "Las concepciones del Derecho Administrativo y la idea de participación en la Administración". En: *Revista de Administración Publica*. N° 84, 1977, pp. 519-536.

(419) MUÑOZ MACHADO, Santiago. Ob. cit., p. 532.

(420) La transparencia como principio:

Convención Interamericana contra la Corrupción
Artículo III
Medidas preventivas

A los fines expuestos en el Artículo II de esta Convención, los Estados Partes convienen en considerar la aplicabilidad de medidas, dentro de sus propios sistemas institucionales, destinadas a crear, mantener y fortalecer:

(...)

11. Mecanismos para estimular la participación de la sociedad civil y de las organizaciones no gubernamentales en los esfuerzos destinados a prevenir la corrupción.

(...)

(421) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. "Principios y modalidades de la participación ciudadana en la vida administrativa". En: *Libro Homenaje al profesor José Luis Villar Palasí*. Civitas, Madrid 1989, p. 437 y ss.

inserción de ciudadanos, en su condición de tales, representando y aportando sus intereses o determinadas capacidades en órganos de control, propuesta o asesoramiento dentro de la Administración Pública (participación orgánica), la participación desde fuera de la Administración Pública, colaborando en el desarrollo de las funciones administrativas aportando informaciones, propuestas, coadyuvantes a las decisiones en aras del bienestar general (participación funcional).

Si bien la participación ciudadana comprende una serie de instrumentos que permiten a la sociedad tomar parte o compartir un rol en un proceso decisional gubernamental, es posible distinguir desde la perspectiva del papel que le corresponde a la ciudadanía entre la **participación funcional** que permite influenciar en la toma de decisiones, de aquella en que la participación funcional permite decidir en asuntos públicos. En la primera se reconoce a la ciudadanía su capacidad de influenciar en la formulación de decisiones que son adoptadas por los funcionarios gubernamentales. La participación en la toma de decisiones, por el contrario, es una expresión de la participación política que le permite adoptar decisiones de manera decisiva en la opción a adoptarse(422).

Sin lugar a dudas, la participación funcional es aquella que tiene mayor desarrollo y variedad porque sin hacerse parte del órgano que toma la decisión, interviene en cualquiera de los distintos procesos decisionales que se sigue en la gestión pública. En este caso, el ciudadano no es un invitado a observar el proceso sino que se involucra con su opinión en el proceso decisorio, pero en ningún momento para desplazar a la Administración Pública en la toma de la decisión, sino para influir en ella. Mediante este tipo de participaciones se busca expresar la pluralidad de puntos de vista, la plenitud de fundamento fáctico que debe tener la autoridad para decidir y también evidenciar, abordar y dar un tratamiento a los conflictos de intereses existentes en torno al tema objeto de la decisión de la Administración Pública. Son ejemplos de esta participación funcional las audiencias públicas, los sometimientos de documentos o proyectos de disposiciones a consulta pública, las encuestas, entre otras.

A lo largo de la LPAG se dio preponderancia a la introducción del principio de participación administrativa como elemento indispensable para la revolución democrática en la actuación administrativa. La LPAG dio un triple tratamiento a la participación política: la consagración como principio de toda actuación pública y del procedimiento administrativo mismo que se dedica este artículo; como derecho subjetivo de los administrados, y; como característica estructural de toda entidad pública.

Por ello, el artículo comentado se dirige a la Administración Pública y a los administrados, imponiéndoles el deber de adecuar sus actuaciones de modo que

(422) REYES PÉREZ ALBERDI, María. "Los derechos de participación en los estatutos de autonomía reformados recientemente". En: *Revista de Derecho Político*, N° 73, UNED, Setiembre-Diciembre 2008, pp. 181-205.

favorezcan, permitan, faciliten o viabilicen la participación de los administrados en los procedimientos administrativos, y no la obstruyan, dificulten, dilaten o cancelen.

La participación no tiene una sola forma de expresión en el ámbito administrativo. De suyo, lA LPAGcontempla de modo directo e indirecto diversos modelos e instituciones a través de los cuales la participación va a estar presente en la actuación administrativa.

Teniendo en cuenta la forma de vinculación del administrado con la respectiva Administración Pública, una primera clasificación de la forma de participación es la **participación directa y la participación indirecta**. Por la participación directa tenemos aquellos supuestos en los que los administrados a título individual o colectivo, actúan sobre la tramitación del procedimiento. Por la participación indirecta, tenemos aquellos supuestos en los cuales los administrados participan en órganos de la Administración Pública, en la cual no actúa con su interés directo en un expediente específico sino como representante de la colectividad y se integra en un órgano administrativo colegiado.

La participación también puede darse en la **función administrativa** o en la **organización administrativa**. La participación en la organización comprende todas las variantes por las cuales los administrados se integran al interior de la Administración Pública junto a la autoridad administrativa en representación de diversos intereses, mientras que la participación en la función administrativa congrega los supuestos en los que la colectividad desde el exterior de la Administración Pública actúa como colaborador de los intereses públicos (denuncias, periodo de información pública, audiencia pública, presentación de sugerencias, etc.). A su vez, la participación en la organización administrativa puede ser a título individual o colectivo, según sea que el administrado represente sus propios intereses o sea representativo de algún grupo social.

También la participación administrativa puede ser de **orden decisoria o consultiva**, según sea el efecto de la actividad administrativa sobre la función pública. En la participación consultiva, los administrados contribuyen con su acción a la formación de la voluntad de las entidades a manera de consejo, brindar información, sin llegar a ser definitorio del sentido de la decisión administrativa. Por el contrario, en la participación decisoria la actividad de los administrados forma parte de la voluntad de la entidad en la cual participan, como sucede en la integración de órganos colegiados.

Finalmente, los autores han clasificado las formas de participación administrativa, según el momento en el cual se produce, en participación predecisional, decisional, o postdecisional, según se produzca durante la iniciación, instrucción y alegaciones de un procedimiento, durante la fase decisional, o en la fase de control posterior a las decisiones públicas ya emitidas.

En este Capítulo, la LPAG acoge dos técnicas al servicio de la participación ciudadana que permiten la mejor ilustración de quien es llamado a resolver un expediente administrativo: audiencia pública y periodo de información pública.

Artículo 191 Audiencia pública

191.1 Las normas administrativas prevén la convocatoria a una 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, 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.

191.2 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. No procede formular interpelaciones a la autoridad en la audiencia.

191.3 La omisión de realización de la audiencia pública acarrea la nulidad del acto administrativo final que se dicte.

191.4 El vencimiento del plazo previsto en el artículo 151 de esta Ley, sin que se haya llevado a cabo la audiencia pública, determina la operatividad del silencio administrativo negativo, sin perjuicio de la responsabilidad de las autoridades obligadas a su convocatoria.

(Texto según el artículo 182 de la Ley N° 27444)

CONCORDANCIA EXTERNA

- Constitución: Art. 2, inc. 17, derecho a la participación ciudadana en asuntos políticos, económicos, sociales y culturales; art. 31, participación ciudadana en asuntos públicos.

CONCORDANCIAS INTERNAS

- Art. 69.3: Apersonamiento de los terceros Administrados.
- Art. 151: Plazo máximo del procedimiento administrativo.
- Art. 175, 3: Medios de prueba. Testigos.
- Art. 190: Participación de los administrados.
- Art. 192: Convocatoria a audiencia pública.
- Art. 193: Desarrollo y efectos de la audiencia pública.

Comentario

La audiencia pública constituye una instancia en el proceso de toma de decisión administrativa, en la cual la autoridad responsable de esta habilita un espacio institucional para que todos aquellos que puedan verse afectados o tengan un interés particular o difuso expresen su opinión respecto de ella, mediante su participación en la formación de la decisión. Los antecedentes de esta figura los podemos encontrar en los *hearings* del Derecho anglosajón, en las encuestas

del Derecho francés, y en las audiencias sectoriales que diversos países vienen adoptando para la regulación de servicios públicos[423].

Las audiencias públicas son oportunidades de consulta para que el conocimiento teórico, la información y la experiencia práctica y vivencial del conjunto de la población puedan ser capitalizados y reflejados por las autoridades en los procesos de toma de decisiones cotidianas de alcance general, comunitario o colectivo.

El objetivo de esta instancia es que la autoridad responsable de tomar la decisión acceda a distintas opiniones sobre el tema, en forma simultánea y en pie de igualdad a través del contacto directo con los interesados.

La audiencia pública puede tener diversas modalidades que pueden ser clasificadas en:

- **Según el régimen procedimental.** Según si se encuentran previstas legislativamente y reglamentadas en su procedimiento para ser operativas, las audiencias públicas pueden ser con marco regulatorio y sin marco regulatorio.
- **Según el nivel de gobierno en que se insertan.** Las audiencias públicas pueden ser convocadas por las autoridades administrativas, legislativas o de entidades u organismos facultados para ello, o autoconvocadas por la ciudadanía en los distintos niveles de gobierno, y así encontramos audiencias públicas en el ámbito nacional, provincial o municipal.
- **Según el tipo de convocatoria.** Según sea la convocatoria de que se trate, las audiencias públicas pueden ser obligatorias, facultativas o convocadas por la ciudadanía. Son obligatorias todas aquellas que se encuentran previstas como tales en la normativa; a contrario sensu, son facultativas aquellas que no están previstas expresamente en los cuerpos legales, pero que pueden ser convocadas por las autoridades o solicitadas por los ciudadanos. Por último, las convocadas por la ciudadanía son las que deben convocarse cuando así lo solicite un determinado porcentaje de ciudadanos.
- **Según el control y la evaluación externa.** Para asegurar una mayor transparencia en el procedimiento, las audiencias públicas pueden ser objeto de monitoreo externo; de aquí podemos distinguir en audiencias públicas con monitoreo o sin monitoreo. Las audiencias públicas con monitoreo son aquellas audiencias públicas respecto de las cuales se realiza un control y evaluación externa por parte de un organismo tercero imparcial. Las que no

(423) Para analizar la utilidad y características de la figura de audiencia pública en la participación administrativa puede leerse con provecho "La participación ciudadana en la gestión de gobierno a través de audiencias públicas" por Marta Liliana Gabo en <www.clad.org.ve/fulltext/0038107.html>.

cuentan con monitoreo son aquellas en las que no participa una organización ajena al proceso para que garantice la transparencia del procedimiento.

Las audiencias públicas no constituyen la solución a todos los problemas del ciudadano, ni reflejan el modo de participación por excelencia ni aseguran resultados inigualables. A continuación, analizaremos cada una de las críticas enunciadas.

1. Refuerzan las asimetrías en la representación

La convocatoria para participar en audiencias públicas supone un escenario ideal en el que la autoridad administrativa o legislativa efectúa un llamado a la ciudadanía y esta acude al espacio que se halla habilitado a tales efectos para hacer oír su voz, previo a la toma de decisión de algún asunto administrativo o legislativo. En este escenario ideal, todos los ciudadanos toman contacto con la convocatoria, todos están en igualdad de condiciones para asistir a las reuniones y hacerse oír y no existen dificultades de orden educativo y cultural que dificulten la comprensión de la documentación que se discute en la audiencia. Pero como los escenarios ideales no se presentan en la vida diaria y las circunstancias no se adaptan a los deseos de gobernantes y gobernados, nos encontramos con que la realidad es muy diferente, no concordando el ser con el deber ser.

Cuando se convoca a audiencia pública ¿toman conocimiento de la convocatoria todos los interesados? Desde una lógica jurídica, la respuesta es afirmativa, porque cumpliendo con las previsiones reglamentarias y respetando las pautas y plazos de publicidad, se supone que el decreto de convocatoria ha tomado estado público. Por otra parte, entra en escena la notificación ficta: una vez publicado el aviso de convocatoria en medios de circulación masiva nacional y/o en la prensa local, se consideran notificados todos los ciudadanos.

Pero en los hechos, las cosas son muy distintas. No todas las personas leen los periódicos, ya sea porque no les interesa hacerlo o porque su situación económica no les permite adquirirlos a diario. Muchas otras sí los compran, pero no acostumbran leer aquellos recuadros con tipografía pequeña y diseño poco atractivo que suelen contener a las convocatorias.

Finalmente, encontramos un grupo de personas que lee los diarios y todos los avisos oficiales que se publican; también hallamos personas que toman conocimiento de la audiencia pública por terceros. De este grupo de personas informadas van a surgir aquellos que participan en política, otros en organismos sociales y habrá quienes no hacen ni una cosa ni la otra. En cada clase habrá personas con mayor o menor formación educativa, con mayor o menor poder económico, con mayor o menor gravitación social. A la hora de asistir a la audiencia pública ¿podemos decir, entonces, que todos los ciudadanos están en igualdad de condiciones? ¿o tal vez aquellos más informados y con pertenencia a organizaciones fuertes tienen mayores posibilidades de tener una participación efectiva?

2. Constituyen una participación ciudadana debilitada

Esta es una de las críticas más fuertes que se les formulan, a las audiencias meramente consultivas, que no provoca ningún tipo de vínculo con la decisión que tome la autoridad; la participación en simple carácter consultivo no es considerada participación. Para atenuar el efecto de esta afirmación es que la norma ha establecido que si bien son consultivas las opiniones vertidas en una audiencia pública, las entidades tienen el deber de explicitar en los fundamentos de su decisión de qué manera han tomado en cuenta las opiniones de la ciudadanía, o las razones para su desestimación, en cada caso.

3. Están condicionadas por el libre acceso a la información por parte de los ciudadanos

Si bien es cierto que es *condictio sine qua non* estar informado para poder participar, esta supuesta debilidad puede convertirse en una oportunidad de desarrollar mecanismos que pongan a disposición de la ciudadanía los materiales y documentos necesarios para estar informados. Y podemos ir más allá del libre acceso a la información: es necesario que los ciudadanos comprendan la información que se pone a su disposición, más allá de tecnicismos y especificaciones científicas.

4. Son funcionales a los organismos que las convocan

Esta crítica es factible en muchos casos, pero la observación parece cobrar mayor peso en las audiencias públicas convocadas por los entes reguladores de los servicios públicos privatizados.

5. Los ciudadanos carecen de mecanismos para hacer cumplir lo que se decide en ellas

Esta crítica está referida a una actividad *ex post* respecto de la audiencia pública. Y aun así puede responderse que existen nuevas figuras jurídicas que pueden ir arrojando luz sobre este punto, tal como lo es la firma de pactos de integridad.

Las otras desventajas de las audiencias públicas que se mencionan en la doctrina son la dilación que produce a la resolución de los procedimientos sujetos a audiencia pública, la afectación de la gobernabilidad de las instituciones por las interrelaciones, cuestionamientos, y asechanzas implícitas o explícitas que acontecen en las audiencias públicas; y la disminución de la responsabilidad de las autoridades por las resoluciones que emiten a diferencia de la responsabilidad que se produce unilateralmente que es de directa y personal responsabilidad suya.

Por su lado, los evidentes aspectos positivos de esta institución son los siguientes:

- Logran que el responsable de tomar la decisión cuente con la mayor cantidad de información posible;
- Involucran a los destinatarios de la decisión en el proceso de informar sobre las alternativas, opiniones, intereses y puntos de vista relacionados con el tema;
- Generan un canal de compromiso responsable entre la autoridad y los interesados, donde estos últimos participan en pie de igualdad;
- Mantienen la transparencia y publicidad de los temas que se debaten;
- Comprometen a los destinatarios de la decisión a través de la participación;
- Se obtiene una decisión de mayor legitimidad para los destinatarios/ interesados.

Creemos que las audiencias públicas son vinculantes en cuanto a su producto final, es decir, al acto administrativo o disposición normativa que originan. No lo son, en cambio, las opiniones que se recojan durante las mismas. La fundamentación es la siguiente: una vez finalizada la audiencia pública, la autoridad convocante sancionará un acto administrativo o disposición normativa producto de la audiencia pública. Ese acto administrativo o norma, según sea el caso, sí vincula a la autoridad de la que emana; de lo contrario, nos encontraríamos ante un acto que la autoridad origina con el expreso propósito de violar a continuación.

Las consecuencias del carácter vinculante del producto final de las audiencias públicas devienen en la posibilidad de exigir su posterior cumplimiento y habilita a la sociedad civil para ejercer la *accountability*. Esto permitiría el seguimiento de la actividad posterior a la audiencia pública y la comprobación de cuál es la devolución hacia la sociedad civil por parte de las autoridades.

Refuerza la idea de lo vinculante del resultado de la audiencia pública el artículo cuando establece que: "la omisión de la realización de la audiencia pública, acarrea la nulidad del acto administrativo final que se dicte". Analicemos lo expuesto: existen casos en los que la convocatoria a audiencia pública es un imperativo legal, por lo tanto, cabe suponer que la opinión que pueda manifestar la ciudadanía es tenida en alta consideración. En caso de que la autoridad pase por alto la convocatoria y omita la audiencia pública, el acto que se produzca es nulo.

De lo expuesto se colige que, si bien las opiniones que se viertan durante las audiencias públicas no son vinculantes y se las considera a simples efectos consultivos, **el producto de la audiencia pública**, es decir el acto administrativo o normativo que emana, **sí es vinculante**. Al tratarse de un acto administrativo o normativo emanado de autoridad competente, el mismo es pasible de todos los controles previstos constitucionalmente y legalmente.

Artículo 192 Convocatoria a audiencia pública

La convocatoria a audiencia pública 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.

(Texto según el artículo 183 de la Ley Nº 27444)

CONCORDANCIAS INTERNAS

- Art. 23.1.1: Publicación en vía principal.
- Art. 190: Participación de los administrados.
- Art. 191: Audiencia pública.

Comentario

La etapa de preaudiencia o preparatoria constituye la fase inicial del trámite, en la cual el instructor estará a cargo de realizar las acciones preparatorias para la correcta realización de la audiencia, resolver sobre la ubicación y fecha de la actividad, ordenar la prueba pedida por los intervinientes, o aquella considerada necesaria para informarse debidamente del asunto.

Esta etapa previa debe estar constituida por las siguientes acciones que responsablemente las entidades públicas deben realizar:

- Efectuar un seguimiento de las instancias que llevan a la participación de los interesados en la etapa previa de la audiencia;
- Registro de participantes con constancia de inscripción;
- Evaluación del cumplimiento de los plazos de publicidad de la convocatoria;
- Controlar el cumplimiento de las reglas generales de la audiencia pública;
- Controlar la publicidad del orden del día;
- Controlar las condiciones generales del lugar de celebración de la audiencia pública;
- Evaluar la factibilidad de tener libre acceso al expediente durante todo el proceso hasta la finalización de las audiencias públicas.

La exigencia de la inscripción ha sido establecida con la finalidad de tener un mínimo de orden e identificación de los participantes.

Realizada esta acción, es recomendable que la autoridad instructora prepare un informe final respecto a las cuestiones planteadas que sean relevantes durante el procedimiento, a fin de que los partícipes puedan rápidamente tomar conocimiento pleno de lo actuado.

Artículo 193 Desarrollo y efectos de la audiencia pública

193.1 La comparecencia a la audiencia no otorga, por sí misma, la condición de participante en el procedimiento.

193.2 La no asistencia a la audiencia no impide a los legitimados en el procedimiento como interesados, a presentar alegatos, o recursos contra la resolución.

193.3 Las informaciones y opiniones manifestadas durante la audiencia pública, son registradas sin generar debate, y poseen carácter consultivo y no vinculante para la entidad.

193.4 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.

(Texto según el artículo 184 de la Ley N° 27444)

CONCORDANCIAS INTERNAS

- Art. 60: Contenido del concepto administrado.
- Art. 69: Terceros administrados.
- Art. 190: Participación de los administrados.
- Art. 191: Audiencia pública.
- Art. 192: Convocatoria a audiencia pública.
- Art. 215: Facultad de contradicción.

✍ *Comentario*

Quienes intervienen en la audiencia pública no tienen necesariamente que demostrar una legitimación en particular, de ahí que su función sea de colaboradores con la Administración Pública y con ello podrán ejercer el derecho fundamental a la participación en asuntos públicos. La inscripción previa de que habla el artículo comentado no puede derivar en una calificación o selección de participantes.

Por ello es que esta norma inicia su texto estableciendo que quien participaba en una audiencia pública manifestando un interés simple, no por este hecho se convierte en parte del procedimiento (podrá a lo sumo presentar denuncias pero no recursos administrativos). Solo si este participante tiene las condiciones señaladas en el artículo 60 del TUO de la LPAG, podrá ser parte y con ello presentar recursos, reclamaciones, quejas, etc.

La audiencia pública debe ser llevada a cabo respetando en particular los principios de publicidad, informalismo, participación, impulsión de oficio, búsqueda de verdad material; y cumpliendo el carácter de oralidad. Es importante destacar que la audiencia diseñada por esta norma no es una audiencia contradictoria o de debate, sino de participación en la presentación de información y de los pareceres de los ciudadanos.

La resolución definitiva que se adopte en esta etapa del procedimiento con posterioridad a la audiencia pública deberá en su motivación considerar expresamente todos los hechos relevantes del procedimiento, pero en particular deberá en la motivación del acto hacer mérito de todas las opiniones vertidas y conducentes al objeto del acto, acogiéndolas o desestimándolas con argumentos suficientes. Adoptar una decisión omitiendo razonar sobre las opiniones recibidas, significaría actuar con autoritarismo y también estaríamos frente a un acto igualmente nulo no convalidable.

Finalmente, la resolución debe ser comunicada de acuerdo con su alcance individual, pero además ha de ser notificado a los intervinientes en la audiencia pública.

Artículo 194 Periodo de información pública

194.1 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.

194.2 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.

194.3 La convocatoria, desarrollo y consecuencias del período de información pública se sigue en lo no previsto en este Capítulo, en lo aplicable, por las normas de audiencia pública.

(Texto según el artículo 185 de la Ley N° 27444)

CONCORDANCIAS EXTERNAS

- Constitución: Art. 2, inc. 17, derecho a la participación ciudadana en asuntos políticos, económicos, sociales y culturales; art. 31, participación ciudadana en asuntos públicos.
- Ley N° 29158: Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (art. 13, potestad reglamentaria).
- D.S. N° 001-2009-JUS: Reglamento que establece disposiciones relativas a la publicidad, publicación de proyectos normativos y difusión de normas legales de carácter general.

CONCORDANCIAS INTERNAS

- Art. 69.2: Terceros administrados no determinados.
- Art. 168: Actos de instrucción.
- Art. 190: Participación de los administrados.

✍ *Comentario*

I. EL PERIODO DE INFORMACIÓN PÚBLICA

Constituye un trámite conclusivo de un determinado procedimiento administrativo en el que se considera necesario abrir una etapa con la finalidad de que cualquier administrado pueda formular alegaciones ayude a comprobar algún estado, brinde alguna información útil o ayude a comprobar alguna exigencia legal no evidenciada en el expediente.

El objetivo de este trámite es obtener una mejor ilustración del órgano decisor sobre alguna o todas las cuestiones que son objeto esencial del procedimiento para encontrarse en mejores posibilidades de reconocer el interés general que sustentará su decisión, y no es un medio de defensa de intereses o derechos de los recurrentes afectados por el probable acto a dictarse.

La norma ha establecido que compete esta apertura, bajo sanción de nulidad, en los siguientes procedimientos:

- Aprobación de normas administrativas que afecten los derechos o intereses ciudadanos.
- Otorgamiento de licencia o autorizaciones para ejercer actividades de interés general.
- Designación de funcionarios principales de las entidades públicas en que se exija como condición expresa poseer conducta intachable o cualquier circunstancia análoga.

El trámite se dispone por el órgano administrativo al que le corresponda la resolución del expediente y podrá comparecer cualquier ciudadano sin ningún requisito especial de legitimación. La falta de comparecencia no genera ningún efecto contrario al procedimiento, a condición de que la convocatoria y difusión haya sido regularmente realizada, e incluso puede presentarse alegaciones por personas no comparecientes que, por corresponder con la naturaleza del procedimiento, deberán ser tomados en cuenta.

El objeto de información debe ser todo el expediente, el que podrá ser examinado por quienes muestren interés bajo las siguientes características:

- **Lugar**: en los ambientes de la dependencia con facultad de resolver, situación que debería ser anunciado en la convocatoria pública.
- **Tiempo**: la norma ha previsto el breve lapso entre tres y cinco días hábiles, dentro del cual los interesados podrán revisar el expediente y producir las alegaciones que consideren necesarias.
- **Forma**: la autoridad debe brindar las condiciones mínimas para permitir a los interesados verificar el expediente, incluso proporcionando copias simultáneamente si la afluencia de personas fuera importante. No se requiere levantar acta o registrar asistentes, lo importante es documentar el cumplimiento de la apertura al público del expediente.

Los efectos de la intervención en el trámite fundamentalmente son dos:

1. El compareciente adquiere condición de administrado interesado en el procedimiento si fuere titular de un interés legítimo, individual o colectivo, por lo que tendrá derecho a recurrir, a recibir notificaciones y a recibir respuesta razonada, individual o colectiva, respecto de la valoración que la autoridad ha realizado de sus aportes, etc.

2. La Administración Pública debe incorporar al expediente las alegaciones y documentos presentados y tener en cuenta la información aportada en sus alegaciones por los administrados como cualquier alegato de parte. Para ello bastará una consideración estimatoria o no en los considerandos de la resolución respectiva.

II. EL PERIODO DE INFORMACIÓN PÚBLICA PARA APROBACIÓN DE NORMAS REGLAMENTARIAS

Una de las modalidades de participación funcional de la colectividad consiste en la necesidad de someter los proyectos de normas, reglamentos o disposiciones de alcance general a los comentarios, aportes no vinculantes o incluso a los cuestionamientos del público en general, con el objeto de considerarlos en la preparación de la versión final de la norma a ser aprobada. De este modo, nos encontramos frente a la elaboración participativa de normas administrativas que permite habilitar formalmente un espacio institucional en el procedimiento de generación de la norma para convocar, mediante la publicación del proyecto de reglamento y su respectiva exposición de motivos, a la expresión de opiniones y propuestas por parte de los ciudadanos en general.

Nos encontramos frente a un trámite práctico y más conveniente que la incierta convocatoria individual a los interesados indeterminados a criterio de la autoridad. Por ello se afirma que: "desde el punto de vista de la eficacia la información pública es un modo práctico y efectivo de permitir a los ciudadanos su participación en la adopción de disposiciones de carácter general, ya que frente a las dificultades de la Administración Pública para hacer un llamamiento individual o singularizado a todos los posibles afectados por una disposición de carácter general, la información pública se presenta como una fórmula más sencilla y eficaz para dar a conocer la tramitación y el contenido de una determinada disposición de carácter reglamentario que la Administración Pública se propone aprobar"[424]. Su conveniencia radica en que no obstante garantizar el conocimiento generalizado de estos extremos por estar dirigida a todos los ciudadanos, "no excluye la posibilidad de realizar alegaciones por los ciudadanos afectados que se apersonen en el procedimiento. Así pues, el trámite de información pública es una forma de instar a quienes tengan interés o lo deseen a expresar sus opiniones a los efectos de que sirvan como fuente de información de la Administración Pública para garantizar el acierto y oportunidad de la norma que se vaya a adoptar, pero al mismo tiempo supone establecer un cauce para la defensa de los intereses individuales o colectivos que puedan verse afectados"[425].

(424) GARCÍA GARCÍA, María. "La participación ciudadana en la elaboración de disposiciones reglamentarias: participación funcional e iniciativa reglamentaria". En: *Revista Catalana de Derecho Público*. N° 37, Diciembre, España, 2008, p. 441.

(425) Ídem.

En tal sentido, el procedimiento de generación del reglamento (procedimiento reglamentario) queda compuesto de las siguientes etapas sucesivas:

- Elaboración de un anteproyecto de norma reglamentaria por la institución con competencia sobre la materia que aborda.
- La convocatoria a la ciudadanía y la difusión del anteproyecto.
- La recepción de comentarios, aportes, sugerencias o cuestionamientos.
- La compilación y análisis de los aportes ciudadanos.
- Preparación de un informe final conteniendo la posición de la entidad sobre los comentarios, sugerencias o cuestionamientos recibidos, identificando cómo la redacción final del proyecto de norma reglamentaria ha quedado influenciada por los aportes recibidos.
- Aprobación de la norma reglamentaria o archivamiento del proyecto.

En nuestro país, esta forma de participación apareció silenciosamente en la LPAG como uno de los supuestos en que es exigible el periodo de información pública. En efecto, hasta la vigencia de esta norma, la facultad reglamentaria de la Administración Pública era una atribución de ejercicio típicamente unilateral[426]. Es decir, las propias autoridades gubernativas definían cuándo aprobar un reglamento, qué contenido asignarle y el sentido que tendrían sus preceptos, siempre debiendo respetar el objetivo de lograr la mejor ejecución de la norma legal sin desnaturalizarla ni transgredirla. Fue recién con la aprobación de la Ley N° 27444 que consagrando la tesis de la Administración Pública abierta, en contraposición a la Administración Pública cerrada, autoritaria y unilateral construida durante el clasicismo administrativo, se exigía publicar los proyectos de reglamento.

En la LPAG fue aprobada la exigencia imperativa, bajo sanción de nulidad, de abrir un periodo no menor de tres ni mayor de cinco días hábiles para recibir –por los medios más amplios posibles– las manifestaciones de terceros no comparecientes ante la Administración Pública, sobre las normas administrativas que afecten sus derechos e intereses, como requisito previo antes de aprobarlas.

Cabe advertir que este periodo de información pública en este caso dista de todos los demás supuestos de aplicación contemplados en el mismo artículo, en la medida que se le extiende al procedimiento para el ejercicio de la función

(426) Una primera propuesta publica conteniendo esta participación en las decisiones normativas de la Administración Pública estuvo contenida en el denominado "Anteproyecto de Ley de Democratizaciones de las decisiones de gobierno" preparado por el Instituto Libertad y Democracia (ILD) y publicado como Separata Especial del diario oficial *El Peruano* del 28/02/1990. En tal documento se propuso la publicación de los proyectos de normas por las entidades del Gobierno Central (art. 92 y ss.), y de gobiernos regionales y locales (art. 104 y ss.), la convocatoria a audiencias públicas para debatirlas y la petición pública de comentarios, críticas, sugerencias o alternativas a la iniciativa regulatoria y, finalmente, la aprobación de la norma con una descripción fundamentada y resumida de las razones por las cuales se adoptaron o no los cuestionamientos o sugerencias recibidas.

normativa y no la ejecutiva de la Administración Pública, lo cual le dota de algunas particularidades. En todos los demás supuestos de aplicación comprendidos en este artículo, el periodo de información pública está concebido como un mecanismo en favor de la propia autoridad para obtener información útil para la instrucción de determinados procedimientos (por ejemplo, licencias, permisos, registros) en los que se aprecia que la apertura permitiría obtener información relevante –que no existe en el expediente y no es accesible a la autoridad– para resolver lo más apegado posible a la verdad material. Aquí, es un instrumento a favor de la participación ciudadana para aportar cuando la autoridad pretenda aprobar normas administrativas que afecten –positiva o negativamente– derechos o intereses de la ciudadanía. La mención a esta afectación, no debe hacer pensar que estamos frente a un caso de consulta restringida solo a aquellos afectados real o potencialmente por la norma reglamentaria, sino que solo es una mención para enfatizar el tipo de norma que debe ser objeto de esta formalidad, exceptuando a las normas reglamentarias internas o similares que no tienen posibilidad alguna de afectar derechos o intereses de la ciudadanía.

Este mandato de apertura fue complementado en el procedimiento reglamentario del Gobierno nacional mediante la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, aprobada por la Ley N° 29158 (art. 13), cuando regulando el procedimiento reglamentario dispuso que la convocatoria para esta participación sería por intermedio del portal electrónico institucional. En efecto, esta norma indica 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**".

Como se puede apreciar de la lectura concordada de ambas normas, las autoridades tienen el deber preceptivo y no meramente discrecional u optativo de convocar a la ciudadanía previamente a la aprobación de una norma administrativa que afecte algún derecho o interés para recibir, evaluar y ponderar sus comentarios y aportes al anteproyecto. Si bien la frase final del artículo 13 de la Ley N° 29158 parece sujetar a otras leyes la especificación del tipo de norma que será objeto de esta consulta, no debemos olvidar que según el artículo 194 del TUO de la LPAG ya está indicado que esta fase es indispensable cuando se tratara de normas que afecten derechos e intereses ciudadanos. Lo dicho no excluye que, en ámbitos específicos del quehacer administrativo las normas sectoriales particularicen otros supuestos temáticos en los que deba haber esta apertura al debate ciudadano, como sucede en materia de banca, sistema financiero, seguros y administración de fondos de pensiones y organismos reguladores.

III. EL RÉGIMEN DEL PERIODO DE INFORMACIÓN PÚBLICA O PRE PUBLICACIÓN DE PROYECTOS NORMATIVOS

Con posterioridad, el propio Poder Ejecutivo aprobó el "Reglamento que establece disposiciones relativas a la publicidad, publicación de proyectos

normativos y difusión de normas legales de carácter general"[427] (en adelante, el Reglamento), en el que se han desarrollado aspectos procedimentales de esta consulta de proyectos de reglamentos con alcance general para todas las autoridades administrativas[428]. Los temas que aborda el Reglamento son los medios de publicación del proyecto, los requisitos mínimos de la convocatoria, el plazo de exposición del proyecto y unas excepciones al deber de someter a consulta los proyectos de disposiciones regulatorias.

El Reglamento ha establecido que la publicación de los proyectos de normas por parte de cualquiera de las autoridades administrativas debe realizarse en el diario oficial *El Peruano*, en sus portales electrónicos o mediante cualquier otro medio, maximizando así los medios de difusión previstos en la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo que solo se refería a los portales institucionales, con ello se amplían las posibilidades de conocimiento y participación de los ciudadanos en la consulta. En nuestra opinión, tratándose de una exigencia de publicación de alcance general y no solamente de dar publicidad al proyecto, no podría resultar admisible como medio, difundirlo a través de paneles institucionales o periódicos murales o enviarlo a determinadas personas previamente calificados por la autoridad como interesados en el proyecto.

El Reglamento también indica como elementos mínimos que deberá tener la convocatoria a la participación de los interesados: i) La referencia a la entidad pública que propone el proyecto de norma; ii) el documento que contiene

(427) **Decreto Supremo N° 001-2009-JUS**

Artículo 14.- Difusión de los proyectos de normas legales de carácter general

1. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 2, las entidades públicas dispondrán la publicación de los proyectos de normas de carácter general que sean de su competencia en el diario oficial *El Peruano*, en sus Portales Electrónicos o mediante cualquier otro medio, en un plazo no menor de treinta (30) días antes de la fecha prevista para su entrada en vigencia, salvo casos excepcionales. Dichas entidades permitirán que las personas interesadas formulen comentarios sobre las medidas propuestas.
2. La publicación de los proyectos de normas de carácter general deben incluir:
   2.1. Referencia a la entidad pública bajo la cual se propone el proyecto de norma;
   2.2. El documento que contiene el proyecto de norma y la exposición de motivos, así como una descripción de los temas que involucra;
   2.3. Plazo para la recepción de los comentarios;
   2.4. Persona dentro de la entidad pública encargada de recibir los comentarios.
3. Se exceptúa de la aplicación del presente artículo:
   3.1. Las normas y decisiones elaboradas por el Poder Legislativo y el Poder Judicial, así como los Decretos de Urgencia y los Decretos Legislativos.
   3.2. Cuando la entidad por razones debidamente fundamentadas, en el proyecto de norma, considere que la prepublicación de la norma es impracticable, innecesaria o contraría a la seguridad o al interés público.

(428) Esta norma regula el régimen de publicación de normas reglamentarias por parte del Poder Ejecutivo, gobiernos regionales, gobiernos locales, organismos públicos descentralizados, organismos reguladores, organismos autónomos constitucionales, siendo una norma de aplicación supletoria para aquellas entidades o materiales en las que exista norma especial sobre este tema (por ejemplo, organismos reguladores).

el proyecto de norma y la exposición de motivos, así como una descripción de los temas que involucra; iii) el plazo para la recepción de los comentarios; y, iv) la persona dentro de la entidad pública encargada de recibir los comentarios.

El plazo para recibir los aportes será no menor de 30 días calendario antes de la fecha prevista para su entrada en vigencia, salvo casos excepcionales. Con ello se tiene una regla general de 30 días entre la publicación del proyecto y el término para que los ciudadanos aporten a la propuesta, y por otro lado, un periodo excepcionalmente menor en casos que hayan circunstancias que lo hagan aconsejable (por ejemplo, perentoriedad de regular la situación), pero aun en este caso, no podría ser menor de los cinco días calendario a que se refiere el artículo 13 de la Ley N° 29158.

Ahora bien, un tema que el Reglamento aborda es la inclusión de tres excepciones al deber de someter a consulta los proyectos de normas reglamentarias sin que la Ley N° 27444 o Ley N° 29158 hayan realizado mención expresa a situaciones apartadas de la regla de la prepublicación de disposiciones reglamentarias. Nos referimos al inciso 3.2 del artículo 14 del Reglamento, cuyo texto es el siguiente:

> "Artículo 14.- Difusión de los proyectos de normas legales de carácter general
>
> (...)
>
> 3.- Se exceptúa de la aplicación del presente artículo:
>
> (...)
>
> 3.2. Cuando la entidad por razones debidamente fundamentadas, en el proyecto de norma, considere que la prepublicación de la norma es impracticable, innecesaria o contraría a la seguridad o al interés público;
>
> (...)".

Como se puede apreciar, la norma incluyó tres cualidades para que la autoridad administrativa se dispense válidamente del deber de publicar normas reglamentarias, basándose en que la prepublicación de la propuesta sea impracticable, sea innecesaria o, incluso, si se considera que sea contraria a la seguridad o al interés público.

De este modo, la propia autoridad ejecutiva se ha otorgado, sin que la ley expresamente se lo autorizara, un ámbito de discrecionalidad para dejar de lado su deber de publicar proyectos de normas reglamentarias y someterlos a la ciudadanía, bastando que considere –y así lo motive en la respectiva norma– que esta acción no pueda ser practicada, devenga en innecesaria o aprecie que pudiera contrariar la seguridad jurídica o al interés público.

Si bien en el Derecho comparado el deber de publicitar proyectos de regulaciones admite excepciones[429], esto no se condice con la regla general incluida en la LPAG, ni, en lo que se refiere a la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.

(429) Por ejemplo, cuando existan razones de emergencia o urgencia que sean incompatibles como la demora que implica el procedimiento participativo de formación de reglamento y no cuando se pretexte razones técnicas para no practicarla, cuando por tratarse de temas menores, con nulo impacto sobre el público o en la que exista ausencia de discrecionalidad por parte de la autoridad, no resulte relevante transitar el procedimiento antes señalado.
Así tenemos que la Ley 8/2003, del Procedimiento de Elaboración de las Disposiciones de Carácter General en España exceptúa de este trámite las disposiciones que regulan los órganos, cargos y autoridades del Gobierno, así como las disposiciones orgánicas de la Administración de la Comunidad Autónoma o de las organizaciones dependientes o adscritas a ella, salvo que se refieran precisamente a la participación de la ciudadanía en las funciones de la Administración Pública.

CAPÍTULO VIII
FIN DEL PROCEDIMIENTO

Artículo 195 Fin del procedimiento

195.1 Pondrán fin al procedimiento las resoluciones que se pronuncian sobre el fondo del asunto, el silencio administrativo positivo, el silencio administrativo negativo en el caso a que se refiere el párrafo 197.4 del artículo 197, el desistimiento, la declaración de abandono, los acuerdos adoptados como consecuencia de conciliación o transacción extrajudicial que tengan por objeto poner fin al procedimiento y la prestación efectiva de lo pedido a conformidad del administrado en caso de petición graciable.

195.2 También pondrá fin al procedimiento la resolución que así lo declare por causas sobrevenidas que determinen la imposibilidad de continuarlo.

(Texto según el artículo 186 de la Ley N° 27444)

ANTECEDENTE

- Art. 84: LNGPA.

CONCORDANCIA EXTERNA

- Ley N° 26872: Ley de Conciliación Extrajudicial.

CONCORDANCIAS INTERNAS

- Art. 72: Carácter inalienable de la competencia administrativa.
- Art. 121: Facultad de formular peticiones de gracia.
- Art. 124.2: Poder especial para representación en determinadas actuaciones.
- Art. 196: Contenido de la resolución.
- Art. 197: Efectos del silencio administrativo.
- Art. 198: Desistimiento del procedimiento o de la pretensión.
- Art. 199: Desistimiento de actos y recursos administrativos.
- Art. 200: Abandono en los procedimientos iniciados a pedido.

✍ *Comentario*

I. CONCLUSIÓN DEL PROCEDIMIENTO

La conclusión del procedimiento es un momento natural del ciclo vital de la voluntad administrativa del Estado. Pero no aparece de modo único, sino que existen varios supuestos en los cuales puede afirmarse que el procedimiento administrativo ha terminado.

II. FORMAS DE CONCLUSIÓN DEL PROCEDIMIENTO

El modo normal de conclusión del procedimiento es mediante un acto administrativo que resuelve el fondo del asunto.

Los modos anormales o especiales de concluir el procedimiento son a su vez de dos tipos:

1. Un acto expreso que no contiene decisión sobre el fondo de la cuestión planteada, tal como acontece con el abandono, el desistimiento y la imposibilidad material o jurídica de continuar el procedimiento. En ninguno de estos casos son las circunstancias exógenas las que determinan la conclusión del procedimiento, sino el acto administrativo debidamente motivado que las estimen suficientes para determinar la terminación del procedimiento y siempre que ello no afecte el interés público.
2. Cuando se produce una situación de hecho o de las partes que el Derecho reconoce con la eficacia suficiente para concluir el procedimiento como, por ejemplo, los acuerdos convencionales, el silencio administrativo, la prestación efectiva.

III. ACUERDOS CONVENCIONALES

El empleo de técnicas de negociación con agentes privados ha sido una cuestión cotidiana de la Administración Pública contemporánea, pues en verdad resulta impensable abordar la ejecución de contratos administrativos o las relaciones laborales, sin que las partes se encuentren transitando por caminos de la negociación, sobre las modificaciones contractuales, los modos de ejecutar las prestaciones, la sustitución de obligaciones o la liquidación de contratos. Sin embargo, a ello no nos estamos refiriendo. Esta causal se refiere a la creciente opción legislativa por formalizar dentro del procedimiento administrativo, el sometimiento voluntario de las partes, el Estado incluido, a una posibilidad de avenimiento concordado, antes de llegar a la resolución administrativa tradicional.

Para citar algunos ejemplos, basta con revisar las regulaciones dadas a algunos de los procedimientos seguidos por los ciudadanos ante instancias administrativas de regulación, tales como Superintendencia del Mercado de Valores (SMV), Indecopi, Ositran, Sunass, Osiptel, Osinergmin, Superintendencia Nacional de Salud (Susalud), entre otros organismos públicos de renovado perfil dentro de la Administración Pública, o la posibilidad contemplada en las normas de contratación con el Estado, por la cual las entidades públicas someten a conciliación sus desavenencias con el Sector Privado en materia de ejecución contractual.

Referir que desde hace un buen tiempo la Administración Pública viene atravesando profundos cambios en su diseño, en su estructura y en los modos de ejercer el poder público, resulta una afirmación evidente que no requiere mayor argumentación. Sin embargo, sí necesita mayor análisis y detenimiento tratar de identificar el hilo conductor de todas las reformas que vamos apreciando en las diversas instituciones del Derecho Administrativo. Afirmar que la tendencia a la huida del Derecho Administrativo, o los procesos de democratización de los Estados son los factores que determinan estos cambios, también equivale a quedarnos en la periferia de los fenómenos, sin introducirnos en los problemas

esenciales de tales transformaciones. En las siguientes líneas trataremos de adentrarnos brevemente en este poco explorado sentido de transformación.

En primer lugar debemos afirmar que todas las transformaciones implantadas en el Derecho Administrativo contemporáneo se dirigen a cuestionar tres hipótesis admitidas uniformemente, y sin discusión hasta ahora, como fundamentos en el Derecho tradicional. Tales hipótesis son: la idea de la universalidad y homogeneidad de la racionalidad organizativa de la Administración Pública, la supuesta planificación normativa del gerente público por la legislatura y la afirmación que la racionalidad de las decisiones públicas se basa en su validez jurídico-positiva.

Mediante la hipótesis de la universalidad y homogeneidad de la racionalidad organizativa de la Administración Pública, el Derecho Administrativo tradicional trataba de reducir todas o gran parte de las situaciones y expresiones de la organización del poder público a determinados cartabones preestablecidos para cada categoría o institución jurídica, de tal suerte que se hablaba, sin resistencia, que la Administración Pública era una sola, que todos los servidores públicos debían ser sometidos a un solo régimen, o que las actuaciones públicas debían seguir un modelo de procedimiento. Por el contrario, hoy en día el Derecho Administrativo reconoce las diferencias de fenómenos y la complejidad de las relaciones según sean los niveles de gobierno o el entorno que enfrenten.

Por la hipótesis que la racionalidad de las decisiones públicas era basada en su validez jurídico positiva, se concebía que la percepción de la racionalidad de una norma o lo que es lo mismo, su admisión por el cuerpo social, debía fundarse exclusivamente en el tema de su validez formal, siguiendo las pautas de la escuela vienesa y su consabida pirámide de validez. Por lo contrario, modernamente la racionalidad de las normas administrativas se aleja del formalismo positivista para centrarse más en aspectos de eficacia, del logro de objetivos y en mayor nivel de satisfacción de las necesidades sociales.

Como se puede apreciar, esta crisis en tres de los fundamentales paradigmas del Derecho Administrativo tradicional hace que las respuestas surgidas dentro del transformado Derecho Administrativo no sean positivistas, sino más bien cada una en su campo, legitimadoras de una nueva regulación del Derecho y por lo mismo, describan a un Estado más accesible a la realidad, sin estereotipos de la formalidad teórica y respetuosas de la persona humana. De ahora en adelante, las respuestas que ofrece el Derecho Administrativo se orientarán a tres líneas de acción: una búsqueda intensa de formas más efectivas de implementar políticas públicas, en atender nuevos desafíos para la acción estatal, y en generar capacidades y destrezas para administrar problemas de interés público.

Estos cambios se realizan dentro de un eje central de una nueva relación entre el Estado y el ciudadano, ya no basada exclusivamente de la relación de mando y obediencia o subordinación-sujeción, sino admitiendo el equilibrio de posibilidades entre la participación, la necesidad de construir la relación sobre

las bases de buena fe y confianza legítima, entendiendo que el interés público no puede estar al margen del interés de los administrados.

En ese contexto es identificable con nitidez la preferencia actual por las formas de actuación administrativa de naturaleza convencional con los administrados, pero de un modo previsible y controlado. Esta tendencia se sobrepone a la tradición del Estado, caracterizado por la decisión unilateral adoptada en base de una ley, de soluciones de conflictos dentro del molde preeminente de acciones unilaterales del acto administrativo, en procedimientos regulados legalmente y dictados bajo cumplimiento cabal de requisitos previstos para ello; mientras que a modo de compensación, se consagra un régimen garantista constituido por derechos de acción y de controversia, que pueden hacerse valer incluso ante los tribunales.

Precisamente esta última línea en la transformación del Estado contemporáneo nos pone en la senda de una posible Administración Pública, en la cual parte del ejercicio de su poder público sea concertado, y no exclusivamente unilateral ni expresión de pura autoridad, donde se entienda que no necesariamente la Administración Pública es titular de un interés diverso a los intereses de los ciudadanos en particular. Estamos en proceso de superar el paradigma aquel de que es imposible para la Administración Pública transigir o conciliar sus intereses, porque transgrediría el interés público que radica en el ejercicio unilateral del poder encomendado.

El profesor DELGADO PIQUERAS califica a esta modificación de la dogmática del Derecho Administrativo tradicional, como una ganancia doble: para el Estado de Derecho y para la eficacia de la Administración Pública, del siguiente modo:

> "(...) Es una ganancia para el estado de derecho porque no instaura la autonomía negocial sin que exista previamente, sino que lo que hace precisamente es encauzar, someter el ejercicio negociado del poder administrativo a las garantías del procedimiento administrativo, intentando que sea posible la transparencia, el respeto de los derechos de los interesados en el procedimiento y, ulteriormente, el control"(430).

En cuanto al aporte que esta renovación realiza a favor de la eficacia de la Administración Pública afirma que permite una toma de decisión más acertada, con mejor conocimiento de causa, a conocer los puntos de vista de los propios interesados, según lo que ellos están dispuestos a asumir. Lo cual favorece que las decisiones acordadas una vez tomadas se puedan llevar a la práctica con menor resistencia, evitando la litigiosidad.

Dentro de este último segmento de modificaciones administrativas se encuentra la incorporación de formas alternativas de solución de conflictos

(430) Comentarios del profesor DELGADO PIQUERAS a la ponencia del profesor BAÑO LEÓN en las Jornadas de Estudio sobre la reforma de la Ley 30/1992 celebradas en Sevilla en 1997. *Jornadas de Estudio sobre la Reforma de la Ley 30/1992*. Ministerio de Administraciones Públicas. Madrid, 1997.

(admitiendo la autocomposición de intereses en asuntos de orden público), en complemento al tradicional y hasta entonces excluyente ejercicio puro y unilateral de la autoridad pública para concluir los procedimientos administrativos (expresión de la confianza en la heterocomposición a cargo de un agente gubernamental).

Nos referimos a la incorporación de modalidades como el arbitraje y la conciliación para resolver controversias de intereses de particulares ante la Administración Pública o aquellas controversias suscitadas con motivo de decisiones administrativas, abordadas extensamente en ordenamientos y doctrina de EE.UU.(431), Italia(432), España(433), Francia(434), Alemania(435), Colombia(436), México(437), Chile(438), entre otras.

(431) En Estados Unidos existe la ley conocida como Administrative Dispute Resolution Act de 1990 (Public Law 101-552) y un Servicio Federal de Mediación y Conciliación, encargado de fomentar y ordenar estas prácticas, de establecer criterios jurídicos para la selección de mediadores, de prestar asistencia económica a las entidades que desean ejecutar estas modalidades, entre otras funciones. Sobre esta disposición puede leerse con provecho, DELGADO PIQUERAS, Francisco. "La Administrative Dispute Resolution Act de los Estados Unidos: introducción, traducción y notas". En: *Revista de Administración Pública,* N° 131, 1993, p. 557 y ss.

(432) La **Ley italiana del 7 de agosto de 1990** (Norma en materia de procedimiento administrativo y derecho de acceso a la documentación administrativa) regula la terminación convencional en su artículo 11 que indica: "11. En caso de que se admitiesen las observaciones y propuestas presentadas según lo previsto en el artículo 10, la Administración Pública actora, sin perjuicio de los derechos de terceros, y persiguiendo, en todo caso, el interés público, podrá establecer acuerdos con los interesados al objeto de determinar el contenido discrecional de la resolución final o incluso, en los casos previstos por las leyes, en sustitución de aquel".

(433) La **Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común de 1992** abrió la posibilidad negocial del acto administrativo en dos instancias: en el proceso que conduce a la toma inicial de la decisión, mediante la denominada Terminación convencional del procedimiento (art. 88) y en la fase administrativa final, mediante la sustitución del recurso ordinario por otros procedimientos como la conciliación, mediación y arbitraje (art. 107.2), lo cual se proyecta aun en el proceso contencioso-administrativo más adelante (Ley N° 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, art. 77).

(434) El Consejo de Estado presentó en 1993 su informe sobre "Regler autrement les conflicts: conciliation, transaction, arbitrage en matiere administrative" (publicado en *La Documentation francaise, París, 1993).*

(435) La **Ley de Procedimiento Administrativo alemana**, establece que: "Mientras una norma jurídica no disponga otra cosa, una relación jurídica de derecho público puede ser creada, modificada o anulada mediante convenio de derecho público. La autoridad especialmente, puede, en vez de dictar un acto administrativo, concertar un convenio de derecho público con aquella persona a la que de otro modo dirigiría el acto administrativo" (art. 54).

(436) En Colombia, la Conciliación extrajudicial y judicial en asuntos administrativos se encuentra regulada dentro del régimen de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, en el Decreto N° 1818 de 1998 (Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos) y su reglamento aprobado mediante Decreto N° 2511 del mismo año.

(437) La **Ley Federal de Procedimientos Administrativos de México**, establece al respecto que pueden dar término al procedimiento "el convenio de las partes, siempre y cuando no sea contrario al ordenamiento jurídico ni verse sobre materias que no sean susceptibles de transacción, y tengan por objeto satisfacer el interés público, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regula".

(438) En Chile, el régimen de obras fiscales por el sistema de concesión, contempla que los conflictos entre concesionario y concedente, deben someterse necesariamente a una Comisión Conciliadora

En el ámbito nacional esta tendencia moderna surgió primero en normas positivas, de manera aislada y localizada en determinados campos de la actividad gubernativa (entre las más antiguas: conflictos en aspectos agrícolas o de tránsito), para luego extenderse a muchos otros aspectos de la Administración Pública, propios del nuevo rol regulador y subsidiario del Estado(439).

Esta tendencia fue registrada por BUSTAMANTE BELAUNDE(440), quien en su trabajo sobre la justicia en el Perú, planteaba la necesidad de "administrativizar" o desjudicializar algunos temas de conocimiento tradicional del Poder Judicial, mediante su transferencia a la Administración. Pero no a una Administración Pública tradicional con funcionarios que resolvieran a su leal saber y entender los temas, sino fundamentalmente a través del empleo de modalidades consensuales de resolución de conflictos. Así, en su breve pero importante estudio, proponía que:

> "Debe procederse a la desjudicialización inmediata de los procedimientos no contenciosos, ya sea asignándoles a las municipalidades competencia para resolverlos (instalando en ellas nuevos tribunales administrativos) o creando nuevas instituciones que generen menos costos y sirvan de filtro a la justicia formal. (...) Los tribunales administrativos, como vía de desjudicialización, deben estar también dotados de la capacidad para convocar con fluidez a que las partes concilien y a delegar ciertas funciones jurisdiccionales a favor de instituciones privadas, como Cámaras de Comercio y gremios profesionales o empresariales. En todos estos casos, sin embargo, la posibilidad de generación de un proceso judicial debe dejarse abierta en la medida en que se susciten controversias o litigios de derecho".

En suma, constituye una expresión típica de la modernización del Derecho Administrativo, admitir la negociación de asuntos de interés público, dotarle de una regulación ex profeso para esta materia, e incluso habilitando jurídicamente al Estado, para que proceda así frente a los particulares, produciendo actos administrativos negociados.

De ahí a generar un ejercicio negociado y no eminentemente autoritario del poder administrador, solo dista un paso.

---

conformada por un profesor universitario designado por el Ministerio de Obras, otro por el concesionario y un tercero designado por ambas partes de consuno y, en su defecto, por la Corte de Apelaciones de Santiago, otorgando un plazo de 30 días para llevar a cabo el intento de conciliación, bajo apercibimiento de transformarse en Comisión Arbitral y dirimir la contienda.

(439) A título enunciativo el legislador contempla expresamente la conciliación como modo de resolver conflictos de intereses que atañen al Derecho Administrativo, en temas de mercado de valores, bolsa de productos, cinematográficos, en deslinde y titulación de tierras de comunidades campesinas, aspectos laborales, de contratación pública, previsionales, problemática familiar, y de regulación económica (incluyendo protección al consumidor, competencia desleal, propiedad industrial, servicios públicos de transporte aéreo, saneamiento, telecomunicaciones, electricidad y prestaciones de salud).

(440) BUSTAMANTE BELAUNDE, Alberto. *Justicia alternativa*. Instituto de Economía de Libre Mercado, Lima, 1993, p. 116.

IV. LA PRESTACIÓN EFECTIVA COMO FORMA DE CONCLUSIÓN DE PROCEDIMIENTOS

La particularidad de estos procedimientos radica en que quien los sigue no busca obtener del funcionario necesariamente la producción de una resolución administrativa en sentido formal sino el otorgamiento de una prestación efectiva propia del servicio público respectivo.

Se trata de aquellos supuestos de derecho social, previsional o en los que se ejerce una petición, en los cuales el funcionario público se encuentra en aptitud de decidir el pedido material o concreto sin necesidad de expedir un acto formal estimatorio o desestimatorio de la solicitud, procediendo directamente a efectuar en favor del administrado la prestación material pretendida (como pueden ser: la construcción de una calle, el otorgamiento de un certificado de antecedentes, la regulación de un pago, la obtención de una copia de documento registral), con lo cual nos encontramos frente a una atenuación de la pauta administrativa formalista de documentar todas las actuaciones procesales realizadas.

V. CAUSALES SOBREVENIDAS AL PROCEDIMIENTO INICIADO

Cierto es que otras circunstancias también ocasionan la extinción del procedimiento administrativo, tales como la transformación o extinción de los administrados, la desaparición del bien sobre el cual se pretende recaiga alguna resolución administrativa y las reformas legislativas. En todas estas circunstancias, sobreviene alguna causal que determina la imposibilidad de continuar el procedimiento iniciado.

La transformación o extinción del administrado (en el caso de personas jurídicas) y la muerte de la persona natural ocasionan la conclusión de los procedimientos que persiguen intereses estrictamente personales, como es el procedimiento de selección de personal cuando se trate de un postulante único o un procedimiento sancionador. También la modificación del régimen legal puede acarrear la conclusión de procedimientos pendientes cuando, por ejemplo, involucra liberar el ejercicio de una actividad que antes era de evaluación previa o sujeta a licencia.

Ellos configuran supuestos eventuales y externos a los actos procedimentales que le ocasionan en vía de reflejo su terminación. Para su procedencia deben ser materia de una resolución administrativa que sustentadamente explique la existencia de alguna causal sobreviniente y sus efectos sobre el procedimiento.

Los comentarios acerca de la resolución, los silencios administrativos, el desistimiento y la declaración de abandono, los reservamos a cada uno de los artículos siguientes.

Artículo 196 Contenido de la resolución

196.1 La resolución que pone fin al procedimiento cumplirá los requisitos del acto administrativo señalados en el Capítulo Primero del Título Primero de la presente Ley.

196.2 En los procedimientos iniciados a petición del interesado, la resolución será congruente con las peticiones formuladas por éste, sin que en ningún caso pueda agravar su situación inicial y sin perjuicio de la potestad de la administración de iniciar de oficio un nuevo procedimiento, si procede.

(Texto según el artículo 187 de la Ley N° 27444)

CONCORDANCIAS INTERNAS

- Art. 3: Requisitos de validez de los actos administrativos.
- Art. 4: Forma de los actos administrativos.
- Art. 5.4: Contenido de la resolución administrativa.
- Art. 6: Motivación del acto administrativo.
- Art. 113: Inicio del procedimiento de oficio.
- Art. 115: Derecho de petición administrativa.
- Art. 149: Efectos del vencimiento del plazo.
- Art. 225: Resolución del recurso administrativo.
- Art. 256: Resolución del procedimiento sancionador.

Comentario

I. LA RESOLUCIÓN COMO ACTO ADMINISTRATIVO

El modo normal como concluye un procedimiento administrativo es la resolución administrativa, pues es la expectativa tanto de los administrados y las autoridades que los inician e instruyen. Si no tuvieran esa expectativa, carecería de sentido el procedimiento administrativo, por cuanto en él se concreta la función administrativa.

A su vez, la resolución constituye por excelencia el acto administrativo típico, en su manifestación de acto definitivo, para distinguirlo de los actos de iniciación, instrucción, ordenamiento, notificación y de ejecución, que también se producen a lo largo del procedimiento administrativo de evaluación previa.

Los requisitos de las resoluciones son los mismos de todo acto administrativo: competencia, objeto, finalidad pública, motivación y procedimiento previo.

II. LA CONGRUENCIA EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Para el Derecho Procesal en general, la congruencia implica que la decisión comprenda todas las pretensiones y fundamentos propuestos por los interesados durante el procedimiento, de tal modo que con la resolución se emita íntegramente opinión sobre la petición concreta y sobre los argumentos expuestos.

En el campo procesal administrativo, la aplicación de esta figura presenta sus matices propios, ya que el funcionario público no agota su cometido y obligaciones con el análisis y pronunciamiento sobre lo expuesto por el administrado (en la solicitud, pruebas, alegatos, etc.), sino que al funcionario le corresponde, como proyección de su deber de oficialidad y satisfacción de los intereses públicos, resolver sobre cuantos aspectos obren en el expediente, cualquiera sea su origen. Por ello, la congruencia en el procedimiento administrativo adquiere singularidad hasta configurar la necesidad que la resolución decida imperativamente cuantas cuestiones hayan sido planteadas en el expediente, aportadas o no por los interesados. En tal sentido, el contenido mismo del expediente y no los extremos planteados por los interesados es el límite natural al requisito de la congruencia de las resoluciones administrativas.

En general, la promoción del procedimiento administrativo por un interesado no produce el efecto delimitador del contenido de las subsiguientes actuaciones procesales, como sucede en el proceso judicial. Por ello, la Administración Pública debe pronunciarse no solo sobre lo planteado en la petición inicial sino también sobre otros aspectos que pudieran haber surgido durante la tramitación del expediente, provengan del escrito inicial, de modificaciones cuantitativas o cualitativas posteriores al petitorio, o de la información oficial a que se tuviere acceso y consten en el expediente.

Lo que sí afecta el derecho de defensa del administrado y encubre una desviación del poder, sería permitir al funcionario decidir sobre aspectos no planteados en el expediente y consiguientemente, sobre los cuales no han mostrado su parecer los interesados. Del mismo modo, contraviene al ordenamiento que la instancia decisoria no se pronuncie sobre algunas pretensiones o evidencias fundamentales aportadas en el procedimiento (incongruencia omisiva). Ambas circunstancias constituyen incorrecciones del procedimiento, susceptibles de contestación y sanción.

En tal sentido, la congruencia en las resoluciones administrativas importa:

- **Que la resolución decida todos los planteamientos de los administrados.** El supuesto básico es que la autoridad debe tener en cuenta todas las alegaciones de los administrados, sea que se les acoja o sea que se le desestime, según corresponda conforme a la legalidad.
- **Que la resolución decida otras cuestiones derivadas del procedimiento.** La resolución debe atender a todos los temas que surjan del expediente administrativo y que el administrado haya tenido oportunidad de apreciarlos. Ello responde al deber de legalidad objetiva con que debe actuar la Administración Pública en todos sus actos.
- **Que en ningún caso se agrave la situación inicial del interesado** (*reformatio in peius*). En este extremo, si de la instrucción de un procedimiento, la autoridad llega a la convicción de que la petición es injustificada y que más

bien debe dictar un acto de gravamen que agrave la situación del administrado, no puede hacerlo dentro del mismo procedimiento sino que debe concluirlo desestimando el pedido y disponer el inicio de un procedimiento de oficio.

III. ¿PUEDE HABER ACTOS ADMINISTRATIVOS EN LAS NOTIFICACIONES PERSONALES?

La regla general es que las resoluciones administrativas se instrumenten bajo la forma de tales por escrito y que luego exista un documento administrativo de notificación. No obstante ello, resulta muy común en nuestras entidades que la autoridad administrativa comunique decisiones mediante oficios, sin que el acto administrativo haya sido formalmente elaborado e incorporado al expediente, o incluso, sin que ello se entienda como indispensable.

Para algunos, estamos frente a documentos administrativos que no son actos administrativos, y que como tal no son impugnables, anulables, etc. Para otros, en la corriente a la cual nos afiliamos, no podemos admitir esta situación peligrosa de dejar librados en las manos de la propia Administración Pública la naturaleza de las decisiones que emite, y por ende las posibilidades de acción del administrado. En tal sentido se impone reconocerles condición de acto administrativo, aunque prescinda de las formas propias de las resoluciones.

Como bien lo estableció la Procuraduría del Tesoro de la nación de Argentina, "En caso de ausencia de un acto administrativo expreso, la nota de la Administración Pública que hace saber al destinatario de la decisión de la misma reúne la condición de acto decisorio y la de acto de notificación. Reúne estos dos aspectos ya que es una declaración de voluntad administrativa y porque, además, comunica, hace saber al particular interesado dicha declaración"(441).

IV. LA PROHIBICIÓN DE REFORMA PEYORATIVA EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

La *reformatio in peius*, también conocida como "reforma en peor", "reforma en perjuicio" o simplemente la reforma peyorativa, consiste "en la situación que se produce cuando la condición jurídica de un recurrente resulta empeorada a consecuencia exclusivamente de su recurso"(442). Para su configuración es indispensable la reforma o modificación de un acto por parte de la autoridad que conoce de algún recurso en su contra, y que esta reforma conduzca a algún perjuicio al recurrente.

(441) Citados por David Halperin y Beltrán Gambier en: *La notificación en el procedimiento administrativo*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1989, pp. 65 y 66.

(442) RIVAS CARRERAS, Víctor Rafael. *La* reformatio in peius *en el Derecho Administrativo*. Tecnos, Colección Jurisprudencia Práctica, 1991, p. 9.

La existencia del elemento "perjuicio" para el recurrente implica "la acusación de perjuicio al recurrente, quien ve así agravada su situación o status fijado por la resolución de la primera instancia, objeto del recurso"[443], por lo que puede consistir, tanto en una desmejora en las condiciones jurídicas que poseía antes del recurso (por ejemplo, los hechos que la resolución impugnada admitía o reconocía en su favor) como podría ser el efecto económico o moral que como efecto general en la decisión se produce para su destinatario (por ejemplo, el monto económico de una tarifa o de una sanción).

La reforma peyorativa quedará configurada por igual en ambos casos, sea que la autoridad de segundo grado incrementa al administrado el monto económico del acto de gravamen en su contra que fue impugnado, como si la autoridad mantiene –o incluso rebaja– su efecto económico, pero le resulta imputando hechos más graves o distintos sin llegar a aplicarle un acto de gravamen bajo argumento de prescripción, por ejemplo.

Contemporáneamente esta situación ha sido vedada por el ordenamiento jurídico para proteger la seguridad jurídica de los administrados que manifiestan su disconformidad con el ejercicio de la autoridad pública mediante un recurso o medio impugnativo. Por ello, ha quedado consagrada como principio jurídico la *non reformatio in peius*.

La prohibición de reforma en perjuicio del impugnante es, así, una regla por la que se restringe la competencia resolutiva de la autoridad que conoce de un recurso para impedirle reformar la decisión impugnada en desmejora de la situación ya reconocida al recurrente. En estricto la regla constituye un supuesto especial de incongruencia procesal, por el que la autoridad superior que conoce de un recurso judicial o administrativo contra un acto solo puede resolver desestimando el recurso y, por ende, confirmando el acto o, mejorando la situación del impugnante.

El fundamento del principio es lógico, si una parte recurre de una decisión que le causa agravio, obviamente es porque se entiende que lo interpuso exclusivamente en lo desfavorable, pretendiendo que el superior ampare su pretensión impugnatoria dándole la razón, pero en ningún caso para que agrave su situación. Por otro lado, si se permitiese la indicada reforma, sería irse contra la voluntad del impugnante, pues si no cuestionó la decisión fue porque consideró que la decisión anterior era la más justa para su parte.

En su desarrollo moderno, la *non reformatio in peius* se ha convertido en una garantía procesal comprendida dentro del debido proceso que se emplea frente a los actos que causan agravio a los recurrentes, como lo ha manifestado nuestro Tribunal Constitucional:

(443) Ídem.

> "(...) la interdicción de la *reformatio in peius* o 'reforma peyorativa de la pena' es una garantía del debido proceso implícita en nuestro texto constitucional, la cual se relaciona con los derechos de defensa y de interponer recursos impugnatorios. De acuerdo con dicha garantía, el órgano (...) que conoce de un proceso en segunda instancia no puede empeorar la situación del recurrente en caso de que solo este hubiese recurrido la resolución emitida en primera instancia"(444).

En este sentido, la prohibición de reforma peyorativa tiene como efectos:

i. Constituir un límite a la actividad del superior, en el sentido de que le está vedado agravar el acto recurrido que afecta al administrado;

ii. Evitar que este último sea sorprendido con una decisión más perjudicial a la que impugnó, respecto de cuyos argumentos y mandato no ha podido controvertir; y,

iii. Permitir el libre ejercicio del derecho de recurrir, ya que restringiría la posibilidad de concluir si el sistema permitiera que el administrado quede en peor condición luego del recurso administrativo.

Asimismo, como se puede apreciar, la aplicación de esta regla presupone la existencia de dos elementos:

1. Un acto que cause agravio (no solo sanciones como era en su origen, sino cualquier acto susceptible de afectar en sus derechos o intereses a alguien que aparece como recurrente).

2. La interposición de cualquier recurso administrativo (apelación o reconsideración) por quien se considera afectado por la decisión. Nótese que por tratarse de un recurso administrativo se abre un procedimiento recursal o procedimiento de segundo grado a instancia del administrado por lo cual le resulta aplicable el numeral 196.2 del artículo comentado, no obstante que la primera instancia fue un procedimiento iniciado de oficio por la propia Administración Pública. Como se puede apreciar, el presupuesto del numeral 196.2 es cualquier procedimiento iniciado a instancia de parte, por lo que, en principio, solo se excluye de esta norma a los procedimientos de oficio. No obstante, en los procedimientos de oficio cuando la autoridad ya constituyó su decisión en primera instancia, la regla resulta aplicable a los procedimientos recursales iniciados. Así, la regla del numeral 196.2. resulta aplicable en aquellos casos de decisiones tarifarias en las que se ha interpuesto recurso de reconsideración por el afectado.

En este caso, la autoridad administrativa podrá desestimar el recurso (ratificando la recurrida) o modificar la decisión a favor del recurrente, pero lo que

(444) Ver: STC Exp. N° 0553-2005-HC/TC, f. j. 3, y STC Exp. N° 3574-2005-PHC/TC).

estará legalmente impedida de hacer será modificar unilateralmente el acto recurrido en aquello que no haya sido impugnado por el administrado –y que, por ende, haya quedado consentido–. Lo expuesto, en nada difiere en la aplicación del principio al procedimiento sancionador, en el que la primera instancia es una fase de oficio y procedimiento de grado, es promovido por el administrado perjudicado.

En doctrina se propone agregar un tercer elemento para la aplicabilidad de la regla consistente en que solo exista un recurrente, esto es, que no medie recurso de la contraparte en los procedimientos trilaterales. Pese a este último requisito no se quiere afirmar que si existe recurso de la contraparte desaparezca la prohibición de la reforma peyorativa y como tal, la Administración Pública pudiera resolver en perjuicio de alguno de los recurrentes en función de cualquier elemento adicional que considere a bien, sino que en estos casos el principio adquiere un sentido especial.

La prohibición de la *reformatio in peius* tiene lugar en toda su extensión si la otra parte no impugnó la resolución. Si hubiere impugnación de la contraparte, por efecto de los mismos principios antes aludidos, la autoridad sí podría entrar a conocer de las pretensiones y argumentos propuestos por la otra parte (al igual que la propuesta por el primer recurrente). Lo que en ningún caso podría hacer la Administración Pública será modificar algún aspecto que ninguna de las partes lo incluyó en sus respectivas impugnaciones.

Nótese que en virtud de la congruencia, la autoridad queda facultada para ver los aspectos propuestos por ambos administrados en sus recursos y conforme a los hechos o argumentos de derecho o de hecho que ellos mismos propongan, de modo que en caso de estimar la pretensión deducida por una de ellas (que hubiera sido desestimada en la primera instancia), provocará obviamente una reforma peyorativa para la contraria, pero ella será consecuencia, precisamente, del principio de la congruencia.

Es claro que cuando ambas contrapartes interpongan recursos administrativos, la autoridad queda delimitada en su capacidad resolutiva por las pretensiones planteadas por las primeras en la medida que cumplan con las exigencias contempladas en el artículo 122 del TUO de la LPAG y que se declare fundada la pretensión de la contraparte. Solo declarando fundada la pretensión debidamente motivada de una de las partes, es que por efecto inverso se podrá afectar legítimamente la situación de la otra recurrente.

Artículo 197 Efectos del silencio administrativo[445]

197.1 Los procedimientos administrativos sujetos a silencio administrativo positivo quedarán automáticamente aprobados en los términos en que fueron solicitados si transcurrido el plazo establecido o máximo, al que se adicionará el plazo máximo señalado en el numeral 24.1 del artículo 24 de la presente Ley, la entidad no hubiere notificado el pronunciamiento respectivo. La declaración jurada a la que se refiere el artículo 36 no resulta necesaria para ejercer el derecho resultante del silencio administrativo positivo ante la misma entidad.

197.2 El silencio positivo tiene para todos los efectos el carácter de resolución que pone fin al procedimiento, sin perjuicio de la potestad de nulidad de oficio prevista en el artículo 211 de la presente Ley.

197.3 El silencio administrativo negativo tiene por efecto habilitar al administrado la interposición de los recursos administrativos y acciones judiciales pertinentes.

197.4 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.

197.5 El silencio administrativo negativo no inicia el cómputo de plazos ni términos para su impugnación.

197.6 En los procedimientos sancionadores, los recursos administrativos destinados a impugnar la imposición de una sanción estarán sujetos al silencio administrativo negativo. Cuando el administrado haya optado por la aplicación del silencio administrativo negativo, será de aplicación el silencio administrativo positivo en las siguientes instancias resolutivas.

(Texto modificado según el artículo 2 Decreto Legislativo N° 1272)

CONCORDANCIAS EXTERNAS

- D.S. N° 013-2008-JUS: TUO Ley del Proceso Contencioso administrativo (art. 4, num. 2, silencio administrativo como actuación impugnable; art. 19, nums. 3 y 4, plazos para demandar en caso de silencio administrativo).
- D.S. N° 079-2007-PCM: Lineamientos para elaboración y aprobación de TUPA y establecen disposiciones para el cumplimiento de la Ley del Silencio Administrativo.
- D.S. N° 096-2007-PCM: Regulan la fiscalización posterior aleatoria de los procedimientos administrativos por parte del Estado.

CONCORDANCIAS INTERNAS

- Art. 10, 3: Nulidad de los actos expresos de aprobación automática.
- Art. 31: Calificación de procedimientos administrativos.
- Art. 34: Procedimiento de evaluación previa con silencio positivo.

(445) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 188 de la Ley N° 27444.

- Art. 37: Procedimiento de evaluación previa con silencio negativo.
- Art. 42.1, 4: Deber de señalar en los procedimientos de evaluación previa el silencio administrativo aplicable.
- Art. 101: Trámite de abstención.
- Art. 149.3: Obligación de cumplir un acto fuera del plazo legal establecido.
- Art. 191.4: Imposibilidad de la audiencia pública. Silencio administrativo negativo.
- Art. 195.1: Actos que ponen fin al procedimiento administrativo.
- Art. 197.2: Silencio positivo tiene carácter resolutivo que pone fin al procedimiento.
- Art. 223: Silencio administrativo en materia de recursos.
- Art. 226: Agotamiento de la vía administrativa.

TEXTO ORIGINAL DE LA LEY Nº 27444:

Artículo 188.- Efectos del silencio administrativo

188.1 Los procedimientos administrativos 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.

188.2 El silencio administrativo tiene para todos los efectos el carácter de resolución que pone fin al procedimiento, sin perjuicio de la potestad de nulidad de oficio prevista en el artículo 202 de la presente Ley.

188.3 El silencio administrativo negativo tiene por efecto habilitar al administrado la interposición de los recursos administrativos y acciones judiciales pertinentes.

188.4 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.

188.5 El silencio administrativo negativo no inicia el cómputo de plazos ni términos para su impugnación.

MODIFICACIONES AL TEXTO ORIGINAL:

❖ **Primera modificación:** numerales 188.1 modificado y 188.6 incorporado por el artículo 1 del Decreto Legislativo Nº 1029 publicado el 24/06/2008.

188.1. Los procedimientos administrativos sujetos a silencio administrativo positivo quedarán automáticamente aprobados en los términos en que fueron solicitados si transcurrido el plazo establecido o máximo, al que se adicionará el plazo máximo señalado en el numeral 24.1 del artículo 24 de la presente Ley, la entidad no hubiere notificado el pronunciamiento respectivo. La declaración jurada a la que se refiere el artículo 3 de la Ley del Silencio Administrativo, Ley Nº 29060 no resulta necesaria para ejercer el derecho resultante del silencio administrativo positivo ante la misma entidad.

(...)

188.6. En los procedimientos sancionadores, los recursos administrativos destinados a impugnar la imposición de una sanción estarán sujetos al silencio administrativo negativo. Cuando el administrado haya optado por la aplicación del silencio administrativo negativo, será de aplicación el silencio administrativo positivo en las siguientes instancias resolutivas.

❖ **Segunda modificación:** artículo modificado por el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1272 publicado el 21/12/2016, cuyo texto es el vigente en el TUO.

✍ *Comentario*

I. TEORÍA GENERAL DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO

Para no afectar el derecho de petición el procedimiento administrativo sigue un cauce conocido que tiene la previsión de alcanzar una conclusión cierta y pronta. Por ello, ante la obligación impuesta al ciudadano de presentar cualquier reclamación o petición previamente ante la Administración Pública, su correlato lógico es imponer al funcionario la obligación ineludible de pronunciarse sobre la cuestión planteada dentro de un plazo cierto. Ese deber de pronunciamiento, cualquiera sea el sentido de su decisión, resulta impostergable para el Estado. No puede atribuírsele un privilegio de silencio ni una prerrogativa de inacción.

No obstante, en la práctica resulta común apreciar circunstancias en las cuales ante la incomodidad de las peticiones, por intereses fiscalistas o sobrecarga de labores, la burocracia muestra una actitud de no pronunciarse, manteniendo el procedimiento en *statu quo* sin fecha cierta de término. Precisamente, anticipándose a las posibilidades de alguna voluntaria o involuntaria actividad silente de la Administración Pública, las legislaciones incluyen junto al plazo máximo de resolución una expresión tácita de voluntad estatal subsidiaria a la emisión de resolución denominada silencio administrativo.

Nuestra legislación se apegó tradicionalmente al silencio administrativo negativo, estableciéndolo en el texto original de la LNGPA. Luego, con la reforma introducida por el proceso de simplificación administrativa se atravesó una etapa de indecisión sobre la materia al haber acogido inicialmente –para todos los procedimientos– la tesis del silencio administrativo positivo, para al poco tiempo rectificar retornando a la regla general del silencio administrativo negativo.

II. NATURALEZA JURÍDICA DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO

El silencio administrativo se convierte así en la sustitución de la expresión concreta del órgano administrativo por la manifestación abstracta prevenida por la LPAG, estableciendo que una vez transcurrido un determinado plazo se deriva por ficción legal una manifestación de voluntad estatal con efectos jurídicos en determinado sentido (estimatorio o desestimatorio). Por ello, el silencio administrativo en sus dos manifestaciones constituye una técnica administrativa dispuesta por el legislador para dar tratamiento subsidiario a la inactividad formal de la Administración Pública de resolver una petición. Nótese que el silencio administrativo es solo un tratamiento legislativo para una de las formas de inacción administrativa, sin poder comprender en su interior otros supuestos tales como: inactividad de dar un reglamento de una ley, inactividad de aprobar

o suscribir un contrato, inactividad material en la realización de una prestación concreta y específica derivada del cumplimiento de un deber jurídico, inactividad en cumplir deberes legales (por ejemplo, entregar un DNI), inactividad en ejecutar resoluciones judiciales, inactividad en cumplir deberes creados por actos administrativos (por ejemplo, pagar una pensión), inactividad en cumplir deberes convencionales (por ejemplo, entregar adelantos a contratista).

Ciertamente, la trascendencia de la teoría del silencio administrativo radica en emanar determinado valor y significado de la reserva producida, a través de la ficción asumida por la norma legal, esto es, si los efectos jurídicos serán entendidos negativamente (desestimar la petición, reclamo o recurso) o positivamente (aprobar el petitorio en los términos en que se han formulado). Es el contenido de la ficción legal –negativa o positiva– formulada por el sistema jurídico el que otorga significado a la actividad silente, imponiendo al mismo tiempo las condiciones y procedimientos para su concreción.

A todos los efectos la consecuencia derivada del silencio resulta por imperativo legal, sin permitirse desvirtuarla vía interpretación teleológica de la voluntad del instructor silente; tal fuera el caso si del análisis del comportamiento del funcionario, de sus antecedentes o proyectos se infiriera que su propósito no coincide con el impuesto por la LPAG ante el silencio administrativo.

Como expresa bien GARRIDO FALLA[446] "en sus comienzos, la doctrina del silencio administrativo se limita a ser –y parece que aquí están sus verdaderos límites– una puerta abierta para que el particular plantease ante la jurisdicción contencioso-administrativa la cuestión que la Administración Pública no había querido resolverle favorablemente; naturalmente, esto postulaba una interpretación negativa o desestimatoria del silencio administrativo. Hoy, en cambio, se ha querido utilizar también el silencio administrativo como un arma para combatir la pasividad o negligencia administrativa, suponiéndole entonces una interpretación positiva que, no obstante, sigue siendo excepcional".

Constituyen presupuestos comunes para la existencia del silencio administrativo en cualquiera de sus dos manifestaciones:

1. Formulación expresa en disposición legal porque no puede derivarse ninguna manifestación de voluntad estatal mediante interpretaciones o prácticas administrativas.
2. Tiene cabida solo en procedimientos seguidos por los administrados (procedimiento de parte); resulta inadmisible que pudiera considerarse la figura del silencio administrativo para resolver, por ejemplo, la fase constitutiva de licitaciones públicas, procedimientos investigatorios, de fiscalización

(446) GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado de Derecho Administrativo*. 13ª edición, volumen I, Tecnos, Madrid, 2002, p. 692.

tributaria, etc. Ello no es óbice para que pueda legislativamente aplicarse el silencio administrativo en caso de aprobaciones entre autoridades administrativas al interior de la gestión pública. Si bien aquí no encontramos argumentos de protección al derecho de petición y el deseo de aminorar la indefensión ciudadana frente al Estado que sustentan su aplicación en los procedimientos externos, encontramos en su subsidio otras, tales como: imprimir celeridad a la toma de decisiones públicas de importancia, preservar a la gerencia administrativa dinámica de las dilaciones propiciadas por las autorizaciones o por controles previos al interior de la propia Administración Pública.

3. El contenido del pedido debe ser física y jurídicamente posible (no puede darse el silencio administrativo en peticiones de tipo graciable, como son los procedimientos para obtención de pensiones de gracia, para obtención de indultos o para solicitar la promulgación de normas legales, que por su naturaleza deben concluir con una expresión de voluntad concreta del Estado).

4. Transcurso del plazo previsto sin que la Administración Pública notifique la decisión respectiva (inacción de la Administración Pública). Es connatural para la consumación del silencio administrativo que deba vencer el término establecido legalmente para que la Administración Pública resuelva y notifique el acto administrativo expreso a que está obligado. Nos referimos al plazo de 30 días hábiles continuos con que cuenta la Administración Pública para calificar el expediente, proyectar la decisión y notificársela al administrado. Estamos frente a un dato objetivo, para cuya constitución no existe necesidad de adentrarse en identificar si la voluntad administrativa en el caso concreto estaba proyectada y no resuelta, estaba expedida y no notificada dentro del plazo, o si la omisión se debe a culpabilidad del instructor o a cualquier otra razón intraadministrativa, como la ausencia de algún funcionario o la no composición del órgano colegiado. Parece obvio incluir dentro de este plazo a la acción de notificar la decisión al administrado, porque siendo la fase externa de la decisión resulta indispensable que se produzca para que sea conocible para el administrado aquello que ha decidido la autoridad sobre su pedido. En este sentido, el término legal para notificar está incluido dentro del plazo ordinario del procedimiento al ser su fase terminal y no una fase sucesiva. Lamentablemente esta regla ha sido afectada por la nueva redacción del artículo 188.1, cuyo texto nos indica que para la operatividad del silencio positivo, debe haber transcurrido el plazo máximo del procedimiento (30 días hábiles) más el plazo de cinco días hábiles que como máximo tiene la entidad para notificar ese acto al administrado. La aplicación de esta regla implica que el ciudadano debe esperar 35 días hábiles para poder entender si existe o no silencio administrativo positivo en su favor. Nótese que no se ha dado a la autoridad ese

plazo para resolver, sino que manteniendo el plazo de 30 días, tiene cinco días adicionales para notificar la decisión. De ahí que el silencio opera si la autoridad resuelve el pedido entre el día 31 y 35, aunque la notifique dentro de ese lapso.

Con esta modificatoria se ha incorporado una diferencia irrazonablemente en el plazo máximo para la aparición del silencio administrativo, según sea positivo o negativo.

5. Cumplimiento de requisitos establecidos en el Texto Único de Procedimientos Administrativos.

Por el desarrollo doctrinario seguido difícilmente puede continuarse afirmando que ambos silencios pertenecen a la misma naturaleza jurídica.

El silencio positivo posee la naturaleza jurídica de ser una técnica de conclusión del procedimiento por la cual corresponde entender automáticamente sustituida la mora administrativa por la ficción legal contenida en la LPAG de haber sido aprobado el petitorio, surgiendo así un acto administrativo ficticio para todos sus efectos. El fundamento legal del silencio administrativo positivo no puede ser otro que facilitar el ejercicio y desenvolvimiento de derechos sustantivos, restringidos transitoriamente por la necesidad pública de verificar previamente el cumplimiento de determinadas condiciones previstas normativamente para su ejercicio (condiciones personales, objetivas o financieras) que demuestren su compatibilidad con el interés público. A la vez, mediante esta técnica se busca incentivar a la autoridad a cargo del expediente para emitir una decisión a tiempo, so pena de entender que ya no lo podrá hacer por vencimiento del plazo y una responsabilidad por dicho incumplimiento.

Por el contrario, el silencio administrativo negativo constituye una ficción legal que una vez ocurrida faculta al administrado beneficiado a acudir con su petitorio a la instancia siguiente o a la vía judicial, según sea el caso. En ese sentido, esta modalidad del silencio se mantiene fiel a sus orígenes de ser una forma de compensar la obligación de obtener el agotamiento de la vía previa en sede administrativa, a la vez que proteger sus derechos a la tutela judicial efectiva y de acceso oportuno a la justicia.

III. EL PLAZO ADICIONAL DE NOTIFICACIÓN PARA CONFIGURAR EL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO

Uno de los principales errores de la reforma de la LPAG se encuentra en este artículo comentado, ya que por falta de concordancia en la revisión final del texto a nivel del Consejo de Ministros se mantuvo la redacción anterior de la norma, de modo tal que para la producción del silencio administrativos positivo, no solo deben transcurrir los 30 días del plazo ordinario del procedimiento de evaluación previa, sino que además deben trascurrir los cinco días adicionales para realizar la notificación del mismo acto. Con ello, el plazo se extiende a

35 días para poder notificar la decisión esperada, situación que no sucede con los procedimientos sujetos a silencio negativo. Con ello se contradice lo establecido en el artículo 35 de la reforma que establece que: "se considera aprobada si, vencido el plazo establecido o máximo para pronunciarse, la entidad no hubiera notificado el pronunciamiento correspondiente". Esta contradicción generará inseguridad jurídica para el acogimiento al silencio administrativo.

IV. LOS EFECTOS DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO

Como hemos manifestado, los efectos del silencio administrativo son distintos según se trate del negativo o positivo. Ello incluso deriva de la forma en que ambos se producen.

En el modelo nacional, el silencio administrativo negativo deriva en dotar al ciudadano de una facultad procesal de obviar a la autoridad a cargo de la resolución de su expediente y desplazar el caso a la siguiente. Afirmamos que es una facultad y no una obligación porque, como se verá luego, puede también optar por esperar una resolución tardía o extemporánea de la autoridad, si así le resultara más conveniente a sus intereses. Por ello es que cuando vence el plazo para resolver, y en tanto el administrado no se acoja al silencio, no se puede entender iniciado ningún plazo de impugnación.

Por el contrario, el silencio administrativo positivo tiene una operatividad, de modo que vencido el plazo legal para la resolución se entiende que ha sido emitido un acto ficticio, la autoridad queda impedida de emitir cualquier resolución tardía sobre el pedido y por tanto quedan iniciados los plazos para la impugnación o cuestionamiento del acto ficticio (por ejemplo, para decretar su nulidad de oficio).

V. EL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO Y SUS EFECTOS

El numeral 197.1 hace mención a los principales efectos del silencio positivo, cuando expresa que en caso venza el plazo para resolver los procedimientos sujetos a dicho silencio "quedan automáticamente aprobados en los términos que fueron solicitados", y en el numeral siguiente a que el silencio "tiene para todos los efectos el carácter de resolución que pone fin al procedimiento, sin perjuicio de la potestad de nulidad de oficio prevista en el artículo 211 de la Ley".

El administrado tiene una vinculación directa e inmediata con el silencio producido, de modo que queda sujeto automáticamente a la aprobación o estimación de lo pedido, en sus propios términos, por imperio de la ley, como si hubiera resolución favorable al pedido o recurso sin requerirse que comunique su acogimiento a ninguna autoridad o necesite alguna declaración o certificación de la autoridad. La estimación favorable al pedido que el silencio comporta le habilita para ejercer autónomamente el derecho o la libertad que estaba sujeta a la autorización previa, sin poder ser sancionado por su mero ejercicio. Si se trata del ejercicio de derechos y libertades que se ejercen por el propio individuo de

manera aislada (por ejemplo, una construcción menor en su domicilio, o modificar la ubicación de una oficina para una empresa sujeta a licencia administrativa o licencias vinculadas a la libertad y seguridades personales, derecho al honor, inviolabilidad del domicilio, libertad de circulación, etc.) no habría mayor problema en la ejecución directa de aquello solicitado y autorizado por silencio administrativo. Se agotaría con el ejercicio privado o aislado de la actividad.

Pero si el silencio positivo autoriza ejercer derechos y libertades por las que los administrados se vinculan con terceros o se ejercen en relación con otras personas o de derechos de contenido prestacional sobre el Estado, ahí aparecen serios problemas para ejecutar el acto ficticio.

Desde la perspectiva de la Administración Pública el silencio administrativo positivo produce la incompetencia del órgano –hasta ese momento a cargo de la instrucción del caso– por razón del tiempo para poder decidir sobre el asunto. De este modo, vencido el término final para resolver el expediente, queda sin competencia para dictar una resolución extemporánea sobre esta materia, aun si pretendiera declarar que ha operado el silencio positivo. Peor, si lo que desea es denegar la solicitud. Si lo hiciera, estaríamos frente a una resolución afectada por un vicio grave.

De este modo, la entidad no puede desconocer, contradecir o alterar la situación jurídica consolidada por la autorización o aprobación ficticia. Su facultad natural a partir de ese momento será solo inspeccionar o vigilar que el ejercicio de la actividad autorizada (por ejemplo, el funcionamiento de actividad comercial o la actividad constructiva, etc.) sea ejecutada conforme a la normativa aprobada para el efecto, pudiendo adoptar las medidas correctivas aplicables al caso si encontrara incumplimiento.

Una de las críticas originales al silencio administrativo positivo fue su peligrosidad para el interés público y al principio de legalidad, puesto que serviría para obviar los controles administrativos y permitiría la consagración de fraudes por el solo transcurso del tiempo. Frente a ello, la respuesta fue conciliar ambas posiciones, proscribiendo la posibilidad que exista el silencio positivo *contra legem*, o dicho en otros términos, cuidar que el interesado a través del silencio administrativo positivo no pudiera obtener nada distinto a lo que pudiera haber obtenido por la decisión expresa de la autoridad. Así, el acto ficticio derivado del silencio positivo al igual que el acto expreso debe ser conforme a ley, por lo que ese petitorio debe ser formal y sustantivamente sujeto a derecho.

En este sentido, para surgir el silencio administrativo positivo, su beneficiario debe haber cumplido con las exigencias legales y el expediente así demostrarlo documentalmente. Nadie puede obtener mediante el silencio, aquello que para lo cual no cumple las exigencias legales o si no presenta ante la autoridad los documentos válidos que así los comprueben. Por una elemental aplicación del principio de legalidad, la pasividad de la Administración Pública no puede dar cobertura a lo antijurídico, sanear inconductas del administrado o adjudicar derechos

contraviniendo las normas. El silencio es una solución frente a la inercia administrativa, pero no un beneficio frente a la legalidad vigente. Por eso es que el numeral 197.2 concluye indicando que el efecto del silencio positivo existe, "sin perjuicio de la potestad de nulidad de oficio prevista en el artículo 211 de la presente Ley".

En este sentido, para privar de sus efectos al silencio positivo, la Administración Pública debe seguir el procedimiento de fiscalización posterior, acreditar la invalidez y luego recién privarle de efectos. Como bien afirma RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, "(...) la tensión entre un exacerbado principio de legalidad y un moderado principio de seguridad jurídica debe resolverse a favor de este último, máxime cuando el principio de legalidad sigue operando y desplegando sus efectos a través de la revisión de oficio de los actos administrativos"(447). Para ello debe tenerse en cuenta que las situaciones calificadas para justificar la anulación del silencio positivo son tres(448):

i. Cuando el administrado adquiere derechos o facultades contrarias al ordenamiento jurídico, esto es, cuando solicita algo prohibido absolutamente por la normativa o en la dimensión que se solicita (silencio administrativo *contra legem*).

ii. Cuando el administrado no cumpla en la realidad o si no lo hubiere podido acreditar en el expediente, con los requisitos, documentación o trámites esenciales previos para su adquisición.

iii. Cuando el administrado independientemente de contar o no con las condiciones legales para el ejercicio de la actividad, hubiese presentado al procedimiento informaciones, documentos o declaraciones falsas o inexactas.

Si bien la mayoría de las causales de nulidad previstas para los actos administrativos expresos no son aplicables por su naturaleza al caso del silencio positivo (así sucede con los defectos u omisión de los requisitos de contenido, la motivación, la finalidad, la falta de procedimiento o de competencia en el actor) otro también resulta concurrente, como el caso de haberse producido el silencio como consecuencia de una infracción penal.

VI. EL SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO Y SUS EFECTOS

Los numerales 197.3, 197.4 y 197.5 están dedicados a explicitar los principales efectos del silencio administrativo respecto al administrado y a la autoridad administrativa.

(447) RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime. "El silencio administrativo y los actos tácitos o presuntos". En: *IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo*. Allan R. Brewer-Carías. Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 1998, p. 194.

(448) Véase el numeral 10.3 del artículo 10 del TUO de la LPAG.

En principio, acontecido el silencio administrativo negativo no se acoge la ficción legal que hay un acto administrativo en algún sentido, sino solo se entiende que se ha facultado al peticionario a acogerse a él y trasladar la competencia para resolverlo a otra instancia posterior. Para acogerse al silencio, el administrado simplemente interpone el recurso administrativo o la demanda contencioso-administrativa correspondiente sin necesidad de requerírsele enviar a la autoridad instructora algún aviso previo de acogimiento. Por ello es que la autoridad administrativa puede emitir decisión hasta que no sea notificada de la demanda judicial, o se haya interpuesto el recurso administrativo correspondiente. Si la emitiese luego de notificada la demanda, el pronunciamiento carecerá de eficacia. Pero si el acto expreso se produjese antes de la notificación de la demanda, el demandante podrá solicitar –según sea el contenido favorable o no a su pedido– o bien la conclusión del proceso o incorporarla como objeto del proceso.

El vencimiento del plazo de duración del procedimiento administrativo genera para el administrado el derecho de aplicar el silencio administrativo, facultad que como tal bien puede no ser ejercida, pero en ningún caso inhabilita a la Administración Pública para emitir su pronunciamiento expreso, considerando de un lado que subsiste el deber de resolver la causa sometida a su conocimiento, y del otro, al ser simple el plazo de resolución, no acarrea caducidad de su facultad decisoria. De esta manera, el administrado puede optar entre acogerse al silencio administrativo o esperar una decisión tardía o extemporánea de la Administración Pública. Permitir una decisión tardía significa prever la posibilidad que, en forma excepcional, la Administración Pública se retrase en el cumplimiento de su deber de resolver las pretensiones deducidas por los administrados, entendiendo que tal demora puede no perjudicar al particular o resultarle menos gravosa que optar por el silencio.

Cuando el administrado permite a la Administración Pública expedir una decisión tardía surge el problema eminentemente práctico de determinar el momento a partir del cual se inicia el cómputo de los plazos para el cumplimiento de los actos procesales sucesivos (por ejemplo, para interponer el recurso si se desiste de la espera, declarar el abandono del procedimiento o presentar un amparo). Definir unánimemente esta materia es sumamente dificultoso, teniendo en cuenta que siendo el silencio administrativo un no acto resulta imposible identificar cuándo se ha producido tal manifestación.

GONZÁLEZ PÉREZ, expone con claridad que siendo el silencio una presunción en favor del administrado "(...) cuando opte por esperar a que la Administración Pública cumpla con una de sus más elementales obligaciones, ha de admitirse su recurso contra la denegación presunta en cualquier momento. Cuando se canse de esperar, cuando agotada su paciencia vea que no se llega a resolver expresamente su petición o recurso, ha de admitirse el recurso que proceda contra la denegación presunta. Y no se diga que ello supone consagrar indefinidamente la inseguridad jurídica, dejar la seguridad al arbitrio del interesado. Pues lo cierto es

que la Administración Pública puede acabar con aquella situación por un procedimiento simple y sencillo: resolviendo expresamente y notificando la resolución"[449].

Obviamente si la Administración Pública cumple con expedir la resolución dentro del plazo de espera concedido por el administrado, el plazo para la interposición de cualquier recurso contra esta decisión se computa desde su notificación.

Aconseja la práctica seguir la opción de esperar la decisión expresa solo cuando parezca probable la obtención de una decisión estimatoria sobre lo pedido, pues de otro modo se juzga más conveniente acogerse al silencio administrativo.

Como bien expresa GUAITA[450] "(...) creo que el recurrente avisado debe prescindir de esta nueva –facilidad– y recurrir tan pronto se haya producido el silencio, pues de esperar hasta la resolución expresa puede esperar (...) hasta desesperar (...). Si producido el silencio, el interesado deja escapar esa primera oportunidad y deja transcurrir el plazo oportuno para recurrir, no sabe realmente cuándo tendrá (y, en realidad, ni si la tendrá) la segunda oportunidad de recurrir lo que la ley le brinda. Sí, es cierto que pese a su silencio, la Administración Pública sigue teniendo el deber de resolver, pero cuándo lo cumplirá? ¿y lo cumplirá? (...)".

Aun cuando las características delineadas para el silencio están referidas al Derecho Administrativo Procesal, como regla general, también resulta aplicable a los procedimientos especiales, salvo aquellos en los cuales sea consustancial a su naturaleza que concluyan con una expresión concreta de voluntad (constitutiva de derechos o de condena). Así sucede, por ejemplo, en el procedimiento licitario, el procedimiento disciplinario o un procedimiento tributario que impulsados por la Administración Pública necesitan concluir con una declaración concreta de la voluntad del Estado acerca del cocontratante seleccionado entre varios, la responsabilidad o irresponsabilidad disciplinaria o administrativa del procesado, o la certidumbre o inexactitud de una acotación tributaria, respectivamente. En tales casos, no cabría acogerse a la figura de la preterición administrativa para pretender concluir abruptamente el procedimiento iniciado.

El numeral 197.5 del artículo comentado se dedica a resolver la situación planteada por la ocurrencia del silencio administrativo negativo en función del cómputo de los plazos para la interposición de recursos administrativos y judiciales subsecuentes. La posición del legislador es que el administrado no se perjudique con el inicio de plazos por producirse el silencio administrativo, por lo que el acceso a la siguiente instancia (si se produce el silencio en la primera instancia) o a la sede judicial (en el caso del amparo) queda abierto indefinidamente en tanto la Administración Pública no dicte la resolución expresa.

(449) GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Manual del procedimiento administrativo*. Editorial Civitas, 2000, p. 514.

(450) GUAITA, Aurelio. *La Revisión de la Ley de Procedimientos Administrativos*. Publicación del Centro de Formación y Perfeccionamiento de Funcionarios. Madrid, 1964.

La posición que este artículo nos presenta fue constitucionalizada por nuestro Tribunal Constitucional cuando afirmó, en su STC Exp. N° 1003-98-AA/TC, (Jorge Miguel Alarcón Menéndez), que: "(...) el administrado, transcurrido el plazo para que la Administración Pública resuelva el recurso impugnativo interpuesto, tiene la potestad de acogerse al silencio administrativo –y así acudir a la vía jurisdiccional– o de esperar el pronunciamiento expreso de la Administración Pública". Para llegar a este entendimiento, la jurisdicción constitucional recurrió a un análisis literal de las normas y una interpretación conforme a libertades fundamentales.

La sentencia nos establece con claridad que: "El silencio administrativo constituye un privilegio del administrado ante la Administración Pública, 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", así "el acceso a la vía jurisdiccional una vez cumplidos los plazos [queda] abierto indefinidamente, en tanto la Administración Pública no [dicte] la resolución expresa"[451] (el resaltado es agregado). 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 Pública no haya resuelto expresamente el recurso. La interpretación aún vigente del Tribunal Constitucional no concuerda con estos dos aspectos. En el primer caso porque no se aplica en beneficio del particular sino de la Administración Pública, resultando que esta, "la incumplidora de dicho deber de resolver, se beneficia de su propio incumplimiento"[452]. En el segundo caso, porque en lugar de abrir indefinidamente la vía judicial en tanto la Administración Pública no resuelva expresamente, le impone un plazo, el que, además, ninguna norma del citado cuerpo normativo establece.

Por tanto, el Tribunal Constitucional considera que entender que el silencio administrativo positivo obliga a considerar denegada una petición o que una vez producido, empieza el cómputo de los plazos para su impugnación o nulidad "Considerando que el agotamiento de la vía previa constituye un presupuesto procesal de cuya satisfacción depende el acceso a la tutela jurisdiccional, las normas que la regulan y, en particular, cómo concierne al caso, las que regulan el sistema recursivo, deben interpretarse de conformidad con el principio *pro actione*. Es decir, en sentido favorable para posibilitar el acceso a la tutela jurisdiccional y, consiguientemente, con exclusión de toda opción interpretativa que sea contraria a ese propósito".

(451) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. 7ª edición, Civitas, Madrid, 1996, p. 573.

(452) GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto. *El silencio administrativo en la nueva ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común*. 1ª edición, Civitas, Madrid, 1994, p. 31.

VII. EL CURIOSO CASO DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO ANTE RECURSOS ADMINISTRATIVOS INTERPUESTOS EN PROCEDIMIENTOS SANCIONADORES

El numeral 197.6 contempla como supuesto especial la aplicación de los silencios administrativos si al cabo del término para resolver un recurso administrativo interpuesto contra una sanción administrativa. En verdad, resulta harto discutible que pueda tener cabida en un procedimiento sancionador cualquiera de las manifestaciones del silencio administrativo. No olvidemos que el lugar adecuado en que se desarrollan las técnicas del silencio son los procedimientos iniciados a instancia de parte y no en los de oficio, como es el caso del procedimiento sancionador. La única forma de poder hacer converger ambas posiciones radica en entender que con la impugnación administrativa se inicia un procedimiento nuevo separado del anterior que es un procedimiento de parte. Pero esa posición carece de base sólida porque en verdad estamos frente a la prolongación de un procedimiento de oficio a partir de la comprobación por la autoridad de la comisión de una infracción y la disconformidad del infractor.

El precepto agregado establece una curiosa secuencia de etapas en las que se aplicaría el silencio administrativo. La norma establece que: "Los recursos administrativos destinados a impugnar la imposición de una sanción estarán sujetos al silencio administrativo negativo. Cuando el administrado haya optado por la aplicación del silencio administrativo negativo, será de aplicación el silencio administrativo positivo en la siguiente instancia resolutiva". El presupuesto tomado en cuenta por este legislador ha sido el siguiente: el procedimiento sancionador sigue en primera instancia una secuencia que concluye en la aplicación de una sanción contra el administrado. Entonces este administrado provoca una revisión de dicha medida por medio del recurso administrativo iniciándose la segunda instancia del procedimiento. Si en esta etapa la autoridad no emite resolución a tiempo será de aplicación el silencio administrativo negativo, permitiendo que el administrado entienda negado el recurso y proseguir el trámite en la siguiente etapa. Como parece obvio, si el recurso interpuesto fuera uno de apelación, el silencio negativo provocaría que el ciudadano tenga que acudir a la demanda judicial contencioso-administrativa, por así corresponder. Pero, la norma incluida presupone que ese administrado luego del silencio negativo pueda interponer válidamente un nuevo recurso, a cuyo término se podría entender que aplica el silencio positivo a este segundo recurso.

Como se puede apreciar, la única forma de poder entender que hubiera espacio para un segundo recurso administrativo sería que el primero sea un recurso de reconsideración y no de apelación. Solo así tendríamos que reconstruir esta secuencia, entendiendo que ante el silencio de la autoridad frente al recurso de reconsideración interpuesto corresponde aplicar el silencio negativo, y si luego se reitera el silencio cuando se planteó la apelación, procederá el silencio positivo. Realmente innovador en el Derecho comparado.

Artículo 198 Desistimiento del procedimiento o de la pretensión[453]

198.1 El desistimiento del procedimiento importará la culminación del mismo, pero no impedirá que posteriormente vuelva a plantearse igual pretensión en otro procedimiento.

198.2 El desistimiento de la pretensión impedirá promover otro procedimiento por el mismo objeto y causa.

198.3 El desistimiento solo afectará a quienes lo hubieren formulado.

198.4 El desistimiento podrá hacerse por cualquier medio que permita su constancia y señalando su contenido y alcance. Debe señalarse expresamente si se trata de un desistimiento de la pretensión o del procedimiento. Si no se precisa, se considera que se trata de un desistimiento del procedimiento.

198.5 El desistimiento se puede realizar en cualquier momento antes de que se notifique la resolución final que agote la vía administrativa.

198.6 La autoridad aceptará de plano el desistimiento y declarará concluido el procedimiento, salvo que, habiéndose apersonado en el mismo terceros interesados, instasen éstos su continuación en el plazo de diez días desde que fueron notificados del desistimiento.

198.7 La autoridad podrá continuar de oficio el procedimiento si del análisis de los hechos considera que podría estarse afectando intereses de terceros o la acción suscitada por la iniciación del procedimiento extrañase interés general. En ese caso, la autoridad podrá limitar los efectos del desistimiento al interesado y continuará el procedimiento.

(Texto modificado según el artículo 2 Decreto Legislativo Nº 1272)

ANTECEDENTES

- Arts. 88, 89, 90: LNGPA.

CONCORDANCIAS INTERNAS

- Art. 124.2: Poder especial en representación para el desistimiento del procedimiento.
- Art. 195.1: Actos que ponen fin al procedimiento administrativo.
- Art. 199: Desistimiento de actos y recursos administrativos.

TEXTO ORIGINAL DE LA LEY Nº 27444:

Artículo 189.- Desistimiento del procedimiento o de la pretensión

189.1 El desistimiento del procedimiento importará la culminación del mismo, pero no impedirá que posteriormente vuelva a plantearse igual pretensión en otro procedimiento.

189.2 El desistimiento de la pretensión impedirá promover otro procedimiento por el mismo objeto y causa.

189.3 El desistimiento solo afectará a quienes lo hubieren formulado.

(453) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 189 de la Ley Nº 27444.

189.4 El desistimiento podrá hacerse por cualquier medio que permita su constancia y señalando su contenido y alcance. Debe señalarse expresamente si se trata de un desistimiento de la pretensión o del procedimiento. Si no se precisa, se considera que se trata de un desistimiento del procedimiento.

189.5 El desistimiento se podrá realizar en cualquier momento antes de que se notifique la resolución final en la instancia.

189.6 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.

189.7 La autoridad podrá continuar de oficio el procedimiento si del análisis de los hechos considera que podría estarse afectando intereses de terceros o la acción suscitada por la iniciación del procedimiento extrañase interés general. En ese caso, la autoridad podrá limitar los efectos del desistimiento al interesado y continuará el procedimiento.

MODIFICACIONES AL TEXTO ORIGINAL:

- **Primera modificación:** artículo modificado por el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1272 publicado el 21/12/2016, cuyo texto es el vigente en el TUO.

✍ *Comentario*

I. LA APLICACIÓN DEL DESISTIMIENTO EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE PARTE

Como sabemos, el desistimiento constituye la declaración de voluntad expresa y formal en virtud del cual el administrado en función de sus propios intereses pretende, en todo o en parte, retirar los efectos jurídicos de cualquiera de sus actos procesales anteriores o del procedimiento en curso instado por él, con alcance exclusivamente dentro del procedimiento en curso.

La figura puede tener un alcance total (cuando se desiste de la pretensión o procedimiento mismo) o referirse solo a un acto procesal en particular (cuando se ejerce para desistirse de un recurso u ofrecimiento de prueba). En el primer caso, su efecto es finalizar el procedimiento iniciado por el administrado sin incidir en el derecho sustantivo que sustenta la pretensión, por lo que no impide su planteamiento en otro procedimiento.

Diferente es el efecto del desistimiento parcial, donde su alcance depende del tipo de acto procesal desistido. Por ejemplo, si se trata de un recurso, conducirá también a concluir el procedimiento para quien lo efectúa; mientras que si se desiste de la presentación de una prueba, conduce solo a la supresión de ese acto sin incidir en la secuencia del procedimiento general.

En cuanto a la forma del desistimiento, para su aceptación debe ser realizado por escrito con firma certificada. Por su propia naturaleza, cuando confluyan

pluralidad de administrados (procedimientos multilaterales: contenciosos o concurrenciales), el desistimiento de uno no surtirá efectos para los restantes.

Resulta trascendental para su procedencia que el interés particular manifestado por el administrado no sea incompatible con algún interés público que haga necesaria la prosecución del procedimiento hasta la determinación final de la verdad material; por cuanto si este último estuviere presente, siempre subsistirá el deber del funcionario de resolver la causa, no siendo amparable el pedido de desistimiento. Por ello, para que el desistimiento produzca sus efectos propios requiere que el órgano instructor dicte resolución en este sentido, la cual procederá previa audiencia a los otros interesados de haberlos.

Aun cuando la norma no precisa la posibilidad de retractación, resulta obvio que una vez formulado un desistimiento y en tanto no sea acogido por la Administración Pública, puede la parte retractarse y dejar sin efecto su pedido.

II. ¿HASTA CUÁNDO EL ADMINISTRADO PUEDE PLANTEAR EL DESISTIMIENTO?

La norma originaria decía únicamente que: "El desistimiento se podrá realizar en cualquier momento antes de que se notifique la resolución final", lo cual fue entendido equivocadamente por algunos organismos en el sentido que solo cabía plantearlo hasta antes de la decisión final de la primera instancia. Se argumentaba en favor de esa interpretación, que era conveniente fomentar al administrado para que plantee su desistimiento tempranamente (en particular cuando ello derivaba de acuerdos convencionales con otros administrados en un procedimiento trilateral) o que si el desistimiento se formulaba en segunda instancia ya había un trabajo administrativo realizado, que no cabía dejar de lado en una etapa posterior del procedimiento cuando ya había decisión de primera instancia. Por otro lado, la interpretación más amplia permitía admitir el desistimiento aun en segunda instancia, entendiendo que era un derecho del administrado que no podría cercenarse mediante una interpretación administrativa. Pues bien, la reforma de la LPAG sustentó la segunda posición en el cambio introducido en el numeral 198.5 que agrega la frase "antes de que se notifique la resolución final que agote la vía administrativa".

Artículo 199 Desistimiento de actos y recursos administrativos

199.1 El desistimiento de algún acto realizado en el procedimiento puede realizarse antes de que haya producido efectos.

199.2 Puede desistirse de un recurso administrativo antes de que se notifique la resolución final en la instancia, determinando que la resolución impugnada quede firme, salvo que otros administrados se hayan adherido al recurso, en cuyo caso solo tendrá efecto para quien lo formuló.

(Texto según el artículo 190 de la Ley N° 27444)

CONCORDANCIAS INTERNAS

- Art. 124.2: Poder especial en representación para el desistimiento del procedimiento.
- Art. 195.1: Fin del procedimiento.
- Art. 198: Desistimiento del procedimiento o de la pretensión.
- Art. 216: Recursos administrativos.

Comentario

En el desarrollo de un procedimiento puede producirse más de una manifestación de la voluntad de desistirse por parte del administrado en relación con el alcance o con el objeto sobre el cual recaen. Así podemos tener **desistimiento total**: del procedimiento o de la pretensión, y **desistimiento parcial**: de un acto procesal o de un recurso administrativo ya interpuesto.

El desistimiento de un recurso impugnativo ya interpuesto por el administrado es un caso singular de desistimiento de acto procesal que, como todos los de su especie, afecta única y exclusivamente a la persona que lo presenta y tiene como exclusivo propósito que la decisión de la autoridad adquiera firmeza. Es importante advertir que conforme a lo dispuesto en el artículo comentado existe un momento preclusivo para poder desistirse del recurso, esto es, antes que la autoridad le haya notificado la decisión admisoria o denegatoria sobre el recurso presentado. Aunque esa decisión haya sido emitida pero no notificada al recurrente, es claro que el desistimiento prospera. Como es lógico, el desistimiento del recurso, como de cualquier acto procesal, solo puede afectar al administrado que lo interpuso y no a terceros, como son los otros administrados que hayan interpuesto sus propios recursos o se hayan adherido al mismo dentro de un procedimiento trilateral.

Lo relevante del desistimiento del recurso es que al retirarse del mundo jurídico la voluntad impugnativa que se puso de manifiesto al interponerse aquel se produce el consentimiento total con la decisión. En ese sentido, el desistimiento del recurso presentado tiene por efecto concluir el procedimiento administrativo respectivo pero no propiamente por el acto procesal del desistimiento, sino porque es el efecto natural de la resolución administrativa que ahora adquiere firmeza.

Artículo 200 Abandono en los procedimientos iniciados a solicitud del administrado

En los procedimientos iniciados a solicitud de parte, cuando el administrado incumpla algún trámite que le hubiera sido requerido que produzca su paralización por treinta días, la autoridad de oficio o a solicitud del administrado declarará el abandono del procedimiento.

Dicha resolución deberá ser notificada y contra ella procederán los recursos administrativos pertinentes.

(Texto según el artículo 191 de la Ley Nº 27444)

ANTECEDENTES

- Arts. 70, 91: LNGPA.

CONCORDANCIAS INTERNAS

- Art. 125.3 *in fine*: Acumulación de solicitudes.
- Art. 195: Fin del procedimiento.
- Art. 216: Recursos administrativos.

✍ *Comentario*

I. EL ABANDONO DE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE PARTE

El abandono es la forma de terminación del procedimiento administrativo que tiene lugar mediante una declaración de la Administración Pública cuando, paralizado por causas imputables al interesado, este no remueve el obstáculo dentro del plazo que la ley señala. En otras palabras, el abandono del procedimiento es el medio para evitar su pendencia indefinida por la inercia del particular, quien debería mostrar interés en obtener su continuación.

Por la naturaleza propia del abandono, concordamos con HUTCHINSON, los únicos procedimientos susceptibles de caer en abandono son aquellos promovidos por el interesado y no los iniciados de oficio, cuya conducción y resolución siempre obedecen a un interés público directo[454].

La naturaleza jurídica del abandono es la de un hecho, un mero transcurso de tiempo sin la realización de actos procesales dentro de un procedimiento inactivo; a diferencia de la renuncia o desistimiento que son verdaderos actos jurídicos o concretas manifestaciones de voluntad del interesado.

(454) HUTCHINSON, Tomás. *Ley Nacional de Procedimiento administrativos*. Tomo I, Astrea, Buenos Aires, 1988, pp. 5556.

II. PRESUPUESTOS PARA LA OPERATIVIDAD DEL ABANDONO

1. Paralización del procedimiento imputable al interesado

La paralización del procedimiento debe ser imputable a un obstáculo proveniente del particular que lo inició (defecto de documentación, inacción simple, etc.) y no cuando el detenimiento sea por acciones u omisiones de la Administración Pública ni de otro interesado que hubiera comparecido en el procedimiento como tercero. En ningún caso podrá considerarse que opera el abandono si el administrado ha dejado de gestionar el expediente, en virtud de haber operado el silencio administrativo o la causa se encuentra lista para decisión final.

La procedencia del abandono se debe analizar aisladamente en cada caso, porque al existir el deber de oficialidad a cargo de la Administración Pública, los supuestos de aplicación del instituto del abandono son reducidos a los previstos en normas especiales donde se acoja el principio procesal de rogación y se atienda a una real imposibilidad de proseguir el procedimiento sin afectar el interés público.

2. Requerimiento previo al particular

No basta solo el decurso del tiempo para activar el abandono, ya que adicionalmente resulta necesario el requerimiento o la intimación al interesado notificando la necesidad que, dentro de un plazo, realice alguna actuación procesal concreta para la prosecución del procedimiento.

El cumplimiento de este requisito refuerza la garantía del particular y evita concluir el procedimiento en desmedro de los derechos de los administrados cuando el obstáculo no sea producto de una actitud deliberada sino de una negligencia, desconocimiento, olvido involuntario, o hecho de un tercero.

3. Silencio del interesado

Luego de recibida la intimación, el interesado debe mantener una conducta omisiva durante el plazo otorgado. La persistencia en esta conducta descarta que la paralización se deba a razones involuntarias y refuerza la seguridad para la Administración Pública de que su decisión por el abandono es la más acertada.

4. Decisión de la autoridad

La doctrina y legislación comparada conceptúan que el abandono del procedimiento necesariamente debe ser declarado por la autoridad y notificado al particular, atendiendo a que afecta sus intereses.

Cuando opera el abandono, el interesado no queda impedido de ejercer su pretensión en un nuevo procedimiento ya que podrá hacer valer las pruebas producidas, ni tampoco le ocasiona la pérdida de sus derechos sustantivos, porque tal figura procesal afecta únicamente la continuidad del procedimiento.

CAPÍTULO IX
EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES

Desde antes del advenimiento del Derecho Administrativo, se concibió a la Administración Pública con una supremacía sobre los ciudadanos para el logro de los cometidos públicos. Cuando el Derecho Administrativo fue creado para regular la relación entre Administración Pública y ciudadanos, esa supremacía prosiguió pero sujeta al principio de legalidad que modela la existencia, procedimientos, límites y excepciones a esta potestad y además sujeta al control judicial posterior.

De ese modo, la Administración Pública, como sujeto de derecho, tiene la potestad suficiente para tutelar por sí misma las situaciones jurídicas que considera de interés público, autoprotegiendo sus intereses y exigiendo que se presuma que sus decisiones son válidas, por lo que pueden ser impuestas a los ciudadanos, incluso coactivamente, sin necesidad de recabar respaldo previo de los tribunales, y al margen del consentimiento individual o colectivo de aquellos. Esta relación de supremacía sobre los ciudadanos se ha expresado en una supremacía general (igualitaria) que es a la que quedamos sujetos todos los ciudadanos por nuestra condición de integrantes de una colectividad, en cuanto administrados por el poder público, sin necesidad de títulos concretos; y, por otro lado, la supremacía específica (más intensa y particularizada) que es la surgida con la autoridad, cuando el ciudadano se pone en una situación organizadora de mayor intensidad de subordinación, derivada de un título concreto (son los casos de funcionarios o los presos). Así, posee un estatus notoriamente a cualquier otra persona jurídica o natural, para hacer valer sus intereses y derechos respecto a otra debe acudir al convencimiento personal o a la heterotutela, del reconocimiento jurisdiccional previo proceso.

Esta posición de ventaja de la Administración Pública le permite avanzar en sus decisiónes, ejecutar su voluntad, implantar sus políticas y deja al ciudadano, salvo contadas excepciones como los procesos constitucionaes en algunos supuestos, en una posición desventajosa de tener que acudir a la propia autoridad administrativo primero, demandar a la Administración Pública y convencer a los jueces de lo ilegal de la actuación administrativa.

La autotutela se suele manifestar en cuatro formas:

1. **La autotutela declarativa**: es la posibilidad que tiene la Administración Pública de crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas subjetivas por su sola necesidad sin que sea necesaria la intervención de los tribunales, declarando lo que es conforme a Derecho. Obviamente estamos frente a

una de las características del acto administrativo, que permite a la autoridad por si misma declarar una nueva situación jurídica en contra o a favor del administrado pero que atañe al interés público, como una pérdida de un subsidio, la creación de una carga, la imposición de una servidumbre administrativa, la aprobación de una tarifa que deben pagar los usuarios, etc. Cualquier decisión que toma la autoridad estará protegida por la presunción de legitimidad o validez porque lo que está haciendo es declarar lo que es jurídicamente correcto en cada caso, declarando su voluntad.

2. **La autotutela ejecutiva:** es la posibilidad que tienen las entidades conformantes de la Administración Pública de ejecutar materialmente y de modo forzoso sus decisiones, sin necesidad de acudir a los tribunales, esto es, por la sola voluntad de la Administración Pública se cumple lo decidido así, a pesar de la resistencia de los afectados, en la forma, modo y con las limitaciones que señala la Constitución y la ley. De ella se derivan la ejecutividad, ejecutoriedad, los medios de ejecución forzoza, entre otros.

   Otra expresión de la autotela ejecutiva, es la capacidad propia y sin declaración judicial previa para realizar los actos materiales necesarios para recuperar directamente por sus propios medios, los bienes de propiedad estatal que se encuentran en posesión indebida de invasores u ocupaciones ilegales (atributo recién reconocido por la Ley N° 30230, art. 65).

3. **La autotutela revisora**: es la capacidad que tienen las propias entidades conformantes de la Administración Pública de poder revisar ellas mismas las decisiones que ya han emitido, corrigiendo los propios errores que hubieran cometido, perfeccionado sus decisiones, y asumiendo la capacidad priviligiada de resolver primariamente cualquier conflicto que surjan de su propia actuación. Por ejemplo, nulidad de oficio, corrección de errores, revocar decisiones, competencia para conocer los recursos administrativos de los afectados por su decisión.

4. **La autotutela reduplicativa o de segunda potencia:** es la capacidad que tienen algunas entidades conformantes de la Administración Pública para proteger sus intereses y decisiones, no solo con la autotutela ejecutiva y declarativa, sino aplicando actos de gravamen adicionales a título de sanción administrativa, previo procedimiento, pero sin tener que acudir al Poder Judicial para ello.

Artículo 201 Ejecutoriedad del acto administrativo

Los actos administrativos tendrán carácter ejecutario, salvo disposición legal expresa en contrario, mandato judicial o que estén sujetos a condición o plazo conforme a ley.

(Texto según el artículo 192 de la Ley N° 27444)

CONCORDANCIAS EXTERNAS

- Constitución: Art. 118, inc. 1, Presidente de la República debe cumplir y hacer cumplir la Constitución y los tratados, leyes y demás disposiciones legales; art. 2, inc. 9, inviolabilidad de ingreso al domicilio y a las propiedades.
- D.S. N° 013-2008-JUS: TUO de la Ley del Proceso Contencioso-administrativo (art. 20, admisión de demanda no suspende actuación impugnada; art. 38, medida cautelar en proceso contencioso administrativo).
- D.S. N° 018-2008-JUS: TUO de la Ley N° 26979, Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva.

CONCORDANCIAS INTERNAS

- Art. 2: Modalidades del acto administrativo.
- Art. 15: Independencia de los vicios del acto administrativo.
- Art. 202: Pérdida de ejecutoriedad del acto administrativo.
- Art. 203: Ejecución forzosa.
- Art. 259.1, 5: Usurpación de funciones.

Comentario

I. LA EJECUTORIEDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO COMO ATRIBUTO DE COACCIÓN

Como conocemos, del acto administrativo derivan dos efectos referidos a la vinculación de los sujetos obligados a su cumplimiento: la ejecutividad que es un atributo de eficacia (cualidad material) y la ejecutoriedad que está referida al atributo de coaccionar la voluntad de los demás para concretar su realización (cualidad instrumental).

La denominada ejecutividad del acto administrativo alude al común atributo de todo acto administrativo de ser eficaz, vinculante o exigible, por contener una decisión, declaración o una certificación de la autoridad pública. En este sentido, la ejecutividad equivale a la aptitud que poseen los actos administrativos –como cualquier acto de autoridad– para producir frente a terceros las consecuencias de toda clase que conforme a su naturaleza deben producir, dando nacimiento, modificando, extinguiendo, interpretando, o consolidando la situación jurídica o derechos de los administrados. Por su naturaleza, este atributo resulta suficiente para garantizar el cumplimiento de las denominadas decisiones administrativas no ejecutorias (aquellas cuyo cumplimiento no requiere de la ejecutoriedad administrativa, que veremos luego), tales como: i) los actos desprovistos

de realización operatoria, en los que *per se* producen efectos jurídicos inmediatos, tales como los actos administrativos declarativos, los actos conformadores (licencias, autorizaciones), los actos certificatorios (certificado de supervivencia o domicilio) o los actos registrales (partida de nacimiento o defunción); ii) los actos cumplidos espontáneamente por el particular: cuando el administrado cumple el acto dictado voluntariamente a partir de su notificación; y, iii) los actos que imponen deberes a la Administración Pública, por lo que su ejecución incumbe a los administrados mediante la vía recursiva o judicial correspondiente (por ejemplo, el reconocimiento del derecho a un beneficio, pensión o subvención, etc.).

La ejecutoriedad de los actos administrativos puede ser definido como "una especial manifestación de la eficacia de los mismos, por la cual cuando imponen deberes y restricciones a los particulares pueden ser realizados aun contra su voluntad por los órganos directos de la Administración Pública, sin que sea necesaria la previa intervención de la acción declarativa de los órganos jurisdiccionales"(455).

Como se puede apreciar, mientras que la ejecutividad del acto proviene de la validez del mismo, como su virtualidad o potencia obligatoria, por su parte, la ejecutoriedad se asienta en la ejecutividad. Así, un acto administrativo es susceptible de ser ejecutivo y ejecutorio, siendo la primera una cualidad sustancial, y la segunda su aspecto instrumental.

De este modo, la ejecutoriedad puede expresarse a través de los siguientes elementos:

i) Un atributo exclusivo de los actos administrativos que imponen deberes y restricciones a los particulares (actos de gravamen). A diferencia de la ejecutividad que es común y propia de todos los actos administrativos, la ejecutoriedad es inherente a las "decisiones ejecutorias" esto es, a los actos que imponen deberes positivos o negativos a los administrados, respecto de los cuales la Administración Pública posee la aptitud legal para coaccionar legítimamente para alcanzar su cumplimiento;

ii) Debe tratarse de actos resistidos por los administrados (la calificación de actos resistidos alcanza importancia por cuanto, como quedó expresado anteriormente, aquellos espontáneamente cumplidos no pueden generar sanciones ni ejecución forzada. Esa resistencia se revela cuando el administrado conocedor de su obligación se niegue abiertamente a cumplirla o, por el contrario, adopte una actitud pasiva ante la autoridad);

iii) La ejecutoriedad habilita a la propia Administración Pública a coaccionar al obligado para alcanzar su cumplimiento, siendo el título de ejecución la

(455) ZANOBINI, Guido. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I, Ediciones Arayu, Buenos Aires, 1954, p. 373.

propia resolución administrativa y, en su apoyo, puede emplear los medios de ejecutoriedad que establece la LPAG);

iv) La ejecutoriedad, en su concepción original, exime a la Administración Pública del deber de buscar y obtener la homologación y respaldo judicial sobre la legalidad de su actuación.

Históricamente, la ejecutoriedad del acto se apoya en una tradición histórica proveniente del Estado absolutista, que permitía a la Administración Pública, ser "juez de su propia causa" pero que ha debido adaptarse progresivamente en los diversos sistemas jurídicos a las exigencias del Estado democrático. Por ello, no resulta desacertado afirmar que el efecto de la ejecutoriedad del acto administrativo –como otros tantos– tiene su génesis en los privilegios sociales y políticos de los estamentos dirigentes de la sociedad europea prerrevolucionaria, los cuales luego solo fueron transferidos a la Administración Pública moderna.

A partir de ese entonces, el Derecho Público comparado se divide en dos tendencias sobre este atributo, teniendo en cuenta que la ejecutoriedad no es condición esencial de la existencia de la Administración Pública ni del derecho administrativo. A decir del profesor MERKL, "(...) Ni la ejecución forzosa administrativa, ni la pena administrativa son condición esencial de existencia de la Administración Pública y del Derecho Administrativo. Es verdad que la esencia de la norma jurídica, lo mismo de la norma administrativa que la norma judicial, consiste en conminar con un acto coactivo para el caso de incumplimiento de un deber jurídico, pero no pertenece a la esencia de la norma administrativa el que, además de ser aplicada por un órgano administrativo al caso particular, tenga que ser ejecutoriada también por un órgano administrativo y el obligado no cumple con su obligación. No solo cabe imaginar que el establecimiento de la norma general administrativa corresponda a otra esfera de la actividad estatal, distinta de la Administración Pública, sino también que su última aplicación, la ejecución forzosa de la norma administrativa o, cuando menos, la declaración imperativa de su ejecutoriedad, corresponda a la justicia"(456).

Existe la posición negativa, que desconoce a la Administración Pública cualquier potestad para exigir por sí misma el cumplimiento de sus actos, debiendo valerse de la cobertura judicial previa para ejecutar su voluntad, debiendo obtener anteladamente el respaldo de la autoridad judicial a través del planteamiento de una acción judicial sumaria denominada *injuntion* y solo con esa conformidad, el funcionario puede iniciar la exigencia al ciudadano (modelo anglosajón). Y, por otro lado, la posición que mantiene la facultad de la Administración Pública –distinguiéndola así de otras personas jurídicas o naturales– para que dentro del marco de la legalidad existente declare sus propios derechos e imponga obligaciones hacia sí misma y a los demás, en forma pública y cierta, mediante

(456) MERKL, Adolfo. *Teoría General del Derecho Administrativo*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1935, p. 364.

decisiones unilaterales (modelos alemán, italiano y español). Pero, se debe advertir que esta segunda posición ha de adaptarse necesariamente en cada ordenamiento al esquema constitucional existente.

Una inadvertida lectura de estos modelos comparados diferentes, ha conducido a algunos autores a señalar que calificar como ejecutoriedad propia, a aquella en la que la ejecución es realizada por la misma autoridad administrativa con sus medios y funcionarios, y una ejecutoriedad propia cuando se exige que la ejecución sea realizada por un órgano jurisdiccional. En verdad, estamos frente a un solo atributo administrativo, que es reconocido o negado en los diversos modelos que el Derecho comparado nos ofrece.

II. LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA EJECUTORIEDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Superada la noción inactual que la ejecutoriedad del acto administrativo derive de potestades connaturales o extrajurídicas a la Administración Pública o que ella sea indispensable para el logro del bien común que le ha sido confiada, debemos advertir que ella tiene su fuente en el Derecho. Como bien afirma FIORINI, "Si hay un poder estatal, no debe basarse en un hecho exterior o en una cualidad que no corresponde al Derecho; luego cuando se habla de poder del Estado solo se afirma un acto jurídico creado y atribuido por una norma jurídica"(457). Y en el caso particular de la ejecutoriedad "(...) la ejecución forzada, la coerción inmediata de las normas sin tener en cuenta el asentimiento o la conformidad del afectado, acontece porque el precepto jurídico lo ha establecido exclusivamente de esa forma. Nada tiene que ver la fuerza o la voluntad del sujeto ejecutor, la imputación normativa es la que determina la ejecución y la voluntad personal del sujeto imputante, menos aún un órgano por el simple hecho que se denomine policía. La confusión del concepto ha denominado a esto como el poder irresistible de la policía o la voluntad del Estado, cuando solamente es realización lógica del deber ser, es decir la ejecución de lo que es esencia de todo derecho, la realización inexorable de lo que ha dispuesto la norma jurídica"(458).

A nuestro criterio, el marco constitucional remoto para la ejecutoriedad del acto administrativo lo podemos encontrar en el artículo 118 numeral 1 de nuestra Constitución Política, por el que se encarga al Presidente de la República (y, por ende, a la Administración Pública) a "cumplir y hacer cumplir la Constitución y los tratados, leyes y demás disposiciones legales"(459).

En efecto, en esta cláusula se apodera a la Administración Pública de la competencia suficiente para hacer cumplir el ordenamiento jurídico a los ciudadanos, para lo cual produce los más diversos actos administrativos, particularmente

(457) FIORINI, Bartolomé. *Poder de Policía*. Editorial Alfa, Buenos Aires, 1957, p. 201.
(458) FIORINI, Bartolomé. Ob. cit., p. 203.
(459) Posición compartida por el Tribunal Constitucional, en su STC Exp. N° 001-2005-PI/TC, fs. 44 y 45.

de gravamen, tales como mandatos, ordenes, prohibiciones, sanciones, etc. En este sentido, cuando algún agente de la Administración Pública emite un acto administrativo se encuentra persiguiendo el cumplimiento del ordenamiento legal que le habilitó a dictar el acto de gravamen ante determinadas circunstancias. Debemos recordar que los actos administrativos responden formalmente a la hipótesis legal prevista previamente, esto es, son típicos.

De esta manera, si la Administración Pública resulta la garante del cumplimiento de la ley, resulta de ello que debe hacerlo autónomamente, esto es, en principio, sin la intervención de otro organismo (por ejemplo, si se le exigiera requerir el pronunciamiento judicial previo a la ejecución de todos sus actos administrativos).

No obstante, debe recordarse que la cláusula impone un primer deber precisamente a la Administración Pública, el cumplimiento de la Constitución y de la ley, por lo que antes de hacer cumplir el ordenamiento jurídico a los demás, debe cumplirla ella misma[460]. Y, por otro lado, la cláusula constitucional no llega a sustentar la ejecutoriedad administrativa, en los términos que hemos estudiado, sino solo la ejecutividad de la voluntad administrativa. Será la ley de desarrollo (Ley N° 27444) la disposición que asentándose en la Constitución, opta por dotarle de ejecutoriedad (coerción propia) a los mandatos de la Administración Pública.

Con la mención a la cláusula del artículo 118 numeral 1 de la Constitución Política del Estado, se aprecia que el constituyente ha encomendado a la Administración Pública la búsqueda del cumplimiento del orden jurídico, siendo que la Administración Pública tampoco podría hacerlo, en contrario a lo que disponga el legislador. Nos explicamos, el atributo de la ejecutoriedad del acto administrativo, que persigue asegurar el cumplimiento del ordenamiento jurídico, surge del desarrollo que el legislador hace de esta cláusula constitucional, y no de una fuente distinta a la ley misma.

Ahora bien, si ya encontramos una base constitucional para la ejecutoriedad de los actos administrativos, no debemos pasar por alto también que el propio ordenamiento constitucional y legal puede limitar la ejecutoriedad administrativa en función de otros valores constitucionales superiores.

III. LIMITACIONES CONSTITUCIONALES A LA EJECUTORIEDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO POR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL CIUDADANO

El Tribunal Constitucional ha establecido que por la ejecutoriedad del acto administrativo se habilita a la Administración Pública a "hacer cumplir por sí

(460) Esta parte de la cláusula resultara determinante para entender luego la constitucionalidad de la modificación incorporada por la Ley N° 28165.

misma un acto administrativo dictado por ella, sin la intervención del órgano judicial, respetando los límites impuestos por mandato legal, así como a utilizar medios de coerción para hacer cumplir un acto administrativo y a contar con el apoyo de la fuerza pública para la ejecución de sus actos cuando el administrado no cumpla con su obligación y oponga resistencia de hecho. La ejecutoriedad es, pues, una consecuencia del acto administrativo y su sustento constitucional tiene origen en el numeral 1 del artículo 118 de nuestra Carta Magna, que ordena al Presidente de la República –y, por ende, al Poder Ejecutivo y a toda la Administración Pública– a cumplir y hacer cumplir la Constitución y los tratados, leyes y demás disposiciones legales"(461). Y prosigue el Tribunal señalando que "pero aun cuando la Administración Pública tiene la capacidad para proteger directamente sus intereses, pudiendo incluso exigir por sí misma el cumplimiento de sus actos, esta facultad de autotutela de la Administración Pública de ejecutar sus propias resoluciones –sustentada en los principios de presunción de legitimidad y de ejecución de las decisiones administrativas– implica la tutela de los derechos fundamentales de los administrados que pueden verse amenazados o vulnerados por la actividad de la Administración, como son los derechos al debido procedimiento y a la tutela judicial efectiva"(462).

IV. DERECHOS AL DEBIDO PROCEDIMIENTO Y A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Los primeros derechos constitucionales que deben ser conciliados con el ejercicio de esa potestad exorbitante son, sin duda, el del debido procedimiento y el de la tutela judicial efectiva. Para el principio ejecutorio de los actos administrativos deben cumplir con respetar las siguientes garantías implícitas en la actuación administrativa, independientemente de las demás reglas positivas establecidas en este Capítulo.

- **Necesidad de acto previo**

La debida observancia de este derecho fundamental exige, en primer lugar, que la actividad de ejecución forzosa esté precedida de un acto administrativo, dictado luego de cumplirse el correspondiente debido procedimiento con participación útil del administrado.

Cualquier actuación material de ejecución que no esté precedida de un acto administrativo se traduce en una vía de hecho, violatoria por tanto del derecho a la defensa del administrado que sufre las consecuencias de esa ilegal actuación de la Administración Pública.

(461) Ver: STC Exp. N° 0015-2005-PI/TC, fs. 44 y 45, así como la STC Exp. N° 02044-2009-PA/TC Juan Ricardo Leiva Salazar c/ Sunat.

(462) Ver: STC Exp. N° 0015-2005-PI/TC, fs. 44 y 45, así como la STC Exp. N° 02044-2009-PA/TC Juan Ricardo Leiva Salazar c/ Sunat (f. 6).

- **Posibilidad cierta de obtener la suspensión de efectos**

El derecho a la defensa y el derecho a la tutela judicial efectiva solo quedan debidamente garantizados, si en el trámite de los recursos contra un acto administrativo, el particular puede evitar que la ejecución del proveimiento administrativo le cause daños de imposible o difícil reparación.

A modo de asegurar el cumplimiento de este derecho fundamental, el artículo 224 del TUO de la LPAG prevé la posibilidad de suspender preventivamente los efectos del acto administrativo impugnado, cautela que puede obtenerse tanto en sede administrativa como en vía judicial, cuando la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación o que se aprecie objetivamente la existencia de un vicio de nulidad trascendente.

Además, el acordar la suspensión con ocasión de la interposición de un recurso administrativo, aparece como una potestad discrecional de la Administración Pública, de modo que la protección de los derechos del administrado queda al arbitrio del funcionario administrativo de turno.

En ese mismo orden de ideas, debe tenerse presente que en el caso de los procedimientos sancionadores y del procedimiento de ejecución coactiva la interposición de los recursos conllevan la suspensión del acto impugnado.

Por último, la suspensión de efectos no es una medida idónea cuando el acto impugnado contiene una decisión negativa, pues tradicionalmente se ha considerado que la suspensión de efectos de los actos de esa especie, implicaría dotar de efectos positivos al acto, lo cual no puede hacerse mediante un pronunciamiento cautelar.

- **Posibilidad de emitir órdenes cautelares positivas**

Se ha superado también, la idea restrictiva que negaba la suspensión de efectos de los actos de contenido negativo y se admite ahora, que una autoridad con el objeto de evitar los daños de difícil o imposible reparación derivados del acto negativo, dicte medidas de ejecución provisional a favor del recurrente, anticipando de ese modo, en cierta medida, los efectos de la decisión definitiva.

- **Proscripción de la regla *solve et repete***

Finalmente, con el objeto de resguardar el derecho al debido procedimiento y asegurar la tutela judicial efectiva de los ciudadanos, la LPAG ha excluido del ámbito general del procedimiento administrativo la regla del *solve et repete*, de modo que en la actualidad el ejercicio de los recursos administrativos o judiciales contra los actos que establecen cargas económicas (liquidación de multas, tributos, etc.) no puede estar condicionado al pago previo o a la presentación de fianza para asegurar el pago.

V. DERECHO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

La ejecución directa de los actos administrativos enfrenta restricciones también, derivadas del derecho a la presunción de inocencia y de la protección a la honra y reputación de los ciudadanos.

- **Postergación de la ejecución de actos sancionatorios**

Ciertamente, los actos administrativos a través de los cuales se imponen sanciones a los ciudadanos, no pueden ser ejecutados de manera inmediata por la Administración Pública, no solo porque los perjuicios que ellos provocan son de difícil reparación por la decisión definitiva –asunto este que atiende a la salvaguarda del derecho a la tutela judicial efectiva– sino también, y fundamentalmente, porque la potestad ejecutoria en el ámbito sancionador tiene su límite más exigente en otra presunción, la presunción de inocencia, configurada también constitucionalmente, que impide así la ejecutividad inmediata de la sanción impuesta en procedimiento disciplinario por un órgano administrativo.

Se proscribe así la ejecución inmediata de las sanciones administrativas de carácter personal pues niega el derecho de presunción de inocencia, desde que produce un efecto estigmatizante en el inculpado, que difícilmente podrá ser borrado por una nueva resolución posterior que anule el acto administrativo.

- **Ilegalidad de sanciones moralizantes**

En defensa también del derecho a la presunción de inocencia y a la protección de la honra y reputación, consideramos que deben erradicarse, por inconstitucionales, los efectos "moralizantes" de los actos de gravamen y sancionatorios. En este sentido, se ha apreciado la tendencia de las autoridades a, equivocadamente, optar por actitudes pseudomoralizantes como, por ejemplo, publicar en el diario oficial los nombres de las personas a las cuales se ordena iniciar acciones judiciales, se les abre procesos investigatorios, o se declara alguna presunta responsabilidad económica en sede administrativa a ser demandada en la vía judicial.

Ninguna justificación y utilidad, que no sea provocar un daño moral irreversible contra el administrado, tienen esas disposiciones legales. Su ilegalidad es evidente, no solo porque atenta, como ya dijimos, contra el derecho a la protección de la honra y reputación, sino porque excede los objetivos de la ejecutividad administrativa.

VI. INVIOLABILIDAD DE INGRESO AL DOMICILIO Y A LAS PROPIEDADES INMUEBLES (art. 2 inc. 9 de la Constitución Política)

Otra garantía constitucional que pocas veces es tenida en cuenta por la Administración Pública, a la hora de ejecutar forzosamente sus actos, es la relativa a la inviolabilidad del domicilio y de las propiedades. De acuerdo con la Constitución Política, el domicilio es inviolable y no podrá ser allanado sino para

impedir la perpetración de un delito o para cumplir, de acuerdo con la ley, las decisiones que dicten los órganos judiciales y no los administrativos.

Siendo ello así, es evidente que la Administración Pública no puede ejecutar, por sus propios medios y sin auxilio judicial, los actos administrativos, cuando para la ejecución efectiva del acto sea necesario entrar en un domicilio en contra de la voluntad de sus ocupantes. Por lo tanto, cuando la Administración Pública pretenda ejecutar un acto administrativo y precise para ello ingresar al domicilio del administrado en contra de la voluntad de sus ocupantes, deberá requerir el auxilio de la autoridad judicial.

Puede afirmarse, entonces, que la Administración Pública está desprovista de la potestad de autotutela para ejecutar sus decisiones, cuando ello implique ingresar al domicilio en contra de la voluntad de sus ocupantes, pues de acuerdo con la Constitución, la orden de ejecución forzosa debe estar contenida en una decisión jurisdiccional.

Artículo 202 Pérdida de ejecutoriedad del acto administrativo[463][464]

202.1 Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos pierden efectividad y ejecutoriedad en los siguientes casos:

202.1.1 Por suspensión provisional conforme a ley.

202.1.2 Cuando transcurridos dos (2) años de adquirida firmeza, la administración no ha iniciado los actos que le competen para ejecutarlos.

202.1.3 Cuando se cumpla la condición resolutiva a que estaban sujetos de acuerdo a ley.

202.2 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.

(Texto modificado según el artículo 2 Decreto Legislativo N° 1272)

CONCORDANCIAS INTERNAS

- Art. 2: Modalidades del acto administrativo.
- Art. 16: Eficacia del acto administrativo.
- Art. 182: Presentación de informes.
- Art. 201: Ejecutoriedad del acto administrativo.
- Art. 224: Suspensión de la ejecución.

TEXTO ORIGINAL DE LA LEY N° 27444:

Artículo 193.- Pérdida de ejecutoriedad del acto administrativo

193.1 Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos pierden efectividad y ejecutoriedad en los siguientes casos:

193.1.1 Por suspensión provisional conforme a ley.

193.1.2 Cuando transcurridos cinco años de adquirido firmeza, la administración no ha iniciado los actos que le competen para ejecutarlos.

193.1.3 Cuando se cumpla la condición resolutiva a que estaban sujetos de acuerdo a ley.

193.2 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.

(463) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 193 de la Ley N° 27444.

(464) Por la cuarta disposición complementaria transitoria del Decreto Legislativo N° 1272 publicado el 21/12/2016, se establece que para la aplicación de la pérdida de efectividad y ejecutoriedad del acto administrativo prevista en el numeral 193.1.2 del artículo 193 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (art. 202.1.2 del TUO de la LPAG), se establece un plazo de seis (6) meses, contado desde la vigencia del Decreto Legislativo N° 1272 (vigente a partir del 22/12/2016), para aquellos actos que a la fecha de entrada en vigencia de dicho decreto legislativo hayan transcurrido más de dos (2) años de haber adquirido firmeza.

MODIFICACIONES AL TEXTO ORIGINAL:

- **Primera modificación:** artículo modificado por el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1272 publicado el 21/12/2016, cuyo texto es el vigente en el TUO.

Comentario

Este artículo congrega las vicisitudes por las que puede ser alterada la normal eficacia de un acto administrativo, limitando en consecuencia sus efectos jurídicos previstos legalmente. Los casos de disfunciones de la normalidad administrativa son de dos tipos: situaciones que suspenden los efectos jurídicos del acto (el supuesto del numeral 202.1) y situaciones que implican una verdadera pérdida definitiva de la fuerza ejecutoria del acto, por imperio de la ley (los supuestos de los numerales 202.1.2 y 202.1.3).

I. SUSPENSIÓN DE LA EFICACIA POR VOLUNTAD DE LA ADMINISTRACIÓN

En la práctica no es una pérdida definitiva de la eficacia del acto administrativo sino un suspenso provocado a sus efectos, en vía administrativa o judicial. Es una medida cautelar a pedido de parte o de oficio que implica la cesación temporal de los efectos del acto administrativo, con la finalidad de determinar su continuidad o no, en la decisión final que se dicte luego de su revisión. Al quedar regulada ampliamente en el artículo 224 del TUO de la LPAG, nos remitimos en lo esencial a lo dicho en ese artículo.

II. INERCIA O INEJECUCIÓN POR LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA

La segunda causal contemplada es el transcurso de dos años sin que la Administración Pública haya iniciado los actos que le competen para llevarlo a la práctica. De no actuar dentro de ese lapso, los efectos del acto administrativo decaen y se tornan inejecutables por la autoridad administrativa, transformándose en una sanción para la autoridad morosa al perder la posibilidad de la autotutela y la competencia para llevarlos a cabo en la vía administrativa. En sentido correcto, esta causal tiene un mensaje para las autoridades administrativas: la ejecutoriedad tiene un límite temporal (cinco años), dentro del cual pueden ejecutarlo por sí mismos. La LPAG otorga la autotutela para proteger los intereses públicos en manos de las autoridades diligentes, pero no protege a las negligentes o remisas. La reforma de la LPAG introdujo una importante modificatoria a esta figura reduciendo el plazo para que opere de 5 a 2 años, de modo que ahora, en todo acto administrativo de gravamen (multa, sanción, anulación, reversión de un beneficio, o similar) deberá ser iniciado su procedimiento de ejecución dentro del plazo de dos años desde su vigencia. En la Exposición de Motivos de la reforma se dejó constancia al respecto que: "en aras de buscar

alcanzar más rápidamente una percepción más bien generalizada a alcanzar un clima de seguridad jurídica, se introduce un cambio en el plazo previsto, especificándose ahora que, transcurridos dos (2) años de que un acto administrativo haya adquirido firmeza sin que la Administración Pública haya buscado ejecutarle, dicho acto pierde efectividad y ejecutoriedad".

Como no se trata de una causal de extinción del acto, sino solo de la pérdida de la ejecutoriedad administrativa, de persistir la autoridad con la necesidad de ejecutarlo, deberá plantear su pretensión en sede judicial.

La pérdida de ejecutoriedad del acto administrativo únicamente puede esgrimirse por vía de excepción ante la autoridad administrativa cuando ella pretenda llevarla a cabo; y no como una pretensión inicial, o petición declarativa de la pérdida de ejecutoriedad de un acto administrativo o que declare por esa vía la pérdida de su fuerza ejecutoria. La figura le hace perder fuerza ejecutoria al acto, por tanto, su declaración conforma una excepción, alegable cuando la Administración Pública pretende hacerlo efectivo.

III. CUMPLIMIENTO DE CONDICIÓN RESOLUTORIA

Este artículo comentado también prevé como una pérdida de ejecutoriedad cuando se cumpla la condición resolutoria que, al amparo de alguna norma, la autoridad hubiere adicionado al acto administrativo para asegurar el cumplimiento del fin público perseguido por el acto.

Producida la situación fáctica que la autoridad presupuso como condición para que el acto administrativo dejara de producir sus efectos, opera automáticamente esta pérdida de eficacia. Aun cuando la norma no lo explicite, en igual situación se encontrará la pérdida de vigencia por el vencimiento del plazo fijado, y la revocación formulada en los casos permisibles.

La Comisión no consideró adecuado incorporar una causal adicional para esta pérdida de eficacia que existe en el Derecho comparado y que se produce cuando a posteriori del acto administrativo desaparecen los fundamentos de hecho o de derecho que le sirven de sustento. Como se puede apreciar se trata de las modificaciones periféricas de las condiciones legales o materiales que sirvieron de sustento para la emisión de un acto, las que determinarían su pérdida de eficacia. El riesgo que reportaría para la seguridad jurídica de los actos administrativos admitir que sea discutible el mantenimiento o no de los fundamentos para el sustento del acto, hizo desistirse a la comisión de incorporar esta causal.

Artículo 203 Ejecución forzosa[465]

Para proceder a la ejecución forzosa de actos administrativos a través de sus propios órganos competentes, o de la Policía Nacional del Perú, la autoridad cumple las siguientes exigencias:

1. *Que se trate de una obligación de dar, hacer o no hacer, establecida a favor de la entidad.*
2. *Que la prestación sea determinada por escrito de modo claro e íntegro.*
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.*
4. *Que se haya requerido al administrado el cumplimiento espontáneo de la prestación, bajo apercibimiento de iniciar el medio coercitivo específicamente aplicable.*
5. *Que no se trate de acto administrativo que la Constitución o la ley exijan la intervención del Poder Judicial para su ejecución.*
6. *En el caso de procedimientos trilaterales, las resoluciones finales que ordenen medidas correctivas constituyen títulos de ejecución conforme a lo dispuesto en el artículo 713 inciso 4) del Código Procesal Civil, modificado por la Ley N° 28494, una vez que el acto quede firme o se haya agotado la vía administrativa.*

   En caso de resoluciones finales que ordenen medidas correctivas, la legitimidad para obrar en los procesos civiles de ejecución corresponde a las partes involucradas.

(Texto según el artículo 194 de la Ley N° 27444)

ANTECEDENTE

- Art. 93: LNGPA.

CONCORDANCIAS EXTERNAS

- D.S. N° 018-2008-JUS: TUO de la Ley N° 26979, Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva.
- D.S. N° 036-2001-EF: Reglamento de la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva.
- D.S. N° 069-2003-EF: Reglamento de la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva.

CONCORDANCIAS INTERNAS

- Art. 16: Eficacia del acto administrativo.
- Art. 25: Vigencia de las notificaciones.
- Art. 194: Periodo de información pública.
- Art. 201: Ejecutoriedad del acto administrativo.
- Art. 205: Medios de ejecución forzosa.
- Art. 206: Ejecución coactiva.
- Art. 207: Gastos de actuaciones probatorias.
- Art. 208: Multa coercitiva.

(465) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 194 de la Ley N° 27444.

- Art. 209: Compulsión sobre las personas.
- Art. 259.1, 5: Usurpación de funciones.

TEXTO ORIGINAL DE LA LEY Nº 27444:

Artículo 194.- Ejecución forzosa
El texto vigente solo contenía hasta el numeral 5, cuyo texto es el vigente en el TUO.

MODIFICACIONES AL TEXTO ORIGINAL:

❖ **Primera modificación:** numeral 6 incorporado por el artículo 1 del Decreto Legislativo Nº 1029 publicado el 24/06/2008, cuyo texto es el vigente en el TUO.

✍ *Comentario*

Este artículo contiene los presupuestos indispensables que toda forma de ejecución administrativa, que se verá más adelante, debe satisfacer para iniciar el procedimiento administrativo ejecutivo. A falta de alguno de estos requisitos, la ejecución estará viciada (art. 15 del TUO de la LPAG) y la autoridad incumplirá su deber esencial de no precipitar las ejecuciones administrativas, por lo que le acarreará responsabilidad (num. 259.1 inc. 5 del art. 259 del TUO de la LPAG).

Los presupuestos indispensables de la ejecución forzosa son los siguientes:

- **Acto administrativo constitutivo o declarativo de una obligación a favor de la entidad**

La existencia de un acto administrativo declarativo o constitutivo de la obligación de realizar una prestación en favor del Estado resulta indispensable porque precisamente, el procedimiento de ejecución busca concretar el contenido de esa decisión antecedente (*nulla executio sine titulo*). Toda ejecución administrativa para cumplir la exigencia de legalidad, debe ampararse en un acto administrativo válido determinante de la materia adeudada (incluso consignando el monto líquido a sufragar en caso de acreencia pecuniaria) que sea notificado al administrado obligado. La ejecución es la línea directa de continuación del acto administrativo que intenta llevar a la realización, por lo que no puede diferenciarse de este.

Esta exigencia tiene por objetivo:

- Evitar la posibilidad que se trate de ejecutar una voluntad pública no formalizada, como son los hechos administrativos o algunos supuestos de abuso de poder. Ninguna autoridad puede iniciar acciones materiales de ejecución si es que no ha sido adoptada la decisión.
- Permitir al administrado conocer aquello que se le exige y cumplir espontáneamente su obligación declarada.

- Permitir al administrado cuestionar en la forma debida la prestación exigible.

La obligación que se instituya ha de ser favorable a la entidad, ya que la ejecutividad es un privilegio de la Administración Pública y no procede cuando se trata de actos que reconocen derechos a los administrados e impone deberes a las entidades. Si la Administración Pública incumple, no cabe hablar de su ejecución forzosa en contra de la propia Administración Pública, sino que el administrado deberá forzar su exigencia en sede judicial, previo agotamiento de la vía administrativa.

- **Prestación determinada clara, íntegra y por escrito**

El contenido de la obligación a cargo del administrado y a favor de la Administración Pública ha de ser claro e íntegro, como para permitir su ejecución sin mayores dudas, interpretaciones, ni discrecionalidad del ejecutor. La regla es que la materia a ejecutar sea de comprensión universal y no sujeto a márgenes de actuación o discrepancias sobre su alcance. De haber alguna duda sobre el alcance del derecho u obligación determinado en el acto, será menester que sea superado antes de iniciarlo mediante los recursos o correcciones respectivas.

El requisito de escritoriedad del acto administrativo que se ejecuta es simplemente un refuerzo, a fin de evitar se lleven a ejecución vías de hecho o meros comportamientos materias sin resguardo resolutivo.

- **Obligación derivada de una atribución de imperio o relación de Derecho Público**

Debido al fenómeno de la huida del Derecho Administrativo, resulta frecuente que el Estado se someta, en sus relaciones con los particulares, a reglas de Derecho común, tal como sucede con los pactos arbitrales, los contratos leyes, las actividades empresariales, etc. Previendo estos casos, la norma precisa que no basta que exista una obligación de un administrado frente a cualquier entidad, sino que además esta se realice o desarrolle dentro de una relación de Derecho Público o en la cual el Estado actúe premunido de sus potestades de imperio.

Por ejemplo, si un particular tiene una deuda con una entidad de la actividad empresarial del Estado o una empresa concesionaria, aun cuando ambas estén dentro del ámbito de la LPAG, su ejecución no corresponderá a la vía ejecutiva administrativa, por cuanto no son relaciones de Derecho Público, sino de Derecho común, al igual que si se trata de contratos privados del Estado, o donde el Estado no haya actuado con potestades públicas (por ejemplo, deudas por arrendamientos a una entidad pública).

- **Requerimiento al administrado para su cumplimiento bajo apercibimiento**

El requerimiento de cumplimiento es algo más que la simple notificación del acto. Así como la notificación habilita la eficacia del acto, el apercibimiento

previo presupone la notificación que informa de lo decidido al administrado, pero en sí mismo es advertirle que de no cumplir voluntariamente lo dispuesto en el plazo que se señale, se procederá al medio de ejecución forzosa que se indica.

Dentro del procedimiento de ejecución es fundamental el acto intimatorio y el consiguiente otorgamiento de un plazo para el cumplimiento espontáneo, ya que, por su intermedio el administrado queda advertido que es susceptible de una ejecución forzada. Este acto intimatorio debe preceder necesariamente a la acción material de coerción, apareciendo como un apercibimiento indispensable y esencial en resguardo de los intereses del obligado, cuando sea posible una ejecución voluntaria del acto.

Como todo procedimiento de ejecución implica limitar el derecho de resistencia inherente a todo ciudadano, sus secuencias deben respetar el debido proceso y garantizar la posibilidad de encausar procesalmente los actos de oposición que el obligado pudiera emplear.

- **Ejecución no reservada al Poder Judicial**

Es preciso que la ley especial no haya previsto la ejecución judicial de estas obligaciones, separándose de la regla general de la ejecución administrativa. Aun cuando no hay casos expresos de este tipo en nuestra legislación actual, bien se le puede asimilar los casos de seguridades contractuales que el Estado otorga a los inversionistas para someter a controversia judicial o arbitral cualquier desavenencia, incluso la exigencia de cumplimiento de sus obligaciones administrativas.

Como se puede apreciar, el legislador está advirtiendo que pueden existir casos en los cuales las leyes especiales pueden considerar alguna disposición legal expresa contraria a la regla de ejecutoriedad de los actos administrativos, esto es, considerar el efecto suspensivo de los recursos administrativos (como, por ejemplo, sucede con el recurso de revisión en materia de contrataciones del Estado o el de apelación en los procedimientos sancionadores) o que la Administración Pública deba recabar una conformidad judicial previa para imponer un acto administrativo sobre la persona o patrimonio del administrado como, por ejemplo, sucede con la clausura y decomiso de equipos de los medios de comunicación o incautación de documentos[466].

(466) **TUO de la Ley de Telecomunicaciones, Decreto Supremo N° 013-93-TCC**
CAPÍTULO IV
Medidas cautelares
Artículo 96.- Para los casos en que se presuma que la infracción puede ser calificada como muy grave, podrá disponerse la adopción de medidas correctivas tales como la clausura provisional de las instalaciones, incautación provisional de equipos y la suspensión provisional de la concesión o autorización.
Artículo 97.- Para los efectos de la clausura provisional y decomiso, el Ministro de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción oficiará al Juez de Primera Instancia del Distrito Judicial que corresponda para que, por el solo mérito de dicho oficio y de la trascripción de la Resolución

Nada obsta que el legislador, teniendo la cláusula constitucional por la que se le asigna a la Administración Pública el deber de asegurar el cumplimiento del ordenamiento, pueda diseñar la forma en que esa ejecutoriedad se lleve a cabo. Como en los ejemplos, señalados, el legislador está en la aptitud de poder considerar que frente a derechos preferentes, será legítimo que la Administración Pública primero convenza a una autoridad imparcial de la legalidad de su actuación para luego recién ejecutarlo.

Conforme a ello, la regla de la ejecutoriedad de los actos administrativos proviene del Derecho absolutista, en el que la Administración Pública podía ser unilateralmente, creador y ejecutor del gravamen frente al administrado. Como se puede advertir esta trayectoria hace que la regla sea necesariamente sometida a regulaciones, matices, excepciones y, por qué no en el futuro, a su eventual supresión, en aras de una relación más democrática entre el poder administrador y la sociedad civil.

En este proceso de adaptación democrática, en primer lugar el constituyente ha establecido una serie de estándares que no pueden ser vulnerados por la Administración Pública en aras de un omnímodo poder (propio del absolutismo predemocrático), sin recordar que en el esquema constitucional de Derecho todo poder es necesariamente limitado por otro poder y, en el caso de la Administración Pública, más aún, por su carácter sublegal y vinculado positivamente al legislador.

En este mismo orden de ideas, en un Estado democrático, donde se busca el equilibrio de poderes, resulta plenamente compatible que en aquellos supuestos en que la ejecutoriedad afecte derechos constitucionales valiosos o preferentes, el legislador configure el cumplimiento de un acto administrativo de gravamen a partir de su revisión judicial, como una forma de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos.

- **Ejecución forzada de medidas correctivas en procedimientos trilaterales**

El Decreto Legislativo N° 1029 introdujo en este artículo comentado un nuevo supuesto referido a la manera en que se ejecutan las medidas correctivas ordenadas a los administrados a favor de otros administrados tales como la reposición y reparación de productos, la devolución de la contraprestación pagada por el administrado afectado, que el proveedor cumpla con lo ofrecido a favor del reclamante, cumplir con reponer dinero al administrado, entre otros.

En este caso, la adición busca revertir la situación de aparente desprotección que tenía el beneficiado de una medida correctiva porque para hacer uso de

Ministerial que autoriza tal medida, disponga el diligenciamiento correspondiente, autorizando, el descerraje y apoyo de la Fuerza Pública, en caso de ser necesario.

la ejecución forzosa, el artículo 203 del TUO de la LPAG bajo comento señala que para proceder a la ejecución forzosa de actos administrativos a través de los órganos competentes de las entidades o de la Policía Nacional del Perú debía tratarse de una obligación de dar, hacer o no hacer establecida solo a favor de la entidad, siendo que en los procedimientos trilaterales las obligaciones contenidas en la medida correctiva son a favor de un tercero.

En tal sentido, la reforma ha incorporado la disposición por la que las resoluciones finales que ordenen medidas correctivas en procedimientos trilaterales tendrán carácter de títulos de ejecución, correspondiendo a las partes involucradas la legitimidad para obrar en procesos civiles a través de los cuales se exigirá el cumplimiento de la medida correctiva. Nótese que no se trata en puridad de un caso de autotutela del acto administrativo, sino de una tutela externa a través de los organismos judiciales.

Artículo 204 Notificación de acto de inicio de ejecución

204.1 La decisión que autorice la ejecución administrativa será notificada a su destinatario antes de iniciarse la misma.

204.2 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.

(Texto según el artículo 195 de la Ley N° 27444)

CONCORDANCIAS INTERNAS

- Art. 20: Modalidades de la notificación.
- Art. 24: Plazo y contenido de la notificación.
- Art. 25: Vigencia de las notificaciones.
- Art. 170.2: Plazo para presentar alegatos.
- Art. 201: Ejecutoriedad del acto administrativo.
- Art. 203: Ejecución forzosa.
- Art. 259.1, 5: Usurpación de funciones.

✍ *Comentario*

No basta la existencia de un acto administrativo para conducir a su ejecución, sino que es necesaria su notificación al obligado y el emplazamiento para el cumplimiento. Será después de producidos tres actos sucesivos que verdaderamente podrá tener lugar la iniciación del procedimiento de ejecución forzosa: i) la emisión del acto que se pretende ejecutar; ii) el apercibimiento del cumplimiento; y, iii) el acto de inicio de ejecución (título ejecutivo). Es la notificación de este último al que se refiere este artículo materia de comentario. En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha establecido que la notificación simultánea de una orden de pago y la resolución de ejecución coactiva es "una actuación de naturaleza irrazonable y claramente desproporcionada que vulnera el derecho de defensa"(467).

La finalidad es que el administrado no sea sorprendido por una ejecución de un acto que desconozca y se le permita cumplirlo voluntariamente, y si la norma lo autoriza, llegar a un acuerdo con la entidad para satisfacer la obligación (por ejemplo, acuerdo de pago tributario).

Para poder llegar a la decisión administrativa de inicio de la ejecución será necesario que se produzcan algunas actuaciones procesales internas de la Administración Pública que son denominadas generalmente como la preparación de la ejecución. Ellas están compuestas por el apercibimiento previo, la elección

(467) Ver: STC Exp. N° 0397-2006-PA/TC, f. 2.2. a) y STC Exp. N° 02044-2009-PA/TC Juan Ricardo Leiva Salazar c/ Sunat (f. 6).

del medio de ejecución aplicable, y la creación del título ejecutivo (resolución de inicio de ejecución).

Por lo general, se entiende que la notificación y el requerimiento de cumplimiento deben aparejar el otorgamiento de un plazo razonable para que el obligado pueda cumplir la prestación que se le exige.

En vía excepcional, la norma ha previsto la forma de favorecer el cumplimiento espontáneo en casos extremos en que el otorgamiento de este plazo pueda servir para eludir el cumplimiento o ponga en riesgo el interés común (por ejemplo, en caso de erradicar cultivos prohibidos, obligación de fumigación en caso de pestes, deportación de extranjeros ilegales o peligrosos). Para tales situaciones la ley se satisface con que la notificación y el inicio de la ejecución pueden ser sucesivos en el tiempo, a condición que aun en esta situación se facilite el cumplimiento espontáneo.

Finalmente, como se trata de anticipar la ejecución forzada sobre administrados perfectamente determinados, no cabe la publicación sustitutiva. A lo sumo procederá cierta forma de publicación en vía principal, cuando se trate de comunicar a un colectivo que se va a iniciar la ejecución de la actividad administrativa, como pueden ser los actos de represión ante una marcha ilegal o en caso de disturbios públicos.

Artículo 205 Medios de ejecución forzosa

205.1 La ejecución forzosa por la entidad se efectuará respetando siempre el principio de razonabilidad, por los siguientes medios:

a) Ejecución coactiva

b) Ejecución subsidiaria

c) Multa coercitiva

d) Compulsión sobre las personas

205.2 Si fueran varios los medios de ejecución aplicables, se elegirá el menos restrictivo de la libertad individual.

205.3 Si fuese necesario ingresar al domicilio o a la propiedad del afectado, deberá seguirse lo previsto por el inciso 9) del artículo 20 de la Constitución Política del Perú.

(Texto según el artículo 196 de la Ley N° 27444)

CONCORDANCIA EXTERNA

- Constitución: Art. 2, inc. 9, derecho a la inviolabilidad del domicilio; art. 2, inc. 24.b, derecho a la libertad personal.

CONCORDANCIAS INTERNAS

- T.P. Art. IV, 1.4: Principio de razonabilidad.
- Art. 64, 10: Derecho de los administrados a que las actuaciones que los afecten sean lo menos gravosas.
- Art. 206: Ejecución coactiva.
- Art. 207: Ejecución Subsidiaria.
- Art. 208: Multa coercitiva.
- Art. 209: Compulsión sobre las personas.
- Art. 259.1, 5: Usurpación de funciones.

✍ *Comentario*

I. LOS MEDIOS DE COERCIÓN ADMINISTRATIVA

El sistema jurídico establece en favor de la Administración Pública un conjunto de medios coercitivos para asegurar el cumplimiento de sus decisiones de modo voluntario (ejecución espontánea) o, a la vez, le inviste de la potestad de ejecutarlo por sí (ejecución forzosa) actuando sobre la propia persona del administrado (ejecución personal) o sobre sus bienes (ejecución patrimonial).

Externamente tales medios coercitivos se revisten de una serie de formalidades que los muestran como verdaderos procedimientos administrativos con finalidad propia (convertir en realidad la prestación impuesta por un acto administrativo) separados de los procedimientos constitutivos o recursal que pudieron haberles precedido.

La LPAG confiere a la Administración Pública los siguientes medios de ejecución forzosa:

- El apremio sobre el patrimonio, denominado comúnmente cobranza coactiva.
- La ejecución subsidiaria, y,
- La multa coercitiva.

Contando todos ellos con la posibilidad de auxilio por parte de la Policía Nacional del Perú.

II. CRITERIOS PARA LA SELECCIÓN DE MEDIOS DE EJECUCIÓN FORZOSA

Para una correcta aplicación de los medios de ejecución forzosa deben tenerse en cuenta algunas reglas emanadas de la legislación y de la práxis de nuestro ordenamiento.

1. Para seleccionar el procedimiento de ejecución a seguirse, la autoridad debe tener en cuenta dos reglas: la de proporcionalidad y la menos gravosa posible para el administrado.

   Por el primero, es necesaria la adecuación del medio a emplearse a la naturaleza de la prestación insoluta y ser proporcionales entre los medios y fines, a fin de armonizar a lo estrictamente necesario, el grado de coacción a utilizarse. Aun cuando una disposición legal permita alguna medida o providencia a juicio de la autoridad competente, dicha medida de ejecución deberá mantener la debida proporcionalidad y adecuación con el supuesto de hecho y con los fines de la norma.

   Por el segundo, la autoridad debe respetar el derecho de los administrados a que "las actuaciones que les afecten sean llevadas a cabo en la forma menos gravosa posible" (num. 64.10 del art. 64 del TUO de la LPAG), de tal suerte que, por ejemplo, debe elegirse la compulsión sobre las personas como última posibilidad (num. 205.1 lit. d del art. 205 del TUO de la LPAG).

2. Los procedimientos de ejecución no se encuentran de inmediato operativos para la Administración Pública.

   Los medios de ejecución forzosa establecidos en este artículo no se encuentran en el mismo nivel de operatividad a partir de su dación, pues mientras que unos ya operan con solo entrar en vigencia esta norma (tal es el caso de la ejecución coactiva y la ejecución subsidiaria); otros requieren una norma adicional habilitante a la autoridad para que pueda ser ejecutada (es el caso de la multa coercitiva y la compulsión sobre las personas).

   Respecto de estas, las normas de la LPAG le sirven de regulación general o marco de disciplina en los casos que el legislador, dentro de un procedimiento especial, los habiliten en específico y tengan una operatividad uniforme en todas las entidades públicas.

3. Algunos procedimientos no agotan por sí mismos el objetivo de ejecutar la decisión administrativa, por lo que derivan en otros; de modo tal que para alcanzar la ejecutoriedad de un acto administrativo es necesario aplicar más de uno de los procedimientos de modo complementario. Así acontece, por ejemplo, cuando se opta por la ejecución subsidiaria que probablemente devengue en una ulterior cobranza coactiva por el gasto incurrido en subsidio.
4. El empleo de un procedimiento de ejecución no impide la posibilidad de optar por algún otro alternativo si las circunstancias lo hacen aconsejable, o incluso, tampoco excluye el establecimiento de responsabilidades y sanciones de otro orden por la resistencia sostenida.
5. La prohibición del ingreso al domicilio o a la propiedad inmueble del administrado, que solo puede ser realizada con su consentimiento, o por disposición de las autoridades judiciales y no de las administrativas.

El procedimiento ejecutivo es el procedimiento administrativo que tiene por objeto la realización de lo dispuesto en un acto administrativo, sin o contra la voluntad del obligado. Como procedimiento administrativo, a la ejecución le serán aplicables por entero los principios y reglas de todo procedimiento administrativo.

Esta actuación encaminada a la realización del acto administrativo está sujeta a los cauces formales de un procedimiento, puesto que el poder público no puede actuar si no está sujeto a determinadas formalidades que conforman la garantía del administrado.

Las actuaciones en que se concreta el procedimiento administrativo ejecutivo, como tienden a la realización de lo dispuesto en un acto administrativo anterior –que a su vez presupone otro procedimiento–, su validez está subordinada a la del acto que pretende ejecutar, de modo que la afectación de la eficacia al primero, deriva su incidencia en la ejecución. En tal sentido, el procedimiento de ejecución es un procedimiento conexo con el anterior, que es en el cual se ha instruido la materia y cuyo acto de conclusión precisamente determina su fundamento.

Pero, por otro lado, si se produce alguna infracción del procedimiento ejecutivo, esta es autónoma siendo impugnable por sí misma, sin afectar al acto que pretende ejecutar (art. 15 del TUO de la LPAG).

Las normas de este Capítulo no regulan propiamente un procedimiento administrativo de ejecución, limitándose a definir algunas reglas esenciales que han de tenerse en cuenta para llevar a la concreción del acto administrativo.

Artículo 206 Ejecución coactiva

Si la entidad hubiera de procurarse la ejecución de una obligación de dar, hacer o no hacer, se seguirá el procedimiento previsto en las leyes de la materia.

(Texto según el artículo 197 de la Ley N° 27444)

CONCORDANCIAS EXTERNAS

- D.S. N° 018-2008-JUS: TUO de la Ley N° 26979, Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva.
- D.S. N° 036-2001-EF: Reglamento de la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva.
- D.S. N° 069-2003-EF: Reglamento de la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva.

CONCORDANCIAS INTERNAS

- Art. 201: Ejecutoriedad del acto administrativo.
- Art. 203: Ejecución forzosa.
- Art. 204: Notificación del acto de inicio de ejecución.
- Art. 205: Medios de ejecución forzosa.

Comentario

Cuando se trata de obligaciones pecuniarias, de hacer o de no hacer, surgidas en una relación de Derecho Público a cargo del administrado la vía natural para su cobranza es la coactiva. Mediante ella, la Administración Pública se encuentra facultada para detraer bienes muebles o inmuebles o derechos del patrimonio del deudor en cantidad suficiente hasta satisfacer la deuda.

La legislación se ha preocupado porque la ejecución patrimonial a cargo del Estado destinada al cobro de créditos líquidos generados en cualquier relación de Derecho Público deba ajustarse a un procedimiento administrativo previsible y reglado, denominado "procedimiento de ejecución coactiva".

En puridad, el marco jurídico regulador de la cobranza coactiva ha diferenciado dos procedimientos administrativos en función de la naturaleza de la deuda a cobrar. Si se trata de una deuda tributaria (tributos propiamente dichos, multas, intereses y recargos) tenemos el procedimiento regulado en el propio Código Tributario, con su estructura procesal propia. Mientras, cuando la exigencia es de deudas originadas en cualquier otra relación jurídica de Derecho Público (no deudas comerciales o civiles) nos corresponde seguir el procedimiento contemplado en la específica Ley de Ejecución Coactiva.

La condición para que opere esta modalidad de ejecución es que se trate de una deuda originada en una relación jurídica de Derecho Público, esto es, que la percepción se funde en la potestad de imperio inherente al poder público y no en la realización de operaciones de Derecho común (civil o empresarial del Estado), como puede ser adeudos de origen contractual, indemnizaciones, en

cuyo caso obligatoriamente el fuero natural es el jurisdiccional. Las deudas que más comúnmente son materia de cobranza en la vía coactiva son las tributarias, multas, reversión de pagos indebidos y sanciones.

Estructuralmente se trata de un procedimiento expeditivo a cargo de la propia Administración Pública y análogo al proceso de ejecución para las deudas civiles o mercantiles que se desarrolla ante el Poder Judicial.

El procedimiento coactivo ordinario (no tributario) está a cargo de un funcionario público denominado "ejecutor coactivo" que, por lo general, es designado por cada entidad previo concurso.

La secuencia del procedimiento coactivo se desarrolla de la siguiente manera:

1. Notificación de la entidad acreedora dirigida al deudor para el cumplimiento de su obligación, otorgándole un plazo de diez días útiles.
2. Vencido dicho plazo, el expediente es trasladado al ejecutor coactivo, quien emplazará al deudor para que dentro del plazo de tres días cumpla ante él, con efectuar el pago.
3. Vencido este nuevo plazo el ejecutor coactivo procede a ejecutar el patrimonio del deudor (embargo), tasarlo y rematarlo.
4. Procede recurso de apelación únicamente cuando las fases anteriores han sido cumplidas, y será de conocimiento de la Corte Superior del Poder Judicial. Solo en el caso de demolición procede anteladamente a su ejecución el recurso de apelación ante la Corte Superior.

Artículo 207 Ejecución subsidiaria

Habrá lugar a la ejecución subsidiaria cuando se trate de actos que por no ser personalísimos puedan ser realizados por sujeto distinto del obligado:

1. *En este caso, la entidad realizará el acto, por sí o a través de las personas que determine, a costa del obligado.*
2. *El importe de los gastos, daños y perjuicios se exigirá conforme a lo dispuesto en el artículo anterior.*
3. *Dicho importe podrá liquidarse de forma provisional y realizarse antes de la ejecución, o reservarse a la liquidación definitiva.*

(Texto según el artículo 198 de la Ley N° 27444)

CONCORDANCIAS INTERNAS

- Art. 203: Ejecución forzosa.
- Art. 204: Notificación del acto de inicio de ejecución.
- Art. 205: Medios de ejecución forzosa.

Comentario

Cuando se intenta exigir el cumplimiento de prestaciones materiales y fungibles (no pecuniarias), cuya satisfacción no es estrictamente personal, procede que la Administración Pública busque su cumplimiento a través de un sujeto distinto al obligado original pero con cargo a este, recurriendo a la ejecución subsidiaria o por subrogación. Por ejemplo, la demolición de una construcción irregular, el retiro de un vehículo de la vía pública, reparaciones, demolición de construcciones, realización de inventarios, sacrificio de animales, la construcción de servidumbres o caminos, restitución de cultivos o sembríos, etc.

Ante el incumplimiento del obligado original, la Administración Pública logra satisfacer su exigencia alternativamente a través de sus propios funcionarios o mediante terceros, pero en ambos casos a costa del primero, quien deberá revertir los gastos que ocasione esta forma de ejecución a través de la vía coactiva, y adicionalmente indemnizará los daños y perjuicios que su omisión hubiese ocasionado. Lo que realiza la Administración Pública, por sí misma o a través de terceros, es exactamente lo que tenía que haber realizado el obligado y no lo realizó, pues no es admisible realizar obligaciones más amplias o complementarias, e incluso realizarlas por procedimientos más costosos.

Pero ni el funcionario o el tercero que cumplen la prestación en subsidio ingresan a una relación jurídica con el obligado, sino frente a la Administración Pública.

Para realizarla, el Estado emite una resolución expresa acreditando al ejecutor para efectuar las acciones de cumplimiento necesarias. Esta modalidad, por lo general, no agota el procedimiento de ejecución ya que deriva en otro: la cobranza coactiva del gasto incurrido en subsidio y de los daños y perjuicios.

Artículo 208 Multa coercitiva

208.1 Cuando así lo autoricen las leyes, y en la forma y cuantía que estas determinen, la entidad puede, para la ejecución de determinados actos, imponer multas coercitivas, reiteradas por períodos suficientes para cumplir lo ordenado, en los siguientes supuestos:

a) Actos personalísimos en que no proceda la compulsión sobre la persona del obligado.

b) Actos en que, procediendo la compulsión, la administración no la estimara conveniente.

c) Actos cuya ejecución pueda el obligado encargar a otra persona.

208.2 La multa coercitiva es independiente de las sanciones que puedan imponerse con tal carácter y compatible con ellas.

(Texto según el artículo 199 de la Ley N° 27444)

ANTECEDENTE

- Art. 94: LNGPA.

CONCORDANCIAS INTERNAS

- Art. 64, 10: Derecho de los administrados a que las actuaciones que los afecten sean lo menos gravosas.
- Art. 203: Ejecución forzosa.
- Art. 204: Notificación del acto de inicio de ejecución.
- Art. 205: Medios de ejecución forzosa.
- Art. 209: Compulsión sobre las personas.
- Art. 259: Faltas administrativas.

Comentario

La multa coercitiva o pena ejecutiva, como se le conoce en el Derecho alemán, constituye un medio de ejecución indirecta o impropia, por el que la autoridad realiza una compulsión económica al administrado para forzar a la realización de una conducta exigida por la Administración Pública. Por ejemplo, suele ser empleada frente al incumplimiento de deberes personalísimos, donde no proceda compulsión sobre personas o procediendo ello, la Administración Pública no lo considere conveniente, tales como deberes tributarios y del control gubernamental.

La multa coercitiva no es una sanción ni se impone en ejercicio de las potestades sancionadoras, sino en el ejercicio de potestades administrativas de ejecución, por lo que no es incompatible con la sanción ni le es aplicable la regla del *non bis in idem*.

Esta medida puede ser facultada expresamente a la Administración Pública, como el mecanismo especial dirigido a impeler a los obligados el cumplimiento de sus prestaciones. La regulación establecida por la LPAG no contiene una

disposición atributiva para su empleo inmediato, sino solo un marco conceptual de caracterización para aquellos procedimientos especiales en los que la ley los permita ejercer. De tal suerte, será la ley específica la que deberá establecer en qué casos procede, y en qué forma y cuantía a ser aplicables.

Por ilustrativas, acogemos las palabras de FORSTHOFF[468], ilustre maestro alemán, en el sentido que:

> "(...) mediante la amenaza y la imposición de la sanción coercitiva, el destinatario debe ser llevado a abandonar su resistencia contra la disposición administrativa y a cumplir su deber. De aquí podría inferirse que se trata de un puro medio de doblegamiento que pueda ser utilizado tanto tiempo y tan a menudo como sea preciso para alcanzar el fin, cesando en el momento en que la disposición haya sido cumplida o resulte su cumplimiento imposible".

La reiteración o acumulación resulta inherente a la esencia de la multa coercitiva, por lo que no le es aplicable la regla del *non bis in idem*. Para ello deberá tenerse en cuenta el criterio de racionalidad, que le indica tener que espaciar su reiteración, dejando transcurrir plazos breves que permitan al deudor la ejecución de lo dispuesto.

Finalmente, como únicamente buscan promover el cumplimiento de deberes administrativos y no ser una sanción propiamente, su aplicación es perfectamente compatible con la aplicación de sanciones al responsable, tales como multas administrativas, cancelación de permisos, licencias, revocación de actos favorables, e incluso sanciones extraadministrativas, etc.

(468) FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de Derecho Administrativo*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, pp. 401-402. Citado por GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. Ob. cit., p. 1029.

Artículo 209 Compulsión sobre las personas

Los actos administrativos que impongan una obligación personalísima de no hacer o soportar, 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. Si los actos fueran de cumplimiento personal, y no fueran ejecutados, darán lugar al pago de los daños y perjuicios que se produjeran, los que se deberán regular judicialmente.

(Texto según el artículo 200 de la Ley N° 27444)

ANTECEDENTE

- Art. 95: LNGPA.

CONCORDANCIA EXTERNA

- Constitución: Art. 2, inc. 24, derecho a la libertad y seguridad personal.

CONCORDANCIAS INTERNAS

- Art. 203: Ejecución forzosa.
- Art. 204: Notificación de acto de inicio de ejecución.
- Art. 205: Medios de ejecución forzosa.
- Art. 208: Multa coercitiva.

Comentario

Para las obligaciones de no hacer o de soportar de tipo personalísimos y de contenido no patrimonial se ha previsto la posibilidad de aplicar la compulsión sobre las personas, o en otros términos, la *vis* compulsiva o fuerza física legítima de las autoridades sobre el obligado.

Mediante ella la orden impartida es seguida de la fuerza o coacción física sobre la persona, trasladándola del lugar en que se encuentra hacia aquel en que debe satisfacer la prestación o compeliendo su actitud personal. Algunos ejemplos son ilustrativos: el impedimento de entrada a un lugar o de transitar por algún lugar, el sometimiento a determinadas medidas físicas sobre su cuerpo (vacunaciones obligatorias, requisas y cateos), la privación de libertad (medidas policiales, expatriación, etc.).

Tratándose de una circunstancia limitante con la libertad individual del administrado requiere primero un respaldo legal específico y claro, así como no contar con otro medio alternativo que emplear y, en particular, no debe ser posible satisfacer la prestación debida mediante la ejecución subsidiaria. A parte de estas limitantes para el inicio de la compulsión, existe aquella sobre la actividad misma que es el debido respeto a la dignidad humana y derechos constitucionales.

Acontece ello, por ejemplo, en las legislaciones extranjeras donde se le consagra para satisfacer la obligación de prestar el servicio militar, de prestar declaraciones ante la Administración Pública, mantener el orden público y de tránsito, vacunación obligatoria, campañas sanitarias contra enfermedades, incautación de bienes prohibidos, arresto como sanción disciplinaria en la Policía Nacional, etc.

Entre nosotros encontramos un ejemplo de este medio de ejecución, en la sanción de expulsión del país que previo procedimiento administrativo se aplica a los extranjeros que ingresen al país de modo clandestino o fraudulentamente, o que habiéndose cancelado su residencia no hayan abandonado el país. Para el efecto, la legislación (D. Leg. N° 1350) contempla el procedimiento administrativo para la aplicación de esta sanción.

Respecto de la mención a la dignidad y a los derechos fundamentales no debe entenderse como una sujeción exclusiva de esta modalidad, o que los demás medios de ejecución no deban respetarlos, sino un recuerdo necesario por la frecuencia con que el empleo de esta modalidad implica violaciones a los derechos fundamentales.

TÍTULO III

DE LA REVISIÓN DE LOS ACTOS EN VÍA ADMINISTRATIVA

REVISIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

La revisión de un acto o de una resolución de la autoridad administrativa consiste en la acción de volver sobre los mismos a efectos de modificarlos o hacerlos desaparecer del ámbito jurídico, mediante acción de contrario imperio. En esencia, para los fines públicos la posibilidad de revisar actuaciones anteriores entraña un ejercicio de la potestad de control de los actos y, en esencia, es una actividad de segundo grado sucesiva en el tiempo sobre la Administración Pública activa.

Desde esta afirmación podemos identificar los siguientes caminos para alcanzar la revisión:

- **Revisión por órganos no administrativos**

Constituye la revisión que el Estado realiza pero a través de los órganos jurisdiccionales dentro de un proceso bilateral y fuera del ámbito de la propia Administración Pública. Su vía procesal común es la acción contencioso-administrativa, a que se refiere el numeral 226.1 del artículo 226 del TUO de la LPAG, abriendo el campo administrativo en favor de la vía judicial.

- **Revisión por la propia Administración Pública**

Constituye una expresión de la potestad de autotutela revisora de la Administración Pública[469] que le permite controlar la regularidad de sus propias decisiones en resguardo del interés público. Dicha revisión puede ser promovida por el administrado por intermedio del instrumento idóneo que es el recurso, actuando como colaborador y, por ende, con intereses convergentes con la autotutela, o promovida de oficio por la propia Administración Pública en cumplimiento de su deber de oficialidad del procedimiento. En este último caso, vale

(469) De ordinario la potestad de autotutela administrativa se manifiesta en la autotutela declarativa (potestad de declarar la validez de los efectos jurídicos de sus propias decisiones), la autotutela ejecutiva (potestad de dotar de ejecutoriedad y ejecutividad a sus propias decisiones), ya autotutela revisora que aquí comentamos.

diferenciar que la promoción de oficio puede provenir de la propia actividad de control interno institucional que advierte la incorrección del acto y lo modifica, de los casos en que actúen los mecanismos de control externo (control de tutela o control gubernamental) que también pueden promover con autoridad la revisión de los actuados administrativos.

Las principales manifestaciones de esta autotutela de oficio contenida en el texto del TUO de la LPAG las veremos en la potestad de enmienda que le permite perfeccionar la validez de un acto anterior afectado por un vicio no trascendente y, con ello, conservarlo (art. 14); en la potestad de revocación de actos administrativos (art. 212), en la rectificación de errores materiales (art. 210), en la nulidad de oficio (art. 211). Por su parte, los recursos administrativos están previstos en los artículos que van del 215 y ss.

Como elemento importante debe tenerse en cuenta que estas potestades administrativas han sido procedimentalizadas en el Derecho Administrativo contemporáneo[470]. De este modo, para modificar o dejar sin efecto un acto administrativo, la pretensión de autotutela debe seguir los cauces formales de un procedimiento administrativo previo. Por ello, cabe también hablar de procedimientos de revisión, procedimiento de anulación de oficio, procedimiento de corrección de errores, procedimiento de revocación, procedimientos recursales, etc., teniendo todos de común un mismo origen (presuponer una decisión administrativa previa), y un objetivo específico (decidir su mantenimiento o su privación de efectos).

La seguridad jurídica y el principio administrativo de previsibilidad de la Administración Pública van a ser dos factores importantes que van a influenciar para dotar de regulaciones especiales a todas estas figuras. Para las posibilidades de revisión a pedido de parte, se le exigirá la oportunidad de su planteamiento, mientras que para las posibilidades revisoras de la Administración Pública se le señalará límites no modificables, formalidades garantistas y también plazos preclusivos para ejercerlas.

Una lectura de este capítulo nos pone de manifiesto que la "revisión de oficio" en el TUO de la LPAG está conformada por un conjunto de potestades administrativas, a saber: revocación, reconocimiento de nulidad absoluta y la rectificación. Todas instituciones diversas que tienen como denominador común los poderes de oficio de la Administración Pública sobre sus propios actos.

(470) Así se concluye de haber considerado como requisito de validez de todo acto administrativo: un procedimiento regular previo (art. 3 inc. 5 del TUO de la LPAG).

CAPÍTULO I
REVISIÓN DE OFICIO

Artículo 210 Rectificación de errores

210.1 Los errores material o aritmético 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.

210.2 La rectificación adopta las formas y modalidades de comunicación o publicación que corresponda para el acto original.

(Texto según el artículo 201 de la Ley N° 27444)

ANTECEDENTE

- Art. 96: LNGPA.

CONCORDANCIAS INTERNAS

- Art. 17: Eficacia anticipada del acto administrativo.
- Art. 21: Régimen de la notificación personal.
- Art. 23: Régimen de publicación de actos administrativos.

Comentario

I. LA POTESTAD CORRECTIVA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

En tanto la Administración Pública requiera de seres humanos para su funcionamiento, su actuación es pasible de incurrir en errores de diferentes magnitudes. Así, algunos de ellos serán de tal gravedad que conllevarán indefectiblemente a la nulidad del acto administrativo emitido, mientras que otros pueden no tener incidencia alguna en aspectos sustanciales o esenciales de este, reduciéndose a simples errores materiales o errores de cálculo que no afectan de manera sustancial la existencia del acto. Sobre el particular, FORSTHOFF señaló que: "En términos generales parece que todo acto administrativo afectado de irregularidad debe ser declarado defectuoso. Pero hay irregularidades respecto de las cuales carecería de todo fundamento racional atribuirles un efecto sobre la eficacia jurídica. Citemos, por ejemplo: las erratas en la escritura, la designación errónea del destinatario pero sin que subsista duda sobre su identidad personal, la cita de una ley alegada con mención equivocada del artículo o de la página del Boletín Oficial (siempre que sea fácil determinar el sentido de lo alegado), etc. En todos estos casos se trata de faltas sin importancia que, con arreglo al lenguaje

común, habría que llamar equivocaciones, que en ningún modo pueden convertir en defectuoso el acto administrativo, y cuyo efecto, por lo tanto, no puede ser la inexistencia jurídica del mismo, sino la mera necesidad de corregirlas"[471].

Son precisamente estos últimos, los errores a los que se refiere el artículo 210 del TUO de la LPAG.

Para solucionar estos errores, se reconoce a las autoridades la necesidad rectificadora o correctiva, integrante de la potestad de autotutela administrativa, consistente en la facultad otorgada por la ley a la propia Administración Pública para identificar y corregir sus errores materiales o de cálculo incurridos al emitir los actos administrativos, refiriéndose, claro está, no al fondo de tales actos, sino únicamente a la apariencia de estos.

Sobre el particular, RUBIO[472] señaló que: "se entiende que la acción autorizada por la norma ejusdem es una actividad correctiva, vale decir, aquella que tiene como objeto enmendar, subsanar o reparar un acto administrativo. Supone por consiguiente una actuación administrativa imperfecta, que requiere o amerita corrección. Por su intermedio, la Administración Pública puede eliminar, hacer desaparecer o quitar los errores materiales o de cálculo de los cuales adolezca su actuación y, por último, dicha actividad correctiva procura un determinado objetivo, vale decir, perfeccionar o darle exactitud al acto sobre el cual recae".

Aun cuando lo plantee el administrado, por su naturaleza no es un recurso en sentido estricto, por cuanto el solicitante al no conocer con certeza todos los alcances de la materia resuelta, está en imposibilidad de determinar si en su integridad le ocasiona agravio o existe vicio procesal y, por ende, aún no cuenta con los elementos plenos para ejercer su derecho a la contradicción, mediante el recurso respectivo. Solo luego de decidida la solicitud de corrección, habrá concluido su incertidumbre sobre uno o más de los aspectos de la resolución, y como tal recién el administrado podrá ejercer su derecho a la contradicción.

II. LOS ERRORES POSIBLES DE RECTIFICAR

La potestad correctiva de la Administración Pública le permite rectificar sus propios errores, siempre que estos sean de determinada clase y reúnan ciertas condiciones. Los errores que pueden ser objeto de rectificación son solo los que no alteran su sentido ni contenido. Quedan comprendidos en esta categoría los denominados "errores materiales", que pueden ser a su vez: un error de expresión (equivocación en la institución jurídica), un error gramatical (señalamiento equivocado de destinatarios del acto) o un error aritmético (discrepancia numérica).

(471) FORSTHOFF, Ernest. *Tratado de Derecho Administrativo*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958.

(472) RUBIO CALDERA, Fanny. *La potestad correctiva de la Administración Pública*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2004, p. 129.

La doctrina es conforme en sostener que el error material atiende a un "error de trascripción", un "error de mecanografía", un "error de expresión", en la "redacción del documento". En otras palabras, un error atribuible no a la manifestación de voluntad o razonamiento contenido en el acto, sino al soporte material que lo contiene.

En efecto, como bien señala RUBIO[473], son errores materiales "aquellos en los cuales incurre la Administración Pública cuando le proporciona una determinada forma a sus actuaciones, es decir, cuando construye sus actos". Cabe señalar que cuando la autora se refiere al momento en que la Administración Pública le da determinada forma a sus actos, alude al concepto de forma en sentido estricto, es decir, la forma en cuanto a la configuración de un acto administrativo se encuentra, en este caso, restringida a la etapa en la que la Administración Pública manifiesta, corporiza o materializa finalmente su voluntad, dotando de una determinada forma a sus actos[474].

En la misma línea, RUBIO[475] –opinión con la cual concordamos– afirma que el error material no se configura al formarse la declaración de voluntad, de juicio o conocimiento en la cual consiste un determinado acto administrativo, sino en el momento inmediatamente posterior: en el momento de manifestarse al exterior dicha voluntad, de corporizarse bajo la forma y requisitos impuestos por la ley para dichos actos. Al respecto, el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 2451-2003-AA, del 28 de octubre de 2004, señaló con relación a la formación del error material y a la potestad correctiva de la Administración Pública lo siguiente:

> "(...) La potestad de rectificación tiene por objeto corregir una cosa equivocada, por ejemplo un error material o de cálculo en un acto preexistente. La Administración Pública emite una declaración formal de rectificación, mas no rehace la misma resolución, es decir, no sustituye a la anterior, sino que la modifica. En el caso de autos, mediante Resolución N° 0000023649-2001-ONP/DC/DL 19990, la ONP reafirma el derecho pensionario del recurrente respecto del monto al que tiene derecho por liquidación de fojas 14. Sin embargo, existió un supuesto de equivocación ostensible e indiscutible, de simple percepción incluso para el recurrente, quien reconoce en su acción de garantía la inclusión indebida de bonificación. **Es un error producido al momento de formalización del acto o manifestación de la voluntad, que no va más allá de la resolución que pretende aclarar ni varía sus consecuencias jurídicas**" (El resaltado es agregado).

(473) Ibídem, p. 37.
(474) Ibídem, p. 39.
(475) Ibídem, p. 65.

Ahora bien, para calificar como errores posibles de rectificar por la Administración Pública, los defectos también deben observar ciertas propiedades negativas a efectos de determinar si puede o no darse una rectificación sobre la base de este artículo. Al respecto, SANTAMARÍA PASTOR[476] ha señalado que el concepto de error material exige: negativamente, "que la apreciación no implique un juicio valorativo o exija una calificación jurídica y que no produzca la anulación, revocación o una alteración fundamental en el sentido del acto, produciéndose uno nuevo sobre bases diferentes".

En ese sentido, si bien en la base del error material se encuentran equivocaciones evidentes y ostensibles, para su detección o descubrimiento debe ser suficiente una mera labor de constatación documental sin salir del expediente tramitado, ni labor de interpretación de normas o calificación de los hechos.

En este orden de ideas podemos concluir que los errores materiales para poder ser rectificados por la Administración Pública deben, en primer lugar, evidenciarse por sí solos sin necesidad de mayores razonamientos, manifestándose por su sola contemplación. En segundo lugar, el error debe ser tal que para su corrección solamente sea necesario un mero cotejo de datos que indefectiblemente se desprendan del expediente administrativo y que, por consiguiente, no requieran de mayor análisis. Asimismo, estos errores se caracterizan por ser de carácter intrascendente por dos razones: de un lado, no conllevan a la nulidad del acto administrativo en tanto no constituyen vicios de este y de otro, no afectan al sentido de la decisión o la esencia del acto administrativo mismo, lo cual es un requisito que comparte con el error aritmético conforme veremos más adelante.

Por su lado, el error aritmético es cuando la autoridad incurre en una inexactitud o discordancia con la realidad al consignar una cifra en una determinada resolución o en alguna operación aritmética contenida en esta. Ese error de cálculo, error de cuenta, error aritmético o simplemente discrepancia numérica, ha sido definido por la doctrina[477] como la operación aritmética equivocada que tiene como presupuesto esencial la inalterabilidad de los datos o conceptos que se manipulan aritméticamente. Así pues, estamos ante un error de cálculo no invalidante cuando el error es aquel materialmente padecido al efectuar cualquier operación matemática, siempre y cuando los sumandos o factores que hayan servido de base para dicha operación no adolezcan de error alguno, sino que por el contrario sean exactos.

Así las cosas, es importante apreciar que para evitar la distorsión en la aplicación del error material, la norma acoge como límite que dicha corrección no

(476) SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo.* 2ª edición, volumen II, Editorial Centro de Estudios Ramón Aceres, Madrid, 2000, p. 597.

(477) ARAUJO JUÁREZ, José. *Tratado de Derecho Administrativo formal.* 3ª edición, Vadell Hermanos Editores, Caracas, 1998.

pueda implicar cambiar lo sustancial de su contenido ni el sentido de la decisión. En consecuencia, no todo error aritmético o error material por sí mismo puede ser rectificado bajo el amparo del artículo 210 del TUO de la LPAG, sino solo aquellos que, además de cumplir con las características singulares de estas figuras, no cambien el sentido de la decisión. En tal sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA[478] sostiene que: "La pura rectificación material de errores de hecho o aritméticos no implica una revocación del acto en términos jurídicos. El acto materialmente rectificado sigue teniendo el mismo contenido después de la rectificación, cuya única finalidad es eliminar los errores de transcripción o de simple cuenta con el fin de evitar cualquier posible equívoco".

De esta manera, el ejercicio de la potestad correctiva de parte de la Administración Pública sobre un acto administrativo determinado, no puede traer como consecuencia la modificación de su contenido, es decir del objeto de la voluntad administrativa manifestada en dicho acto, pues si por efecto de la corrección de un error material en un acto, se modificase o alterase el contenido, o la esencia misma de la decisión, estaríamos ante una utilización indebida de dicha potestad.

Por ello, es que la norma bajo comentario establece dos límites a la potestad correctiva: i) que la rectificación no altere lo sustancial de la decisión; y, ii) que no altere el sentido de esta. Ejemplos de situaciones que se busca evitar con el establecimiento de tales exigencias son: cambiar la valoración de una determinada norma, pasar de una decisión denegatoria a una favorable, alterar un análisis de las normas realizado por la autoridad o, en vía de rectificación, declarar la nulidad de un acto favorable.

Imaginemos que un administrado quiera obtener una autorización por parte de la Administración Pública para comercializar cierto producto y para ello requiera acreditar un monto determinado de facturación. Consideremos que, en función de la facturación que acredite el solicitante, la Administración Pública le permitirá comercializar diferentes cantidades del producto para el cual solicita la autorización. ¿Qué sucedería si la Administración Pública otorgase la autorización a este comerciante pero para vender menor cantidad a la que le corresponde, debido a un error de tipeo de la Administración Pública al momento de consignar el monto acreditado en facturación por el administrado? Estaríamos pues ante un clásico caso de error material. Veamos: el sentido del acto administrativo en este supuesto no es otro que autorizar o no al administrado a vender determinado producto. Con la rectificación del error ello no varía en lo absoluto, en efecto, el administrado ha sido autorizado por la Administración Pública. Sin embargo, lo que sí varía es la cantidad autorizada para comercializar, la que en principio fue consignada equivocadamente por

(478) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. 12ª edición, Civitas, Madrid, 2004, p. 667.

la Administración Pública debido a un error de cálculo atribuible a la entidad y que resultaba fácilmente comprobable a través de los documentos presentados por el propio administrado y que obraban en el expediente administrativo.

Ahora bien, distinto sería el caso en el que la Administración Pública no hubiese concedido autorización alguna al administrado. En tal supuesto, bajo la figura de la corrección del error material no podría ahora otorgar la autorización, pues estaría modificando el sentido de la decisión primigenia.

III. LA RECTIFICACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO Y LA FE DE ERRATAS

Es importante tener en cuenta que no es lo mismo la rectificación de la publicación en el diario oficial *El Peruano* y la rectificación de los actos administrativos. El primero supone la existencia de un acto que no presenta el defecto material que se detecta en la versión publicada del mismo, por lo que bien puede decirse que se trata de un error imputable al proceso de publicación, esto es, ajeno al autor del acto. Cuestión distinta es la que plantea la rectificación del acto, y que tiene como presupuesto que el autor del acto del que se trate haya incurrido en un error material o de cálculo.

Pero también puede suceder que el acto publicado en el diario oficial *El Peruano* contenga un error material o de cálculo, que no sea imputable al proceso de impresión, sino que obedezca a que simplemente reproduce el error que tiene el acto original. En casos como el descrito precedentemente, consideramos que lo correcto sería que la Administración Pública ordene la reimpresión como manifestación de la potestad de autotutela, basada en esta norma.

IV. ACTO DE RECTIFICACIÓN Y ACTO RECTIFICADO

La potestad de rectificación tiene por objeto un acto preexistente, esto es, el acto que ha de ser rectificado por adolecer de algún error material o de cálculo. Esta corrección debe llevarse a cabo mediante una nueva actuación de la Administración Pública, con una declaración formal de que ha incurrido en un error material que se va a corregir, y no rehaciendo el mismo documento o resolución.

Así, esa potestad se ejerce mediante otro acto, que no sustituye al anterior sino que lo modifica y que se denominará acto de rectificación. En efecto, la rectificación de actos administrativos presupone que la Administración Pública ha de exteriorizar su voluntad en tal sentido, es decir, dicta un nuevo acto.

V. COMPETENCIA PARA RECTIFICAR ERRORES

En principio, la competencia para emitir el actor rectificatorio corresponde a la autoridad autora del acto, ya que si un órgano tiene competencia para dictar un acto, lógicamente ha de tenerla para rectificar los errores materiales en que haya podido incurrir al dictarlo.

No obstante, es necesario entender que tal potestad también la detenta el jerarca de la organización administrativa respectiva, no solo en relación con sus propios actos, sino que también respecto de los actos de sus subalternos. Por ejemplo, si el jerarca detecta la existencia de un error material en el acto de un subordinado, en cuyo caso carecería de sentido que se tuviera que devolver el acto a su autor, cuando como se sabe la autoridad superior tiene plenitud de conocimiento y decisión sobre el acto que revisa, debiendo resolver todos los asuntos que se sometan a su consideración dentro del ámbito de su competencia o que surjan con motivo del recurso, aunque no hayan sido alegados por los interesados.

VI. LA RECTIFICACIÓN NO SE SUJETA A LA SOLEMNIDAD NI LÍMITE TEMPORAL ALGUNO

Por disposición expresa de la LPAG puede hacer uso de la potestad de rectificación en cualquier momento, es decir, la Administración Pública no está sometida a previsión alguna de caducidad y se ha entendido que tampoco a un procedimiento para su ejercicio.

Las características destacadas guardan coherencia con la naturaleza de la rectificación, porque al tratarse de errores materiales o de cálculo no se justificaría que, por ejemplo, se estableciese un lapso dentro del cual pudiera ejercerse dicha potestad.

VII. LOS RECURSOS CONTRA EL ACTO RECTIFICATORIO

Puede suceder que la Administración Pública, aduciendo proceder conforme a ley realice modificaciones de actos administrativos mediante un acto de rectificación que puede estar viciado de nulidad. Por ejemplo, piénsese en situaciones en las que el acto de rectificación haya sido dictado por una autoridad incompetente para hacer la rectificación; o que la rectificación esté fundamentada en un falso supuesto porque no exista realmente un error material en el acto original; o que la rectificación lleve implícita una nueva valoración por parte de la Administración Pública sobre lo decidido en el acto que se rectifica, entre otros.

Al respecto los interesados podrán ejercer contra dicho acto de rectificación los recursos administrativos y el contencioso administrativo correspondiente, o en su caso solicitar a la Administración Pública que reconozca la nulidad absoluta de dicho acto.

VIII. LA TRANSMISIÓN DEL ACTO DE CORRECCIÓN

La norma bajo comentario trae una novedad respecto a su antecedente en la LNGPA: la regulación expresa de la forma de transmisión a los interesados, siguiendo el criterio de paralelismo de formas.

Esta disposición busca la protección del administrado concernido con la resolución materia de rectificación, a través de exigir dos deberes a la Administración Pública. Primero, proceder a la notificación del acto de rectificación, bajo los criterios y pautas previstas para cualquier otro acto administrativo. Además, que ello se realice en la misma forma y modalidad que siguió el acto que se rectifica, esto es, si el acto rectificado fue publicado, deberá serlo también el rectificatorio.

En consecuencia, estimamos que la notificación del acto de rectificación, sirve a los efectos de que el administrado pueda controlar su legalidad.

Artículo 211 Nulidad de oficio[479]

211.1 En cualquiera de los casos enumerados en el Artículo 10, puede declararse de oficio la nulidad de los actos administrativos, aun cuando hayan quedado firmes, siempre que agravien el interés público o lesionen derechos fundamentales.

211.2 La nulidad de oficio solo puede ser declarada por el funcionario jerárquico superior al que expidió el acto que se invalida. Si se tratara de un acto emitido por una autoridad que no está sometida a subordinación jerárquica, la nulidad es declarada por resolución del mismo funcionario.

Además de declarar la nulidad, la autoridad puede resolver sobre el fondo del asunto de contarse con los elementos suficientes para ello. En este caso, este extremo sólo puede ser objeto de reconsideración. Cuando no sea posible pronunciarse sobre el fondo del asunto, se dispone la reposición del procedimiento al momento en que el vicio se produjo.

En caso de declaración de nulidad de oficio de un acto administrativo favorable al administrado, la autoridad, previamente al pronunciamiento, le corre traslado, otorgándole un plazo no menor de cinco (5) días para ejercer su derecho de defensa.

211.3 La facultad para declarar la nulidad de oficio de los actos administrativos prescribe en el plazo de dos (2) años, contado a partir de la fecha en que hayan quedado consentidos.

Respecto de la nulidad de los actos previstos en el numeral 4 del Artículo 10, el plazo para declarar la nulidad de oficio se extiende hasta un (1) año después de la notificación de la resolución correspondiente a la sentencia penal condenatoria firme.

211.4 En caso de que haya prescrito el plazo previsto en el numeral anterior, sólo procede demandar la nulidad ante el Poder Judicial vía el proceso contencioso administrativo, siempre que la demanda se interponga dentro de los tres (3) años siguientes a contar desde la fecha en que prescribió la facultad para declarar la nulidad en sede administrativa.

211.5 Los actos administrativos emitidos por consejos o tribunales regidos por leyes especiales, competentes para resolver controversias en última instancia administrativa, sólo pueden ser objeto de declaración de nulidad de oficio en sede administrativa por el propio consejo o tribunal con el acuerdo unánime de sus miembros. Esta atribución sólo podrá ejercerse dentro del plazo de un año contado desde la fecha en que el acto es notificado al interesado. También procede que el titular de la Entidad demande su nulidad en la vía de proceso contencioso administrativo, siempre que la demanda se interponga dentro de los tres años siguientes de notificada la resolución emitida por el consejo o tribunal.

(Texto modificado según el artículo 2 Decreto Legislativo N° 1272)

(479) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 202 de la Ley N° 27444.

ANTECEDENTES

- Arts. 40, 109, 111, 112: LNGPA.

CONCORDANCIAS EXTERNAS

- Constitución: Art. 148, acción contencioso-administrativa.
- D.S. N° 013-2008-JUS: TUO de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo (art. 13, contencioso de lesividad).

CONCORDANCIAS INTERNAS

- T.P. Art. VI, 3: Precedentes administrativos.
- Art. 10 y ss.: Causales de nulidad.
- Art. 17: Eficacia anticipada del acto administrativo.
- Art. 213: Irrevisabilidad de actos judicialmente confirmados.
- Art. 214.2: Indemnización por revocación.
- Art. 258.3: Nulidad de un acto.

TEXTO ORIGINAL DE LA LEY N° 27444:

Artículo 202.- Nulidad de oficio

202.1 En cualquiera de los casos enumerados en el Artículo 10, puede declararse de oficio la nulidad de los actos administrativos, aun cuando hayan quedado firmes, siempre que agravien el interés público.

202.2 La nulidad de oficio sólo puede ser declarada por el funcionario jerárquico superior al que expidió el acto que se invalida. Si se tratara de un acto emitido por una autoridad que no está sometida a subordinación jerárquica, la nulidad será declarada también por resolución del mismo funcionario.

202.3 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.

202.4 En caso de que haya prescrito el plazo previsto en el numeral anterior, sólo procede demandar la nulidad ante el Poder Judicial vía el proceso contencioso administrativo, 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.

202.5 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. Sólo procede demandar su nulidad ante el Poder Judicial, vía el 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.

MODIFICACIONES AL TEXTO ORIGINAL:

❖ **Primera modificación:** numerales 202.2 y 202.5 modificados por el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1029 publicado el 24/06/2008.

(...)

202.2 La nulidad de oficio sólo puede ser declarada por el funcionario jerárquico superior al que expidió el acto que se invalida. Si se tratara de un acto emitido por una auto-

ridad que no está sometida a subordinación jerárquica, la nulidad será declarada por resolución del mismo funcionario.

Además de declarar la nulidad, la autoridad podrá resolver sobre el fondo del asunto de contarse con los elementos suficientes para ello. En este caso, este extremo sólo podrá ser objeto de reconsideración. Cuando no sea posible pronunciarse sobre el fondo del asunto, se dispondrá la reposición del procedimiento al momento en que el vicio se produjo.

(...)

202.5 Los actos administrativos emitidos por consejos o tribunales regidos por leyes especiales, competentes para resolver controversias en última instancia administrativa, sólo pueden ser objeto de declaración de nulidad de oficio en sede administrativa por el propio consejo o tribunal con el acuerdo unánime de sus miembros. Esta atribución sólo podrá ejercerse dentro del plazo de un año contado desde la fecha en que el acto es notificado al interesado. También procede que el titular de la Entidad demande su nulidad en la vía de proceso contencioso administrativo, siempre que la demanda se interponga dentro de los tres años siguientes de notificada la resolución emitida por el consejo o tribunal.

❖ **Segunda modificación**: artículo modificado por el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1272 publicado el 21/12/2016, cuyo texto es el vigente en el TUO.

✍ *Comentario*

I. LA POTESTAD ANULATORIA COMO EXPRESIÓN DE LA AUTOTUTELA Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Al poder jurídico por el cual la Administración Pública puede eliminar sus actos viciados en su propia vía, y aun invocando como causales sus propias deficiencias, se le denomina potestad de invalidación.

A diferencia de la nulidad civil, la nulidad de un acto administrativo puede ser declarada en la vía jurisdiccional y también en la vía administrativa, y en este supuesto puede llegarse por declaración de oficio o por la atención a un recurso. Además, la invalidación puede ser motivada en la propia acción –positiva u omisiva– de la Administración Pública (por ejemplo, si quien la emitió fue una autoridad incompetente) o en las de otros participantes del procedimiento, (por ejemplo, si el administrado incurrió en fraude al presentar algún recaudo al expediente).

Tales características sui géneris emanan de la esencia misma de la potestad invalidatoria que radica en la autotutela de la Administración Pública orientada a asegurar que el interés colectivo permanentemente respete y no afecte el orden jurídico. No obstante, el fundamento de esta potestad no se encuentra en alguna mera potestad exorbitante de la Administración Pública, ni siquiera en la autotutela de que él es titular, sino en la necesidad que tiene la autoridad

administrativa de dar satisfacción al interés de respetar la vigencia del principio de juridicidad o del orden jurídico.

Si, como se sabe, la Administración Pública está sujeta al principio de legalidad y ello constituye antecedente necesario para cualquier interés público de su actuación, no se podría entender cómo un acto reconocidamente inválido, no podrá nunca satisfacer el interés que anima a la Administración Pública. Es por ello que la posibilidad de la anulación de oficio implica en verdad una vía para la restitución de la legalidad afectada por un acto administrativo.

II. CONDICIONES PARA LA INVALIDACIÓN

Las condiciones que la norma exige para que un acto pueda ser objeto de revisión de oficio por esta vía son tres:

1. Que el acto haya sido emitido, aun cuando sea firme. Desde que el acto es notificado puede ser objeto de la anulación de oficio por la autoridad, incluso luego de transcurrido el plazo para impugnarlo podrá la Administración Pública dejarlo sin efecto por esta vía. Para estos efectos, según nuestro ordenamiento, no resulta relevante discriminar si el acto viciado ha sido dictado en ejercicio de una facultad reglada o discrecional, hayan otorgado o no derechos subjetivos en favor de su destinatario o de terceros o si son favorables o desfavorables a la Administración Pública.
2. La causa de la invalidación es que el acto administrativo sea contrario a derecho por acción de la propia Administración Pública o por acción del administrado, por lo que debe encontrarse en alguna de las causales del artículo 10 del TUO de la LPAG. Los defectos más comunes en que puede incurrir la Administración Pública están vinculados al incumplimiento de los requisitos de validez, cuyos casos más recurrentes son los siguientes:

   Vicios en la competencia

   - Incompetencia en razón de la materia, si lo actuado tiene diferencias con las potestades otorgadas por el ordenamiento a la autoridad administrativa (por ejemplo, transgredir la reserva de ley);
   - Incompetencia territorial, si se excede el ámbito geográfico definido para circunscribir la aptitud de cada órgano o funcionario de la Administración Pública, transgrediendo con ello la descentralización territorial establecida (por ejemplo, entre regiones o municipios);
   - Incompetencia en razón del tiempo, cuando la competencia asignada está sujeta a la atribución antes o después de dicho lapso;
   - Incompetencia en razón del grado horizontal, cuando se invaden atribuciones de otros organismos u órganos homólogos (por ejemplo, entre las competencias de los distintos ministerios);

- Incompetencia en razón del grado vertical, cuando se invaden atribuciones de otros organismos u órganos ubicados en relación de jerarquía (por ejemplo, si el inferior asume competencias del superior o el superior ejecuta las atribuciones de sus inferiores a quienes el ordenamiento reserva su competencia atendiendo a su idoneidad específica, salvo avocamiento formal del superior;
- Incompetencia por cuantía;
- Acto administrativo emitido por órgano colegiado sin sesión;
- Acto administrativo emitido por órgano colegiado sin *quorum* o votación calificada, de ser el caso;
- Acto administrativo emitido por órgano colegiado sin deliberación; y,
- Extralimitación de competencias.

Vicios en el objeto o contenido (vicios por la actuación *contra legem*, en una falsa aplicación de la ley o en una falsa valoración de los hechos).

- Contenido ilícito (inconstitucional, contrario a reglamentos, a sentencias firmes, y actos constitutivos de delitos);
- Contenido contrario al acto administrativo firme;
- Contradicción inmediata entre los objetos perseguidos por el acto administrativo y la norma (infracción directa contra legem de la norma jurídica);
- Contenido jurídicamente imposible;
- Contenido físicamente imposible;
- Vicio en la motivación jurídica del acto;
- Fundamentarse en un criterio jurídico inexistente (deficiente base legal), insuficiente, contradictoria o ilícita;
- Fundamentarse en una incorrecta interpretación de norma (error de derecho);
- Fundamentarse en una falsa valoración de los hechos (ilegalidad relativa a los fundamentos de hecho);
- No fundamentar decisiones;
- Desvío de poder (uso abusivo de la potestad discrecional y falta de prudencia en su empleo).

Vicios en la finalidad perseguida por el acto

- Desvío de poder por finalidad personal de la autoridad;

- Desvío de poder por finalidad a favor de terceros;
- Desvío de poder por finalidad pública distinta a la prevista en la ley.

Vicios en la regularidad del procedimiento (debe referirse a una "norma esencial del procedimiento" y no de normas no esenciales que conducen a la conservación del acto)

- Un acto administrativo es emitido a través de un procedimiento distinto al legalmente establecido –aunque coincida parcialmente con este–;
- Cuando se omita un trámite obligado por alguna disposición legal o derivados del debido proceso (por ejemplo, carecer de algún dictamen preceptivo antes de la decisión, de las formas de votación calificada en los órganos colegiados, o privar del derecho al debido proceso); y,
- Cuando se dicte alguna resolución faltando totalmente al procedimiento del cual debiera derivarse. Obviamente este caso es el más grave, porque no se trata de haberse afectado algún trámite previsto en la ley, sino de la falta absoluta del procedimiento administrativo imperativo para generar el acto, de tal manera que la autoridad expide una decisión desprovista totalmente de juridicidad.

La potestad anulatoria de oficio no se ejerce contra actos meramente internos de la Administración Pública (en cuyo caso procederá directamente a dejarse sin efecto si se considerasen ilegales), ni aquellos afectados por vicios no trascendentes, según lo previsto en el artículo 14 del TUO de la LPAG.

3. Que su subsistencia agravie al interés público o lesione derechos fundamentales. Es la exigencia de motivación del acto anulatorio, que tiende a evitar que esta medida se torne indebidamente contra los derechos e intereses de los administrados. No se trata solamente de que el acto sea ilegal, sino que en el caso concreto debe tener un plus, esto es, que su vigencia conlleve por sus efectos agravio al interés público. Por ejemplo, afectar al erario estatal, al patrimonio público, al medio ambiente, etc. En caso existir un acto administrativo ilegal pero que no conlleve agravio al interés público, no podrá ser objeto de nulidad de oficio.

   La reforma de la LPAG a través del Decreto Legislativo N° 1272, incorporó como un requisito alternativo que el acto administrativo lesione derechos fundamentales, con lo cual se produce una variación en la naturaleza de la nulidad de oficio tradicional en nuestro Derecho Administrativo. En efecto, antes de la reforma la nulidad administrativa de oficio solo protegía el interés público, mientras que el recurso administrativo protegía el interés privado. Con esta reforma, el interés privado, en el grado de lesión a derechos fundamentales del administrado, también conduce al ejercicio de la potestad anulatoria. Esta reforma abre múltiples posibilidades para que ahora la nulidad de oficio pueda ser empleada en favor del administrado,

aun cuando no haya hecho uso de los recursos de manera oportuna, a sola condición que la subsistencia del acto afecten efectiva y realmente algún derecho constitucional del administrado concernido.

III. PROCEDIMIENTO PARA LA ANULACIÓN DE OFICIO

La invalidación del acto administrativo debe producirse al interior de una nueva secuencia administrativa debido a que se va a emitir un acto administrativo (invalidatorio). Cuando la invalidación se produce a partir de un recurso administrativo, el procedimiento invalidatorio estará constituido por el propio procedimiento recursal. Cuando la anulación se produce de oficio, el procedimiento invalidatorio, la actuación más relevante es la audiencia al administrado concernido por el acto que se pretende anular.

La reforma también incorporó el requisito de correr traslado al administrado potencialmente afectado por la pretensión anulatoria y darle un plazo minimo de cinco (5) días para presentar su posición. Antes de ello, esa exigencia derivaba razonablemente del principio del debido procedimiento administrativo y había sido establecida en vía jurisprudencial por la Corte Suprema de Justicia, en su Casación N° 2266-2004-PUNO del 3 de agosto de 2006. En esa casación se estableció con meridiana claridad que para ser legítima la anulación de oficio, la autoridad debe iniciar un procedimiento de oficio según los términos del artículo 113 del TUO de la LPAG, para recién posteriormente declarar la nulidad del acto. Por considerarlas de sumo interés, transcribimos las partes más importantes de la sentencia:

> "(...) **Tercero:** Que, (...) si bien no queda duda que el numeral doscientos dos punto uno del artículo doscientos dos de la Ley del Procedimiento Administrativo General al señalar que en cualquiera de los casos enumerados en su artículo diez, puede declararse de oficio la nulidad de los actos administrativos aun cuando hayan quedado firmes siempre que agravien el interés público, reconoce la potestad de invalidación de la Administración Pública que se fundamenta en su capacidad de autotutela orientada a asegurar que el interés colectivo permanente respete y no afecte el orden jurídico, también lo es que el ejercicio de esta facultad en respeto del principio al procedimiento preestablecido por ley debe efectuarse observando el artículo ciento cuatro de la misma ley que regula los lineamientos y pautas a los que se somete el inicio del procedimiento promovido de oficio y los requisitos contemplados en los demás numerales del mismo artículo doscientos dos que señalan la competencia [funcionario jerárquicamente superior al que emitió el acto a invalidar o el mismo funcionario en caso de no encontrarse sometido a subordinación jerárquica, (...)] y plazo para declarar la nulidad de oficio de un acto administrativo (un año a partir de la fecha en que quedó consentido).

Cuarto: Que, en efecto el artículo ciento cuatro de la Ley número veintisiete mil cuatrocientos cuarenta y cuatro determina que el inicio de todo procedimiento de oficio requiere de una disposición expedida por la autoridad superior que fundamente la necesidad de la actuación de oficio motivándola bien en el cumplimiento de una obligación legal o en el mérito de una denuncia (numeral ciento cuatro punto uno) decisión que debe ser notificada a los administrados cuyos derechos e intereses puedan verse afectados por los actos a ejecutar salvo en el caso de fiscalización posterior a solicitudes o a su documentación acogidos a la presunción de veracidad, cumpliendo además con informar sobre la naturaleza, alcance y, de ser previsible, el plazo estimado de la duración del procedimiento, así como de sus derechos y obligaciones en el curso de tal actuación (numeral ciento cuatro punto dos), esta notificación debe ser realizada inmediatamente luego de emitida la disposición de inicio del procedimiento, salvo que la normativa autorice que sea diferida por su naturaleza confidencial basada en el interés público (numeral ciento cuatro punto tres).

Quinto: Que, este procedimiento dentro del marco de los principios del debido procedimiento y participación contemplados en los incisos uno punto dos y uno punto doce del numeral uno del artículo cuarto de la Ley del Procedimiento Administrativo General tiene por finalidad no solo poner en conocimiento del administrado el inicio de este procedimiento de oficio sino esencialmente de otorgarle la posibilidad de poder expresar sus argumentos o aportar pruebas que corrobore la legalidad y legitimidad del acto administrativo que constituye su objeto y su plena adecuación y proporción con el respeto del interés público, lo cual responde sin duda a la vocación de asegurar el pleno e irrestricto ejercicio del derecho constitucional de defensa que constituye un derecho fundamental de naturaleza procesal y sin el cual no podría reconocerse la garantía del debido proceso; por ello, en tanto el derecho fundamental se proyecta como principio de interdicción para afrontar cualquier indefensión y como principio de contradicción de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de algunas de las partes, sea en un proceso o procedimiento, o en el caso de un tercero con interés".

La exigencia de notificar al administrado previamente al pronunciamiento, obliga a la Administración Pública a esperar el pronunciamiento del administrado, valorarlo e incorporarlo en la motivación del acto que finalmente emita, explicando de qué manera lo ha tomado en cuenta.

IV. COMPETENCIA PARA ANULAR EL ACTO VICIADO

Reconocida la competencia para invalidar sus actuaciones cabe preguntarse en primer lugar por la instancia habilitada para hacerlo, ¿será el mismo órgano

emisor del acto viciado, el superior jerárquico en ejercicio de su control u otros órganos de la administración fiscalizadora?

La potestad anulatoria de oficio recae no en el mismo funcionario que emitió el acto, sino en el superior jerárquico inmediato, como un mecanismo de control de la actuación de los subalternos. Deriva del principio de jerarquía administrativa la facultad de la autoridad superior para proceder a controlar la acción del subordinado y de eliminar por ilegal el acto emanado de un funcionario jerárquicamente subordinado. En nuestro ordenamiento consagrado está que la anulación efectuada por el superior jerárquico sea *ex oficio* o ante una reclamación en un procedimiento recursal.

Cuando se ejerce la autoridad y control inherente a la superioridad lleva implícita la posibilidad de activar de forma espontánea el mecanismo invalidatorio de oficio, mientras que cuando se presenta un reclamo de parte, el funcionario superior acoge un recurso de apelación presentado contra la actividad del órgano inferior.

La modificación introducida por el Decreto Legislativo N° 1029, tuvo por efecto principal aclarar si la autoridad superior debería limitarse a declarar la nulidad del acto y devolver el expediente a la instancia inferior para que se pronuncie nuevamente o si, por el contrario, podría en el mismo acto anulatorio pronunciarse sobre la situación de fondo en controversia. La noción fundamental es que por economía procesal resulta conveniente que la autoridad superior resuelva íntegramente el tema, siempre que tenga todos los elementos de juicio para ello y no se haya limitado únicamente a analizar la existencia del vicio en el acto administrativo. Si no contara con esta información, obviamente solo declarará la nulidad y reenvía el expediente a la instancia originaria para que emita nueva decisión. Sin embargo, la norma incluye la mención a que cuando la autoridad se pronuncia sobre el tema de fondo, ese extremo puede ser impugnable administrativamente. Esta cláusula conlleva un factor de dispersión en el procedimiento para definir cuándo se agota la vía administrativa, ya que como se sabe de ordinario la resolución anulatoria agota la vía *per se*; mientras que este extremo resolutivo, aún sería objeto de recurso en sede administrativa. Con ello abrimos paso a la arborización del procedimiento porque el mismo tema será susceptible de ser conocido por la sede judicial (acto anulado de oficio) y en sede administrativa (aspecto sustantivo resuelto por la autoridad a la vez que la nulidad). Pensemos, por ejemplo, que una autoridad superior declara la nulidad de una licencia otorgada por haber sido otorgada por una autoridad incompetente, pero a la vez aprecia y declara, con vista a los elementos de fondo del expediente, que el pedido es infundado al carecer de los requisitos legales para el efecto. En ese escenario, el administrado deberá interponer la demanda contenciosa administrativa ante el Poder Judicial (respecto a la anulación) y presentar apelación o reconsideración respecto a la decisión denegatoria de la licencia.

V. PLAZO PARA LA INVALIDACIÓN DE OFICIO

El Tribunal Constitucional en controvertida sentencia[480] declaró inconstitucionales los artículos 109 y 110 de la LNGPA, que contenían la regulación antecedente a la norma bajo comentario al considerar que se violaba el principio de igualdad, y la regla de legislar por la naturaleza de las cosas y no por la diferencia de las personas, pues mientras que al ciudadano común y corriente se le imponen restricciones temporales respecto a la promoción de la acción contencioso administrativa, al Estado se le facultaba a promover esta acción, sin ningún tipo de restricción y con un carácter de imprescriptibilidad absoluta, reñida con todo sentido de seguridad jurídica. En su atención, es que la LPAG consideró conveniente incluir un límite temporal para el ejercicio de la potestad anulatoria de oficio, protegiendo la seguridad jurídica y confianza legítima de los administrados concernidos por el acto.

A este respecto, la norma originalmente había optado por limitar el horizonte temporal de la potestad de invalidación a un año computado desde la fecha en que hayan quedado consentidos. La experiencia demostró que el plazo solía ser muy breve para los tradicionales mecanismos de autocontrol que emplean las entidades para identificar sus actos viciados, por lo cual la reforma del Decreto Legislativo N° 1272 lo extendió un año más. Por ello, ahora el plazo anulatorio es de dos (2) años desde la fecha en que quedaron consentidos. Además, la mencionada reforma otorga un plazo especial para la anulación del acto administrativo derivado de un delito o constitutivo, atendiendo a que en este supuesto es indispensable una sentencia firme del Poder Judicial que confirme la existencia del delito. Por ello, en este caso, el plazo para la nulidad de oficio será de un año a partir de la notificación a la autoridad administrativa de la sentencia condenatoria firme.

Con este límite, la ley expresa la voluntad que la potestad sea ejercida solo dentro de un espacio temporal previsible, con la finalidad de proteger los intereses de los administrados que hayan sido consolidados por el transcurso del tiempo. Si bien la Administración Pública tiene la obligación de sanear su actividad, también le es inherente el deber de no causar perjuicio a los administrados, como podría acontecer con la anulación de un acto luego de transcurridos varios años después de su expedición.

Sin embargo, al incorporarse una regla rígida no distingue si el acto administrativo ha otorgado derechos subjetivos en favor de su destinatario, si es favorable o desfavorable a los administrados; o, de otro lado, si existe buena o mala fe en el beneficiario, factores que consideramos imprescindibles para que el límite a la potestad de invalidación se sustente en razones de justicia concreta. No tiene

(480) STC Exp. N° 004-2000-AI/TC interpuesta contra la Ley N° 26960 del 9 de mayo de 2001.

sentido impedir a la Administración Pública anular un acto que causa perjuicio a los administrados por el mero transcurso del tiempo. Aquí no hay confianza legítima ni seguridad jurídica que amerite soportar un acto gravoso ilegal. La invalidación puede ser limitada temporalmente solo respecto de los actos favorables, pero no para los actos gravosos.

No debe pasar inadvertido que la propia doctrina reconoce que para operar debidamente el límite temporal a la invalidación administrativa el beneficiado (administrado) debe ostentar buena fe, pues de otro modo el transcurso del tiempo podría conducir a dar firmeza a situaciones en las que la ilegalidad sea producida por el propio beneficiario del acto administrativo (por ejemplo, si incurrió en fraude documental o violó la presunción de veracidad con alguna declaración falsa). Así, la limitación temporal debería tener lugar solo cuando la situación de ilegalidad sea producida por la acción de la Administración Pública.

Finalmente, la intangibilidad alcanzada por el transcurso del tiempo desde la emisión del acto viciado no equivale a una prescripción adquisitiva de derechos para el administrado, sino de la limitación de la atribución de invalidar actos en sede administrativa. Por ello, si para la Administración Pública la gravedad del vicio afecta el interés público, no obstante vencido el plazo para anular de oficio el acto, puede accionar judicialmente contra él para obtener su invalidación dentro del plazo de prescripción establecido para el inicio de la acción respectiva, ejerciendo la "acción de lesividad" por agravio al interés público. Del mismo modo resultará viable plantear, en vía de excepción, la ilegalidad del acto ante la vía judicial, si el caso lo ameritara.

VI. PROCESO CONTENCIOSO DE LESIVIDAD

La acción de lesividad del Estado es precisamente el proceso judicial contencioso-administrativo que inicia una autoridad administrativa para buscar promover la anulación en sede judicial de un acto administrativo que ha causado estado, y que ha otorgado o reconocido derechos e intereses a los administrados.

Es un supuesto sui géneris que surge cuando al Estado se le han vencido los plazos de prescripción para hacerlo por sí mismo, o cuando por la especial estructura de la Administración Pública, no permite impugnación superior, como sucede con las resoluciones de tribunales y consejos administrativos[481].

Como medida de control, las legislaciones comparadas establecen que cuando se quiera iniciar un proceso así, debe la Administración Pública emitir un acto declarativo previo (declaración de lesividad) donde fije sus criterios legales y técnicos para plantear esta vía, y argumente de qué manera considera se

(481) Cuando la norma se refiere a tribunales o consejos administrativos está haciendo referencia a las entidades que resuelven controversias administrativas en procedimientos trilaterales.

agravia el interés público con su subsistencia. Así como debe ejercerse la acción dentro de un plazo perentorio que en este caso, es de 3 años a continuación de la fecha que prescribió la anulación de oficio en sede administrativa.

En este proceso asumen roles de partes: el Estado, representado por la propia entidad emisora del acto, o alguna otra con interés legítimo para promoverla (órganos de control administrativo, o de regulación); y, el administrado favorecido por el acto, quien será convocado en calidad de demandado.

VII. EL CASO PARTICULAR DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EMITIDOS POR LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS

En nuestro país, recurrentemente fue un tema de debate la posibilidad de que los actos de los tribunales administrativos o consejos que resuelvan controversias puedan ser declarados nulos de oficio en sede administrativa. Era el caso del Tribunal Fiscal, del Tribunal de Contrataciones, los tribunales de los organismos reguladores, entre otros. La discusión surgió porque la norma originaria de la LPAG, receptora de una similar de LNGPA, declaró que dichos actos "no pueden ser objeto de declaración de nulidad de oficio", pareciendo crear una excepción a la potestad invalidatoria de la Administración Pública. En verdad, el origen de la norma estaba vinculado más a la idea de preservar a los tribunales administrativos del ejercicio de la potestad anulatoria por parte de otros niveles superiores de la Administración Pública y no impide que el propio colegiado pueda corregir el vicio incurrido en una decisión propia. Se llegó al extremo que aun en casos evidentes, el tribunal administrativo reconocía el vicio grave incurrido y procedía a demandar la nulidad en sede judicial conjuntamente con el administrado afectado.

La norma comentada tiene la virtud de corregir este defecto y esclarece que los tribunales administrativos y cuerpos colegiados similares sí tienen competencia para declarar, en sede administrativa, aun la nulidad de oficio de su acto, solo que sujeto a que exista acuerdo unánime de sus miembros. Esta atribución solo podrá ejercerse dentro del plazo de un año contado desde la fecha en que el acto es notificado al interesado. También procede que el titular de la entidad demande su nulidad en la vía del proceso contencioso-administrativo, siempre que la demanda se interponga dentro de los tres años siguientes de notificada la resolución emitida por el consejo o tribunal.

VIII. ¿PUEDE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EJERCER ESTA POTESTAD SI LA CUESTIÓN HA SIDO CONTROVERTIDA VÍA EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO?

Ahora bien, en atención a la naturaleza de la potestad anulatoria de oficio es necesario ponderar si es posible ejercerla cuando el acto administrativo lesivo ha sido impugnado ante la sede judicial y compete a la función jurisdiccional resolver el recurso.

En este caso, compartimos la posición del jurista español GONZÁLEZ PÉREZ, a favor de la supervivencia o conservación de la potestad anulatoria: "(...) ni la existencia de proceso administrativo pendiente supone obstáculo al ejercicio de las potestades administrativas de revisión. Si el ejercicio de esas desembocara en la declaración de nulidad o anulación del acto, el proceso administrativo quedará sin objeto, se produciría la extinción"(482).

En efecto, la permanencia de la competencia administrativa para resolver la continuidad del acto administrativo, aun cuando se debata el tema en el ámbito judicial merced a un proceso contencioso-administrativo, guarda correspondencia con el deber de ajustarse permanentemente a la legalidad y el carácter inalienable de la competencia administrativa. Consecuentemente, el inicio de un proceso judicial no supone la conclusión de la potestad de autotutela de que está investida la Administración Pública.

Para afirmar esta idea es necesario tener en cuenta que –de ordinario– la Administración Pública conserva la potestad ejecutoria de sus actos aun cuando se inicie un proceso judicial en contra de esta, a no ser que la autoridad judicial dicte una medida cautelar de sentido contrario al acto(483). Con ello, estamos afirmando que el solo inicio de un proceso judicial sobre la validez de un acto administrativo no impide su ejecución por la autoridad en función de su potestad de autotutela de sus intereses. En este extremo, coinciden también los juristas españoles GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, quienes abordando este tema, exponen: "La apertura del proceso contencioso-administrativo no paralizará el desarrollo de la autotutela de la Administración Pública, la cual podrá continuar ejecutando, incluso por vía de acción de oficio, el acto impugnado, así como dictar nuevos actos como consecuencia del mismo. Así se ha configurado el proceso contencioso administrativo (...)"(484).

En tal sentido, podemos apreciar inequívocamente que el sentido de la legislación no es cercenar las competencias y potestades administrativas de autotutela, por el solo inicio o tramitación de procesos judiciales, sino más bien conservárselas y garantizarse su ejercicio(485). No sería coherente la posición del legislador si iniciado un proceso judicial contencioso-administrativo por la presunta ilegalidad de un acto administrativo, la Administración Pública siga habilitada legalmente para ejecutarlo, e incluso para suspender su ejecución, pero no para dejarlo sin efecto, más aún cuando es un acto de gravamen para el administrado, y su enmienda coincida con la pretensión del demandante.

(482) GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Manual de Procedimiento Administrativo*, Civitas, Madrid, 2002, p. 500.
(483) Esto se desprende de la lectura concordada de los artículos 63 y 216.1 de la Ley N° 27444.
(484) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo I*. 12ª edición, Civitas, Madrid, 2004, p. 507.
(485) Excepción hecha de la eventual emisión de un mandato judicial en sentido contrario.

Consecuencia de lo anterior es aceptar que la anulación de oficio tendrá un reflejo procesal en el proceso del contencioso, extinguiéndolo.

Para afirmar nuestra posición presentamos una selección de algunos de los más prestigiosos administrativistas que han abordado este tema y que se pronuncian unánimemente por la procedencia procesal de que la Administración Pública pueda anular la decisión cuestionada en sede judicial.

El profesor uruguayo SAYAGUÉS LASO, abordando esta materia, afirma concluyentemente que la anulación del acto por parte de la Administración Pública es procesalmente procedente y determinará la conclusión del proceso judicial: "La iniciación del juicio de nulidad no impide que la Administración Pública revoque el acto impugnado. En este caso, si la revocación se funda en razones de legalidad, produce efecto retroactivo y satisface integralmente el derecho del reclamante, procede la clausura del juicio por carencia de objeto. En todo otro caso el juicio debe continuar hasta su terminación"(486).

Para el jurista argentino DIEZ estamos frente a un supuesto claro de satisfacción extraprocesal de la pretensión:

> "Puede ocurrir que, iniciado el proceso por el actor, la Administración Pública, unilateralmente, haga desaparecer las causas que motivaron la pretensión del demandante. Habrá entonces una satisfacción extraprocesal de la pretensión por parte de la Administración Pública demandada. En estos supuestos habrá una cesación de la materia litigiosa, una desaparición del objeto de la acción. Se trata de supuestos en que, iniciado un proceso para lograr la satisfacción de la pretensión del demandante, tal satisfacción es lograda fuera del cauce procesal. En estos casos, la Administración Pública reconocerá en vía administrativa las pretensiones del demandante, vale decir dejará sin efecto el acto o la disposición impugnada en vía procesal administrativa. Si el proceso administrativo se hiciera impugnando un acto que, legítimo o ilegítimo causa daños a un particular, la Administración Pública podrá lograr la satisfacción de la pretensión del particular revocando el acto e indemnizando los daños que hubiera sufrido. En la acción de plena jurisdicción la Administración Pública indemnizará los daños y revocará el acto si es ilegítimo. En la acción de ilegitimidad el acto consumado será revocado por la Administración Pública. El elemento común de estos supuestos consiste en la satisfacción extraprocesal de la pretensión deducida ante un órgano judicial, por parte de la Administración Pública demandada. En estos casos, la Administración Pública reconoce las razones que asisten

(486) SAYAGUÉS LASO, Enrique. *Tratado de Derecho Administrativo.* Tomo II, Montevideo, 1959, p. 600.

> en el acto pero no a través del allanamiento, es decir, no en vía procesal, sino en vía administrativa, fuera del proceso. Quiere decir, entonces, que dentro de la vía administrativa, la Administración Pública satisface la pretensión de la demandante. En estos supuestos, la Administración Pública entendiendo que el acto que ha sido impugnado es violatorio de una norma jurídica, decide revocarlo de oficio *ex nunc*, implica la cesación de la materia litigiosa.
>
> Por eso se dice que a través de la decisión administrativa, el demandante ha logrado en la vía administrativa exactamente lo mismo que habría podido lograr en la vía judicial, vale decir, la extinción del acto administrativo ilegítimo y, en su caso, la indemnización de daños"[487].

En el mismo sentido se pronuncia DROMI, para quien esta satisfacción extraprocesal de la pretensión es admisible y, a su vez, la diferencia del acto estrictamente procesal del allanamiento. El autor afirma que la satisfacción extraprocesal de la pretensión:

> "(...) tiene lugar cuando la demandada, unilateralmente hace desaparecer las causas que motivaron la pretensión del demandante. En estos supuestos cesa la materia litigiosa, desaparece el objeto de la acción, pues la satisfacción de la pretensión del demandante se ha logrado fuera del cauce procesal, por ejemplo, dejando sin efecto el acto o la disposición impugnada en vía procesal, accede así extraprocesalmente a la pretensión deducida ante un órgano judicial.
>
> La Administración Pública reconoce las razones que asisten al actor, pero no a través del allanamiento judicial (procesal), sino en vía administrativa (fuera del proceso). El accionante habrá logrado, por medio de la revocación, igual resultado que si hubiera obtenido una sentencia anulatoria del tribunal procesal administrativo. Mediante la decisión administrativa, el demandante ha logrado en la vía administrativa exactamente lo mismo que habría podido lograr en la vía judicial, vale decir la extinción del acto administrativo ilegítimo y, en su caso, la indemnización de daños"[488].

Finalmente acogemos las afirmaciones de PARADA, para quien el reconocimiento extrajudicial de la pretensión tiene lugar:

> "(...) cuando la Administración Pública reconoce totalmente fuera del proceso, es decir, en vía administrativa, las pretensiones del demandante.

(487) DIEZ, Manuel María. *Derecho Administrativo.* Tomo VI, Plus Ultra Editores, Buenos Aires, 1985, pp. 147-148.

(488) DROMI, José Roberto. *Derecho Administrativo*, Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2004, p. 858.

> En este caso, cualquiera de las partes podrá ponerlo en conocimiento del tribunal y este, previa comprobación de lo alegado, dictará un auto en el que declarará terminado el procedimiento y ordenará el archivo del recurso y la devolución del expediente administrativo"[489].

En tal sentido, podemos afirmar que el ordenamiento del proceso contencioso administrativo no rechaza la posibilidad que la Administración Pública puede dejar sin efecto un acto administrativo que viene siendo objeto de un proceso contencioso. Más bien al contrario, la doctrina se pronuncia a favor de su realización como un medio de satisfacer extraprocesalmente al demandante, *per se* distinto al allanamiento a la demanda.

(489) PARADA, Ramón. *Derecho Administrativo*. 7ª edición, tomo I, Marcial Pons, 1995, p. 762.

Artículo 212 Revocación[490]

212.1 Cabe la revocación de actos administrativos, con efectos a futuro, en cualquiera de los siguientes casos:

212.1.1 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.

212.1.2 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.

212.1.3 Cuando apreciando elementos de juicio sobrevinientes se favorezca legalmente a los destinatarios del acto y siempre que no se genere perjuicios a terceros.

212.1.4 Cuando se trate de un acto contrario al ordenamiento jurídico que cause agravio o perjudique la situación jurídica del administrado, siempre que no lesione derechos de terceros ni afecte el interés público.

La revocación prevista en este numeral solo puede ser declarada por la más alta autoridad de la entidad competente, previa oportunidad a los posibles afectados otorgándole un plazo no menor de cinco (5) días para presentar sus alegatos y evidencias en su favor.

212.2 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.

(Texto modificado según el artículo 2 Decreto Legislativo N° 1272)

CONCORDANCIA EXTERNA

- Res. N° 1535-2010-SC1-INDECOPI: Precedente de observancia obligatoria sobre el procedimiento de revocación.

CONCORDANCIAS INTERNAS

- Art. 22: Condición como modalidad del acto administrativo.
- Art. 76.5: Extinción de la delegación de competencia.
- Art. 118.1: Facultad de contradicción administrativa.
- Art. 214: Indemnización por revocación.
- Art. 226.2, d): Actos que agotan la vía administrativa.

TEXTO ORIGINAL DE LA LEY N° 27444:

Artículo 203.- Revocación

203.1 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.

(490) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 203 de la Ley N° 27444.

203.2 Excepcionalmente, cabe la revocación de actos administrativos, con efectos a futuro, en cualquiera de los siguientes casos:

203.2.1 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.

203.2.2 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.

203.2.3 Cuando apreciando elementos de juicio sobrevinientes se favorezca legalmente a los destinatarios del acto y siempre que no se genere perjuicios a terceros.

203.3 La revocación prevista en este numeral sólo 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.

MODIFICACIONES AL TEXTO ORIGINAL:

- **Primera modificación:** artículo modificado por el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1272 publicado el 21/12/2016, cuyo texto es el vigente en el TUO.

Comentario

I. DE LA REVOCABILIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS POR MÉRITO (OPORTUNIDAD O CONVENIENCIA)

La revocación consiste en la potestad excepcional que la ley confiere a la Administración Pública para que de manera directa, de oficio y mediante un nuevo acto administrativo pueda modificar, reformar o sustituir (total o parcialmente), o simplemente extinguir los efectos jurídicos futuros de un acto administrativo generado conforme a derecho (válido y eficaz) fundándose en la necesidad de adecuarse a un necesidad extrínseca y posterior: el interés público sobreviviente.

Por primera vez el ordenamiento administrativo nacional consagra normativamente una de las potestades más intensas que posee la organización administrativa. Empero, no lo hace para habilitarla discrecionalmente, sino para reconocerla, disciplinarla, limitarla, sujetándola al Estado de derecho.

Nuestro Derecho Administrativo ha acogido la revocación, pero diferenciándola del retiro o extinción del acto administrativo fundado en su antijuridicidad producida en su formación, para la cual reserva la figura de la nulidad de oficio prevista en el artículo 211 del TUO de la LPAG. El momento determinante para diferenciar cuándo estamos frente a una revocación y cuándo a la nulidad es determinar su conformidad jurídica o no a la fecha de su producción y no posteriormente. La situación particular producida cuando un cambio normativo ulterior afecta de modo sobreviniente un acto persistente producido conforme a Derecho, queda incluida como una manifestación de la revocación indirecta del acto y no como una de nulidad, como veremos más adelante.

El Derecho Administrativo clásico sostenía el principio de la revocabilidad de los actos administrativos, pues se afirmaba que el obrar estatal siempre se encuentra frente a situaciones y circunstancias cambiantes, por lo que de modo permanente e incesante tiene que ser capaz de adaptarse a ellas para alcanzar el bienestar general y demás cometidos de interés público. Dentro de esa posición, se reconocía que la propia autoridad administrativa creadora de una situación o relación jurídica tenía la facultad para suprimirla o modificarla cuando en algún momento posterior se producía una incompatibilidad entre el acto y el interés público.

Para ilustrar esta posición apreciemos cómo se acoge la revocación de los derechos de use de áreas acuáticas que otorga la Dirección General de Capitanías para fines de acuicultura, la instalación de tuberías submarinas, cables, artefactos navales y similares en el Reglamento de la Ley de Control y Vigilancia de las Actividades Marítimas, Fluviales y Lacustres (Decreto Supremo N° 028-2001-DE/MGP –norma anterior a la LPAG–). Dicha norma prescribe que: "B-010113 Los derechos de uso de áreas acuáticas terminan: i) Por vencimiento del plazo de duración; ii) Por término o imposibilidad del objeto para el que fueron otorgados; iii) Renuncia del usuario a su derecho, aprobada por la Autoridad Marítima; y, iv) El Estado se reserva el derecho de poner término al derecho de use que se otorgue de conformidad con el Reglamento, por razones de seguridad, necesidad o interés público, sin derecho a reclamo alguno por parte del usuario".

Como se puede apreciar, la existencia de la potestad revocatoria implica el debilitamiento y la precarización de los derechos administrativos que los actos administrativos otorgan o reconocen a los ciudadanos, en particular aquellos que dan lugar a una relación jurídica continuada en el tiempo (por ejemplo, actividad empresarial). Con este instituto queda en manos de la autoridad su continuidad o cesación, según aprecie diversas circunstancias de interés público en el futuro. En buena cuenta, traslada al ciudadano el riesgo del cambio de interés público. Por ello es que modernamente se aprecia una necesidad de compatibilizar esa adaptación a la variable interés público sobreviniente con el principio igualmente valioso de dar seguridad jurídica a los ciudadanos y, en específico, con la confianza legítima que debe también dispensarse a quienes de buena fe han obtenido del acto original alguna situación jurídica individual favorable.

En esa tensión, el ordenamiento contemporáneo opta por tomar decisiones meditadas para solucionar la eventual controversia entre el efecto del acto administrativo anterior y el interés público sobreviniente. El legislador en unos casos limitará las posibilidades de revocación, en otros casos las condicionará o la prohibirá según privilegie más o menos la seguridad jurídica, que es un valor también de interés público.

Por eso, es que la doctrina recomienda –y esta norma acoge– una posición de equilibro entre ambas posiciones, cuya base se encuentra en diferenciar entre

la revocación de actos administrativos favorables o declarativos de derechos de la revocación de actos administrativos que no hayan sido favorables (de gravamen o denegatorios). La primera será una posición generalmente admitida, mientras que la segunda será severamente limitada.

En esa orientación, el artículo bajo comentario nos plantea tres reglas esenciales:

- **Primera regla: Revocabilidad motivada de actos administrativos no favorables**

La revocabilidad de los actos administrativos generales, de los actos de administración interna, de los actos denegatorios, de los silencios negativos y de los actos de gravamen si se aprecian elementos de juicio sobrevinientes en favor de los administrados y no se produzcan perjuicios a terceros (num. 212.1.3 del art. 212 del TUO de la LPAG). En esta primera regla, se razona en el sentido de que se puede volver hacia atrás los actos de gravamen o desfavorables a los administrados, en razón de algún elemento de juicio objetivo sobreviniente a aquella decisión que creó una carga, una obligación o un perjuicio al administrado, y que con su evidencia o cambio de circunstancias, se aprecia que ahora resulta injustificado mantener.

En ningún caso se trata de favorecer ilegalmente al administrado, de modo arbitrario, basado exclusivamente en el cambio de criterio subjetivo de las autoridades, o dar preferencias indebidas al ciudadano. Por ello, solo procede cuando aparecen razones sobrevinientes objetivas que así lo hagan necesario y ello quede explicado en la motivación del acto de revocación.

- **Segunda regla: Interdicción de revocabilidad de actos administrativos declarativos o constitutivos de derechos**

La segunda regla que complementa la primera es la prohibición de revocar los actos administrativos favorables (declarativos o constitutivos de derechos o intereses legítimos de ciudadanos), tales como títulos habilitantes para el ejercicio de actividades privadas como licencias o permisos y además registros o certificaciones. La regla se funda en que no se considera suficiente para afectar derechos subjetivos creados o reconocidos por actos administrativos, el que la propia Administración Pública en el futuro ya no considere oportuno o conveniente al interés público mantener tales efectos (num. 212.1 del art. 212 del TUO de la LPAG).

En este caso, la facultad revocatoria es una atribución permanente: No existe plazo para poder ejercer esta potestad una vez que la ley la ha otorgado.

Nótese que, en este caso, el motivo fundante de esta revocación sería solamente el cambio en los criterios de apreciación de la autoridad sobre si en la actualidad la actividad autorizada es conveniente al interés colectivo o si su ejercicio es oportuno al interés público, sin que medie ningún cambio extrínseco de circunstancias fácticas o jurídicas. Aquí, estamos ante una forma elemental

de discrecionalidad que no solo es inadmisible por subjetiva, sino que resultaría sumamente peligrosa para los derechos ciudadanos dentro de un Estado constitucional de derecho.

- **Tercera regla: Revocabilidad de actos favorables en dos casos: i) por cambio sobreviniente de las circunstancias externas del acto; y, ii) por calificación expresa en norma legal de la necesidad de revocar actos favorables**

La norma incluye dos excepciones que permiten a la autoridad administrativa revocar actos favorables por parte de la autoridad. Visto de otro modo, el legislador indica que el interés público que permita afectar derechos subjetivos dados por la Administración Pública debe consistir en una desaparición de las condiciones exigidas para la emisión y permanencia de los efectos dados o en otra situación calificada por alguna norma con rango de ley.

La primera es cuando desaparecen con posterioridad a la aprobación del título habilitante, las condiciones previstas legalmente para su obtención y su mantenimiento. Este supuesto está consagrando como motivo revocatorio la variación de circunstancias con posterioridad a la aprobación del acto favorable que establece alguna relación de ejercicio continuado. El cambio puede producirse mediante la desaparición de alguna de las condiciones esenciales contenidas en el régimen legal que sirve de base al acto emitido, que es el supuesto incluido expresamente en el inciso, pero no existe inconveniente alguno para –analógicamente– involucrar la aparición de circunstancias nuevas calificadas por el ordenamiento como eventos incompatibles con los efectos del acto. En este sentido, cualquier variación de circunstancias debe estar acompañada de la apreciación que ese evento debe haber constituido un factor determinante a considerarse para la obtencion del acto administrativo y que ese interés se proyecte a su fase de ejecución, de manera que se convierta en un factor determinante de su mantenimiento en vigor. Creemos que estaría incurso en vicio de desvío de poder si la Administración Pública argumenta cualquier mutación colateral o tangencial de alguna circunstancia no determinante del acto previo para producir su revocación.

En principio, podemos considerar que esta variación sobreviniente de circunstancias está ocasionada por eventos externos fuera del control del administrado y de la Administración Pública como, por ejemplo, acaecer escasez del recurso natural respecto del cual se había otorgado derechos de uso o, en otros casos, al cambio de necesidades ciudadanas por atender que hacen necesario destinar recursos inmediatos y revocar la convocatoria a una licitación destinada a adquirir bienes de menor prioridad en la actualidad o incluso por la saturación o uso ineficiente de recursos escasos como el espectro radioeléctrico.

Como se puede apreciar, las circunstancias cambiantes deben ser externas, exógenas, extrínsecas a los efectos del acto o a la conducta del administrado y

de la Administración Pública. El inciso se refiere al cambio de circunstancias producido por eventos fuera de control de las partes y de manera imprevisible para ellas. No podría la autoridad argüir como cambio de circunstancias la variación en sus propios actos. Del mismo modo tampoco podría incluirse aquí si el administrado incumple alguno de sus deberes legales derivados de la situación legal conferida, como cuando no realiza la actividad habilitada dentro del plazo dispuesto. Esto no califica como cambio de circunstancias externas, sino como una revocación-sanción o como caducidad, también llamada revocación por incumplimiento del beneficiario.

El segundo supuesto contemplado por este artículo, es que el legislador haya autorizado que determinado tipo o clase de acto administrado pueda ser revocado cuando aparezca algún elemento objetivo. Ello se concreta cuando una disposición legal especial de modo expreso autoriza a la autoridad a dictar la revocación de actos favorables fundado en alguna causa de interés público y sujeta al régimen indemnizatorio previsto en el artículo 214 del TUO de la LPAG. Cabe advertir que esta norma no es una habilitación legal para ejercer la potestad revocatoria por doquier, sino un anuncio que otras normas posteriores, con rango de ley y no por norma subalterna, reconozca esta potestad en algún caso en concreto. Por lo tanto, contravienen esta disposición cualquier reglamento, directiva que pretenda reconocer la atribución revocatoria, e incluso la reserva de revocación incluida por la propia autoridad en el mismo acto administrativo.

En cualquier de los dos supuestos, la revocación tendrá efecto a futuro sobre los derechos subjetivos directamente vinculados con el acto a revocar. Pueden ser derechos que surgen del acto administrativo (por ejemplo, derecho de use a concesión de un bien o recurso público y sujeto a su cuidado) o derechos que se posee pero que el acto administrativo habilitaba su realización (derechos reconocidos por licencias, permisos y autorizaciones). No puede perderse de vista que la revocación también puede afectar otros derechos o intereses que tienen como presupuesto necesario el mantenimiento de la relación surgida por el acto administrativo revocado.

II. ESTRUCTURA OPERATIVA DE LA REVOCACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS

La comprensión del funcionamiento de la revocación demanda entender sus elementos fundamentales:

- **El sujeto activo de la revocación**

Cuando la revocación está autorizada, la competencia para revocar corresponde a la misma entidad que dictó el acto a revocar. No obstante, la LPAG ha querido que la responsabilidad no recaiga en el mismo nivel emisor, por las consecuencias que de tal decisión se derivan. Por ello, el órgano que la acuerda será siempre la más alta autoridad de la entidad competente (titular de la entidad),

con lo cual se refuerza la idea de que este acto revocatorio por sí mismo agota vía administrativa.

- **Las formas de revocar: la revocación directa e indirecta**

La diferencia entre la revocación directa e indirecta es evidente. Un supuesto es la revocación del acto producida mediante la emisión de un nuevo acto administrativo expreso, en sentido contrario al acto preexistente y que le suprime los efectos supérstites por razones de interés público. Pero, también existe otra revocación que se produce de modo indirecto, constituida por "todos aquellos supuestos en que un acto posterior modifica o desvirtúa, total o parcialmente, otro anterior o bien destruye pura y simplemente el que servía de soporte a este último"[491].

El precedente de observancia obligatoria del Indecopi, aprobado mediante Resolución N° 1535-2010-SC1-INDECOPI, tiene como virtud abordar (en el numeral III.1.3) esta clase de revocaciones para comprenderlas dentro del ámbito tuitivo de la LPAG[492]. De este modo, dicho precedente ha interpretado que también son revocaciones aquellos casos en los que sin contar con un pronunciamiento expreso (acto administrativo revocatorio) la autoridad por actuaciones indirectas restringe o priva de sus efectos los derechos e intereses que antes confirió a los mismos administrados. De modo enumerativo ha mencionado que constituyen casos de revocaciones indirectas: La emisión de una norma posterior que prohíbe la actividad de comercio anteriormente autorizada, la emisión de una norma que impide a los terceros tomar los servicios del terminal terrestre que había sido autorizado antes a un administrado, así como la negativa de otorgar un certificado de compatibilidad de use para el local que ya contaba con licencia de funcionamiento.

(491) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomas-Ramón. Ob. cit., tomo I, p. 661.

(492) Esta misma posición había sido adoptada con anterioridad por el Tribunal Constitucional (STC Exp. N° 007-2006-PI/TC-LIMA, Asociación de Comerciantes San Ramón y Figari). Ahí se expresó que afectaba el debido proceso administrativo la revocación unilateral sin procedimiento previo de revocación administrativa.

"DEBIDO PROCESO Y REVOCACIÓN UNILATERAL DE LICENCIAS DE FUNCIONAMIENTO

58. El derecho al debido proceso garantiza (art. 139, inc. 3 de la Constitución) a toda persona que cualquier acto que incida en la esfera subjetiva de sus derechos, debe estar precedido de un procedimiento donde aquella pueda ejercer de manera plena los derechos que componen el derecho al debido proceso, en particular, el derecho de defensa. En tal sentido, los actos del poder público que inciden en los derechos de la persona y que están desprovistos de un procedimiento previo donde se hayan cumplido aquellas garantías, afectan el derecho al debido proceso.

59. El artículo 4 de la Ordenanza N° 212 establece lo siguiente:

'(...) déjese sin efecto todas las Licencias Especiales dadas a la fecha, para los establecimientos comerciales ubicados en las referidas zonas'.

60. Esta disposición resulta contraria al derecho al debido proceso. La Municipalidad demandada no puede revocar licencias sin que haya precedido un procedimiento, en cada caso, esto es, con respecto a la situación individual de cada titular de los establecimientos comerciales ubicados en la zona que se encuentra bajo el ámbito de aplicación de la ordenanza".

Como podemos apreciar, los dos primeros casos constituyen cambios sobrevinientes al derecho objetivo que sirvió de base para la emisión de los actos administrativos favorables a los administrados (licencias o permisos).

No cabe duda de que la autoridad puede dictar regulaciones que se necesitan adaptar constantemente al interés público, y ello imprime variaciones al derecho objetivo de modo que en un contexto actual puede limitar, restringir o prohibir actividades que hasta ese entonces eran legales, o a la inversa. Vale decir, convertir en ilegal lo que antes era compatible con el marco jurídico superado. Por ejemplo, realizando una modificación al régimen urbanístico de una zona, aplicando medidas de racionalización a rutas de transporte de servicio público o la aprobación del régimen de vedas para la extracción de especies y recursos naturales (no renovables) que implica revocar (en todo o en parte) los títulos habilitantes anteriormente aprobados para esa actividad en la zona.

Lo cierto es que según la intensidad del interés público comprometido en el cambio normativo, la autoridad contemplará diversos escenarios posibles a efectos de los actos anteriores que superviven y son incompatibles con el nuevo estado de cosas que desea crear. En esta labor no necesariamente se llega a la revocación como única posibilidad, ya que se pueden buscar alternativas menos aflictivas. Por ejemplo, se puede contemplar entre las regulaciones transitorias convenientes: i) mantener la vigencia de los efectos de los actos anteriores hasta su extinción natural por medio del vencimiento de su plazo o el cumplimiento de su objeto, ii) mantener la intangibilidad de los efectos de los actos anteriores solo por algún tiempo más[493] o, de modo definitivo, si son efectos consolidados; iii) puede disponerse la adaptación de los efectos vigentes al nuevo estado de cosas, de ser ello posible jurídicamente; y, iv) en casos extremos, puede disponerse la revocación de los efectos supérstites de esos actos anteriores mediante el procedimiento y condiciones regulados en los artículos 212 y 214 del TUO de la LPAG.

Nótese que esta variación del marco legal si bien configura una apreciación jurídica del interés público actual y divergente de la anterior, no conduce

(493) Es la opción legislativa seguida para el caso de cambios normativos a parámetros de zonificación respecto a las licencias de funcionamiento ya aprobadas.

TUO de la Ley Marco de Licencia de Funcionamiento, Decreto Supremo N° 046-2017-PCM
Artículo 14.- Cambio de zonificación

El cambio de zonificación al que sea afecto un predio, el cual se regula de acuerdo a lo dispuesto por la normativa vigente, no es oponible al titular de la licencia de funcionamiento dentro del plazo de vigencia del instrumento de gestión urbana con el que fue aprobado el cambio de zonificación, el cual no podrá ser menor a 10 años.

Únicamente en aquellos casos en los que exista un alto nivel de riesgo o afectación a la salud, la municipalidad, con opinión de la autoridad competente, puede notificar la adecuación al cambio de la zonificación en un plazo menor.

necesariamente a la ilegalidad sobreviniente del acto administrativo anterior emitido válidamente en sentido contrario, sino solo a su incompatibilidad.

- **Objeto de la revocación**

La revocación recae sobre los efectos supérstites de un acto administrativo anterior creado conforme a los requisitos legales y procesales para adquirir legalidad. Lo ordinario es que se extingan los efectos aún vigentes y futuros del acto, pero también pueden afectarse los efectos de actos ya consumados, mediante el tratamiento establecido en el numeral 214.2 del artículo 214 del TUO de la LPAG.

- **Fundamento de la revocación**

La revocación se funda en una norma legal que autoriza a la autoridad administrativa para actuar si aprecia una divergencia contemporánea entre la situación o relación jurídica derivada del acto anterior y el interés público actual, que demanda adecuar los efectos supérstites a aquello que ahora representa el interés público. Esta necesidad de adecuar los efectos al interés público actual puede deberse a:

i) Una nueva valoración de las circunstancias originales del administrado por parte de la autoridad que la hacen convencerse que mantener el acto es inoportuno o inconveniente al interés público actual (supuesto no contemplado en la LPAG, pero posible de incorporar en normas sectoriales conforme a la previsión del num. 212.1.1 del art. 212 del TUO de la LPAG).

ii) Un cambio de circunstancias externas posteriores al acto que hacen aconsejable retirar el acto administrativo (art. 212.1.3).

iii) Aparición de elementos de juicio sobrevinientes (num. 212.1.3 del art. 212 del TUO de la LPAG).

iv) Un cambio en la normativa que hace ilegal de modo sobreviniente el estado de cosas antes autorizado (revocación indirecta).

En cualquiera de esos casos, la LPAG no deja al arbitrio de la Administración Pública ponderar el interés público sino que califica cuál circunstancia posterior debe tenerse en cuenta para activar la revocación. Por ejemplo, nuestra LPAG considera relevante la desaparición de las condiciones exigidas legalmente para la emisión del acto administrativo, o la aparición de elementos de juicio sobrevinientes para favorecer a un administrado que soporta un acto de gravamen.

- **Los actos involucrados: el acto revocado y el acto revocatorio**

El acto revocado es un acto administrativo ordinario. No se trata de un acto administrado sujeto a una condición resolutiva que se produce, porque en este caso la cesación de efectos se produce por un aspecto congénito a él y sin necesidad de un acto revocatorio posterior.

El acto revocatorio se configura como un nuevo acto independiente, con individualidad propia, por lo cual por sí mismo debe reunir los elementos esenciales para su validez. Pero a diferencia del primero, no tiene como destinatario único al administrado, sino que tiene como destinatario directo a los efectos del acto que retira y de manera refleja al administrado que era su destinatario.

En este sentido, nuestro ordenamiento ha sido más flexible que otros (por ejemplo, el colombiano) que exigen para revocar actos de carácter particular y concreto que se cuente con el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular.

- **El procedimiento revocatorio**

El procedimiento revocatorio puede ser iniciado de oficio o a pedido del administrado legitimado por soportar los efectos de un acto no favorable cuando hayan cambiado las circunstancias que lo sustentaban.

El acto revocatorio no se puede dictar de plano sino que debe estar precedido de las mismas formas y requisitos del acto revocado, en atención al principio del "paralelismo de las formas", pero además debe cumplir con un previo contradictorio, en el cual el administrado pueda presentar sus alegatos, así como generar y controlar la prueba necesaria.

III. LA REVOCACIÓN COMO CONSECUENCIA DE CONDUCTAS DEL ADMINISTRADO: SUPUESTO NO ABORDADO EN ESTE ARTÍCULO

No obstante haber sido silenciados por este artículo, el ordenamiento jurídico nacional reconoce la existencia de dos modos de revocar actos administrativos favorables a partir de acciones u omisiones imputables al propio interesado.

Hasta donde hemos analizado, la revocación constituye el ejercicio de la potestad administrativa originaria de crear, modificar, interpretar situaciones jurídicas (administración activa), por lo que no se produce como consecuencia de practicar acciones de control respecto a la conducta del administrado a afectarse por la privación de los efectos del acto. En esta línea, las figuras que vamos a ver a continuación son reacciones frente a inconductas del administrado, por lo que surgen como consecuencia de actos de control de la autoridad sobre la actividad privada.

IV. LA REVOCACIÓN-SANCIÓN

En algunos casos, la decisión de revocar un acto administrativo favorable (título habilitante) ha sido tratada como un acto de gravamen que responde a la comisión de una infracción tipificada en el ordenamiento por parte del administrado. En estos casos, la revocación adquiere claramente carácter sancionador

y queda regulada por los principios, procedimiento y garantías aplicables a la actividad sancionadora de la Administración Pública.

Consideramos que, en puridad, la revocación como instrumento de retiro jurídico de actos no corresponde ser tratada como una sanción por ser su naturaleza de un acto aflictivo; califica más bien como una medida correctiva ante la inconducta. Más bien ante la comisión de un ilícito administrativo por parte de un administrado que posee un título habilitante correspondería aplicar la clausura o suspensión temporal de actividades que son propiamente eventos punitivos, mas no la revocación que es una declaración de efectos jurídicos únicamente. La impropiedad de este tratamiento se evidencia más claramente cuando, en la práctica, el interés público no se ve satisfecho con la revocación jurídica de la licencia, sino que demanda otras sanciones propiamente dichas, como la efectiva clausura de operaciones o del negocio. De este modo se hace necesario aplicar dos o más sanciones por el mismo ilícito para obtener resultados eficientes con afectación al principio del *non bis in idem*.

V. LA REVOCACIÓN POR INCUMPLIMIENTO DEL DESTINATARIO DEL ACTO (TAMBIÉN CONOCIDA COMO CADUCIDAD O CANCELACIÓN)

Para SANTAMARÍA PASTOR[494], corresponde diferenciar la revocación-sanción que hemos visto antes del supuesto híbrido de la "revocación por incumplimiento" que produce la pérdida del acto administrativo favorable cuando el propio administrado, que es el beneficiado con el acto administrativo, no lleva a cabo por dolo o negligencia un deber legalmente impuesto que resulta ser condición esencial para el mantenimiento del estatus legal reconocido.

Comúnmente, el legislador nacional considera como incumplimientos graves que pueden conducir a la revocación de un acto favorable la no realización de pagos obligatorios a la autoridad, no someterse a inspecciones periódicas, no realizar la actividad autorizada dentro del plazo establecido o habiéndola iniciado la suspende injustificadamente, la imposibilidad para operar por ausencia de condiciones financieras, técnicas o de infraestructura, desatender las metas de servicio o de la actividad permitida, emplear los títulos habilitantes concedidos para realizar actos contrarios al objetivo autorizado o desnaturalizar su actividad (por ejemplo, si se usa para una finalidad distinta un bien estatal cedido en uso). Hemos manifestado que estos eventos pueden llevar y no que necesariamente lleven a la revocación directa del acto, porque los ordenamientos sectoriales suelen admitir figuras intermedias como la suspensión temporal de los efectos del acto, las admoniciones previas, los plazos de subsanación, etc.

(494) SANTAMARÍA PASTOR, Juan. *Principios de Derecho Administrativo General*. Tomo II, 1ª edición, Iustel, 2004, p. 158.

De este modo, el incumplimiento de estos deberes que operan como condiciones resolutorias, dan lugar a la privación de efectos de dicho acto. En nuestra opinión, esta situación si bien guarda gran semejanza con la revocación –e incluso algunos ordenamientos las denominan igual– por privar de efectos a un acto surgido válidamente por motivos sobrevinientes, también posee algunas importantes diferencias. La más sobresaliente es que mientras en la revocación existe una apreciación de la autoridad sobre si el acto mismo es compatible con las situaciones de interés público posteriores y de ahí se deriva una manifestación de voluntad de la autoridad administrativa, en esta caducidad de derechos la decisión de retirar el acto administrativo surge como una reacción ineludible u obligación legal impuesta a la autoridad por constatarse alguna actuación irregular a un deber legal por parte del beneficiario del acto. Por ello es que en este caso resulta impensable aplicar la indemnización que prevé el artículo 214 del TUO de la LPAG, dado que estamos frente a un perjuicio legítimamente aplicado al administrado por lo que debe soportarlo.

En ambos casos, la revocación se rige por su propio régimen y, por ende, no corresponde aplicar la protección que brinda al administrado los artículos 212 y 214 del TUO de la LPAG.

La reforma de la LPAG, realizada mediante el Decreto Legislativo N° 1272, adicionó una causal extraña de revocación, referida a "Cuando se trate de un acto contrario al ordenamiento jurídico que cause agravio o perjudique la situación jurídica del administrado, siempre que no lesione derechos de terceros ni afecte el interés público". En verdad este no es un supuesto de revocación propiamente hablando porque estamos hablando de un acto ilegal desde el inicio y no uno inconveniente al interés público, solo que no está sujeto al plazo de prescripción propio de las invalidaciones de oficio.

Artículo 213 Irrevisabilidad de actos judicialmente confirmados

No serán en ningún caso revisables en sede administrativa los actos que hayan sido objeto de confirmación por sentencia judicial firme.

(Texto según el artículo 204 de la Ley N° 27444)

CONCORDANCIA EXTERNA

- D.S. N° 017-93-JUS: TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 4, carácter vinculante de las decisiones judiciales. Principios de la administración de Justicia).

CONCORDANCIAS INTERNAS

- Art. 5.3: Contenido del acto administrativo.
- Art. 252.2: Caracteres del procedimiento sancionador.

Comentario

Esta norma consagra la supremacía constitucional del Poder Judicial para establecer la realidad de los hechos por ella juzgados y, en general la inalterabilidad de los contenidos de las decisiones judiciales, frente a las potestades revisoras de la Administración Pública.

Por esta regla, la Administración Pública y sus autoridades deben sujetarse al contenido de los hechos cuya existencia, alcances y sentido han sido calificados –con carácter de firmeza– por las autoridades jurisdiccionales, sin poderlos revisar, cuestionar o menos aun someter a prueba.

Ni el principio de verdad material, ni el de la legalidad, autorizan a actuar en sentido contrario al mandato judicial. La mayor parte de las aplicaciones de esta norma se tendrán en los ámbitos sancionadores administrativos, donde una conducta tipificada como indebida, corroborada por el Poder Judicial, acarreará la aplicación de la sanción administrativa que corresponda, pudiendo solo ponderar –bajo criterios administrativos– la magnitud de la sanción a aplicarse. Del mismo modo, cuando una autoridad judicial desestima la participación de una persona en un acto indebido o comprueba que la conducta no es antijurídica, la Administración Pública queda sujeta a dichos pareceres sin poder asumir posición distinta.

En estos casos es necesario precisar que cuando la norma indica "confirmación por sentencia judicial firme", quiere decir que la autoridad judicial ha emitido una decisión juzgando en concreto el caso, confirmando la existencia de los hechos. Por ejemplo, volviendo al caso de la potestad sancionadora, no será de aplicación este artículo si la autoridad judicial emite una sentencia absolutoria basada en la insuficiencia de pruebas, en alguna causal eximente, o concluye el proceso sin una decisión de fondo, como por efecto de una excepción o causal similar, pues no habrá hecho confirmado.

Artículo 214 Indemnización por revocación

214.1 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.

214.2 Los actos 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 quede firme administrativamente su revocación o anulación.

(Texto según el artículo 205 de la Ley N° 27444)

CONCORDANCIAS INTERNAS

- Art. 12: Efectos de la declaración de nulidad.
- Art. 211: Nulidad de oficio.
- Art. 212: Revocación.

Comentario

Esta norma contiene dos disposiciones distintas, aun cuando tengan en común el tema de la indemnización vinculada a la revocación.

I. EL DEBER DE INDEMNIZAR AL ADMINISTRADO POR EL PERJUICIO ECONÓMICO GENERADO POR LA REVOCACIÓN

El numeral 214.1 prevé que el acto administrativo revocatorio debe contemplar lo conveniente para efectuar, en sede administrativa, la indemnización al administrado afectado por la revocación del acto en su favor. No es una cláusula que habilite a realizar cualquier tipo de revocaciones con cargo a disponer la indemnización compensatoria. Solamente es la cláusula de cierre y de limitación para aquellos casos de revocación que el ordenamiento habilita a las autoridades.

Es lugar común en la doctrina reconocer que la revocación por recaer sobre actos regulares –y no viciados– cuando han generado situaciones concretas e individuales, posee naturaleza materialmente expropiatoria del derecho adjudicado o del interés reconocido por la autoridad mediante el acto que se pretende retirar del mundo jurídico. La norma considera que el sacrificio del interés privado inferido legítimamente por la revocación debe ser convertido en una indemnización económica. Por ello, estamos frente a un típico caso de responsabilidad de la Administración Pública por acto lícito, en el que se busca la protección patrimonial del ciudadano por la revocación del acto estable a través de la compensación del daño económico debidamente acreditado ante la autoridad administrativa.

Conforme al precedente de observancia obligatoria del Indecopi, aprobado por Resolución N° 1535-2010/SC1-INDECOPI, el daño resarcible al administrado será el daño directo y el lucro cesante producido hasta la notificación de la resolución de revocación. Ello comprenderá las inversiones realizadas

para emprender la actividad habilitada y la expectativa razonable de ingresos esperados y que dejara de percibir debido a la revocación.

En nuestra opinión, la indemnización constituye una condición de validez del acto revocatorio por lo que la autoridad revocante debe no solo establecer el derecho a la indemnización, sino disponer lo conveniente para efectuar la indemnización en sede administrativa, esto es, realizar la cuantificación, la previsión presupuestal y el pago mismo. Claro está que esta acción no obsta que el administrado pueda discrepar de la indemnización acordada y pueda contradecirla en la vía judicial. No obstante, el precedente de observancia obligatoria del Indecopi ha considerado que se cumple con las exigencias de este artículo si la resolución de revocación señala como mínimo la cuantía de la compensación y cuál es la autoridad encargada de efectuar el pago, siendo que el pago en dinero en efectivo es exigible a partir de la emisión de la resolución de revocación. Con ello, se podrá producir la desapropiación del derecho al administrado sin alcanzar aún pago efectivo.

Como se puede apreciar, tal indemnización no es una previsión ante las revocaciones producidas ilegalmente. Ello conduciría a la indemnización por acto ilícito de la autoridad. Por el contrario, esta indemnización es para las revocaciones que se realizan legalmente siguiendo los dictados del artículo 212 del TUO de la LPAG. Por ello, la indemnización corresponde particularmente cuando la revocación se produzca por la modificación sobreviniente del marco legal, por el cambio de criterio de apreciación por parte de la autoridad sobre el mérito, conveniencia u oportunidad de las mismas circunstancias que originaron el acto. Al contrario, no corresponderá aplicar esta indemnización para casos de revocación-sanción, revocación por incumplimiento del administrado por cambio exógeno de las circunstancias, o si de algún modo hubo engaño, fraude o mala fe del administrado en el procedimiento.

II. INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA POR AGOTAMIENTO DE EFECTOS DE ACTOS ADMINISTRATIVOS SUSCEPTIBLES DE REVOCACIÓN O NULIDAD

El numeral 214.2 prevé que los actos susceptibles de ser revocados, cuyos efectos hayan caducado o agotado a la fecha de la revisión de oficio, serán materia de indemnización en sede judicial, dispuesta cuando quede firme administrativamente su revocación. Similar regla se aplica para el caso de anulación de actos que ya hayan agotado sus efectos.

La norma es absolutamente necesaria dado que propiamente la revocación de actos administrativos tiene como presupuesto indispensable que aún produzcan efectos susceptibles de cesar al momento de su retiro. Los actos consumados, esto es, aquellos que han agotado totalmente sus efectos, no son posibles de ser revocados en su eficacia, precisamente porque ella ha concluido.

No tiene sentido revocar un acto que haya producido efectos de manera instantánea a su aprobación o que habiendo tenido efectos durante algún tiempo su objeto se haya cumplido o haya vencido el plazo a que estaban sujetos. Piénsese, por ejemplo, en el permiso de pesca o de caza indebidamente otorgado o que hubiere cesado la condición bajo la cual fue otorgado, pero cuya acción habilitada ya se produjo. Entonces, procederá que la Administración Pública pretenda un resarcimiento compensatorio dado que será inoficiosa la declaración de nulidad o revocación a estas alturas del proceso.

CAPÍTULO II
RECURSOS ADMINISTRATIVOS

Artículo 215 Facultad de contradicción[495]

215.1 Conforme a lo señalado en el artículo 118, 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 señalados en el artículo siguiente, iniciándose el correspondiente procedimiento recursivo.

215.2 Sólo 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. 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.

215.3 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.

215.4 Cabe la acumulación de pretensiones impugnatorias en forma subsidiaria, cuando en las instancias anteriores se haya analizado los hechos y/o fundamentos en que se sustenta la referida pretensión subsidiaria.

(Texto modificado según el artículo 2 Decreto Legislativo N° 1272)

CONCORDANCIAS EXTERNAS

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: Art. 2, inc. 3, derecho a un recurso efectivo ante las autoridades gubernamentales.
- Constitución: Art.139, inc. 3, observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.
- D.S. N° 042-2011-PCM: Obligación de las Entidades del Sector Público de contar con un Libro de Reclamaciones.

CONCORDANCIAS INTERNAS

- Art. 64, 11: Derecho de cuestionar acciones administrativas.
- Art. 102: Impugnación de la decisión.
- Art. 118: Facultad de contradicción administrativa.
- Art. 125: Acumulación de solicitudes.
- Art. 158: Acumulación de procedimientos.
- Art. 216: Recursos administrativos.
- Art. 259.1, 8: Faltas administrativas.

(495) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 206 de la Ley N° 27444.

TEXTO ORIGINAL DE LA LEY Nº 27444:

Artículo 206.- Facultad de contradicción

206.1 Conforme a lo señalado en el Artículo 109, 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 señalados en el artículo siguiente.

206.2 Sólo 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. 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.

206.3 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.

MODIFICACIONES AL TEXTO ORIGINAL:

- **Primera modificación:** artículo modificado por el artículo 2 del Decreto Legislativo Nº 1272 publicado el 21/12/2016, cuyo texto es el vigente en el TUO.

Comentario

I. EL FALSO FUNDAMENTO DEL DERECHO A LA CONTRADICCIÓN ADMINISTRATIVA: LA INSTANCIA PLURAL

De ordinario solemos asociar el derecho a recurrir de los actos administrativos con el derecho a recurrir decisiones judiciales, en una de las confusiones más recurrentes en nuestra práctica jurídica. Sin embargo, la principal –no única– diferencia la encontraremos en el fundamento jurídico que existe para cada una de ellas.

Cuando fundamentamos el derecho a recurrir de las decisiones judiciales lo vinculamos al derecho a la instancia plural o doble instancia, entendido como la regla o principio por el cual todo proceso o acto procesal relevante sea conocido por dos jueces de distinta jerarquía si así los interesados lo requieren. En este sentido, el derecho a recurrir de las decisiones judiciales se vincula necesariamente con el principio o regla de la doble instancia, con lo que el recurso se entiende exclusivamente como una institución pensada en favor del ciudadano, como una garantía de sus derechos.

Por el contrario, en la sede administrativa de un lado no es aplicable la regla de la doble instancia, y, del otro, el recurso administrativo no es una garantía en favor del administrador sino una verdadera carga en su contra y un privilegio de la Administración Pública. Veamos estas ideas.

Como hemos expresado, en la sede administrativa no es aplicable la garantía de la instancia plural o doble instancia, desde que para el administrado la verdadera garantía es poder acceder a una tutela judicial efectiva y no a que

más funcionarios administrativos, todos conformantes de la misma estructura administrativa, revisen su expediente. Si bien el derecho a la pluralidad de instancias es exigible en la configuración del derecho al debido proceso judicial, no lo es del debido proceso administrativo, ya que el ámbito natural de defensa frente a la Administración Pública, es la sede judicial (donde hay una autoridad imparcial e independiente) y no en sede administrativa. Adicionalmente, debe advertirse que en muchos casos la organización administrativa no permitiría contar con autoridades superiores con competencia para revisar decisiones de autoridades administrativas, por ejemplo de las máximas autoridades administrativas de un Ministerio (Ministro), un organismo público descentralizado (directorio de un organismo regulador), o un organismo constitucionalmente autónomo (Superintendente de Banca y Seguros, directorio del BCR, etc.). En este mismo sentido ya se pronunció el Tribunal Constitucional, que ante la alegación de la existencia de esta garantía dentro de los procedimientos administrativos ha establecido lo siguiente[496]:

> "3. El Tribunal Constitucional no comparte tal criterio. En efecto, el derecho a la pluralidad de instancias no es un contenido esencial del derecho al 'debido proceso administrativo' –pues no toda resolución es susceptible de ser impugnada en dicha sede–; pero sí lo es del derecho al debido proceso 'judicial', pues la garantía que ofrece el Estado Constitucional de Derecho es que las reclamaciones de los particulares contra los actos expedidos por los órganos públicos, sean resueltas por un juez independiente, imparcial y competente, sede esta en la que, además, se debe posibilitar que lo resuelto en un primer momento pueda ser ulteriormente revisado, cuando menos, por un órgano judicial superior.
>
> A juicio del tribunal, tras la conceptualización del derecho al debido procedimiento administrativo expresada por la demandada, subyace una idea errada de la configuración y justificación de la vía administrativa. En efecto, llevado al absurdo, con ella implícitamente se termina afirmando que las reclamaciones del administrado contra el Estado tienen su ámbito primario y natural de solución en el procedimiento administrativo y, solo subsidiariamente, en el ámbito del proceso judicial,

(496) STC Exp. N° 010-2001-AI/TC, Defensoría del Pueblo con Municipalidad Metropolitana de Lima, y ratificado en la STC Exp. N° 3088-2003-AA/TC (Recurso extraordinario interpuesto por Devicem S.R.L.) donde el tribunal admite que es constitucional la existencia de procedimientos administrativos en instancia única siempre que contenga elementos satisfactorios del debido proceso. Ahí se expresó que: "(...) En efecto, lo que se debe analizar en la garantía del debido proceso es que ella contenga elementos que sean razonablemente imprescindibles para que un proceso o procedimiento pueda ser considerado justo; en ese orden de ideas, es posible crear procedimientos con instancia única (en sede administrativa), siempre y cuando tal limitación o restricción resulte razonable y no esencial para que el debido proceso pueda cumplir sus funciones y considerarse justo".

cuando, en principio, toda resolución administrativa es susceptible de ser impugnada en sede jurisdiccional.

Evidentemente, se trata de una interpretación que no guarda relación con el principio del Estado de Derecho que, como se ha dicho, garantiza a los individuos que la solución de sus conflictos –con el Estado o con otros particulares– pueda dilucidarse ante un tribunal de justicia competente, independiente e imparcial. Es en relación con el tercero imparcial, esto es, con referencia al órgano judicial, que el legislador debe garantizar la existencia, cuando menos, de una dualidad de instancias de resolución de conflictos, así como los medios (impugnatorios) apropiados para posibilitar su acceso.

Naturalmente, los órganos y tribunales administrativos no satisfacen esas condiciones de imparcialidad e independencia, pues se trata de entes que, o forman parte de la estructura organizativa del órgano cuyo acto administrativo se reclama, o pertenecen, en general, al Poder Ejecutivo. Precisamente porque los órganos administrativos no cumplen esas garantías mínimas que debe observar el ente que resuelva el conflicto, es que, al tiempo de considerarse el agotamiento de la vía administrativa como un derecho del particular (derecho que se traduce en evitarle el acceso a la justicia ordinaria si puede resolver su conflicto con la Administración Pública estatal en dicha sede), dicha vía, cuando se fija su agotamiento de manera obligatoria, debe contemplarse de manera tal que no pueda considerarse un privilegio del Estado o, acaso, como una medida que, irrazonable y desproporcionadamente, disuada, imposibilite o impida el acceso del particular a un tribunal de justicia.

En ese sentido, estima el Tribunal Constitucional que si el legislador prevé la obligatoriedad del agotamiento de la vía administrativa, una exigencia derivada del derecho de acceso a la justicia es que este sea configurado de la manera más breve como sea posible, pues de ese modo se optimiza mejor el principio *pro actione*".

II. EL VERDADERO FUNDAMENTO: LA COLABORACIÓN EN EL AUTOCONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

El recurso administrativo no constituye, como aparenta, una garantía en favor del administrado, sino una verdadera carga en su contra y un privilegio de la Administración Pública. Debemos recordar que por la existencia de la regla de la prejudicialidad de la vía previa o el deber de agotar la vía previa, es que ningún administrado puede llevar a cuestionar una decisión administrativa directamente al Poder Judicial, sino que tiene que cumplir con el deber de promover una decisión que cause estado, para recién demandar a la Administración Pública. Precisamente, esa búsqueda de promover una decisión que cause

estado, es la que obliga al administrado a la interposición de los recursos administrativos pertinentes. Como vemos la institución del recurso administrativo no es un beneficio para el administrado, sino una virtual carga en su camino hacia el acceso a la justicia. Como bien afirma GORDILLO: "Pero hay una particularidad en diversos países (...) que contribuye a darle al recurso administrativo otro aspecto menos halagüeño: el de un auténtico privilegio de la Administración Pública y, correlativamente, el de una carga efectiva para el administrado para acceder a la tutela judicial efectiva. (...) En cualquier caso, es el precio que el ciudadano debe pagar para tener acceso a la vía judicial, unas horcas caudinas incompatibles con la garantía de pronto acceso a la justicia. Ello, por ser innecesarios para la Administración Pública, que de rutina no los resuelve; por transformar los fugacísimos plazos de interposición de los recursos en plazos de prescripción de los derechos sustantivos, por ser una carga injustificable, demorar el acceso a la justicia y de hecho, desanimar dicho acceso, etc."(497).

Ahora bien, ¿en qué se fundamentan los recursos administrativos? La respuesta es en la necesidad de favorecer el autocontrol de legalidad de la propia Administración Pública respecto a las decisiones primarias de las entidades. Como ya hemos manifestado, la recurrencia administrativa no se sustenta en la necesidad de dar al administrado la oportunidad de contar con dos pareceres de la Administración Pública emitidas por instancias diferentes, sino que en su búsqueda por acceder a la justicia ante el Poder Judicial tiene que atravesar satisfactoriamente la gama de recursos necesarios para agotar la vía administrativa.

En este sentido, el ciudadano cuando interpone un recurso actúa como un colaborador de la Administración Pública permitiéndole –por defecto– volver a conocer de aquellas decisiones primarias que ha emitido, y controlarlas en su legalidad o mérito. De este modo, cuando el administrado interpone un recurso de reconsideración, lo que está haciendo es permitir que el propio funcionario autocontrole el mérito de su decisión a partir de una nueva prueba sobre los hechos controvertidos en el procedimiento. Cuando el administrado interpone un recurso de apelación, lo que está haciendo es permitirle al superior jerárquico que revise la legalidad del proceder de su subordinado (control jerárquico). Finalmente, cuando algún ciudadano interpone un recurso de revisión está permitiendo que las autoridades superiores ejerzan su control de tutela sobre las instancias descentralizadas geográficamente (revisión típica) o sobre las instancias descentralizadas funcionalmente (revisión especial regulada por normas especiales, como en materia tributaria, de contrataciones, etc.). Si no hubieran estos instrumentos recursales, ¿cómo harían las instancias superiores para determinar qué casos ameritarían ser revisados para ejercer la potestad anulatoria de oficio?

(497) GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo. Parte general.* Tomo IV. Fundación de Derecho Administrativo y Ara Editores, Lima, 2003, pp. III-2 y III-3.

Como se puede apreciar el diseño de la vía recursal está estructurada para favorecer el autocontrol de la propia Administración Pública, permitiéndole identificar sus errores de hecho o de derecho, y enmendar su error, a través de la modificación, anulación o suspensión de lo ya decidido por ella misma.

No obstante debemos advertir que si bien el derecho a la recurrencia no tiene un sustento inmediato de ser una garantía del ciudadano frente a la Administración Pública, de manera mediata sí se conecta en el derecho al acceso a la justicia que todo administrado posee. En este sentido, para llegar a la autoridad independiente (Poder Judicial) el administrado debe conducir satisfactoriamente su pretensión por las autoridades administrativas. En este sentido, es que podemos afirmar que si bien los recursos no se crean para respetar el derecho a la instancia plural del administrado, su establecimiento le permite a este provocar de manera mediata su acceso a la justicia y ejercer su derecho a la defensa en sede administrativa; vale decir no siendo indispensables para resguardar estos derechos, cuando son creados los recursos constituyen también instrumentos al servicio de estos derechos. Como bien ha establecido el mismo Tribunal Constitucional:

> "Si bien el derecho a la pluralidad de instancias en sede administrativa no puede expandirse como una exigencia siempre y para toda actuación de la Administración Pública, como ocurre en el presente caso, la legislación infraconstitucional lo ha establecido y, en consecuencia, debe apreciarse como un derecho del ciudadano de ejercer una defensa adecuada y sin limitaciones de ningún orden, a efectos de preservar la vigencia de un proceso judicial debido y con todas las garantías del procedimiento administrativo, como lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos"[498].

III. CONDICIONALIDADES INCONSTITUCIONALES AL DERECHO A RECURRIR

Uno de los aportes más importantes de la jurisprudencia constitucional en el ámbito administrativo ha sido la construcción y delimitación del derecho a recurrir actos administrativos y su vinculación, a partir de su conexión con el deber de agotamiento de la vía administrativa, con otros derechos vinculados como el de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva.

Resaltamos entre ellos tres pronunciamientos en los que se descalifican por inconstitucionales algunas de las modalidades más frecuentes por medio de las cuales, las autoridades condicionan irrazonablemente el derecho a recurrir actos administrativos: la imposición del pago de una tasa o derecho por el recurso, la obligación de cumplir con el contenido del acto con el cual se discrepa

(498) STC Exp. N° 1803-2004-AA-TC, f.j. 20.

y, finalmente, la creación de mecanismos de desaliento a la impugnación que agravan la situación del impugnante.

En relación con la imposición de las tasas por la interposición de recursos administrativos, en la STC Exp. N° 3741-2004-AA/TC (caso Ramón Hernando Salazar Yarlenqué) se expuso lo siguiente:

> "§2. Debido procedimiento administrativo y derecho de impugnación de los actos de la administración
>
> Conforme a la jurisprudencia de este Colegiado, el derecho al debido proceso, reconocido en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución, no solo tiene una dimensión estrictamente jurisdiccional, sino que se extiende también al procedimiento administrativo y, en general, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo ha establecido, a '(...) cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, el cual tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal, en los términos del artículo 8 de la Convención Americana' (Caso Tribunal Constitucional del Perú, párrafo 71).
>
> Entendido como un derecho constitucionalmente reconocido, el debido procedimiento administrativo comprende, entre otros aspectos, el derecho a impugnar las decisiones de la Administración Pública, bien mediante los mecanismos que provea el propio procedimiento administrativo o, llegado el caso, a través de la vía judicial, bien mediante el proceso contencioso-administrativo o el propio proceso de amparo. En este último supuesto, el derecho de impugnar las decisiones de la Administración Pública confluye con el derecho de acceso a la jurisdicción cuando no existan vías propias dentro del propio procedimiento administrativo, o cuando estas se hayan agotado y causado estado en la decisión final de la Administración Pública.
>
> El recurrente sostiene, en efecto, que la exigencia del pago previo de una tasa para recibir y dar trámite a su escrito de apelación contra un acto administrativo que considera contrario a sus intereses, afecta su derecho de defensa en sede administrativa y, por tanto, vulnera el debido procedimiento administrativo (...).
>
> En conclusión, este tribunal estima que, en el presente caso, el establecimiento de una tasa o derecho como condición para ejercer el derecho de impugnar la propia decisión de la Administración, vulnera el debido proceso reconocido en el artículo 139.3 de la Constitución.
>
> §3. El derecho de defensa y el derecho de recurrir el acto administrativo
>
> El derecho de defensa garantiza, entre otras cosas, que una persona sometida a una investigación, sea esta de orden jurisdiccional o administrativa,

y donde se encuentren en discusión derechos e intereses suyos, tenga la oportunidad de contradecir y argumentar en defensa de tales derechos e intereses. Se conculca, por lo tanto, cuando los titulares de derechos e intereses legítimos se ven imposibilitados de ejercer los medios legales suficientes para su defensa, o cuando, como ocurre en el presente caso, se establezcan condiciones para la presentación de los argumentos de defensa.

Evidentemente, no cualquier imposibilidad de ejercer tales medios legales para la defensa produce un estado de indefensión reprochable constitucionalmente. Esta solo adquiere tal relevancia cuando la indefensión se genera en una indebida actuación del órgano que investiga o juzga al individuo o cuando, como ocurre en autos, se establecen condicionamientos al ejercicio mismo del derecho de defensa. Como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional español, criterio que este Colegiado comparte, esta se produce '(...) únicamente cuando el interesado, de modo injustificado, ve cerrada la posibilidad de impetrar la protección judicial de sus derechos e intereses legítimos (...) con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado (...)' (STC 15/2000), tras la realización de un acto u omisión imputable al órgano o ente al que se reputa la comisión del agravio.

En el presente caso, el tribunal estima que también se pone en riesgo este derecho constitucional cuando la municipalidad emplazada solicita el pago de una tasa para ejercer el derecho de impugnar una sanción administrativa, como lo es la determinación de multa en contra del recurrente. En tal sentido, resulta inconstitucional y, por lo tanto, inaplicable al recurrente la disposición contenida en la Ordenanza Municipal N° 084/MDS, que establece el pago de diez nuevos soles por concepto de recursos impugnativos, correspondiente a la Unidad Orgánica Oficina de Secretaría General, rubro 1.

§4. La imposición del pago de un derecho por recurrir un acto de la Administración Pública incentiva la arbitrariedad de los actos de poder

Al momento de presentar su 'expresión de agravios' frente a la decisión del a quo, el recurrente ha argüido que '(...) de admitirse como legítima la facultad de la Administración Pública para cobrar un derecho administrativo por recepcionar recursos de impugnación contra las sanciones que impone, se estaría creando una nueva fuente de recursos financieros municipales sustentados en la arbitrariedad. En tal caso, ya no importaría si la multa finalmente será pagada, sino que el solo hecho de pretender impugnarla habrá de constituir un ingreso para la Administración Pública'.

Si bien debe presumirse que toda actuación de los poderes públicos tiene como marco de referencia la observancia del principio de buena

fe y la defensa del interés general, también debe aceptarse que el razonamiento del recurrente resulta materialmente plausible. Aun no reconociendo esta posibilidad como real en el contexto del caso planteado, este Tribunal estima que la presencia de cuotas o derechos por concepto de impugnación de los propios actos de la Administración Pública, en el mejor de los casos, no incentiva la participación del ciudadano en el control de los actos del poder público y genera una interferencia cuestionable para el desarrollo del Estado Social y Democrático de Derecho.

En consecuencia, también desde esta perspectiva, el establecimiento del pago de un derecho para impugnar una decisión de la Administración Pública 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".

En relación a la exigencia del *solve et repete* o de cumplimiento previo del acto recurrido, la jurisprudencia constitucional también ha tenido ocasión de pronunciarse, descalificándola por inconstitucional en la STC Exp. N° 3548-2003-AA/TC (Grupo Carsa):

"Derecho de acceso a la justicia y *solve et repete*

4. (...)

El demandante refiere que el requisito exigido por el artículo 158 del Código Tributario es inconstitucional, ya que es '(...) excesivamente oneroso', e '(...) inaccesible, teniendo en cuenta la difícil situación económica y financiera por la cual atraviesa nuestra empresa'. Por su lado, la defensa del Estado sostiene que dicho dispositivo no es inconstitucional pues no existe '(...) sentencia expedida por el Tribunal Constitucional que haya declarado su incompatibilidad con la Constitución ni proceso de amparo a favor del demandante que haya declarado su inaplicación' (sic). Más adelante, en la misma contestación de la demanda, agrega que tal tratamiento se justificaría por el hecho de tratarse, el proceso contencioso-administrativo, de un '(...) proceso especial'.

(...)

6. La cuestión, por tanto, sigue siendo como al inicio. ¿Es compatible con el contenido constitucionalmente protegido del derecho de acceso a la justicia, la regla del *solve et repete* contemplada en el artículo 158 del Código Tributario?

En la STC Exp. N° 2763-2002-AA/TC, este Tribunal declaró que el derecho de acceso a la justicia tiene base constitucional, puesto que se

trata de un contenido implícito del derecho a la tutela jurisdiccional, reconocido por el inciso 3) del artículo 139 de la Constitución.

En el plano de las relaciones entre contribuyente y Administración Tributaria, este derecho garantiza que el primero de ellos tenga la posibilidad, real y efectiva, de acudir al juez como tercero imparcial e independiente, con el objeto de encargarle la determinación de sus derechos y obligaciones de orden fiscal.

Evidentemente, como sucede con todo derecho fundamental, también el de acceso a la justicia es uno que puede ser limitado. Sin embargo, cualesquiera que sean las restricciones o límites que se establezcan, la validez de estos depende de que no obstaculicen, impidan o disuadan irrazonablemente el acceso del particular a un tribunal de justicia.

7. Pero ¿el *solve et repete* obstaculiza, impide o disuade irrazonablemente el acceso a un tribunal de justicia? La respuesta, a juicio del tribunal, es afirmativa.

En primer lugar, su exigencia, es decir, que se condicione el pago de la obligación tributaria para que se admita una demanda cuyo objeto sea iniciar un proceso en el que se cuestione la validez de su imposición, es un obstáculo serio de orden material para que el contribuyente pueda acudir a un tribunal de justicia. Obstáculo desproporcionado si es que se tiene en cuenta que el deber de todos de contribuir con el sostenimiento de los gastos públicos, incluso de aquellos que pretenden cuestionar judicialmente un acto administrativo tributario, puede alcanzarse a través de otros medios, como el de la ejecutividad de los actos y resoluciones de la Administración Tributaria, incluso una vez presentada la demanda contencioso-administrativa [cf. última parte del segundo párrafo del artículo 157 del Código Tributario].

En otras palabras, es desproporcionado porque su finalidad constitucional –que el Estado cuente con los recursos necesarios para hacer frente sus cargas– es solo un pretexto que, alcanzándose a través de otros medios, en realidad, tiene el propósito de desalentar el cuestionamiento judicial de sus actos administrativos de contenido tributario.

En segundo lugar, se trata de una regla incompatible con el principio de igualdad jurídica ya que, como ha sostenido la Corte Constitucional de Italia, con su exigencia se propicia un tratamiento diferenciado '(...) entre el contribuyente que está en grado de pagar inmediatamente el tributo en su totalidad, y el contribuyente que no tiene medios suficientes para hacer el pago, ni puede procurárselo prontamente recurriendo al crédito, entre otras cosas, porque aún en el caso de obtener la victoria en

el proceso, no obtendría el reembolso de las sumas depositadas sino con retardo. Al primero le es consentido, en mérito de sus condiciones económicas, de solicitar justicia y de obtenerla, donde pueda probar tener la razón; al segundo esta facultad se le presenta difícil y tal vez imposible, no solo de hecho, sino también con base en el derecho, a fuerza de un presupuesto procesal establecido por la ley y consistente en la carga de pagar una suma eventualmente ingente' [*Sentenza* núm. 21/1961].

Por ello, en mérito de todo lo que se ha expuesto, y atendiendo a que la demanda contencioso-administrativa fue declarada inadmisible, tras no haberse satisfecho los requisitos que contempla el artículo 158 del Código Tributario, el Tribunal Constitucional considera que se ha acreditado la lesión del derecho de acceso de justicia".

Finalmente, el Tribunal Constitucional también se ha pronunciado descalificando los mecanismos de desalientos para la recurrencia de actos administrativos en su STC Exp. N° 1803-2004-AA). Ahí se expresó lo siguiente:

"§3. Prohibición de la reforma peyorativa y el derecho de defensa en sede administrativa. La inconstitucionalidad de la pérdida del beneficio de gradualidad

17. El inciso 2 del artículo 4 de la Resolución N° 112-2001/SUNAT, que ha servido de base legal para la determinación de la multa en la segunda instancia administrativa, aumentando el monto de la misma de S/ 930.00 a S/ 3,551.00, establece que se 'perderán los beneficios de la gradualidad (...) 4.2. Si habiendo impugnado la resolución que establece la sanción, el órgano resolutor la mantiene en su totalidad y esta queda firme o consentida en la vía administrativa'.

(...)

18. El Tribunal estima que esta disposición debe ser enjuiciada a partir de la relevancia constitucional que adquiere en nuestro sistema jurídico el derecho de defensa y, como parte de este derecho, el de recurrir las decisiones que causan agravio, así como la garantía constitucional de la prohibición de la reforma peyorativa en el marco de su ejercicio.

19. El derecho constitucional de defensa se encuentra reconocido en nuestro texto constitucional en el artículo 139 inciso 14. Asimismo, la Convención Americana de Derechos Humanos, lo reconoce en su artículo 8 como una cláusula general con diversas manifestaciones concretas. El derecho de defensa implica la posibilidad de recurrir la decisión ante una instancia superior. El derecho al recurso constituye, de este modo, una manifestación concreta del derecho de defensa.

(...)

23. En el presente caso, el derecho de impugnar la decisión de la Administración Pública –o derecho de recurrir– ha quedado sin contenido al establecerse con su ejercicio una sanción que, además de desproporcionada –conforme a los argumentos desarrollados en los fundamentos 9 a 16 *supra*–, ha terminado por conculcarlos, tras confirmarse la decisión de primera instancia. De este modo, el Tribunal opina que la aplicación de las disposiciones que autorizan dicha actuación a la Administración Pública, resulta contraria al derecho constitucional de ejercitar los recursos pertinentes incluso en sede administrativa y, por tanto, violan también el derecho de defensa.

24. De otro lado, también se ha violado, en este caso, una garantía judicial clásica que si bien se ha desarrollado en el ámbito penal, debe contemplarse como garantía extensible al procedimiento administrativo sancionador, sin ninguna reserva, con base en las consideraciones expuestas, pero, además, porque el poder coercitivo de la Administración Pública supone una clara intervención de los derechos de los ciudadanos, a quienes el sistema jurídico no puede dejar desprotegidos en ningún caso.

25. La prohibición de la reforma peyorativa o *reformatio in peius*, como la suele denominar la doctrina, es una garantía implícita en nuestro texto constitucional que forma parte del debido proceso judicial (cf. STC Exp. N° 1918-2002-HC/TC) y está orientada precisamente a salvaguardar el ejercicio del derecho de recurrir la decisión en una segunda instancia sin que dicho ejercicio implique correr un riesgo mayor de que se aumente la sanción impuesta en la primera instancia.

26. En este sentido, este Tribunal declara que la garantía constitucional de la prohibición de reforma peyorativa o *reformatio in peius* debe entenderse como una garantía que proyecta sus efectos también en el procedimiento administrativo sancionador y, en general, en todo procedimiento donde el Estado ejercite su poder de sanción y haya establecido un sistema de recursos para su impugnación.

27. En consecuencia, en el presente caso, al haberse incrementado el monto de la multa como consecuencia del ejercicio de un derecho constitucional, dicho incremento producido al confirmarse la Resolución N° 134-02-0006188, mediante Resolución N° 136-4-01814/SUNAT –ambas resoluciones de la Intendencia Regional de Junín– resulta nulo; y las normas que así lo autorizan, inaplicables por ser violatorias del derecho de defensa, del derecho a los recursos y a la garantía constitucional de la prohibición de reforma peyorativa conforme se ha señalado en los párrafos precedentes".

IV. LA ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES EN EL RECURSO ADMINISTRATIVO

La reforma de la LPAG aprobada por el Decreto Legislativo N° 1272, incorporó una precisión importante respecto a la posibilidad de acumular pretensiones en un recurso administrativo. Antes de la reforma, el tema era silenciado en la LPAG, por lo que se consideraba en la práctica que solo cabría la pretensión de anulación cuando se planteaba una apelación o reconsideración. Este artículo tiene la virtud de explicar que es procedente que el recurrente acumule pretensiones impugnatorias subsidiaria, cuando en las instancias anteriores se hayan analizado los hechos y/o fundamentos en que se sustenta la referida pretensión subsidiaria. Así, junto con la pretensión anulatoria del acto anterior, se puede acumular subsidiariamente la de otorgamiento de un derecho en favor del impugnante.

Artículo 216 Recursos administrativos[499]

216.1 Los recursos administrativos son:

a) Recurso de reconsideración

b) Recurso de apelación

Solo en caso que por ley o decreto legislativo se establezca expresamente, cabe la interposición del recurso administrativo de revisión.

216.2 El término para la interposición de los recursos es de quince (15) días perentorios, y deberán resolverse en el plazo de treinta (30) días.

(Texto modificado según el artículo 2 Decreto Legislativo N° 1272)

ANTECEDENTE

- Art. 97: LNGPA.

CONCORDANCIAS INTERNAS

- Art. 24.1.6: Contenido de la notificación.
- Art. 42: Contenido del TUPA.
- Art. 129.1: Recepción de medios alternativos.
- Art. 199: Desistimiento de actos y recursos administrativos.

TEXTO ORIGINAL DE LA LEY N° 27444:

Artículo 207.- Recursos administrativos

207.1 Los recursos administrativos son:

a) Recurso de reconsideración

b) Recurso de apelación

c) Recurso de revisión

207.2 El término para la interposición de los recursos es de quince (15) días perentorios, y deberán resolverse en el plazo de treinta (30) días.

MODIFICACIONES AL TEXTO ORIGINAL:

❖ **Primera modificación:** artículo modificado por el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1272 publicado el 21/12/2016, cuyo texto es el vigente en el TUO.

Comentario

I. LA IMPUGNACIÓN EN SEDE ADMINISTRATIVA

Denominamos recurso administrativo a la manifestación de voluntad unilateral y recepticia del administrado, por la cual dentro de un procedimiento iniciado contesta una decisión de la Administración Pública que le causa agravio,

(499) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 207 de la Ley N° 27444.

exigiéndole revisar tal pronunciamiento, a fin de alcanzar su revocación o modificatoria.

Si el interesado está conforme con la decisión administrativa y, por ende, no impugna, consiente la resolución y concluye el procedimiento. Pero si considera lo contrario, el sistema jurídico le reconoce la facultad procesal de cuestionarla.

Para la procedencia de los recursos en lo administrativo no se establece ninguna causal o pretensión específica que le sirva de fundamento. En tal sentido, la fundamentación del recurso es libre, en cuanto al señalamiento de algún tipo de agravio presuntamente ocasionado al administrado, pudiendo basarse indistintamente en razón a su inoportunidad, su falta de mérito, su inconveniencia o en cualquier infracción al ordenamiento jurídico, incluyendo la posibilidad de un deficiente análisis del instructor (puro derecho).

II. SEUDO RECURSOS

La precisión con que esta norma ha sido redactada se dirige a descartar las dudas existentes en el ámbito jurídico nacional acerca de la naturaleza recursiva de instituciones como la queja administrativa y la nulidad administrativa.

Ambas han sido caracterizadas como corresponden: la queja como un instrumento dentro del procedimiento dirigido a reconducir la ordenación y tramitación dentro de los cánones previsibles, pero no a impugnar una resolución administrativa en particular (art. 157 del TUO de la LPAG); y, la nulidad como un argumento que puede sustentar cualquier recurso administrativo, pero nunca configura un recurso autónomo dentro del procedimiento nacional (num. 11.1 del art. 11 del TUO de la LPAG).

III. VERDADEROS RECURSOS

Este artículo consagra como únicos recursos realmente generales a la apelación y la reconsideración. La posición del antiguo recurso de revisión ha sido relegada para cuando alguna norma específica en un procedimiento administrativo especial lo contemple. En la original LPAG se le consideraba aun como un recurso general por cuanto el proceso de descentralización no estaba avanzado, y era aun necesario mantenerlo para que algunos procedimiento llegaran en última instancia a las autoridades de competencia nacional. Pero ahora, cuando los gobiernos regionales son autónomos en las materias de sus competencias y agotan la vía administrativa por sí mismos, sucede que, como bien dice la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1272, el "desarrollo del proceso de descentralización territorial en el Perú, donde ya se ha procedido a la transferencia de una serie de competencias a entidades de carácter regional o municipal, ha llevado a regular el recurso de revisión de manera restringida. Por ello, y de acuerdo con lo dispuesto en el segundo párrafo del numeral 216.1 del artículo 216 de la LPAG, este recurso ahora

solo podrá invocarse en los casos en los cuales expresamente una ley o decreto legislativo lo establezca, dejándose de lado lo antes establecido en el artículo 210 de la LPAG".

IV. LEGITIMIDAD PARA RECURRIR

Resulta consustancial a la naturaleza del recurso que sea planteado por el administrado y no por un órgano administrativo, por cuanto para contradecir es necesario sustentar que la decisión ocasiona un agravio al interesado.

Los órganos administrativos actuando con imperio no se encuentran en condiciones de presentar recursos contra actos administrativos de otras autoridades de igual, mayor o menor nivel, en razón a que la propia esencia de la teoría organizativa jerarquizada permite a las autoridades la aptitud para imprimir la dirección deseada a la gestión pública sin cuestionamientos provenientes de su interior.

La discrepancia intraadministrativa dirigida a privar de efectos a las decisiones puede ser canalizada del superior al subordinado mediante los mecanismos de la fiscalización o tutela administrativa, pero nunca por la vía del recurso.

La doctrina y legislación comparada consignan como elementos fundamentales de todo recurso administrativo:

a. La voluntad de recurrir y su exteriorización documental;

b. Indicación de la decisión contestada;

c. Fundamentación de la controversia, lo cual de ordinario se cumple incorporando al escrito del recurso las razones para la discrepancia. No obstante, también el administrado puede reservarse la oportunidad para hacerlo durante la secuencia del procedimiento recursal o incluso habiéndolo consignado en el recurso, puede mejorarla después, siendo su derecho fundamentar su posición mientras el asunto esté pendiente de decisión.

d. Constitución de domicilio.

Cabe advertir que el ofrecimiento de prueba no constituye elemento del recurso, puesto que siempre podrá realizarse durante la sustanciación del recurso o incorporarla en el escrito de interposición.

V. INTERPOSICIÓN DENTRO DEL PLAZO DE QUINCE (15) DÍAS DE NOTIFICADO EL ACTO IMPUGNADO

Los modos trascendentes como el tiempo, influyen sobre el recurso administrativo y son: la extensión del plazo para su ejercicio, el inicio de su transcurso y su forma de cómputo.

Como por seguridad jurídica los actos administrativos no pueden estar indefinidamente expuestos al riesgo de una revisión por vía de recurso, solo se admite cuestionarlos dentro del plazo perentorio de 15 días hábiles desde la

comunicación. Vencido dicho plazo, la disconformidad subsistente no puede admitirse ni resolverse como recurso, aunque la buena práctica administrativa admite su trámite y resolución, como una reclamación, siempre que sea presentada dentro del plazo de prescripción del derecho subjetivo. Vale decir que, si se pierde el derecho para articular un recurso, la contradicción extemporánea debe ser considerada como una reclamación (la legislación argentina denomina a esta figura "denuncia de ilegitimidad").

Cabe resaltar que presentada la reclamación fuera del plazo hábil para la recurrencia, conducirá –como cualquier petición– a una decisión administrativa, pero no producirá el agotamiento de la vía, por cuanto esta es un efecto propio y reservado a los recursos.

Ahora bien, el plazo hábil para la presentación se computa a partir del día siguiente de la notificación del acto o de su publicación en el diario oficial *El Peruano*, según corresponda. Si ninguno de estos hechos se cumplen por inacción administrativa o no constara certeramente su cumplimiento, o la fecha en que fue realizado, la doctrina indica que dicho plazo no empieza, y consecuentemente, el recurso interpuesto en cualquier momento debe considerarse presentado durante tiempo hábil.

Nuestra normativa se ha ocupado exclusivamente por establecer un término final para la procedencia del recurso, sin precisar un término inicial a partir del cual se entiende facultado el administrado a presentar su recurso administrativo, ante lo cual se entiende habilitado desde el mismo momento de recibida la notificación del acto agraviante.

Empero, esta posición no es uniforme en el Derecho comparado, pues existe otra tendencia (por ejemplo, la legislación guatemalteca) que prefiere prescribir un término inicial a partir de la notificación del acto para la viabilidad de su impugnación (desde el tercer día de practicada la notificación), con la finalidad de obligar al administrado a realizar una reflexión sobre la recurrencia que va a plantear y acudir al asesoramiento pertinente y así evitar recursos apresurados, emotivos (recursos prematuros o anticipados) o notoriamente improcedentes.

La prueba de la fecha de presentación de los recursos resulta de la constancia sellada, fechada y firmada por el agente receptor (cargo) o del recibo que se puede entregar en este momento. Si no constara la fecha de presentación, invariablemente deberá entenderse presentado oportunamente. De ahí que la carga de probar un recurso extemporáneo recaiga en la Administración Pública.

La determinación de los recursos pertinentes en cada caso –afirma CAJARVILLE[500]– se realiza mediante un análisis de menor a mayor, acerca de las

(500) CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo. *Recursos administrativos*. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1989, p. 61.

circunstancias y la naturaleza del sistema organizacional que integra el autor del supuesto agravio y de su ubicación jerárquica dentro de ese sistema. La secuencia de análisis es la siguiente:

1. Precisar el órgano que dictó el acto considerado lesivo;
2. Individualizar su posición jerárquica dentro de la estructura del organismo que integra; y,
3. Determinar la naturaleza jurídica (autónoma, desconcentrada o descentralizada) del sistema orgánico integrado por el agresor.

El primer paso en esta investigación nos sindicará al órgano ante el cual ha de interponerse una aclaración o una reconsideración, que son los recursos básicos procedentes en todo caso respecto de cualquier acto administrativo, sin contemplar la posición jerárquica del emisor o la naturaleza del sistema estructural que integra.

La segunda etapa de análisis nos revelará si corresponde interponer el recurso de apelación, según sea si el agente emisor se encuentra o no sujeto a alguna jerarquía administrativa dentro de su estructura organizacional.

Finalmente, según la naturaleza del sistema orgánico desconcentrado, será necesario presentar recurso de revisión si el supuesto estructural de tutela se presenta para ello (esto es, que el autor del agravio se encuentre sujeto a tutela administrativa a cargo de otra autoridad de nivel mayor).

La legislación se ha preocupado por establecer además algunas reglas para que la interposición de recursos administrativos sea ágil y no obstruya la diligencia que debe presidir la secuencia administrativa.

Cada recurso administrativo produce un procedimiento recursal distinto, que son los procedimientos administrativos de segundo grado a través de los cuales la Administración Pública a instancia del administrado, procede a la revisión o reexamen de sus decisiones anteriores, a fin de establecer la legalidad de lo actuado.

VI. PROCEDIMIENTO RECURSAL

El procedimiento seguido para sustanciar y decidir la controversia iniciada por la interposición de cualquier recurso administrativo corresponde a la naturaleza de los procedimientos de evaluación previa, por cuanto siempre debe abrirse un debate para analizar detenidamente los extremos del contradictorio y resolverse conforme a derecho.

Esa evaluación previa demanda la existencia de pruebas, actuación, análisis y decisión dentro de un cauce de sustanciación que denominamos procedimiento recursal.

Del mismo modo, por influencia del principio de informalidad no se contempla una fase de concesorio al recurso como un acto formal declarativo sobre su procedencia o no, sino solamente se establece que la autoridad a cargo de la segunda revisión debe emitir una resolución final sobre el recurso decidiendo simultáneamente sobre su procedencia y sustento.

Los procedimientos constitutivos y recursal no son dos categorías jurídicas distintas, por el contrario se trata de etapas sucesivas de un mismo *iter* reglado bajo un único régimen jurídico y con diseños que responden a idénticos principios.

El procedimiento recursal, llamado por algunas legislaciones como vía gubernativa, es a su vez un procedimiento de constitución de nuevos actos administrativos decisorios sobre la impugnación, por lo que le resultan aplicables los mismos principios y características explicadas para la sustanciación, prueba y conclusión del procedimiento constitutivo.

Como afirma DROMI[501], ninguna de las dos puede erigirse como una categoría jurídica propia, ni tampoco alguna de ellas puede absorber el contenido íntegro del procedimiento administrativo, excluyendo a la otra, ya que la distinción entre ambas es de grado o de diversos momentos por los cuales atraviesa la voluntad administrativa.

La decisión del recurso debe comprender todos los asuntos sometidos a su consideración dentro del ámbito de su competencia o aquellos que surjan con motivo de la sustanciación, aunque no hayan sido alegados por los administrados o motivado su impugnación. Por su parte, el contenido de la resolución puede ser confirmatorio, modificatorio o revocatorio del acto impugnado, así como ordenar la reposición en caso de vicios en el procedimiento.

El procedimiento recursal presenta particularidades en cuanto a los sujetos involucrados. Ellos son:

a) Sujeto activo o recurrente

Con esta denominación los autores identifican al administrado que interpone el recurso, cuestionando y argumentando con legítimo interés un acto administrativo que le ocasiona agravio y, consecuentemente, es quien promueve el procedimiento recursal. Para adquirir esta condición resulta irrelevante que el acto administrativo impugnado se le dirija personal y directamente, siendo solo trascendente que el acto sea susceptible de afectar su legítimo interés o sus derechos.

Tales derechos o intereses legitimadores de la recurrencia, no solo pueden ser alegados por los particulares comunes, sino también por otras entidades públicas con personalidad jurídica propia e independiente de la autora del

(501) DROMI, José Roberto. *El procedimiento administrativo*. Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1996, p. 111.

acto administrativo (como sucede cuando una institución estatal requiere a un municipio el otorgamiento de una licencia de construcción).

Concordantemente carecen de legitimación suficiente por la inexistencia de intereses propios diferenciados susceptibles de entrar en conflicto, los órganos o funcionarios de la propia entidad generadora de la decisión (salvo en procedimientos disciplinarios o investigatorios).

Como expresamos anteriormente, resulta consustancial al recurso que su planteamiento provenga de un administrado y no del órgano administrador, por cuanto para recurrir es necesario sustentar que la decisión ocasione un agravio al interesado. Los funcionarios administrativos actuando con imperio no se encuentran en condiciones de presentar recursos contra actos administrativos de otras autoridades de igual o mayor nivel, en razón a que la propia esencia de la teoría organizativa jerarquizada permite a sus autoridades la aptitud suficiente para imprimir la dirección proyectada a la gestión pública sin cuestionamientos en su interior.

Las discrepancias intraadministrativas orientadas a privar de efectos a decisiones, son dirigidas del superior al subordinado mediante los mecanismos de la fiscalización administrativa, pero nunca por la vía de recursos. Solo los funcionarios públicos desprovistos del ejercicio de su autoridad –esto es, en el rol de cualquier administrado– pueden recurrir en protección de sus intereses o derechos individuales (por ejemplo, en un procedimiento administrativo disciplinario, como usuario de algún servicio público o para obtener una pensión, etc.).

b) Sujeto pasivo o recurrido

El órgano emisor del acto recurrido es denominado sujeto recurrido o pasivo. Esta denominación obedece a que –salvo en el procedimiento recursal de una reconsideración– la competencia de la autoridad recurrida le faculta únicamente a recibir el escrito de impugnación para encausarlo debidamente, quedando solo habilitado a calificarlo en caso de oscuridad, y elevarlo al decisor conjuntamente con el expediente generado.

Cabe analizar si en el procedimiento administrativo, análogamente al proceso judicial, la autoridad recurrida preserva la atribución de pronunciarse acerca de la procedencia formal del recurso presentado (concesorio) y emitir una decisión habilitante de la instancia superior. Nótese que de ser favorable la respuesta, podría facultarse al sujeto recurrido a rechazar de plano algún recurso presentado contra sus propios actos.

Al respecto la legislación nos reitera el rol pasivo de la autoridad recurrida, ya que en los recursos de alzada (apelación y revisión), aun cuando con claridad carecieran de sustento, al receptor solo le compete encausarlos y elevar el expediente al superior, sin poder limitar la recurrencia. Solo al funcionario decisor le corresponde analizar la procedencia o improcedencia del recurso.

Excepcionalmente, y sin que su rol pasivo varíe por ello, el órgano recurrido puede informar al superior sobre lo actuado, siempre que este lo requiriese para la adecuada sustanciación del procedimiento recursal. Este papel resulta útil a fin de evitar que a partir de la presentación de un recurso de alzada, el procedimiento recursal quede impulsado solo por la parte presuntamente afectada, sin contarse con el saludable contraste de opiniones entre los argumentos del recurrente y los que motivaron la decisión, más allá de lo expuesto en una escueta resolución[502].

c) Órgano decisor

Respecto al órgano decisor se distinguen tres roles que pueden confluir en uno o más autoridades administrativas.

- El órgano ante quien el escrito del recurso debe ser presentado.
- El órgano al cual se dirige inmediatamente el recurso.
- El órgano habilitado para pronunciarse sobre el recurso.

El primer sujeto es la dependencia o repartición competente para recibir físicamente el escrito conteniendo el medio de impugnación específico (unidad de receptoría). Por ser comunes en todas las entidades, su identificación no reviste mayor dificultad.

Los otros dos sujetos merecen ser objeto de precisiones, ya que están referidos a diferentes roles que pueden corresponder respecto al recurso. Mientras el órgano al cual se dirige el recurso debe darle trámite hacia la instancia decisoria (sujeto recurrido), el órgano que debe resolverlo será el verdadero definidor del fondo del asunto. Sin embargo, estos roles no son estrictamente excluyentes, por cuanto en el recurso de reconsideración una misma autoridad desempeña ambos roles.

Entonces, reservamos la denominación órgano decisor para la instancia administrativa llamada a sustanciar y resolver el procedimiento recursal.

Como norma general, desempeñan alternativamente competencia para resolver recursos administrativos:

- La misma autoridad generadora de la decisión recurrida, en el caso del recurso de reconsideración;
- El superior jerárquico y organismo tutor (como sucede en los recursos de apelación y revisión); y,

(502) Así, por ejemplo, esta habilitación se contempla en los procedimientos sobre libre competencia (art. 31 del Decreto Legislativo N° 1033) cuando se faculta al secretario técnico de las comisiones a sustentar y defender las resoluciones dictadas por su comisión en las apelaciones que se hubiesen planteado.

- Organismos administrativos especializados en esta única tarea y liberados de cualquier otra gestión (tribunales administrativos especializados como Tribunal de Contrataciones del Estado, Tribunal Fiscal; Tribunal Nacional del Deporte; Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual; Consejo del Notariado; Consejo de Minería; Junta de Vigilancia de Registros Públicos).

Como regla general, tenemos que ningún funcionario considerado como persona natural puede resolver como segunda autoridad los recursos presentados contra sus propias decisiones.

Como apreciamos anteriormente, la instrucción y la resolución sobre la procedencia de los recursos compete al órgano decisor, sin embargo para ello no se amerita una etapa especial en la que primero se emita una resolución admisoria del recurso y posteriormente una segunda, decidiendo el fondo de la controversia.

d) Terceros interesados

Cuando aparecen terceros interesados en el contenido de la decisión del procedimiento recursal, la secuencia adquiere connotaciones particulares derivadas de la necesidad de brindar audiencia a sus legítimos intereses.

Tales terceros suelen aparecer bajo la personería de los administrados favorecidos por el acto cuestionado por otro partícipe denominado recurrente, y que en consecuencia sus derechos e intereses pueden verse afectados por los resultados de la vía recursal (por ejemplo, el funcionario nombrado para un ascenso cuyo concurso es cuestionado o el adjudicatario de la buena pro cuya licitación la controvierte otro postor no favorecido).

Ellos, a pesar de no haber iniciado la fase recursal, resultan legítimamente interesados en exponer su posición ante el instructor, argumentando en favor de la pervivencia de lo decidido y, como tal, deben ser atraídos al procedimiento, corriendo traslado del recurso para su defensa y consecuente ingreso a la sustanciación recursal, conjuntamente con el recurrente.

Precisamente por su especial interés en mantener la vigencia del acto impugnado, la doctrina denomina a este partícipe como el "contrarrecurrente".

Dentro del procedimiento recursal, la Administración Pública podrá, de oficio o a petición de parte, disponer la producción de la prueba necesaria cuando estimare que los elementos reunidos en el expediente no son suficientes para resolver el recurso. Es una aplicación del principio de verdad material.

Artículo 217 Recurso de reconsideración

El recurso de reconsideración se interpondrá ante el mismo órgano que dictó el primer acto que es materia de la impugnación y deberá sustentarse en nueva prueba. En los casos de actos administrativos emitidos por órganos que constituyen única instancia no se requiere nueva prueba. Este recurso es opcional y su no interposición no impide el ejercicio del recurso de apelación.

(Texto según el artículo 208 de la Ley N° 27444)

ANTECEDENTE

- Art. 98: LNGPA.

CONCORDANCIAS INTERNAS

- Art. 24.1.6: Contenido de la notificación.
- Art. 97, 2: Causales de abstención.
- Art. 134: Observaciones a la documentación presentada.
- Art. 215: Facultad de contradicción.

Comentario

I. CARACTERES DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN

El recurso de reposición, de revocatoria, de oposición, "gracioso", o simplemente de reconsideración, es el recurso optativo que puede interponer el administrado ante la misma autoridad emisora de una decisión controvertida, a fin de que evalúe la nueva prueba aportada, y por acto de contrario imperio proceda a modificarlo o revocarlo. El fundamento de este recurso radica en permitir que la misma autoridad administrativa que conoció del procedimiento revise nuevamente el caso y pueda corregir sus equivocaciones de criterio o análisis. Como se trata de la autoridad que ya conoce del caso, antecedentes y evidencia, presupone que podrá dictar una resolución con mayor celeridad que otra autoridad que recién conozca de los hechos. Presume que si la autoridad toma conciencia de su equivocación a partir del recurso del administrado, procederá a modificar el sentido de su decisión para evitar el control posterior del superior.

La característica peculiar entre la reconsideración y otros recursos radica en que su recepción, sustanciación y decisión compete al mismo órgano que dictó el acto recurrido, al cual resulta sencillo identificar en una generalidad de casos. Por ello es que a este recurso, a diferencia de la apelación que es de alzada, se le conoce también como recurso horizontal. Sin embargo, es necesario analizar a quién compete conocer este recurso si el órgano recurrido hubiera resuelto usando competencias delegadas por otro superior.

Para definir este caso es necesario determinar si al momento de interponer el recurso sigue vigente o hubiese concluido la delegación. En el primer caso, el recurso puede ser interpuesto válidamente ante el órgano delegante –quien lo

resolvería en mérito a sus facultades propias–, o bien ante el órgano delegado, quien lo resolverá en ejercicio de la facultad delegada.

Por su parte, en el caso de haber cesado la delegación, corresponderá al órgano que transfirió la competencia resolver el procedimiento recursal.

La segunda característica del recurso es su carácter opcional para el administrado. Esta peculiaridad implica que será el administrado quien definirá si ejerce este medio de impugnación o no, siendo impedida la Administración Pública de exigir su ejercicio para lograr el agotamiento de la vía. Por ello, el único recurso obligatorio será la apelación. Ante ello, incluso cuando el administrado tuviera una nueva prueba que aportar al procedimiento, se encuentra en la libertad de plantearlo dentro de un recurso de apelación o en uno de reconsideración.

Precisamente, el Tribunal Constitucional[503] ha tenido la oportunidad de plantearse si en algún caso los administrados pueden ser afectados en sus derechos, si no han hecho uso del recurso de reconsideración ante la propia instancia autora del acto que recurre. En este supuesto, un ciudadano presentó una solicitud de vacancia contra el amparista que fue declarada improcedente mediante Acuerdo de Concejo N° 021-2005-GPCH/A, de fecha 3 de marzo de 2005, y directamente fue impugnado mediante apelación ante el JNE sin previamente haber interpuesto recurso de reconsideración ante el propio concejo, conforme prevé el artículo 23 de la Ley Orgánica de Municipalidades, en los siguientes términos: "(...) El acuerdo de concejo que declara o rechaza la vacancia es susceptible de recurso de reconsideración, a solicitud de parte, dentro del plazo de 15 (quince) días hábiles perentorios ante el respectivo concejo municipal. El acuerdo que resuelve el recurso de reconsideración es susceptible de apelación. El recurso de apelación se interpone, a solicitud de parte, ante el concejo municipal, que resolvió el recurso de reconsideración dentro de los 15 días hábiles siguientes, el cual elevará los actuados en el término de tres (3) días hábiles al Jurado Nacional de Elecciones, que resolverá en un plazo máximo de treinta (30) días hábiles, bajo responsabilidad (...)".

Aquí se discutía si era posible afirmar que la no interposición de la reconsideración por parte del ciudadano que pretendía la vacancia afectaba el debido procedimiento del alcalde. La decisión del Tribunal Constitucional fue en el sentido que la no interposición del recurso de reconsideración contra el Acuerdo de Concejo N° 021-2005-GPCH/A, no vulneró el derecho al debido procedimiento administrativo del recurrente bajo los fundamentos siguientes:

> "No existe duda que de una lectura formal y aislada del artículo 23 de la LOM deriva un orden preclusivo en la interposición de los recursos administrativos de reconsideración y apelación en los procedimientos de vacancia de alcaldes y regidores. Sin embargo, el asunto de relevancia constitucional consiste en determinar si el hecho de que se haya

(503) STC Exp. N° 2730-2006-PA/TC, Arturo Castillo Chirinos.

interpuesto directamente un recurso de apelación ante el JNE contra el acuerdo de concejo que declaró improcedente la solicitud de vacancia del recurrente en el cargo de alcalde de la Municipalidad Provincial de Chiclayo, sin previamente haber presentado el de reconsideración ante el propio concejo, afecta alguno de los componentes de la tutela jurisdiccional efectiva o del debido proceso.

Este Colegiado considera que ninguno de ellos se ve afectado, pues el recurso de reconsideración resulta inocuo desde un punto de vista constitucional. En efecto, la inexistencia de una reevaluación por parte del mismo órgano emisor del acto administrativo, no podría significar un supuesto de vulneración del derecho a la pluralidad de instancia o a interponer recursos impugnatorios en aquellos casos en los que se encuentran regulados en el ámbito administrativo, por el sencillo motivo de que dichos derechos tienen por objeto que un órgano distinto y jerárquicamente superior al que emitió el acto tenga la posibilidad de evaluar nuevamente el asunto controvertido y, eventualmente, revocar la decisión originaria. Tales cometidos quedan plenamente garantizados con el recurso de apelación.

De ahí que este Tribunal considere que el artículo 23 de la LOM, en lo que al recurso de reconsideración se refiere, deba ser interpretado sistemáticamente con el artículo 208 de la Ley N° 27444 –Ley del Procedimiento Administrativo General–, en cuanto prevé que [e]ste recurso es opcional y su no interposición no impide el ejercicio del recurso de apelación".

II. LA NUEVA PRUEBA COMO REQUISITO DE ADMISIBILIDAD

Respecto a la exigencia de la nueva prueba en el recurso de reconsideración, el profesor Antonio VALDEZ CALLE[504] al comentar el Reglamento de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, aprobado mediante Decreto Supremo N° 006-SC, (antecedente de la actual LPAG) señalaba lo siguiente:

> "En nuestra práctica administrativa, anterior a la adición de la normas, el recurso de reconsideración es el que ha tenido más larga vida y mayor empleo por las personas que seguían expedientes ante la Administración Pública.
>
> En las normas no se ha querido prescindir de este recurso, pero se le ha dado el carácter de opcional o facultativo; señalándose expresamente que el hecho de no interponer el recurso de reconsideración no impide el recurso de apelación.

(504) VALDEZ CALLE, Antonio. *Comentarios a las Normas Generales de Procedimientos Administrativos*. Talleres Gráficos de Neocont, Lima, 1969, p. 99.

> Con el recurso de reconsideración se pretende que la misma autoridad o funcionario que dictó un acto modifique esa primera decisión a base de la nueva prueba instrumental que el interesado presente y naturalmente del alegato que sustente la prueba instrumental presunta".

Precisamente para nuestro legislador no cabe la posibilidad de que la autoridad instructora pueda cambiar el sentido de su decisión, con solo pedírselo, pues se estima que dentro de una línea de actuación responsable, el instructor ha emitido la mejor decisión que a su criterio cabe en el caso concreto y ha aplicado la regla jurídica que estima idónea. Por ello, perdería seriedad pretender que pueda modificarlo con tan solo un nuevo pedido o una nueva argumentación sobre los mismos hechos. Para habilitar la posibilidad del cambio de criterio, la ley exige que se presente a la autoridad un hecho tangible y no evaluado con anterioridad, que amerite la reconsideración.

Esto nos conduce a la exigencia de la nueva prueba que debe aportar el recurrente, y ya no solo la prueba instrumental que delimitaba la norma anterior. Ahora cabe cualquier medio probatorio habilitado en el procedimiento administrativo. Pero a condición que sean nuevos, esto es, no resultan idóneos como nueva prueba, una nueva argumentación jurídica sobre los mismos hechos, la presentación del documento original cuando en el expediente obraba una copia simple, entre otras. Para determinar qué es una nueva prueba para fines del artículo 217 del TUO de la LPAG, es necesario distinguir entre: (i) el hecho materia de la controversia que requiere ser probado; y, (ii) el hecho o hechos que son invocados para probar el hecho controvertido.

Es evidente que en cualquier fase del procedimiento administrativo los hechos controvertidos serán siempre los mismos, pues son los hechos que sustentan la exigencia de la actuación de la Administración Pública, sobre los cuales se pronunció la autoridad administrativa de manera desfavorable al interés del administrado.

Ahora bien, respecto a los hechos que se invocan para probar el hecho controvertido, será preciso distinguir entre (i) "fuente de prueba", (ii) "motivos o argumentos de prueba", y (iii) "medios de prueba".

Hernando DEVIS ECHANDÍA[505] señala que fuente de prueba son los hechos percibidos por el juez, que por lo general consisten en hechos diferentes del que se trata de probar (salvo el caso de la inspección); motivos o argumentos de prueba son las razones que el juez deduce de las fuentes de prueba, para reconocer o negar determinado valor de convicción de las pruebas; y, finalmente, los medios de prueba son los instrumentos y órganos que suministran la fuente

(505) DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba*. 5ª edición, Tomo I, Temis, Bogotá, 2002, pp. 527 y 528.

de la prueba, son la expresión material de las fuentes de prueba que proporcionarán al juez el conocimiento necesario para pronunciarse.

El mismo autor señala que: "en el lenguaje jurídico de legisladores, jueces y autores es frecuente denominar 'pruebas' tanto a los medios como a las fuentes. Así, cuando se dice que un hecho es prueba de otro, se está contemplando la fuente, y cuando se expresa que la confesión o la escritura pública o dos testimonios son pruebas de cierto hecho, se hace referencia a los medios"(506).

En este orden de ideas, se puede señalar que cuando este artículo exige al administrado la presentación de una nueva prueba como requisito de procedibilidad del recurso de reconsideración, se está solicitando que el administrado presente una nueva fuente de prueba, la cual debe tener una expresión material para que pueda ser valorada por la autoridad administrativa. Dicha expresión material es el medio probatorio nuevo.

Es preciso resaltar que el hecho controvertido materia del pronunciamiento por la autoridad administrativa será siempre el hecho materia de prueba. En tal sentido, cualquier medio de prueba que se presente siempre tendrá por finalidad probar este hecho, para así obtener el pronunciamiento favorable de la autoridad.

En tal sentido, debemos señalar que la exigencia de nueva prueba para interponer un recurso de reconsideración está referida a la presentación de un nuevo medio probatorio, que justifique la revisión del análisis ya efectuado acerca de alguno de los puntos materia de controversia. Justamente lo que la norma pretende es que sobre un punto controvertido ya analizado se presente un nuevo medio probatorio, pues solo así se justifica que la misma autoridad administrativa tenga que revisar su propio análisis.

Sobre el particular amerita advertir acerca de la inveterada práctica de nuestra Administración Pública por declarar, de plano, improcedente o inadmisible una reconsideración cuando no se apareja la prueba, olvidando su deber de cautelar el derecho a la recurrencia. De acuerdo con los principios procedimentales expuestos y recogidos en disposiciones legales, lo correcto es advertir previamente al administrado acerca de la carencia de la nueva prueba requerida y otorgar un plazo prudencial para la subsanación, teniendo en cuenta que solo si a su término persiste la omisión podrá negarse el recurso.

En verdad, la precitada práctica configura un cómodo mecanismo empleado para eludir evaluar lo sustancial de una reconsideración, bajo el argumento de un aparente cumplimiento de la exigencia formal de normas administrativas.

(506) DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Ibídem, p. 529.

III. LA EFICACIA DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN

Comentario especial merece el nivel de eficacia práctica que muestra el recurso de reconsideración, pues como afirma gran parte de la doctrina, DÍEZ[507], GORDILLO[508] y ESCOLA[509], parece lógico dudar que pueda prestar garantía de un resultado justo, un recurso donde el órgano decisorio sea a la vez el autor de la disposición controvertida. La más de las veces como la autoridad no admite las objeciones expuestas a través del cuestionamiento, resulta ser un recurso de ratificación. En nuestro país, por ejemplo, mediante una estadística elaborada por el Indecopi acerca del porcentaje de reconsideraciones presentadas en los procedimientos sobre protección al consumidor, publicidad y competencia desleal a su cargo, se identificaron los índices de 0.00 % y 0.63 % de recursos declarados fundados, respectivamente.

Con una expresión bastante gráfica, PÉREZ SERRANO –citado por GONZÁLEZ PÉREZ[510]– sintetiza ello afirmando: "Nuestros procesalistas, con el ardor de neófitos que corresponde a quien estrena técnica, han discutido briosamente si la reposición constituye propiamente un remedio o recurso. Probablemente no es ni lo uno ni lo otro; es una manera de perder el tiempo (...)".

Por esta consideración, la legislación incluye a la reconsideración como un recurso opcional (se le llama por ello también "gracioso"), en cuya virtud su interposición no es requisito previo al de apelación, de tal suerte que el interesado puede elegirlo o no para concluir la instancia y obtener un acto que cause estado, sin que su no ejercicio implique defecto alguno para el procedimiento.

La buena práctica aconseja reconsiderar solo cuando apreciemos encontrarnos frente a una Administración Pública consciente de su rol y con conocimiento suficiente sobre la materia que haga previsible que pueda retractarse y, preferentemente, ante funcionarios de jerarquía superior.

IV. EL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN EXTRAORDINARIO CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS DE ÓRGANOS ACTUANDO EN INSTANCIA ÚNICA

La LPAG incluye una situación excepcional para el ejercicio del recurso: su procedencia extraordinaria cuando se trate de cuestionar actos emitidos en única instancia por autoridades no sujetas a potestad jerárquica (por ejemplo, máximas autoridades de organismos autónomos).

(507) DÍEZ, Manuel María. Ob. cit., tomo V, p. 357.
(508) GORDILLO, Agustín. Ob. cit., tomo IV, p. IX-9.
(509) ESCOLA, Héctor. *Teoría general del procedimiento administrativo*. 2ª edición, Depalma, Buenos Aires, 1981, p. 313 y ss.
(510) GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. Ob. cit., p. 833.

De suyo en este caso, el administrado tendría agotada la vía administrativa por la emisión de este acto, por no haber instancia superior ante la cual plantear alguna apelación. Pero la norma faculta al administrado, igualmente con carácter potestativo, para interponer este recurso ante la propia autoridad emisora, para intentar revertir la situación aun en la sede administrativa, como un mecanismo facultativo para evitar el costo y la demora del proceso contencioso administrativo. Obviamente si el administrado opta por este recurso de reconsideración extraordinario, no requerirá nueva prueba y deberá esperar la decisión final para poder judicializar el caso.

Artículo 218 Recurso de apelación

El recurso de apelación se interpondrá cuando la impugnación se sustente en diferente interpretación de las pruebas producidas o cuando se trate de cuestiones de puro derecho, debiendo dirigirse a la misma autoridad que expidió el acto que se impugna para que eleve lo actuado al superior jerárquico.

(Texto según el artículo 209 de la Ley N° 27444)

ANTECEDENTE

- Art. 99: LNGPA.

CONCORDANCIAS INTERNAS

- Art. 24.1.6: Contenido de la notificación.
- Art. 73: Conflicto con la función jurisdiccional.
- Art. 76.2: Competencia.
- Art. 118: Facultad de contradicción administrativa.
- Art. 141: Plazos máximos para realizar actos procedimentales.
- Art. 215: Facultad de contradicción.
- Art. 216: Recursos administrativos.
- Art. 226: Agotamiento de la vía administrativa.
- Art. 234: Procedimiento trilateral. Medidas cautelares.
- Art. 235: Procedimiento trilateral. Impugnación.
- Art. 259.1, 2: No entregar documentación presentada a la autoridad competente.

✍ *Comentario*

I. LA APELACIÓN COMO VERDADERO RECURSO ADMINISTRATIVO

El recurso de apelación es el recurso a ser interpuesto con la finalidad que el órgano jerárquicamente superior al emisor de la decisión impugnada revise y modifique la resolución del subalterno. Como el recurso busca obtener un segundo parecer jurídico de la Administración Pública sobre los mismos hechos y evidencias, no requiere nueva prueba, pues se trata fundamentalmente de una revisión integral del procedimiento desde una perspectiva fundamentalmente de puro derecho.

La apelación es el recurso ordinario gubernativo por excelencia, debido a que la reconsideración es facultativa, sujeta a la existencia de nueva prueba instrumental, mientras que la revisión solo procede contra resoluciones de autoridades con competencia no nacional.

El recurso de apelación tiene como presupuesto la existencia de una jerarquía administrativa titular de la potestad de corrección, y por eso su finalidad es exigir al superior que examine lo actuado y resuelto por el subordinado. De ahí que este recurso podamos ejercerlo únicamente cuando cuestionemos actos

emitidos por un órgano administrativo subordinado jerárquicamente a otro y no cuando se trate de actos emitidos por la máxima autoridad de órganos autárquicos, autónomos o carentes de tutela administrativa.

Un tema de necesaria precisión es el referido a quien desempeña el rol de "superior jerárquico" llamado a resolver la apelación. Primero, podría pensarse que se trata del titular de la entidad, saltándose algunas escalas de la organización administrativa, pero también puede desempeñar ese rol la autoridad inmediatamente superior al funcionario recurrido.

Ciertamente, el Derecho comparado muestra ambas posibilidades, denominándolas "recurso jerárquico mayor" y "recurso jerárquico menor", respectivamente. Del mismo modo, encontramos en la doctrina una posición intermedia según la cual, considerando que el recurso jerárquico mayor concentraría las labores de las altas autoridades administrativas, permite omitir algunos funcionarios intermedios y atribuir la competencia de resolución a una autoridad más elevada, no inmediata, pero sin llegar tampoco al titular de la entidad.

Esta última opción denominada omisso medio, permite mediante esta apelación acudir ante otras autoridades más elevadas de las entidades, recurriendo de los actos emitidos por agentes públicos inferiores distantes de la autoridad decisoria según la respectiva estructura jerárquica, y no ante los superiores jerárquicos inmediatos, de los cuales prescinde el recurrente.

Para el régimen legal nacional, el recurso de apelación es competencia del órgano inmediato y jerárquicamente superior al funcionario que dictó la decisión controvertida (apelación menor).

Al no estar contempladas en la legislación la apelación mayor ni la omisso medio, así como en virtud de la regla de la interposición única de los recursos, entendemos que dentro de nuestro ordenamiento no es necesario acceder siempre al máximo representante organizacional para agotar la vía, sino que basta obtener un segundo pronunciamiento emitido por la autoridad administrativa inmediata superior, cualquiera que fuere su nivel jerárquico.

La legislación nacional no consagra la relación de argumentos en que puede basarse una apelación, a diferencia de otras, donde se suelen considerar específicamente: la legitimidad (evitar ilegalidades o desviaciones del poder); la oportunidad, mérito o conveniencia (juicios de valor); e, interés publico (búsqueda del bien común).

La decisión que se emita luego de la substanciación de la apelación puede ser desestimatoria (confirmatoria del acto impugnado) o estimatoria. Cuando se trate de esta última, podrá limitarse a dejar sin efecto lo resuelto y devolver para nueva decisión o sustituir lo fallado con una nueva decisión, evaluando el fondo del asunto.

II. PRESUPUESTO NECESARIO DEL RECURSO DE APELACIÓN: RELACIONES DE JERARQUÍA

El recurso administrativo de apelación, también denominado por la legislación comparada y la doctrina como recurso jerárquico, es aquel que se plantea ante una autoridad cuya competencia está jerárquicamente ordenada respecto a la autoridad, cuya decisión se controvierte.

De ahí que constituya presupuesto del recurso de apelación que entre la autoridad que conoce el recurso, y aquella cuyo acto es controvertido, exista una relación de jerarquía que permita al superior examinar sus actos, modificar y sustituirlos por otros correctos, suspenderlos o revocarlos. Procederá, entonces, el recurso administrativo donde quiera que existan autoridades relacionadas por un vínculo jerárquico con potestad de control por parte del órgano superior sobre el inferior.

Esta distinción es importante por cuanto en nuestra práctica administrativa es común ver casos de confusión entre las relaciones jerárquicas y las relaciones de tutela sectorial, en el caso de Gobierno Central (por ejemplo, entre el ministerio responsable del sector) y de la tutela sectorial, respecto de una entidad con personería propia dentro del mismo sector y las relaciones de coordinación en el ámbito municipal (por ejemplo, entre una municipalidad provincial y una distrital).

El caso más reiterado es el de pretender plantear un recurso de apelación ante organismos que tienen relación de tutela sectorial y no de jerarquía, como es un ministerio y un organismo público descentralizado. Entre ellos existe una relación de tutela, por cuanto se trata de dos entes diferentes (aunque el primero de mayor de preponderancia, funciones y responsabilidades); sin embargo, el superior carece de la potestad de corrección de actos, salvo disposición legal expresa que así se lo autorice.

Como bien expresa CABALLERO SIERRA, "una diferencia fundamental entre la jerarquía y la tutela se encuentra en el sistema de los recursos de apelación o de alzada contra los actos del inferior para ante el superior. Esto así indica que la potestad última de decisión se encuentra siempre en los órganos que ocupan la cúspide de la jerarquía. (...) La tutela no admite en rigor de verdad recursos de apelación para ante el tutor. La jerarquía siempre supone la prelación o la revocatoria directa, y la recíproca también resulta válida al decir que donde haya recurso de apelación o de revocatoria directa en sede administrativa, siempre hay jerarquía"[511].

(511) CABALLERO SIERRA, Gaspar. "El control administrativo. La jerarquía y la tutela". En: *La protección jurídica de los administrados*. Ediciones Rosaristas, Bogotá, 1980.

III. INDELEGABILIDAD DE COMPETENCIA PARA RESOLVER EL RECURSO DE APELACIÓN

Un aspecto a tener cuenta es la disposición del numeral 76.2 del artículo 76 del TUO de la LPAG, sobre la indelegabilidad de la competencia para resolver los recursos de apelación, con lo cual se establece el mantenimiento de la potestad de control interno de la autoridad superior sobre el subalterno, pues estará prohibido que si se interpone una apelación contra la decisión de un órgano determinado pueda el superior trasladar su responsabilidad a otro que no está en el orden directo jerárquico para conocerla.

IV. ¿ANTE QUIÉN SE PRESENTA EL RECURSO DE APELACIÓN?

Conforme a la norma comentada el recurso de apelación habrá de presentarse ante el mismo órgano que expidió la resolución, para que conminatoriamente eleve lo actuado a su superior, con todo el expediente organizado. El plazo para la elevación del expediente es en el día de su presentación (num. 141.1 del art. 141 del TUO de la LPAG), bajo responsabilidad (num. 259.2 del art. 259 del TUO de la LPAG). No cabe por parte del órgano recurrido, ninguna acción de juzgar la admisibilidad o no del recurso, realizar informes para el superior, ni cualquier acción adicional que no sea presentar el caso al superior jerárquico.

Artículo 219 Requisitos del recurso[512]

El escrito del recurso deberá señalar el acto del que se recurre y cumplirá los demás requisitos previstos en el artículo 122 de la presente Ley.

(Texto modificado según el artículo 2 Decreto Legislativo N° 1272)

ANTECEDENTE

- Art. 101: LNGPA.

CONCORDANCIAS INTERNAS

- Art. 24.1.6: Contenido de la notificación.
- Art. 122: Requisitos de los escritos.
- Art. 129: Presentación mediante correo certificado.
- Art. 215.2: Facultad de contradicción.
- Art. 216: Recursos administrativos.
- Art. 221: Error en la calificación.

TEXTO ORIGINAL DE LA LEY N° 27444:

Artículo 211.- Requisitos del recurso
El escrito del recurso deberá señalar el acto del que se recurre y cumplirá los demás requisitos previstos en el artículo 113 de la presente Ley. Debe ser autorizado por letrado.

MODIFICACIONES AL TEXTO ORIGINAL:

❖ **Primera modificación:** artículo modificado por el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1272 publicado el 21/12/2016, cuyo texto es el vigente en el TUO.

✍ *Comentario*

I. LAS EXIGENCIAS DEL RECURSO ADMINISTRATIVO

Todo recurso administrativo se intenta por escrito y se observarán los extremos exigidos en el artículo 122 del TUO de la LPAG:

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.
2. La expresión concreta de lo pedido, los fundamentos de hecho que lo apoye y, cuando le sea posible, los de derecho. Estos fundamentos no delimitan el análisis del revisor, quien puede fundar su decisión en todas las circunstancias de hecho o de derecho que puedan llevar a la sustitución del acto.

(512) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 211 de la Ley N° 27444.

Tampoco impiden al recurrente ampliar, mejorar o modificar durante el procedimiento recursos sus fundamentos de hecho o de derecho, siempre que lo haga antes de la resolución.

3. Lugar, fecha, firma o huella digital, en caso de no saber firmar o estar impedido.
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.
5. La dirección del lugar donde se desea recibir las notificaciones del procedimiento, cuando sea diferente al domicilio real expuesto en virtud del numeral 1. Este señalamiento de domicilio surte sus efectos desde su indicación y se presume subsistente, mientras no sea comunicado expresamente su cambio.
6. La relación de los documentos y anexos que acompaña, indicados en el TUPA. En el caso de recursos, este ítem comprende el ofrecimiento o entrega de prueba que juzgue necesaria.
7. La identificación del expediente de la materia, tratándose de procedimientos ya iniciados.

Los únicos requisitos propios de los recursos es la identificación del acto cuestionado. La reforma de la LPAG introducida por el Decreto Legislativo N° 1272 retiró la defensa cautiva para la interposición de los recursos, de modo que se ha suprimido la antigua exigencia de la firma del abogado para la admisión del recurso. Ello no es óbice para que voluntariamente el administrado recurra al patrocinio profesional de su elección. En la Exposición de Motivos de la mencionada norma se sustenta dicha modificación afirmando que: "implicaba que el administrado tenga que incurrir en mayores gastos a efectos de obtener la firma de un abogado, lo cual podía ser, en los hechos, una traba para que pueda ejercer su derecho a cuestionar las decisiones de la Administración Pública" y continua señalando que: "En ese sentido, la nueva redacción del artículo 211 de la LPAG elimina el requisito de firma de letrado, con el objetivo de que el administrado no incurra en mayores gastos para cuestionar las decisiones de la Administración Pública".

Para la identificación del acto cuestionado, el administrado ha de indicar de manera concreta y específica el acto que estime incorrecto para sus derechos e intereses, así como la fundamentación de hechos necesaria, pues la argumentación jurídica y citas legales es optativa, conforme el artículo 122 del TUO de la LPAG. La expresión de los motivos que funda el recurso no excluye que el administrado si lo considera adecuado a sus derechos pueda ampliar o mejorar la fundamentación durante el procedimiento recursal, así como presentar documentos mientras el asunto está pendiente de resolución.

La Administración Pública tiene el deber de recibir el recurso aun cuando falte este requisito formal, con cargo a subsanarlo. En igual sentido debiera resolverse si faltaren autenticaciones, formalidades, etc.

II. ¿SE PUEDE IMPUGNAR MEDIANTE LA PROTESTA DEL ADMINISTRADO EN EL ACTA DE NOTIFICACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO?

La doctrina ha considerado que es factible asimilar al escrito del recurso, la protesta fundamentada que el administrado pueda realizar durante la notificación de cualquier acto administrativo. Se trata de la expresión escrita, no en documento propio sino en el de la entidad, a continuación de la notificación, mediante la cual el administrado afirma su voluntad de recurrir, su argumentación y pretensión de obtener un nuevo acto administrativo sobre el tema. Consideramos que sí cumple esta anotación con los requisitos del mencionado artículo 122, indudablemente deberá dársele trámite de recurso administrativo.

Artículo 220 Acto firme

Una vez vencidos los plazos para interponer los recursos administrativos se perderá el derecho a articularlos quedando firme el acto.

(Texto según el artículo 212 de la Ley Nº 27444)

CONCORDANCIA EXTERNA

- Constitución: Art. 139, inc. 2, independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional.

CONCORDANCIAS INTERNAS

- Art. VI, 3: Precedentes administrativos.
- Art. 140: Obligatoriedad de plazos y términos.
- Art. 149: Efectos del vencimiento del plazo.
- Art. 213: Irrevisabilidad de actos judicialmente confirmados.
- Art. 216.2: Plazos para la interposición y resolución de recursos administrativos.

Comentario

Ante la necesidad de regular los derechos y las obligaciones de la Administración Pública y de los administrados durante el procedimiento administrativo, se adoptaron una serie de categorías jurídicas propias del Derecho Procesal Civil. Sin embargo, dichas categorías tienen en el ámbito administrativo características particulares que las diferencian de sus correlatos procesales, y que responden a la naturaleza y necesidades propias del Derecho Administrativo.

En el Derecho Administrativo para referirse a la firmeza de las decisiones definitivas de la autoridad administrativa se utiliza el término "cosa decidida" o "cosa firme", por analogía con la cosa juzgada propia del ámbito procesal. La cosa juzgada es inimpugnable, en cuanto la ley impide todo ataque ulterior tendiente a obtener la revisión de la misma materia: *non bis in eadem*. La cosa juzgada es inmodificable pues en ningún caso, de oficio o a petición de parte, otra autoridad podrá alterar los términos de una sentencia pasada en cosa juzgada.

En este orden de ideas, podemos señalar que la cosa juzgada es la autoridad que adquieren las sentencias, en virtud de la cual se tornan inimpugnables, inmutables y susceptibles de ejecución, en caso de sentencias de condena, pues ya no existe medio impugnatorio que pueda plantearse contra dicha resolución para modificar su contenido.

Ahora bien, en sede administrativa se dice que un acto ha adquirido firmeza cuando contra dicho acto no procede recurso administrativo alguno, ni tampoco procede la interposición de una demanda contencioso-administrativa. Pero a diferencia de la autoridad de cosa juzgada que es inimpugnable e inmodificable, los actos administrativos aun cuando sean firmes, siempre podrán ser

modificados o revocados en sede de la autoridad administrativa. Al respecto, VEDEL[513] señala lo siguiente:

> "Nos podríamos sentir tentados a pensar que, cuando una decisión ejecutoria está a cubierto de todo recurso, especialmente porque el plazo del recurso por exceso de poder ha expirado, adquiere una especie de autoridad de cosa juzgada. En realidad no es así:
>
> 1) Una sentencia que ha adquirido fuerza de cosa juzgada no puede retirarse jamás, incluso aunque el juez se arrepienta. Por el contrario, una decisión ejecutoria puede ser objeto de revocación o de derogación en las condiciones definidas anteriormente.
>
> (...)".

En el mismo sentido, NÚÑEZ BORJA[514] señala que:

> "La autoridad, como dice Fleisner, puede variar o revocar sus decisiones, no solo por haber variado las circunstancias externas, sino también por cambio o divergencia de opinión. Por lo mismo, los ciudadanos tienen la facultad de pedir que se modifique o revoque la disposición dictada y su voluntad no puede ser diferida alegándose que es materia resuelta, juzgada o prescrita".

Así, por ejemplo, si la autoridad administrativa deniega la licencia de conducir a un administrado porque no aprobó algunos de los exámenes previos, él puede volver a solicitar la licencia y de aprobar todos lo exámenes la autoridad administrativa no tendría reparo alguno en otorgarle la licencia solicitada.

Es tan cierto que la cosa decidida no es inmutable ni inimpugnable que la propia LPAG prevé mecanismos para alterar la firmeza de los actos administrativos. Dichos mecanismos son: (i) la nulidad de oficio; (ii) la revocación; y, (iii) el ejercicio del derecho constitucional de petición.

Para precisar el sustento en virtud del cual puede la Administración Pública revisar sus propios actos aun cuando estos hayan adquirido firmeza, es decir, constituyan cosa decidida, cabe citar nuevamente a NÚÑEZ BORJA[515]:

> "Debe tenerse presente que para la Administración Pública no es fin ni propósito final la realización del derecho –última *ratio*–; sino que utiliza este como uno de los medios más importantes para el bienestar de la colectividad. En cambio, para la justicia el fin es la aplicación correcta

(513) VEDEL, Georges. *Derecho Administrativo*. Editorial Aguilar, Madrid, 1980, p. 166.
(514) NÚÑEZ BORJA, Humberto. *Ciencia de la Administración y Derecho Administrativo del Perú*. 2ª edición, Editorial El Cóndor, Lima, 1959, p. 399.
(515) Ibídem, p. 340.

del derecho y la paz jurídica entre los contendientes. El vencedor en juicio debe estar seguro de que el fallo que lo favoreció no será impugnando después; que dándose término definitivo al litigio, la situación incierta devino clara: satisfaciéndose una muy humana aspiración".

En virtud de lo antes expuesto, debemos señalar lo siguiente:

(i) Si bien la cosa decidida es una variante de la cosa juzgada, no goza de las características de inmutabilidad e inimpugnabilidad propias de la cosa juzgada. El régimen de la nulidad y revocación de los actos administrativos, así como el ejercicio del derecho constitucional de petición de los administrados así lo determinan.

(ii) Es posible iniciar un nuevo procedimiento respecto a un aspecto decidido por la Administración Pública en un procedimiento anterior, por la propia naturaleza jurídica de la cosa decidida.

Artículo 221 Error en la calificación

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.

(Texto según el artículo 213 de la Ley N° 27444)

CONCORDANCIAS INTERNAS

- T.P. Art. IV, 1.6: Principio de informalismo.
- T.P. Art. IV, 1.8: Principio de buena fe procedimental.
- T.P. Art. IV, 1.10: Principio de eficacia.
- Art. 84, 3: Deber de encauzar el procedimiento de oficio.
- Art. 133: Obligaciones de unidades de recepción.
- Art. 134: Observaciones a la documentación presentada.
- Art. 135: Subsanación documental.
- Art. 138: Ratificación de firma y del contenido de escrito.
- Art. 154: Impulso del procedimiento.

✍ *Comentario*

I. LA CALIFICACIÓN DEL RECURSO OSCURO COMO EXPRESIÓN DEL PRINCIPIO DE INFORMALISMO A FAVOR DEL ADMINISTRADO

Aplicando el principio de informalismo a favor del administrado, el ordenamiento exige que los recursos sean tramitados aun cuando el administrado incurriera en error en su denominación, en su interposición o cualquier otra circunstancia anómala, siempre que de su contenido se pueda desprender una manifestación impugnatoria del administrado. La idea esencial es atender a la patente intencionalidad del administrado antes que a la literalidad del documento presentado.

II. ELEMENTOS DE LA CALIFICACIÓN DEL RECURSO OSCURO

Son tres los elementos para la aplicación de una figura: i) Una voluntad de recurrir una decisión administrativa; ii) un recurso oscuro (conteniendo un error o imperfección en el escrito presentado); y, iii) la calificación por parte de la autoridad administrativa.

Nótese que para la aplicación del artículo comentado, la autoridad requiere que con la sola lectura del escrito se aprecie nítidamente el ánimo de impugnar el acto administrativo o de obtener un nuevo pronunciamiento administrativo (voluntad impugnatoria), esto es, debe tratarse indudablemente de un recurso al cual solo se califica, no pudiendo el funcionario, en vía de interpretación, considerar como recurso cualquier escrito discrepante como, por ejemplo, una oposición a un acto, una solicitud de corrección de error material o una queja.

Las situaciones anómalas incurridas con mayor frecuencia en la presentación de recursos administrativos y que nos permiten estar frente a un recurso oscuro, pueden ser: la falta de denominación del recurso, su errónea calificación, haber omitido mencionar su destinatario, errar respecto al cargo del funcionario u organismo ante quien debe interponerse, presentarlos ante un órgano incompetente, sobre todo si el órgano competente y el receptor pertenecen a la misma entidad o sector, con mayor razón aun cuando existe una sola mesa de partes para ambos. Es importante tener presente que si la oscuridad del recurso es más grave, que impidiera tener claridad sobre el sentido del escrito, corresponderá aplicar el artículo 138 del TUO de la LPAG, y requerir su esclarecimiento mediante el requerimiento respectivo.

Mediante la calificación se atribuye al funcionario público la responsabilidad de reconducir –a través de la calificación– del recurso presentado, analizando e identificando la voluntad real del administrado trasuntada en el escrito, con lo que se logra también mantener vigente el derecho a la recurrencia.

La aplicación correcta de esta regla jurídica nos revela que, en materia de recursos es la Administración Pública y no el ciudadano quien está obligada a dar al recurso la tramitación correspondiente, de acuerdo con su naturaleza, mientras que al administrado solo le basta exteriorizar con claridad su disconformidad.

En principio, la competencia de la Administración Pública para calificar un recurso no solo comprende el deber de desentrañar un sentido determinado en el recurso a partir de una expresión oscura, sino también la de poder reorientar un recurso calificado equivocadamente por el administrado. Por ejemplo, si el recurrente plantea una apelación ante una instancia que no reconoce autoridad superior, lo que corresponde es reorientar el procedimiento tramitándola como reconsideración. En este contexto, conforme lo ha considerado el Tribunal Constitucional "(...) la labor de adecuación y correcta denominación de los recursos administrativos por parte de una entidad del Estado, que se constituye en última instancia administrativa en los temas que son de su competencia, no vulnera, en modo alguno, los derechos constitucionales relativos al debido procedimiento y la pluralidad de instancias[516]".

La facultad de calificación de los recursos oscuros, implica una actividad tuitiva a favor del administrado, y no precisamente en sentido perverso en contra de ella, como podría acontecer si ante una simple oposición o queja, la Administración Pública pretendiera darle curso de recurso para reclamar el pago de alguna tasa. En efecto, la calificación efectuada siempre debe producirse para preservar el derecho a la recurrencia del administrado, y no para perjudicarlo.

(516) STC Exp. N° 271-2004-AA/TC.

Enfrentada la Administración Pública ante un recurso oscuro, tiene dos alternativas: considerarlo como reconsideraron o como apelación. Para optar por una de ellas, la Administración Pública debe tener en cuenta varios factores: i) que el recurso de reconsideración tiene carácter de opcional y no de obligatorio, por lo que no puede compulsivamente obligar al administrado a reconsiderar, si no surgiera ello nítidamente del texto o de las circunstancias organizacionales de la entidad; ii) que para calificar el recurso como reconsideración debería versar sobre hechos (por lo que incluso ha de acompañar una nueva prueba) y no tanto los aspectos jurídicos, pues esta argumentación corresponde a la naturaleza del recurso de apelación; y, iii) que por calificación, la autoridad debe reconducirse hacia el tipo de recurso que tenga procesalmente al que tenga mayores posibilidades y no al contrario.

Artículo 222 Alcance de los recursos

Los recursos administrativos se ejercitarán por una sola vez en cada procedimiento administrativo y nunca simultáneamente.

(Texto según el artículo 214 de la Ley N° 27444)

ANTECEDENTE

- Art. 102: LNGPA.

CONCORDANCIAS INTERNAS

- Art. 125: Acumulación de solicitudes.
- Art. 216: Recursos administrativos.
- Art. 225: Resolución del recurso administrativo.

Comentario

I. INTERPOSICIÓN ESPECÍFICA

Al impugnar un acto administrativo cabe únicamente la interposición individual de un recurso administrativo.

Las normas generales proscriben la formulación en un mismo momento procesal de una doble impugnación o la impugnación subsidiaria como sería, por ejemplo, plantear un recurso dirigido al mismo funcionario emisor del acto y a la misma vez indicarle que en caso no prosperar este, se entienda de antemano interpuesto la apelación para ser resuelta por el superior jerárquico.

En teoría, podría suceder que el administrado deseara simultáneamente interponer los recursos de reconsideración y de apelación o, este último conjuntamente con el de revisión, buscando con ello prevenir que si la Administración Pública resolviera desestimando su primera impugnación, quedaría ya interpuesto, de modo subsidiario y automático, el medio impugnatorio alternativo que corresponda, evitándose de este modo la notificación de la denegación expresa al administrado y la nueva interposición del recurso pertinente dentro del plazo previsto en la ley, con el riesgo de asumir la pérdida de un término perentorio.

Acogen esta orientación los ordenamientos administrativos uruguayo y colombiano que permiten la interposición conjunta (subsidiaria) de los recursos de apelación y de reconsideración, por lo cual cuando no se acoja o se acoja parcialmente la pretensión del recurrente contenida en la reconsideración, corresponde a las autoridades franquear automáticamente el trámite a la apelación.

Como afirma DÍEZ[517], si bien considerando estrictamente el principio de celeridad, el mecanismo del recurso subsidiario parece inobjetable, en realidad no resulta técnicamente adecuado, por cuanto el administrado al interponer el

(517) DÍEZ, Manuel María. Ob. cit., tomo V, p. 383.

recurso en subsidio de modo anticipado y condicionado a la desestimación del recurso primigenio, carece de algún interés actual que proteger, ya que en ese momento ignora el contenido y motivación de la resolución desestimatoria que adoptará la Administración Pública, lo cual le impide perfilar correctamente los argumentos en su favor y rebatir los de la Administración Pública. Como tal, el recurso subsidiario solo buscaría proteger un interés futuro e incierto que no puede servir de base para interponer un recurso por adelantado.

De tal suerte nuestro ordenamiento acoge la regla de la interposición específica de los recursos, impidiendo la presentación de algún otro hasta luego de conocer la notificación de la resolución del primero, o cuando pueda presumir denegada su impugnación.

II. INTERPOSICIÓN ÚNICA

Cada recurso solo puede ser deducido una vez en cada procedimiento, agotándose la posibilidad de ejercerlo con su interposición.

El doctor VALDEZ CALLE[518] afirma que esta regla implica:

a. Respecto de cada expediente solo cabe interponer un recurso de reconsideración, un recurso de apelación y solo un recurso de revisión, por cuanto de otro modo se habilitaría la presentación de reconsideraciones contra las resoluciones que deciden una reconsideración anterior o la apelación de otras apelaciones, lo cual haría interminable el procedimiento administrativo; y,

b. No se puede admitir que respecto de las resoluciones con las que se van decidiendo las impugnaciones puedan ejercitarse todas o cualquiera de los recursos.

Para el autor mencionado, la resolución que pone fin a un procedimiento solo puede ser objeto de dos recursos: el de reconsideración y el de apelación. Si el interesado ha escogido, por considerarlo pertinente, reconsiderar la resolución dictada como consecuencia de tal reconsideración podrá originar una apelación.

La resolución recaída en el recurso de apelación no podrá ser materia de una nueva reconsideración por haberse ya hecho uso de tal medio impugnativo.

Únicamente cabría plantear contra ellas recurso de revisión, pero siempre que se dieran las condiciones especiales previstas en la ley.

Nótese que esta regla se aplica limitando la proliferación de recursos por cada administrado, de ahí que en un procedimiento trilateral o concurrencial puedan presentarse tantas apelaciones o reconsideraciones como administrados hayan en el procedimiento. Por ejemplo, la resolución de un recurso de apelación interpuesto por uno de los administrados, no impide que otro administrado no pueda reconsiderarlo.

(518) VALDEZ CALLE, Antonio. Ob. cit., p. 103.

Artículo 223 Silencio administrativo en materia de recursos

El silencio administrativo en materia de recursos se regirá por lo dispuesto por el inciso 2) del párrafo 34.1 del artículo 34.

(Texto según el artículo 215 de la Ley N° 27444)

ANTECEDENTES

- Arts. 98, 99, 100 *in fine*: LNGPA.

CONCORDANCIAS INTERNAS

- Art. 10, 3: Causal de nulidad.
- Art. 31: Calificación de procedimientos administrativos.
- Art. 34: Procedimiento de evaluación previa con silencio positivo.
- Art. 37: Procedimiento de evaluación previa con silencio negativo.
- Art. 42.4: Contenido del TUPA.
- Art. 101: Trámite de abstención
- Art. 134.3.1: Observaciones a la documentación presentada.
- Art. 149.3: Efectos del vencimiento del plazo.
- Art. 191.4: Audiencia pública.
- Art. 195.1: Fin del procedimiento.
- Art. 197: Efectos del silencio administrativo.
- Art. 226: Agotamiento de la vía administrativa.

Comentario

Esta norma de remisión interna nos indica que el silencio administrativo derivado de la no resolución oportuna de la impugnación se rige por la regla del numeral 34.1 inciso 2) del artículo 34 del TUO de la LPAG, esto es de contenido positivo cuando en la primera instancia no se haya emitido resolución.

Artículo 224 Suspensión de la ejecución[519]

224.1 La interposición de cualquier recurso, excepto los casos en que una norma legal establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado.

224.2 No obstante lo dispuesto en el numeral anterior, la autoridad a quien competa resolver el recurso suspende de oficio o a petición de parte la ejecución del acto recurrido cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación.

b) Que se aprecie objetivamente la existencia de un vicio de nulidad trascendente.

224.3 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.

224.4 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.

224.5 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.

(Texto modificado según el artículo 2 Decreto Legislativo N° 1272)

ANTECEDENTE

- Art. 104: LNGPA.

CONCORDANCIA EXTERNA

- D.S. N° 018-2008-JUS: TUO de la Ley N° 26979, Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva (art.16, suspensión del procedimiento).

CONCORDANCIAS INTERNAS

- Art. 12: Efectos de la declaración de nulidad.
- Art. 48: Suspensión del procedimiento.
- Art. 64, 10: Derechos de los administrados.
- Art. 64, 11: Derecho de cuestionar acciones administrativas.
- Art. 202: Pérdida de ejecutoriedad del acto administrativo.
- Art. 203: Ejecución forzosa.
- Art. 216: Recursos administrativos.

(519) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 216 de la Ley N° 27444.

TEXTO ORIGINAL DE LA LEY N° 27444:

Artículo 216.- Suspensión de la ejecución

216.1 La interposición de cualquier recurso, excepto los casos en que una norma legal establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado.

216.2 No obstante lo dispuesto en el numeral anterior, 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:

a) Que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación.

b) Que se aprecie objetivamente la existencia de un vicio de nulidad trascendente.

216.3 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.

216.4 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.

216.5 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.

MODIFICACIONES AL TEXTO ORIGINAL:

- **Primera modificación:** artículo modificado por el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1272 publicado el 21/12/2016, cuyo texto es el vigente en el TUO.

✍ *Comentario*

I. EJECUTIVIDAD Y SUSPENSIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Tratando de arbitrar razonablemente entre el derecho ciudadano y la arbitrariedad gubernativa, se intenta dotar de contornos seguros a la prerrogativa de ejecutoriedad administrativa, intentando condicionar un legítimo ejercicio. Por ello, conjuntamente con su consagración se consigna como garantía la facultad para suspender motivadamente la ejecución de un acto administrativo, mediante una medida cautelar accesoria de un procedimiento recursal.

La suspensión constituye una facultad cautelar reconocida legalmente para lograr la interrupción temporal de la eficacia de un acto (con alcance total o limitado a una parte de ella), sin afectar su validez y atendiendo razones de orden e interés públicos.

Dicha suspensión puede darse por decisión administrativa, judicial o legislativa.

II. SUSPENSIÓN ADMINISTRATIVA

El principio de autocontrol de la Administración Pública determina que ella se encuentre facultada para suspender los efectos de sus propios actos, previa

manifestación de su cuestionamiento por parte del administrado (vía petición o recurso) o de oficio cuando la inconveniencia de su ejecución pueda ser apreciada por el funcionario (emisor o superior) o alguna autoridad administrativa externa (tribunal administrativo).

De tal modo, la facultad de aplazar los efectos de un acto administrativo tiene lugar mediante decisión fundada:

a. De oficio (determinación oficiosa) o a instancia de parte (suspensión ante petición o recurso)

El deber que la autoridad siempre mantiene de pronunciarse conforme al interés público y actuar de oficio, sustenta la posibilidad de suspender oficiosamente cualquier decisión en vigor (sobre todo si se trata de actos de gravamen), sin que para ello sea indispensable pedido expreso de la parte administrada. Por su parte, la determinación a instancia de parte no presenta mayor controversia porque constituye la atención a un cuestionamiento del afectado por el acto emitido, incluyendo al propio administrado o a un tercero que se considere afectado por el acto.

b. Concurrencia de motivos legitimadores de la suspensión

En verdad, la causalidad en esta acción radica no en un elemento objetivo, sino en que la autoridad aprecie subjetivamente la necesidad de evitar que por mantener un acto administrativo vigente se produzcan efectos o prestaciones dañosas que luego habrán de retirarse o repararse. La norma considera algunos criterios que sirvan de fundamento a la autoridad para decretar la suspensión del acto impugnado cuando concurran algunos de los siguientes supuestos:

- Si la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación (por ejemplo, una demolición, pérdida de una oportunidad irrepetible, una orden sanitaria de sacrificio de animales, etc.).

  Un factor que apreciado por la autoridad puede determinarle la suspensión administrativa del acto, es la existencia de perjuicios graves, irreparables y desproporcionados al interesado que no podrán ser restablecidos posteriormente por revocación ante la autoridad administrativa o judicial. La medición de estos factores puede darse cuando la sentencia o revocación no pueda reponer las cosas al estado anterior a la ejecución del acto y la diferencia no sea compensable en dinero.

- Si se aprecia objetivamente la existencia de un vicio de nulidad trascendente.

  La apreciación objetiva de la existencia de un vicio de nulidad trascendente también puede determinar a la autoridad decidir la suspensión administrativa del acto. Cuando la autoridad revisora llegue a la conclusión de la posibilidad objetiva de una nulidad trascendente, en un ejercicio de prudencia legítima, puede –sin anular el acto– determinar provisoriamente su

nulidad, en tanto sustancia el procedimiento a efecto de confirmar o desvirtuar el parecer.

La modificatoria introducida por el Decreto Legislativo N° 1272 no es menor en este punto porque ha sustituido el término "podrá" por el imperativo de "suspende" con la clara intención de –como dice la Exposición de Motivos, "aclara, sin lugar a dudas, que constituye obligación de la autoridad administrativa suspender la ejecución de un acto impugnado cuando concurran las circunstancias descritas en el artículo tales como perjuicio irreparable y de difícil reparación o el percibir un vicio de nulidad trascendente". No es una simple posibilidad o discrecionalidad, sino un deber del funcionario o servidor que conoce de un recurso realizar la suspensión si concurren los elementos antes mencionados.

c. Procedimiento previo

La resolución de suspensión del acto debe adoptarse dentro del cauce de un procedimiento regular, de carácter sumario, donde la instrucción o probanza deberá dirigirse a comprobar que existen con claridad los motivos legitimadores mencionados en el rubro anterior.

Una razón atendible de unánime aceptación es el interés público que demande suspender su vigencia, en tanto pueda estudiarse una nueva decisión sobre el particular –que probablemente sea diferente al acto suspendido–. Así, la práctica aconseja considerar como argumentos atendibles para suspender una decisión, si su mantenimiento implica: perturbar la normal prestación de un servicio público, el uso colectivo de un bien público, obstaculizar el ejercicio de alguna función de indispensable continuidad, etc.

Cabe agregar que, en algunas legislaciones para proceder administrativamente a decretar la suspensión se debe exigir al administrado y beneficiado la constitución previa de una caución que se considere suficiente, para evitar que una eventual confirmación ulterior de la norma suspendida pueda ser de imposible cumplimiento.

III. SUSPENSIÓN JUDICIAL

La legislación no regula en forma general la facultad jurisdiccional para suspender actos gubernativos, pero su generación resulta conforme a una noción básica de todo Estado de Derecho y de balance de poderes. Por ejemplo, encontraremos esta suspensión tratándose de interdictos, medidas cautelares (en proceso contencioso-administrativo, en acciones de garantía, amparo, etc.).

IV. SUSPENSIÓN LEGISLATIVA

Se trata de la suspensión dispuesta por la representación parlamentaria en concreto, con alcance particular y respecto de uno o varios actos administrativos

específicos, de modo que subsista la posibilidad de obtener posteriormente su derogación definitiva por medios ordinarios, sea en sede administrativa o judicial. Generalmente, cuando se presenta significa un síntoma de discrepancias ideológicas o de concepción entre los órganos ejecutivo y legislativo.

Se suele confundir esta figura con otros casos parecidos, como en el que una ley otorgue efecto suspensivo a un recurso administrativo que antes era solo devolutivo, cuando en verdad lo que opera aquí es una suspensión decidida administrativamente bajo el marco de una modificación legal al régimen impugnatorio. Asimismo, se confunde con la dación de una ley de amnistía (por ejemplo, en materia tributaria) de la cual se deriva la suspensión de los actos de ejecución (por ejemplo, los embargos y procedimientos coactivos), situación en la cual solo se trata de un decaimiento por imposibilidad legal de realizar su objeto.

V. ¿LA SUSPENSIÓN PROCEDE SOLO DENTRO DEL RECURSO ADMINISTRATIVO?

La redacción del artículo comentado puede dar margen para dudas interpretativas, pues el contexto es de la interposición del recurso. Sin embargo, tratándose de una facultad propia de la actividad administrativa de segundo grado (control vía revisión) para la procedencia de la suspensión administrativa, bien puede ser decretada de oficio por la autoridad con competencia revisora o, mediando un pedido del administrado, incluido o no dentro del recurso ya presentado.

La cláusula misma del artículo prevé que la suspensión puede ser resuelta de oficio por la propia Administración Pública, y en cuanto a la posición del administrado resultaría contradictorio con el principio del debido proceso e informalismo a favor del administrado, que se sostenga que presentado un recurso en el que el particular omitió pedir la suspensión, pueda perder su derecho a solicitarlo dentro de la sustanciación del procedimiento recursal.

Artículo 225 Resolución

225.1 La resolución del recurso estimará en todo o en parte o desestimará las pretensiones formuladas en el mismo o declarará su inadmisión.

225.2 Constatada la existencia de una causal de nulidad, la autoridad, además de la declaración de nulidad, resolverá sobre el fondo del asunto, de contarse con los elementos suficientes para ello. Cuando no sea posible pronunciarse sobre el fondo del asunto, se dispondrá la reposición del procedimiento al momento en que el vicio se produjo.

(Texto según el artículo 217 de la Ley N° 27444)

CONCORDANCIAS INTERNAS

- Art. 11.3: Instancia competente para declarar la nulidad.
- Art. 12: Efectos de la declaración de nulidad.
- Art. 13: Alcances de la nulidad.
- Art. 17.2: Eficacia anticipada de la declaración de nulidad.
- Art. 83.4: Desconcentración.
- Art. 155.3: Medidas cautelares. Caducidad.
- Art. 156.4: Cuestiones distintas al asunto principal.
- Art. 157, 7: Reglas para la celeridad.
- Art. 196: Contenido de la resolución.

Comentario

I. LA CONGRUENCIA EN LA RESOLUCIÓN DEL RECURSO

Para el Derecho Procesal en general, la congruencia implica que la decisión comprenda todas las pretensiones y fundamentos propuestos por los interesados durante el procedimiento, de tal modo que con la resolución se emita íntegramente opinión sobre el recurso concreto y sobre los argumentos expuestos.

En el campo procesal administrativo, la aplicación de esta figura presenta sus matices propios, ya que el funcionario público no agota su cometido y obligaciones con el análisis y pronunciamiento sobre lo expuesto por el recurso del administrado, sino que al funcionario le corresponde, como proyección de su deber de oficialidad y satisfacción de los intereses públicos, resolver sobre cuantos aspectos obren en el expediente, cualquiera sea su origen. Por ello, la congruencia en el procedimiento administrativo adquiere singularidad hasta configurar la necesidad que la resolución decida imperativamente cuantas cuestiones hayan sido planteadas en el expediente, aportadas o no por el recurso. En tal sentido, el contenido mismo del expediente y no los extremos planteados por el recurso, es el límite natural al requisito de la congruencia de las resoluciones administrativas.

En general, la promoción del procedimiento recursal no produce el efecto delimitador del contenido de las subsiguientes actuaciones procesales, como sucede en el proceso judicial. Por ello, la Administración Pública debe

pronunciarse no solo sobre lo planteado en el recurso sino también sobre otros aspectos que pudieran haber surgido durante la tramitación del expediente, provengan del escrito inicial, de modificaciones cuantitativas o cualitativas posteriores al recurso, o de la información oficial a que se tuviere acceso y consten en el expediente.

Lo que sí afecta el derecho de defensa del administrado y encubre una desviación del poder, sería permitir al funcionario decidir sobre aspectos no planteados en el expediente y, consiguientemente, sobre los cuales no han mostrado su parecer los interesados. Del mismo modo, contraviene al ordenamiento que la instancia decisoria no se pronuncie sobre algunas pretensiones o evidencias fundamentales aportadas en el procedimiento (incongruencia omisiva). Ambas circunstancias constituyen incorrecciones del procedimiento, susceptibles de contestación y sanción.

En tal sentido, la congruencia en las resoluciones administrativas importa:

- **Que la resolución decida todos los argumentos del recurso de los administrados.** El supuesto básico es que la autoridad debe tener en cuenta todas las alegaciones de los administrados, sea que se les acoja o sea que se le desestime, según corresponda conforme a la legalidad.
- **Que la resolución decida otras cuestiones derivadas del procedimiento,** siempre que ellas surjan del expediente administrativo y que el administrado haya tenido oportunidad de apreciarlos. Ello responde al deber de legalidad objetiva con que debe actuar la Administración Pública en todos sus actos.
- **Que en ningún caso se agrave la situación inicial del interesado** (*reformatio in peius*). En este extremo, si de la instrucción de un procedimiento a iniciativa de parte, la autoridad llega a la convicción que la petición es injustificada y que más bien deba dictar un acto de gravamen que agrave la situación del administrado, no puede hacerlo dentro del mismo procedimiento, sino concluir este desestimando el pedido y disponer el inicio de un procedimiento de oficio.

II. LA *REFORMATIO IN PEIUS* (REFORMA PEYORATIVA) EN LOS PROCEDIMIENTOS RECURSALES

Como se sabe, la prohibición de la *reformatio in peius* en el ámbito administrativo significa la situación que se produce cuando la condición o el estatus adquirido resulta desmejorado o empeorado a consecuencia exclusivamente de la revisión producida por un recurso administrativo. En síntesis, es la reforma del acto administrativo en perjuicio del recurrente, quien ve agravada su situación o estatus por la resolución de primera instancia, que ha sido objeto de su propio recurso.

La posibilidad de la *reformatio in peius* ha sido práctica constante en nuestra Administración Pública nacional, argumentando que ello importa la globalidad de la decisión y el imperativo de la legalidad administrativa.

Se dice en su favor que, el principio de legalidad a que debe someterse la Administración Pública exige que si una autoridad en una segunda vuelta o mediante la revisión superior detecta un error de derecho, una infracción del ordenamiento o una equivocación en la apreciación o valoración de los hechos probados, debe ser corregido sin demora, y ello se produce por igual si favorece o perjudica al administrado. Por esta tesis, se afirma que la Administración Pública debe corregir cualquier error detectado en el procedimiento recursal con independencia de que favorezca o perjudique al recurrente.

Sin embargo, estas argumentaciones desconocen la esencia institucional y garantista del derecho al recurso administrativo, de ahí que pueda preguntarse válidamente ¿cómo una garantía del administrado puede tornarse contra él mismo agravando su situación? Esta situación, además de la vigencia del principio de predictibilidad hace ceder a la posibilidad de resolver un recurso administrativo en agravio del recurrente.

La inclusión dentro de nuestro ordenamiento de la prohibición de la *reformatio in peius* no quiere decir de modo alguno que las autoridades superiores queden vinculadas por lo resuelto por las autoridades inferiores, y con ello afectar la viabilidad del control interno que el recurso permite a las autoridades superiores.

Lo que se busca es proteger al administrado, pero no anular la potestad superior de revisión. Por ello, la autoridad superior que percibe la existencia de vicios o defectos en la resolución del inferior puede recurrir a las técnicas de revisión de oficio (nulidad de oficio, revocación, etc.) o disponer la instauración de un procedimiento de oficio para analizar el caso.

III. LOS MODOS DE PRONUNCIAMIENTO DEL PROCEDIMIENTO RECURSAL

Las formas como la autoridad administrativa que conoce del recurso puede pronunciarse son las siguientes:

- **Resolución estimativa (total o parcialmente)**

  Cuando la autoridad estime conforme el pedido del administrado emite una decisión en el mismo sentido.

- **Resolución desestimativa**

  Cuando la autoridad no encuentre sustento jurídico o fáctico a la pretensión del administrado y como tal emite un parecer adverso al petitorio.

- **Resolución de inadmisibilidad**

  Cuando no obstante la exigencia de subsanación, el administrado no presente a la autoridad administrativa los documentos o información que hace admisible el recurso presentado. Pero siempre será decidido por la autoridad que conoce del recurso y no por quien lo debe tramitar al competente.

- **Resolución de nulidad con decisión de fondo o devolución de expediente**

  La norma incorpora una regla de precedente en materia de resolución del expediente en cuyo procesamiento se aprecie haber incurrido en causales de nulidad.

Anteriormente, siguiendo las reglas procesales judiciales, la autoridad del recurso procedía a declarar la nulidad y devolver lo actuado al que conoció el proceso para reponer la causa al estado anterior. Esta situación tenía serios inconvenientes en el ámbito administrativo: primero, atentaba contra la celeridad del procedimiento, por cuanto probablemente habiéndose acogido el recurso al administrado, y estando la materia evidentemente clara, se posponía la resolución final del caso; en segundo orden, esta acción favorecía las conductas elusivas de las autoridades superiores que ante casos complejos, recarga de labores, o simplemente por evitar analizar completamente los casos, prefería identificar un error o causal aparente o real de nulidad para determinarla, devolver el expediente y transferir la carga nuevamente al inferior.

Por ello, ahora la norma exige que la autoridad del recurso, cuando advierta la nulidad, la declara, pero además dicte resolución de fondo. Si para ello, requiera actuación de elementos probatorios complementarios, está habilitada para ello. La única excepción será cuando de la lectura del expediente alcanzado no pueda apreciarse íntegramente la información instruida como para resolver el caso.

Artículo 226 Agotamiento de la vía administrativa[520]

226.1 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 148 de la Constitución Política del Estado.

226.2 Son actos que agotan la vía administrativa:

a) El acto respecto del cual no proceda legalmente impugnación ante una autoridad u órgano jerárquicamente superior en la vía administrativa o cuando se produzca silencio administrativo negativo, salvo que el interesado opte por interponer recurso de reconsideración, en cuyo caso la resolución que se expida o el silencio administrativo producido con motivo de dicho recurso impugnativo agota la vía administrativa; o

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; o

c) El acto expedido o el silencio administrativo producido con motivo de la interposición de un recurso de revisión, únicamente en los casos a que se refiere el artículo 216; o

d) El acto que declara de oficio la nulidad o revoca otros actos administrativos en los casos a que se refieren los artículos 211 y 212 de esta Ley; o

e) Los actos administrativos de los Tribunales o Consejos Administrativos regidos por leyes especiales.

(Texto modificado según el artículo 2 Decreto Legislativo N° 1272)

ANTECEDENTES

- Arts. 8, 114: LNGPA.
- Ley N° 26810.

CONCORDANCIAS EXTERNAS

- Constitución: Art. 148, proceso contencioso-administrativo.
- D.S. N° 021-84-PCM: Comisiones Consultivas de los Ministerios.
- D.S. N° 013-2008-JUS: TUO de la Ley del Proceso Contencioso-administrativo (art. 2, inc. 3, principio de favorecimiento del proceso; art. 20, deber de agotar la vía administrativa; art. 21, excepciones al agotamiento de la vía administrativa).

CONCORDANCIAS INTERNAS

- T.P. Art. V, 2.8: Fuentes. Precedentes administrativos.
- Art. 24.1.4: Plazo y contenido para efectuar una notificación.
- Art. 34: Procedimiento de evaluación previa con silencio positivo.
- Art. 81: Delegación de firma.

(520) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 218 de la Ley N° 27444.

- Art. 121.3: Facultad de formular peticiones de gracia.
- Art. 197: Efectos del silencio administrativo.
- Art. 211: Nulidad de oficio.
- Art. 212: Revocación.
- Art. 216: Recursos administrativos.
- Art. 217: Recurso de reconsideración.

TEXTO ORIGINAL DE LA LEY Nº 27444:

Artículo 218- Agotamiento de la vía administrativa

218.1 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 148 de la Constitución Política del Estado.

218.2 Son actos que agotan la vía administrativa:

a) El acto respecto del cual no proceda legalmente impugnación ante una autoridad u órgano jerárquicamente superior en la vía administrativa o cuando se produzca silencio administrativo negativo, salvo que el interesado opte por interponer recurso de reconsideración, en cuyo caso la resolución que se expida o el silencio administrativo producido con motivo de dicho recurso impugnativo agota la vía administrativa; o

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; o

c) El acto expedido o el silencio administrativo producido con motivo de la interposición de un recurso de revisión, únicamente en los casos a que se refiere el artículo 210 de la presente Ley; o

d) El acto que declara de oficio la nulidad o revoca otros actos administrativos en los casos a que se refieren los artículos 202 y 203 de esta Ley; o

e) Los actos administrativos de los tribunales o consejos administrativos regidos por leyes especiales.

MODIFICACIONES AL TEXTO ORIGINAL:

❖ **Primera modificación:** artículo modificado por el artículo 2 del Decreto Legislativo Nº 1272 publicado el 21/12/2016, cuyo texto es el vigente en el TUO.

✍ *Comentario*

I. EL AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA COMO PRIVILEGIO CONSTITUCIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Por la regla del agotamiento de la vía administrativa, los administrados antes de acudir a cualquiera de los procesos judiciales, deben reconocer la competencia jurídica de la Administración Pública para conocer previamente sobre lo ocurrido en su ámbito. La regla está concebida para que las entidades administrativas tengan la oportunidad y la posibilidad de conocer y resolver sobre cualquier controversia que su actuación u omisión puedan producir en la esfera de intereses o derechos de los administrados, con anticipación a que sea sometido el diferendo a la función jurisdiccional.

Como se conoce, nuestro ordenamiento jurídico público ha visto en esta regla la reminiscencia de un privilegio del poder público por el cual para habilitar la procedencia de cualquier acción judicial en su contra era indispensable efectuar un reclamo previo ante sus propias dependencias hasta obtener una resolución que cause estado o, lo que es lo mismo, concluya la vía administrativa prevista regularmente. Como tal, cualquier sujeto deseoso de ejercer una pretensión frente a la Administración Pública no puede optar libremente entre la vía administrativa y la judicial, ni prescindir del planteamiento previo ante la autoridad gubernativa competente, ya que en virtud de esta regla le corresponde iniciar directamente la secuencia administrativa y debatir ahí su pretensión hasta obtener una decisión "madura" de la Administración Pública.

Potencialmente, las decisiones administrativas podrían ser controvertidas ante el Poder Judicial; sin embargo, en aplicación del carácter prejudicial de la vía administrativa, resulta indispensable que el administrado ejerza su derecho de contradicción (reclamación previa administrativa) anteladamente ante la propia Administración Pública hasta obtener un pronunciamiento que cause estado. Cuando ello ocurre, decimos que la vía administrativa ha quedado agotada y recién procede la vía sucesiva: la judicial.

La doctrina ha sostenido alternativa y/o concurrentemente que la exigencia del agotamiento de la vía previa, persigue como finalidades: producir una etapa conciliatoria previa a la controversia judicial; dar a la Administración Pública la posibilidad de revisar decisiones, subsanar errores y promover su autocontrol jerárquico de lo actuado por sus instancias inferiores, reforzar la presunción de legitimidad de los actos administrativos, para que no llegue al cuestionamiento judicial actos irreflexivos o inmaduros; y limitar la promoción de acciones judiciales precipitadas contra el Estado. En suma, la regla fija la frontera entre la vía judicial y la vía gubernativa, señalando el momento hasta el cual será exigible debatir el tema en el fuero administrativo y, como correlato, a partir de cuando queda habilitado el administrado para acceder a la tutela judicial efectiva.

Por tanto, los efectos jurídicos del mantenimiento de esta regla sobre la justiciabilidad de los actos de la Administración Pública, son los siguientes:

- Convierte al procedimiento administrativo en el presupuesto de admisibilidad de las demandas contra la Administración Pública.
- Asume que para demandar al Estado resulta indispensable, como regla general, acudir al reclamo administrativo previo hasta agotar la instancia.
- La recurrencia a la vía administrativa importa interrumpir el plazo de prescripción para el inicio de acciones judiciales[521].

(521) Artículo 1996 inciso 3 del Código Civil.

- En caso de iniciar un proceso judicial sin agotar la instancia administrativa, el Estado está facultado para oponerse a la prosecución del proceso por medio de: la cuestión prejudicial (vía penal) y la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa (vía civil)[522].

Sin embargo, la realidad cotidiana demuestra que esta exigencia no reporta beneficios tangibles a los administrados, por lo cual comienza a ser flexibilizada, por algunos ordenamientos y, abandonado, por otros. En verdad, a la sombra de la regla sobrevive una reminiscencia antigua, que impedía la justiciabilidad de los actos de los soberanos, actualizada bajo estándares procesales constitucionales, a favor de la Administración Pública contemporánea. Adicionalmente, el mantenimiento de esta regla sirve como factor de desaliento para la justiciabilidad de los actos de la Administración Pública, y sobre todo impide que el Derecho Administrativo se nutra con más frecuencia y utilidad de una de sus fuentes más valiosas: la jurisprudencia judicial.

Con cargo a retornar a algunas de estas ideas con posterioridad, debemos reflexionar sobre la razonabilidad constitucional de esta medida. Desde esta perspectiva, creemos que no podemos seguir viendo en esta figura solo una prerrogativa administrativa, al margen de los demás valores constitucionales y del Estado Democrático de Derecho. Si pensáramos así, podríamos llegar a convertirlo en –como afirma la doctrina argentina– en un ritualismo inútil, enderezado a impedir la justiciabilidad de la Administración Pública.

En principio, consideramos que para mantener la regla dentro de cánones constitucionales, no puede desvincularse de las exigencias impuestas a las entidades administrativas de: i) procedimentalizar sus decisiones; ii) asegurar un debido procedimiento a los administrados; y, iii) garantizar la eficiencia de sus servicios, actuaciones y, sobre todo, los procedimientos que lleva a cabo. En tal medida, si consideramos que las entidades administrativas deben satisfacer permanentemente estas exigencias mínimas de racionalidad para el desarrollo de sus actuaciones y procedimientos, la regla del agotamiento de la vía administrativa tiene cierto nivel de razonabilidad.

II. CONSIDERACIONES CONSTITUCIONALES PARA UNA ADECUADA INTERPRETACIÓN DE LA REGLA DEL AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA

Por sí misma, la existencia de la regla del agotamiento de la vía administrativa sustenta una situación contradictoria con los derechos constitucionales a la tutela judicial efectiva y al acceso a la justicia, en la medida que obstaculiza y difiere, el acogimiento de una pretensión contra alguna actividad de la Administración Pública. Sin embargo, presentando rango constitucional tanto

(522) Código Procesal Civil, artículos 446 inciso 5, y 451 inciso 5.

la regla como estos derechos, deben ser objeto de algunas precisiones e interpretaciones que permitan la supervivencia de ambas figuras y armonicen, sin afectar irrazonablemente los derechos humanos en juego.

Es lógico, que de ninguna manera la regla del agotamiento previo de la vía administrativa deba conducir a que se detenga o se demore hasta el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva. Admitir esto afecta el núcleo esencial de los derechos constitucionales antes mencionados.

Como hemos mencionado no se puede perder de vista que dicha exigencia debe sustentarse en ciertos estándares mínimos que deben reunir las entidades de la Administración Pública: contar con vías eficientes para solucionar las peticiones de los ciudadanos. En tal sentido, parecería que –dentro de un Estado democrático–, las obligaciones de las entidades administrativas de procedimentalizar eficientemente sus decisiones y respetar el debido procedimiento, son necesarios fundamentos de la obligación ciudadana de agotar la vía administrativa.

Ahora bien, si se produjera este presupuesto necesario, el agotamiento de la vía administrativa actuaría también en beneficio del individuo en la medida que un eficiente funcionamiento del sistema jurídico administrativo, le garantizaría una pronta reparación o reconocimiento de su situación jurídica.

III. LA REGLA PRESUPONE LA EXISTENCIA DE UNA VÍA ADMINISTRATIVA IDÓNEA Y EFICAZ

Como hemos anotado ya, consideramos que la carga de agotar la vía administrativa supone que tales vías gubernativas (recursos administrativos) sean eficaces y cuenten con disponibilidad efectiva en el caso concreto. Por ello, determinar la vigencia de la regla exigibilidad de agotar la vía administrativa, implica no solo apreciar la existencia formal de recursos admisibles, sino también evaluar el subsistema jurídico-administrativo para apreciar la idoneidad y eficacia de la vía. En virtud de ello, por ejemplo, si la vía administrativa no resulta idónea ni eficaz, no será necesario exigir su agotamiento para acudir a la competencia del Poder Judicial y proteger el caso específico de vulneración de los derechos humanos que se aprecia.

En otras palabras, en cada caso concreto debe enjuiciarse los alcances de la regla del agotamiento de los recursos apreciando y valorando la idoneidad y eficacia del procedimiento administrativo, la imparcialidad de las autoridades, el reconocimiento del derecho de defensa y del debido procedimiento.

Por la calidad de idónea, la vía administrativa cuyo objeto sea apto para permitir el reconocimiento de la situación jurídica solicitada por el administrado a la Administración Pública. Mientras que la calidad de eficaz significa que la vía sea operativa, vigente y actual. Siguiendo este criterio, por ejemplo, la jurisprudencia argentina ha podido establecer la inoperancia de la regla cuando su exigencia constituya un ritualismo inútil para el administrado, por importar una

carga excesiva o inútil para sus intereses. Así, se puede considerar que no resulta admisible la exigencia de esta regla cuando sobre el mismo caso la Administración Pública ha rechazado innumerables reclamaciones anteriores a los administrados, cuando se trate de cuestionar acciones administrativas que constituyen la asunción de una política estatal, cuando se trate de procedimientos administrativos que no conducen a obtener una decisión administrativa sino solo un parecer o pronunciamiento no vinculante, o cuando los procedimientos administrativos disponibles tengan un objeto distinto al que se buscaría ante el Poder Judicial.

En principio, esta judicatura ha vinculado sabiamente la exigibilidad de la vía previa administrativa con la eficacia que la misma brinda a los derechos e intereses del ciudadano. De este modo, la judicatura valora la exigibilidad de esta regla cuando la vía administrativa previa sea eficaz para el objetivo pretendido por el administrado como, por ejemplo, anular la decisión administrativa (contencioso), restaurar un derecho conculcado (amparo), obtener una información (hábeas data). Pero no solo si la vía administrativa sea eficaz jurídicamente, sino si en la práctica se puede apreciar la viabilidad de la medida. En esta vía se ha configurado la tesis del rechazo del agotamiento de la vía administrativa, cuando el juez aprecie la ineficacia cierta, o la apariencia de improbabilidad de la vía administrativa, de modo tal que se constituya en un ritualismo inútil para los administrados. Por ejemplo, se ha validado la inexigibilidad del agotamiento de vía administrativa cuando existan numerosos procedimientos administrativos con pretensiones idénticas que hayan sido rechazados por la Administración Pública, o cuando se trate de medidas dispuestas directamente por la Administración Pública como política de Estado.

IV. LA INTERPRETACIÓN DE LA REGLA DEBE SER RESTRICTIVA PARA GARANTIZAR LA EFECTIVIDAD DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Por definición, debe armonizarse el interés público que representa la vía previa, con el derecho al acceso pronto a la tutela jurisdiccional, cuidando que razones formales de la Administración Pública no induzcan a su postergación irracional o su perjuicio. En este aspecto, el Decreto Supremo N° 013-2008-JUS, Texto Único Ordenado que regula el proceso contencioso-administrativo, ha dado un paso importante, al acoger explícitamente el principio *pro actione*, o de favorecimiento del proceso, por el cual "el juez no podrá rechazar liminarmente la demanda en aquellos casos en los que por falta de precisión del marco legal existía incertidumbre respecto del agotamiento de la vía previa" (art. 2 num. 3).

En esta materia ha sido la judicatura la que ha desempeñado un rol fundamental para delimitar esta regla a aquellos supuestos en que no se afecte los derechos constitucionales señalados.

Como la propia judicatura suprema española establece que haber acogido la figura del agotamiento de la vía administrativa importa un obstáculo al "derecho al proceso o a la jurisdicción", cuya exigibilidad o "legitimidad

constitucional debe ser examinada atendiendo a las perspectivas de cada caso concreto, habiendo de señalarse en línea de principio que el obstáculo del acceso al proceso deberá obedecer a razonables finalidades de protección de bienes e intereses constitucionalmente protegidos y que deberá guardar una notoria proporcionalidad con la carga de diligencia exigible a los justiciables", agregando que "la reclamación administrativa previa se justifica, especialmente, en razón de las especiales funciones y tareas que la Administración Pública tiene encomendadas por el ordenamiento constitucional. Retrasa, indudablemente, el acceso a la jurisdicción pero, al estar debidamente justificada, no es una exigencia contraria al derecho de tutela judicial efectiva" (STC Exp. N° 158/1987, del 20/10/1987 y 206/1987 del 21/12/1987).

Contrariamente a lo que *a priori* parece entenderse, la exigencia de agotar la vía previa debe ser interpretada restrictivamente, ya que restringen derechos fundamentales de acceso a la justicia. Actuar de otro modo, sería afectar la vigencia de tales derechos y favorecer una prerrogativa estatal de manera irreflexiva. A su turno, las causales de admisibilidad de las demandas judiciales deben ser apreciadas con flexibilidad por así adecuarse a la interpretación pro homine.

V. EL AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA PRESENTA UN INCONVENIENTE TRATAMIENTO JURÍDICO FRAGMENTARIO

El tratamiento jurídico dispensado al agotamiento de la vía administrativa, dista de ser sistemático y uniforme. Por una parte, tenemos una declaración general de las causales de agotamiento de la vía administrativa en la LPAG, diversos supuestos de agotamiento en normas administrativas sectoriales (regionalización, municipalidades, universidades, etc.); por la otra, tenemos la recepción, las formas y excepciones, disgregados en los regímenes de los procesos judiciales respectivos (amparo, contencioso-administrativo, cumplimiento, hábeas data, etc.).

La situación descrita conlleva a un error de apreciación constitucional que ilustraremos con el régimen del agotamiento de la vía previa en el amparo. Cuando se analiza esta figura, suele considerarse que la regla general es la exigibilidad del agotamiento de la vía administrativa (art. 226 del TUO de la LPAG) y las excepciones, constituyen las circunstancias límites y particulares, en las que se acepta la relevación de la exigencia del agotamiento. Ciertamente esta posición no es la más adecuada, ya que si apreciamos el tema desde la perspectiva constitucional, es la regla del agotamiento de la vía, las excepciones son las consagraciones positivas de los derechos constitucionales del acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva.

De ahí, entendemos que la interpretación restrictiva deberá producirse sobre la regla del agotamiento, y no sobre las excepciones a esta.

VI. LA EXIGENCIA DE AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA SE REFIERE EXCLUSIVAMENTE A LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

En el mismo orden de ideas expuestas anteriormente, la exigencia de agotar la vía administrativa es aplicable cuando los administrados desean contestar actos administrativos que califican como lesivos a sus derechos o intereses, mas no está concebida para otras actuaciones de la Administración Pública. Así acontece por cuanto la regla de la vía previa ha sido estructurada para favorecer la ejecutividad de las decisiones administrativas. Como se sabe, si cualquier administrado desea contestar un reglamento, no está sujeto al deber de agotar ninguna vía administrativa. En igual sentido, cuando un administrado desea contestar actos de administración o vías de hecho.

VII. LA REGLA DEL AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA ES INEXIGIBLE CUANDO SE CUESTIONA LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY

Cuando el acto administrativo que se va a cuestionar en sede judicial se funda en la aplicación directa de una ley, cuya inconstitucionalidad también será objeto de apreciación jurisdiccional, es innecesario exigir el agotamiento de la vía administrativa.

En este caso el reclamo administrativo previo no es indispensable para habilitar la vía judicial, por cuando el planteamiento de la inconstitucionalidad no es competencia de la autoridad administrativa, siendo más bien para él imperativa su aplicación dado el principio de legalidad administrativa[523].

VIII. ¿EL AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA ES UN PRIVILEGIO DISPONIBLE DEL ESTADO?

Uno de los temas que se debate en la doctrina es la posibilidad de la renuncia por parte del Estado al privilegio del agotamiento de los recursos administrativos. En otras palabras, apreciar si el Poder Judicial puede conocer un caso que no había sido ventilado en la vía administrativa, o habiéndose iniciado dicha vía, no se había cumplido con agotarla pero la Administración Pública, abiertamente, declaraba que sometía el diferendo a las reglas de la jurisdicción.

En principio se podría pensar que como la regla del previo agotamiento de los recursos administrativos se ha establecido en provecho del Estado, en esta medida, es renunciable por el Estado interesado en hacerla valer.

(523) Esta tesis es acogida por nuestro Tribunal Constitucional, como se puede apreciar en las resoluciones recaídas en los Expedientes N°s 0499-2002-AA y 1266-2001-AA/TC.

La renuncia a la regla del agotamiento puede ser expresa o tácita. En este último caso, la renuncia ocurre cuando la dependencia interesada asume una actitud incompatible con hacerla valer o no la opone oportunamente. Así, podría acontecer que se produzca la renuncia de manera tácita y hasta inadvertida cuando la dependencia demandada invoca el no-agotamiento de modo extemporáneo. De este modo, las dependencias del Estado pueden renunciar válidamente a exigir que se hayan agotado los recursos administrativos para que el Poder Judicial pueda llegar a conocer de un caso.

A diferencia de otros ordenamientos que vía interpretación constitucional permiten la renuncia a este privilegio, el diseño legal nacional no lo permite. Así sucede por cuanto el juez tiene el deber de apreciar de oficio si se ha agotado la vía administrativa, como causal de admisibilidad de la demanda, y cuando así no ha ocurrido, deberá rechazarla directamente.

IX. LAS SITUACIONES JURÍDICAS APTAS PARA AGOTAR LA VÍA ADMINISTRATIVA

Las causales para alcanzar el agotamiento del debate en la sede administrativa son taxativas y de orden público, por lo que operan automáticamente sin necesidad que el texto de la propia resolución administrativa final declare expresamente que con su emisión ha operado el agotamiento de la vía, conforme lo ha establecido la jurisprudencia nacional (Ejecutoria Suprema del 10/08/1984, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 08/10/1984; Exp. N° 752-84-Lima)[524].

La clausura del debate en sede administrativa es producida cuando el procedimiento ha llegado a conocimiento del funcionario superior con competencia para decidir respecto de la causa, aunque exista aun otro nivel más alto en la jerarquía de la respectiva organización administrativa. Es prescindible obtener una decisión de la cumbre de la jerarquía administrativa para propiciar el agotamiento de la vía, ya que lo trascendente es debatir el tema lo suficiente para permitir a la Administración Pública ejercer su potestad de autocorrección e incurrir en alguna de las causales previstas por la legislación.

Las causales para plantear el agotamiento de la vía derivan de:

- La ubicación organizacional del órgano emisor del acto;
- Haber sido satisfecha la necesidad procesal de permitir a la Administración Pública revisar sus actos;
- Haber llegado el expediente a alguna especial circunstancia adversa al administrado que sea de difícil reversión.

(524) No obstante no ser determinante para el agotamiento, constituye un deber de la Administración informar al administrado –en la notificación– de aquel acto que da por agotada la vía administrativa (TUO de la LPAG, art. 24).

Tenemos entre los primeros, los supuestos por los cuales agotan la vía las decisiones de los órganos ubicados en la cumbre de la organización administrativa (por ejemplo, Presidencia de la República, órganos autónomos o encargados de resolver conflictos cuasijurisdiccionales –tribunales administrativos–). Entre los segundos, el agotamiento con la emisión de una segunda decisión administrativa y, por su parte, los supuestos de agotamiento de la vía inspirados en la circunstancia desventajosa del administrado, son los actos adversos expresos o tácitos provenientes de la segunda instancia administrativa, las declaraciones de nulidad de oficio, etc.

X. RESOLUCIÓN DE AUTORIDAD QUE NO RECONOZCA SUPERIOR JERÁRQUICO

> "**Artículo 226.- Agotamiento de la vía administrativa**
>
> (...)
>
> 226.2. Son actos que agotan la vía administrativa:
>
> a) El acto respecto del cual no proceda legalmente impugnación ante una autoridad u órgano jerárquicamente superior en la vía administrativa o cuando se produzca silencio administrativo negativo, salvo que el interesado opte por interponer recurso de reconsideración, en cuyo caso la resolución que se expida o el silencio administrativo producido con motivo de dicho recurso impugnativo agota la vía administrativa.
>
> (...)".

Una primera situación que determina el agotamiento de la vía administrativa se deriva de la particular estructura de la organización administrativa. Si la resolución proviene de una autoridad administrativa cuya organización administrativa no dota de instancia jerárquicamente superior, es obvio que será su decisión administrativa la que agote la vía administrativa directamente.

En este supuesto, para el nivel del Gobierno Central tenemos las resoluciones adoptadas por cuatro tipos de autoridades: la Presidencia de la República, los ministros de Estado, los máximos jerarcas de los organismos autónomos y de los organismos públicos descentralizados.

En el primer caso tenemos las resoluciones supremas emitidas por el Presidente de la República, como instancia inicial y única de algún procedimiento administrativo.

En el caso de los ministros de Estado, cuando emiten sus resoluciones ministeriales agotan por sí misma la vía administrativa, pues no cabe recurso de apelación ante el Presidente de la República, porque este no constituye una jerarquía administrativa ordinaria. Solo cuando la ley exigiera expresamente la vía de la resolución suprema, la vía administrativa queda agotada con la expedición expresa o ficta de la correspondiente resolución suprema.

Este supuesto ha sido regulado expresamente en el artículo 2 del Decreto Supremo N° 021-84-PCM que sindica a los ministros como emisores de "Resoluciones ministeriales que constituyen la máxima instancia administrativa, salvo en los casos en que la ley exige resolución suprema o cuando por leyes especiales existen tribunales o consejos administrativos cuyas decisiones por disposición de los mismos, constituyen la máxima instancia administrativa".

En el caso de los organismos autónomos constitucionales, la situación es idéntica: agota la instancia administrativa el acto emitido por el jerarca de las siguientes instituciones: Banco Central de Reserva, Contraloría General de la República, Reniec, ONPE, etc.

Finalmente, las decisiones de los máximos jerarcas de los organismos públicos descentralizados también agotan la vía administrativa por sí mismos. Así sucede, por ejemplo, con la Sunat, Indecopi, Senasa, IPD, etc. Los organismos públicos descentralizados son manifestaciones del esquema organizacional de la Administración Pública descentralizada institucional por la que se reparte capacidad de decisiones entre diversos entes públicos, reconociendo la existencia de organismos o entes con personificación propia, sin estar sometidos, en el ejercicio de sus competencias, al control o tutela de los órganos superiores de los cuales se desprende la competencia.

Algunas veces se confunde la relación de jerarquía, que existe entre los órganos de una misma entidad, con la relación de tutela, que es la subsistente entre el ministerio con los organismos públicos descentralizados de su sector. La relación de tutela es la relación establecida entre dos organismos por el cual, el primero puede puntualmente intervenir en la gestión de otra, autorizando o aprobando sus actos, fiscalizando sus servicios o supliendo sus omisiones, en función de detentar intereses propios de mayor extensión comprensivos de los confiados al tutelado. Pero a diferencia de la jerarquía administrativa, es una relación puntual, limitada y estrictamente con apego a su base legal.

Como bien expresa CABALLERO SIERRA, "una diferencia fundamental entre la jerarquía y la tutela se encuentra en el sistema de los recursos de apelación o de alzada contra los actos del inferior para ente el superior. Esto así indica que la potestad última de decisión se encuentra siempre en los órganos que ocupan la cúspide de la jerarquía. (...) La tutela no admite en rigor de verdad recursos de apelación para ante el tutor. La jerarquía siempre supone la prelación o la revocatoria directa, y la recíproca también resulta válida al decir que donde haya recurso de apelación o de revocatoria directa en sede administrativa, siempre hay jerarquía"[525].

En suma, los sectores no son instancia jerárquicamente superior de los actos decididos por los organismos públicos descentralizados.

(525) CABALLERO SIERRA, Gaspar. Ob. cit.

XI. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA EXPRESA O SILENCIO ADMINISTRATIVO PRODUCIDO EN SEGUNDA INSTANCIA

"Artículo 226.- Agotamiento de la vía administrativa

(...)

226.2. Son actos que agotan la vía administrativa:

(...)

b) El acto expedido o el silencio administrativo producido con motivo de la interposición de un recurso de apelación en aquellos casos en que se impugne el acto de una autoridad u órgano sometido a subordinación jerárquica.

(...)".

En principio, la forma natural como queda dilucidado el procedimiento administrativo es con la obtención de un segundo parecer de la organización estatal a cargo del funcionario superior que, en vía de recurso, conoce y resuelve la controversia generada por la decisión primigenia de un subalterno. Con la aplicación de esta causal, el procedimiento administrativo ordinario queda sujeto solo a dos instancias y el recursal se limita a una.

En buena lógica, solo la decisión estable proveniente de alguna autoridad superior administrativa es la que puede ser contradicha ante el Poder Judicial, por ello la legislación impone a los administrados la necesidad de provocarla mediante el recurso de apelación.

De tal suerte, cuando un funcionario inferior en la escala administrativa dicta un acto agraviante para los intereses de algún administrado, le corresponde recurrir mediante apelación ante el superior jerárquico, con el objeto de obtener –en esa segunda instancia– una decisión favorable a su pretensión. Si el superior ratifica la decisión del subalterno, es contra esta decisión que corresponde intentar la acción contencioso-administrativa. Cabe preguntarse si este mismo efecto se logra si la resolución de segunda instancia no contuviera una decisión de fondo sino meramente formal o de reenvío a la autoridad subordinada (por ejemplo, la anulación de la resolución apelada pero sin reconocer el derecho del administrado). En nuestra opinión, la situación de agotamiento también se hubiera producido a favor del recurrente, por cuanto la norma no exige que la resolución de segunda instancia sea de fondo o con algún contenido determinado, sino solamente que se otorgue a la autoridad la posibilidad de controlar la decisión del subordinado.

Cabe anotar respecto a este particular que la jurisprudencia ha establecido como insuficiente para considerar agotada la vía por esta causal, si se trata de una segunda decisión expedida por un mismo funcionario absolviendo un recurso de reconsideración (Ejecutoria Suprema del 20/11/1991, publicada en el diario oficial *El Peruano* del 04/04/1992; Exp. N° 1153-91-Lima), así como la decisión del superior obtenida al resolver una queja contra un funcionario

(Ejecutoria Suprema del 20/05/1992 publicada en el diario oficial *El Peruano* de 21/07/1992, Exp. N° 88-91-Lima).

Merece comentarse el contenido que la decisión del procedimiento recursal debe reunir para poder considerar agotada la vía administrativa. Tal decisión puede mostrar un contenido confirmatorio de la resolución recurrida, su revocación total o parcial en beneficio del recurrente, o también una modificación en agravio del recurrente (conocida en la doctrina como *reformatio in peius*).

En particular, es necesario definir si el interesado puede dar por agotada la vía administrativa con esa segunda resolución (no obstante serle más desfavorable que la primera o si contiene una revocatoria parcial en su beneficio) o debe aún recurrir otra vez contra el segundo acto que decidió el procedimiento recursal. Por ejemplo, si se recurre de una multa y la segunda decisión la modifica reduciendo su monto o revocándola se impone la clausura de la actividad, o en el caso de un procedimiento administrativo donde se resolvió primero una suspensión y luego en vía de recurso se aplica una destitución del servicio, etc.).

CAJARVILLE[526], en su trabajo sobre recursos administrativos, plantea claramente el tema afirmando la existencia de tres soluciones posibles:

- Una solución formal, según la cual la vía administrativa se agota mediante la interposición y decisión de los recursos correspondientes cualquiera sea el contenido del acto que se trate, resueltos los cuales queda agotada la secuencia, sin importar para este efecto cuál sea su contenido.
- Una solución material, por la cual atendiendo al contenido propio del acto que resuelve el recurso habría que impugnar la segunda decisión ya que se ha creado una nueva expresión de voluntad sustituta de la primera que no ha sido recurrida o cuestionada.
- Una solución intermedia, atenuando la anterior, por la cual se entendería que se ha agotado la vía sobre el extremo ratificado (por ejemplo, si se reduce el monto de la multa), pero no sobre los otros aspectos innovados.

Coincidiendo con CAJARVILLE[527], consideramos que la solución material –aunque teóricamente válida– "dilapida tiempo y esfuerzos de la Administración Pública y del interesado, sin proporcionar con ello mayores garantías. Por el contrario, puede llevar a una sucesión de recursos en cadena, que sirva tan solo para postergar el acceso al amparo jurisdiccional".

Adversamente, la tesis formal "sin afectar de ninguna manera las potestades de la Administración Pública, y asegurando al interesado el acceso a la jurisdicción en un lapso menor, encuentra su fundamento en la propia razón de ser de la regla del agotamiento de la vía administrativa, que consiste en imponer

(526) CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo. *Recursos Administrativos*. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1989, p. 100.
(527) Ídem.

el control jerárquico o tutelar como instrumento de unidad en la gestión y en provocar la revisión de lo actuado antes de comprometer los intereses administrativos y privados en las contingencias de un litigio, ambos fines se cumplen con la resolución de los recursos interpuestos, cualquiera sea el contenido de la decisión que recaiga".

La legislación uruguaya (art. 36 del Decreto Ley N° 15524) tratando expresamente este tema lo define señalando:

> "La reforma o revocación parcial no hará exigible una nueva impugnación en vía administrativa. No habrá reposición de reposición. Tampoco será exigible otra impugnación administrativa al tercero, eventualmente agraviado en su derecho o interés directo, por la revocación parcial o la reforma del acto originario objeto de tal decisión expresa de los recursos".

XII. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA EXPRESA DE TERCERA INSTANCIA (RECURSO DE REVISIÓN)

> "**Artículo 226.- Agotamiento de la vía administrativa**
>
> (...)
>
> 226.2. Son actos que agotan la vía administrativa:
>
> (...)
>
> c) El acto expedido o el silencio administrativo producido con motivo de la interposición de un recurso de revisión, únicamente en los casos a que se refiere el artículo 216 de la presente Ley.
>
> (...)".

El recurso de revisión es el medio impugnativo excepcional procedente contra actos administrativos firmes emanados de las entidades descentralizadas del poder, que es interpuesto ante una tercera autoridad gubernativa encargada de su tutela para que con criterio unificador revoque, modifique o sustituya el acto administrativo recurrido. Es oportuno denotar que su interposición no es optativa sino que constituye un recurso indispensable para agotar la vía, cuando nos encontramos ante una estructura descentralizada sujeta aún a tutela estatal.

Procede contra actos administrativos firmes atendiendo al objetivo de continuar la verificación de la legalidad de las actuaciones de las autoridades subalternas. Su empleo se ubica con posterioridad a la apelación y siempre que tal instrucción y decisión hubiesen estado a cargo de funcionarios sujetos a tutela por otro estamento del poder público.

Como se puede advertir, el recurso de revisión encuentra su ambiente natural en aquellas estructuras organizacionales que han seguido técnicas de descentralización y desconcentración territorial creando dependencias con competencias sujetas a tutela a cargo de otros funcionarios con autoridad de nivel

nacional. En estas estructuras, el recurso de revisión habilita al ciudadano activar el control de tutela que compete ejercer a los niveles nacionales sobre autoridades desconcentradas, quienes pertenecen a su ámbito de poder. La relación típica que da ocasión para la presencia del recurso de revisión es la que se presenta entre entes subregionales o regionales respecto de las autoridades nacionales sectoriales.

El fundamento para esta revisión es el ejercicio de la tutela administrativa que la legislación encarga a algunas entidades públicas sobre otras, reconociendo en tales casos la necesidad de reservar un poder limitado para que sin dirigir a las entidades tuteladas, les sea facultado revisar, autorizar o vetar las decisiones de los órganos superiores de entidades descentralizadas, con miras de preservar y proteger el interés general.

En nuestro Derecho, todas las administraciones descentralizadas, independientemente de su ubicación geográfica (incluso las entidades domiciliadas en la capital de la República) quedan sometidas a tutela administrativa por parte de autoridades con competencia nacional (sectoriales).

En este orden de ideas, interpuesto el recurso de revisión, la autoridad de competencia provincial o regional tendrá que remitir el expediente objeto del recurso a la dependencia superior con competencia nacional (generalmente un ministerio) para que ejerza tutela sobre su decisión.

Lógicamente cuando la aplicación de políticas descentralizadoras del poder público conlleva crear estamentos con nivel autónomo intenso sin tutela nacional en lo administrativo (por ejemplo, organismos constitucionalmente autónomos), el espacio que ocupa el recurso de revisión desaparece, quedando solo los recursos jerárquicos internos dentro de la entidad autónoma y la posibilidad de solicitar la revisión exclusivamente ante las autoridades judiciales.

No debemos perder de vista que la descentralización administrativa admite dos vertientes: la vertiente de descentralización territorial donde se crean entes con competencias zonales o focalizadas en áreas territoriales específicas (regionales, subregionales, provinciales, municipios, etc.) y la vertiente descentralizadora institucional o funcional, donde se generan entidades estatales con competencia especializada sobre determinadas materias con nivel nacional sin alcanzar connotación territorial (organismos públicos descentralizados o sistemas).

Tal dicotomía resulta importante para comprender la existencia, al margen de la regulación de las normas generales, de procedimientos administrativos especiales que consideran bajo el nombre de "recurso de revisión" medios impugnatorios que activan la tutela del Estado sobre entes descentralizados pero cuya competencia no puede calificarse de local o nacional sino más bien institucional o especializada.

En estos casos especiales, el recurso de revisión resulta incorporado a estructuras descentralizadas no de tipo territorial sino institucional o funcional,

permitiendo seguir promoviendo el control de la legalidad de la actuación pública a través de la tutela a que se encuentran sujetos entes descentralizados del poder (universidades, organismos de minería, servicios públicos, etc.).

XIII. SILENCIO ADMINISTRATIVO PRODUCIDO EN SEGUNDA O TERCERA INSTANCIA, SEGÚN SEA EL CASO

El cuarto supuesto, opera a través de la figura del silencio administrativo durante el procedimiento recursal, esto es, en la segunda instancia.

En los procedimientos seguidos ante una segunda instancia donde se da oportunidad a la autoridad superior para revisar el fallo del subalterno desempeñando sus facultades inherentes de control jerárquico y, lógicamente, la eventual pasividad en que incurra en desempeñar su rol no puede perjudicar al administrado postergando su acceso a la tutela judicial efectiva. Como puede apreciarse de la propia lectura de la norma, cuando se da ocasión para el silencio administrativo en algún procedimiento seguido ante órganos inferiores actuando como primera instancia, su consecuencia es habilitar al particular para considerarse tácitamente denegado o aprobado.

Es conveniente tener en cuenta que si, en la primera instancia del procedimiento administrativo se hubiese producido silencio negativo, también la inacción de la segunda instancia conducirá a la aprobación automática de lo peticionado y no a un segundo silencio administrativo, conforme a la regla establecida en el numeral 33.2. del artículo 33 del TUO de la LPAG.

XIV. REVOCACIÓN O ANULACIÓN DE OFICIO DE RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS

> "**Artículo 226.- Agotamiento de la vía administrativa**
>
> (...)
>
> 226.2. Son actos que agotan 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 211 y 212 de esta Ley.
>
> (...)".

Otro supuesto de clausura del debate en sede administrativa ocurre cuando una autoridad administrativa superior motu proprio o a instancia de parte, anula una resolución anterior emitida por una autoridad jerárquicamente inferior. Ello obedece a que en dicho caso, al anular el acto administrativo, un funcionario superior ha expresado ya su parecer sobre una decisión anterior de sus subalternos, obteniéndose de este modo una segunda opinión en la misma sede.

Por nuestra parte consideramos que esta situación es susceptible de encontrarse incursa como agotamiento de la vía, por cuanto su naturaleza y fines son los mismos que el caso de las resoluciones consentidas.

XV. RESOLUCIÓN DE TRIBUNALES Y CONSEJOS ADMINISTRATIVOS REGIDOS POR LEYES ESPECIALES

"Artículo 226.- Agotamiento de la vía administrativa

(...)

226.2 Son actos que agotan la vía administrativa:

(...)

e) Los actos administrativos de los Tribunales o Consejos Administrativos regidos por leyes especiales".

Existen organismos de conformación colegiada con facultad de decisión en última instancia administrativa sobre cuestiones contenciosas, y que en resguardo de su autonomía se encuentran sometidos exclusiva y directamente a un ulterior control jurisdiccional por parte del Poder Judicial. Tenemos, por ejemplo, el Tribunal del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Tribunal Fiscal, Consejo de Minería, Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Indecopi, Tribunal Nacional del Deporte, Tribunal Registral, Consejo del Notariado (procedimiento disciplinario notarial), tribunales de los organismos reguladores (Sunass, Osiptel, Osinergmin, Ositran, etc.), Tribunal de Cofopri, etc.

Tales organismos por ubicarse fuera del modelo organizacional jerarquizado y tener la facultad por sí mismos para agotar la vía administrativa, resolviendo controversias configuran un supuesto particular dentro de la Administración Pública nacional.

XVI. LA INTERPOSICIÓN DE RECURSO DE RECONSIDERACIÓN CONTRA ACTOS QUE YA AGOTARON LA VÍA ADMINISTRATIVA

Cuando el administrado ha obtenido de la autoridad una decisión expresa adversa que se encuentra consagrada por la legislación como causal de agotamiento de la vía, se encuentra en condiciones para transferir el debate al fuero judicial emplazando ahí a la Administración Pública. Tal es el principio general, pero nada impide que si el administrado no lo hubiese empleado anteriormente, al amparo de lo previsto en el artículo 217 del TUO de la LPAG, promueva en la misma sede administrativa el recurso de reconsideración, como último intento procesal en la secuencia gubernativa para obtener un pronunciamiento a su favor, sin que ello signifique renunciar a la posibilidad de efectuar luego un cuestionamiento en sede judicial.

Particularmente, esta alternativa puede presentarse, y más aún es la única posibilidad de impugnación en sede administrativa, cuando se trate de resoluciones supremas dictadas inaudita parte (sin dar audiencia al interesado) por el Ejecutivo o de resoluciones que por su propia naturaleza agotan la vía, emitidas por organismos no sujetos a subordinación jerárquica (Superintendencia de Banca y Seguros, Banco Central de Reserva, etc.). Como es obvio, en estos casos resulta inviable otro recurso administrativo de alzada por cuanto la estructura estatal no considera sobre tales autoridades algún superior jerárquico. Eso sí, creemos que no puede exigirse como obligatoria la interposición de la reconsideración, ya que conforme a su naturaleza se trata de un recurso opcional.

Precisamente este último supuesto ha sido tratado en el numeral 226.2. literal a) del artículo 226 del TUO de la LPAG, cuando expresa lo siguiente:

> "**Artículo 226.- Agotamiento de la vía administrativa**
>
> (...)
>
> 226.2 Son actos que agotan la vía administrativa:
>
> a) El acto respecto del cual no proceda legalmente impugnación ante una autoridad u órgano jerárquicamente superior en la vía administrativa o cuando se produzca silencio administrativo negativo, **salvo que el interesado opte por interponer recurso de reconsideración, en cuyo caso la resolución que se expida o el silencio administrativo producido con motivo de dicho recurso impugnativo agota la vía administrativa.**
>
> (...)" (el resaltado es agregado).

Aquí, el agotamiento de la vía queda diferido para cuando la autoridad resuelva expresamente este recurso, o se venzan los 30 días para hacerlo pudiendo constituir el silencio negativo o positivo, según sea el caso.

En todos estos casos, coincidimos con CASSAGNE[528], en señalar que el efecto fundamental de este ejercicio es la suspensión del curso de los plazos para demandar al Estado en la sede judicial (acción contencioso-administrativa o amparo).

XVII. EL ALCANCE PERSONAL DEL AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA

Aspecto controvertido en la doctrina es el alcance personal del agotamiento de la vía administrativa ya obtenido. Esto es, si dicho agotamiento beneficia solo al recurrente que promueve el acto que causa estado (carácter subjetivo) o si puede aprovechar a todos aquellos sujetos que no habiendo impugnado administrativamente el acto gubernativo, también se encuentren

(528) CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. Tomo II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, p. 364.

afectados por él. La doctrina extranjera se ha pronunciado porque la calidad del agotamiento de la vía administrativa debe ser alcanzada por el mismo administrado que desee plantear ulteriormente su revisión judicial, de tal suerte que corresponderá recurrir del acto administrativo a todos y cada uno de los interesados que se propongan llevar luego al Estado a la vía judicial y, recíprocamente, solo quedará habilitado para hacerlo a quien se dirija el respectivo acto que causa estado.

En el sistema español de recursos administrativos no es posible aprovechar recursos ajenos. No es posible que un interesado no impugne en alzada un acto administrativo, lo deje firme y después, cualquiera que sea el tiempo transcurrido, comparezca en un recurso de alzada ajeno, interpuesto en tiempo y aún no resuelto, y pretenda con ello, ante el silencio de la Administración Pública, que ha agotado la vía administrativa como requisito para acceder a los tribunales. El agotamiento de la vía administrativa es un requisito subjetivo y no objetivo, es decir, una persona puede haberla agotado y otra no, y la que no lo ha hecho no puede aprovecharse indebidamente de la diligencia ajena.

XVIII. EL AGOTAMIENTO DE LA VÍA EN EL CASO ESPECIAL DEL RECURSO DE ACLARACIÓN EN SEDE ADMINISTRATIVA

De ordinario el agotamiento se obtiene a través de las situaciones que se han mencionado en el presente artículo. No obstante, nuestra judicatura ha tenido ocasión de manifestarse respecto al momento en que se debe entender por agotada la vía administrativa cuando en algunos procedimientos especiales se faculta a los administrados a interponer un recurso de aclaración contra la resolución administrativa definitiva con el objeto de esclarecer sus alcances o cubrir alguna omisión que pudiera haberse producido al momento de resolver.

En este caso, la Corte Suprema[529] ha manifestado que cuando este recurso es procedente, solo con su absolución se ha alcanzado el estado de agotamiento de la vía y no antes. Ello acontece aun cuando la resolución objeto de la aclaración sea proveniente de un tribunal administrativo, sea una anulación de oficio, haya atendido una apelación o sea una resolución dictada en instancia única por alguna autoridad sin superior jerárquico. En ese sentido ha considerado –correctamente en nuestra opinión– que si están pendientes de resolver pedidos de aclaración interpuestos contra la decisión administrativa, resulta claro que para el administrado no es comprensible el alcance o sentido de la resolución y, por otro lado, la autoridad aún no ha emitido una decisión de última palabra sobre el tema. En este caso, la resolución que atienda la aclaración presentada será la que realmente dé por agotada la vía administrativa.

(529) Corte Suprema, Ejecutoria Suprema Exp. N° 533-2005-Lima, del 12 de junio de 2006.

XIX. LA CARGA DE LA PRUEBA DEL AGOTAMIENTO DE LA VÍA PREVIA

La noción de prueba cumple un rol fundamental en el proceso de acceso a la justicia por actos lesivos cometidos por la Administración Pública, por cuanto permite que la decisión sobre el agotamiento o no de la vía previa sea motivada en hechos reales y verificables.

En principio cabe señalar que los procesos judiciales previstos para controlar las actuaciones administrativas no están presididos por el principio dispositivo sino que se atribuye a la instancia del Poder Judicial apreciar de oficio acerca de si se han agotado los recursos administrativos, conforme aparezca del expediente y de la demanda. Para dicho efecto, el juez procede del modo siguiente:

- Analiza de oficio la información proporcionada por el demandante acerca de la forma y manera en que se agotó la vía administrativa, o sobre la existencia de alguna de las excepciones que son admisibles, para no transitar por la vía administrativa.
- De ser esa información insuficiente para formar convicción sobre el tema, el juez está facultado para solicitar informaciones previas al demandante, sin que ello signifique prejuzgar sobre la decisión que en definitiva adopte sobre la admisibilidad.

Desde la perspectiva doctrinaria, no existe una carga exclusiva hacia alguna de las partes del proceso sino más bien la opción es su distribución entre las mismas, según las posibilidades reales de hacerlo, atendiendo al criterio de *onusprobandi incumbit actore* y que en términos generales corresponden, en principio, a lo siguiente:

- Compete al Estado deducir la excepción de no agotamiento de la vía administrativa, en caso de que hubiese correspondido hacerlo; y, en caso de que se alegue algunas de las excepciones, probar la existencia y efectividad de las vías de reclamación que no han sido utilizadas.
- Compete al demandante, de acuerdo al caso concreto: i) afirmar y probar que agotó la jurisdicción nacional; o, ii) probar que se encuentra incursa en alguna de las causales exoneratorias para no transitar la vía administrativa.

Por tanto, la carga de la prueba sobre el agotamiento de la vía administrativa admite un cierto grado de distribución, pues si el demandante afirma haberlos agotado deberá señalar la manera en que lo realizó. En cambio, si es el gobierno el que alega la falta de agotamiento, tendrá a su cargo el señalamiento de los recursos por agotarse idóneos y eficaces que no han sido empleados.

Una vez que la entidad ha probado la disponibilidad de la vía administrativa, la carga de la prueba se traslada al reclamante que deberá entonces, demostrar que alguna o varias de las excepciones contempladas en el ordenamiento son aplicables.

TÍTULO IV

DEL PROCEDIMIENTO TRILATERAL, DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR Y LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DE FISCALIZACIÓN

(Denominación modificada por el artículo 3 del Decreto Legislativo Nº 1272)

LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS ESPECIALES

La realidad de la gestión pública conduce lógicamente a regímenes propios para cada actividad administrativa justificadamente diferenciada, de tal suerte que no se puede identificar, por ejemplo, la estructura del procedimiento para la obtención de una licencia de construcción con la del procedimiento disciplinario ni con la del tributario. Pero, por otro lado, el sistema jurídico no está dispuesto a admitir la proliferación de ordenamientos privativos en cada nivel de gobierno e institución pública, que puedan convertir en ilusorio el carácter unitario del Derecho Administrativo procesal o que presionen, de modo tal, sobre el régimen común que afecten su organicidad. Este fenómeno perfila una tendencia dinámica que dificulta su armonización plena: la espontánea generación de procedimientos con vocación de especialización en confrontación con la aspiración hacia la unidad esencial de los principios e instituciones comunes al Derecho Administrativo procesal.

Esta tendencia ha sido constatada en todas las realidades administrativas modernas, testimoniándonos un designio en la evolución del Derecho Administrativo procesal. Por ello conviene observar –como lo afirma la Exposición de Motivos de la Ley española– que no todos los procedimientos seguidos sobre determinadas materias administrativas singulares tienen *per se* carácter de procedimiento especial, puesto que en la mayoría de casos se trata únicamente de simples secuencias establecidas por normas de tipo reglamentario que cabe perfectamente dentro de las flexibles disposiciones del procedimiento ordinario. En este caso, se trata de procedimientos establecidos como desarrollo de las Normas Generales, complementando o adaptando detalles, de tal suerte que concretan por vía reglamentaria los trámites previstos y admitidos en el marco general. Tales son, por ejemplo, los procedimientos de licencias de funcionamiento o para la obtención de pensión, etc.

Conviene ahora intentar una definición de procedimiento administrativo especial, para lo cual nos resultan sugerentes las palabras de GONZÁLEZ NAVARRO[530], quien lo resume como "aquel procedimiento que ha sido

(530) GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco. "Estudio preliminar". En: *Procedimientos administrativos especiales*. Escuela Nacional de Administración Pública, Madrid, 1967, p. 18.

pensado para una hipótesis particular y concreta cuyo contenido aconseja una tramitación distinta de la general".

En tal virtud, la existencia de procedimientos especiales se funda o bien en la peculiar característica de la materia administrativa en que van a ser aplicados (como sucede con los procedimientos industrial, minero y laboral) o bien en la singular finalidad perseguida a través suyo (como acontece en los procedimientos licitario, subasta pública y de expropiación), que determinan la necesidad de diferenciarse de las pautas ordinarias del procedimiento administrativo. Tal concepto en nada se opone a que para disciplinar las figuras e instituciones al interior de los procedimientos especiales se procure, en cuanto sea posible, adaptarlas dentro del espíritu y cánones de las normas generales.

Con precisión, GONZÁLEZ NAVARRO[531] indica que la existencia de tales procedimientos requiere la confluencia de dos requisitos: una tramitación diferenciada de las pautas generales (elemento formal) y la singularidad de la materia a que será aplicada o su finalidad diferenciada (elemento objetivo).

En nuestro sistema jurídico, el primer elemento tipificante de los procedimientos especiales es la singularidad de la materia tratada, y, el segundo, la jerarquía normativa de su origen, por la cual tales regímenes especializados únicamente pueden sustentarse a partir de una norma con rango legal, impidiendo a cada dependencia administrativa ceder a la proclividad de generar nuevos procedimientos con vocación de especialización.

Es pertinente exponer que en el Derecho comparado es común encontrar regulaciones intermedias, para agrupar las normas comunes de algunos procedimientos administrativos especiales bajo un régimen común y, diferenciarlos así tanto del régimen general para todo procedimiento administrativo como del régimen para procedimientos especiales, tal como sucede en España con los denominados procedimientos administrativos económico-financieros, relativos a los procesos de captación de recursos para el erario público (aduaneros, tributarios, etc.) y del propio procedimiento sancionador.

En la misma tendencia se inscribe la LPAG, pero solo con respecto a dos tipos de procedimientos especiales: el procedimiento sancionador y el procedimiento trilateral, para los cuales se genera un régimen unificador en este Título IV. De tal suerte, estos procedimientos quedan sujetos al siguiente esquema de normas: en primer término, las normas especiales que para cada entidad se hayan dictado (por ejemplo, las normas con carácter legal de la potestad sancionadora de un organismo regulador), luego, las normas especiales de este Título IV que contienen la unificación de todo procedimiento sancionador del Estado, y,

(531) GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco. Ob. cit., p. 19.

finalmente, el régimen ordinario de todo procedimiento administrativo que la misma LPAG contiene.

La selección de procedimientos administrativos incluidos bajo este Título IV ha respondido a la búsqueda de organización y uniformidad para el tratamiento a los administrados, dándoles predictibilidad a su estatus[532], reconociendo que en estas materias, la permisión para que cada entidad los regule no asegura la suficiente seguridad y garantías para sus derechos e intereses a la Administración Pública.

(532) En particular, la Comisión tuvo presente el Informe Defensorial Nº 05 sobre procedimientos de reclamación en los servicios públicos, aprobado mediante Resolución Defensorial Nº 051-97/DP de 13 de octubre de 1997. En dicho documento la Defensoría del Pueblo destacaba la situación de grave desigualdad que afectaba a los usuarios de los servicios públicos por las diferencias notables que existían en los procedimientos de reclamación normados aisladamente por cada organismo regulador.

CAPÍTULO I
PROCEDIMIENTO TRILATERAL

Artículo 227 **Procedimiento trilateral**

227.1 El procedimiento trilateral es el procedimiento administrativo contencioso seguido entre dos o más administrados ante las entidades de la administración y para los descritos en el inciso 8) del artículo I del Título Preliminar de la presente Ley.

227.2 La parte que inicia el procedimiento con la presentación de una reclamación será designada como "reclamante" y cualquiera de los emplazados será designado como "reclamado".

(Texto según el artículo 219 de la Ley Nº 27444)

ANTECEDENTE

- Art. 1, a): LNGPA.

CONCORDANCIAS INTERNAS

- T.P. Art. I, 8: Ámbito de aplicación de la ley.
- T.P. Art. IV, 1.11: Principio de verdad material.
- Art. 37.4: Procedimientos de evaluación previa sujetos al silencio negativo. Procedimientos trilaterales.
- Art. 122: Requisitos de los escritos.
- Art. 135: Subsanación documental.
- Art. 149.4: Preclusión por vencimiento de plazos.
- Arts. 228 y ss.: Procedimiento trilateral.

Comentario

I. RECORRIDO DE LOS PROCEDIMIENTOS TRILATERALES EN EL DERECHO PERUANO

Han transcurrido muchos años desde que la Ley Nº 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General incorporó una regulación común para todos los procedimientos administrativos en que un administrado planteaba una pretensión antagónica contra otro particular ante una autoridad estatal con capacidad legal para resolver dicha controversia mediante un acto administrativo, y a eso se le asignó la denominación de "procedimiento trilateral".

Ciertamente, antes de esta regulación aparecían ya algunos casos de procedimientos trilaterales o triangulares en determinados sectores del quehacer estatal, pero se carecía de un tratamiento normativo unitario para ello. Solo de manera referencial el Decreto Ley Nº 26111 (30/12/1992), al fijar el ámbito

de la regulación del procedimiento administrativo, indicó que también comprendía a "Los procesos administrativos que se siguen ante las diversas entidades de la Administración Pública que resuelven cuestiones contenciosas entre dos o más particulares, entre estos y la Administración Pública o entre entidades de esta última".

A partir de esa regulación ha sido frecuente la aparición de esta clase de procedimiento administrativo en temas de protección al consumidor, control de prácticas de competencia desleal y libre competencia, servicios públicos (telecomunicaciones, energía, infraestructura de transporte, saneamiento), mercado de valores, seguros, pensiones, entre otras.

De este modo han encontrado cauce formal para la resolución primaria en sede administrativa los conflictos entre consumidores y proveedores, pretendiendo la reparación o cambio de productos, el cumplimento de prestaciones ofrecidas, la devolución de pagos en exceso o indebidos, la obtención de información, entre otras. También han tenido cabida aquí la resolución de conflictos suscitados entre agentes económicos por actos de competencia desleal, de conflictos entre empresas prestadoras de servicios públicos por acceso a redes o desacuerdos en los contratos de acceso, tarifas, cargos, retribuciones; los conflictos intersubjetivos entre usuarios de servicios públicos y sus prestadores por facturación, instalación o activación del servicio, calidad o idoneidad del servicio o incumplimientos de empresa proveedora, mantenimiento del servicio, reconexión en el servicio; los conflictos entre usuarios de infraestructura pública y operadores por la facturación y cobros de servicios por uso de infraestructura. Sin dejar de mencionar los conflictos en materia eléctrica entre empresas generadoras y transmisoras; entre transmisoras y distribuidoras; entre distribuidoras y usuarios sobre instalación, suspensión, calidad e idoneidad del servicio, etc. También han encontrado tratamiento administrativo los conflictos entre sociedades anónimas abiertas y accionistas minoritarios sobre entrega de títulos representativos de acciones o dividendos, determinados conflictos entre trabajadores y empleadores sobre incumplimiento de derechos y beneficios de empresas de intermediación laboral y los conflictos entre afiliados con una AFP por los términos de su contrato de afiliación.

En ese desenvolvimiento siempre se ha reconocido los tradicionales procedimientos lineales en los que la Administración Pública, de oficio o a pedido de un administrado, traba una relación con un ciudadano o grupo de ellos para decidir sobre sus intereses o derechos, siendo parte directa de la relación con un interés público propio. En dichos procedimientos predominan los principios de oficialidad, verdad material, unidad de vista e informalismo, por lo mismo que la autoridad mantiene durante todo su desarrollo el protagonismo de dirección y la resolución del procedimiento mediante decisión expresa.

A esta expresión de procedimientos ahora se suma una nueva expresión procedimental en diversos sectores de la actividad económica y social. Indudablemente, estamos frente a la expresión adjetiva de una reciente forma de actividad administrativa en actual expansión: la competencia de la Administración Pública para solucionar en sede administrativa divergencias, conflictos intersubjetivos o controversias ya existentes entre personas naturales o jurídicas.

II. LA ACTIVIDAD DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS A CARGO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO BASE DEL PROCEDIMIENTO TRILATERAL

La doctrina administrativa ha identificado una nueva actividad administrativa diferenciándola de las actividades de limitación, prestación, fomento, sancionadora e inspectora. Se le denomina correctamente como la actividad de solución de controversias, aunque con alguna impropiedad también se le alude como actividad administrativa arbitral, permitiendo la confusión con la expresión de una función jurisdiccional y no administrativa. A ella se ha referido la doctrina en los términos siguientes: "Actividad administrativa arbitral es aquella que realiza la Administración Pública cuando decide controversias o conflictos entre los administrados sobre derechos privados o administrativos"(533).

A diferencia de los procedimientos lineales tradicionales en los que la Administración Pública es, al mismo tiempo, juez y parte porque actúa directamente como titular de un interés en la controversia, en los procedimientos trilaterales "(...) la Administración Pública aparece decidiendo en un conflicto entre particulares, de manera que carece en absoluto de la condición de parte, pues es totalmente ajena a la relación jurídica discutida"(534).

Diferenciándola de la tradicional actividad de limitación o de ordenación, el profesor español, refiriéndose a la naturaleza del acto administrativo consecuencia del procedimiento trilateral, señala que "aun admitiendo que al resolver estos conflictos la Administración Pública restringiera un derecho a la actividad de un particular, lo que resta de la actividad o derecho de este se incrementa en la misma medida en la actividad o derecho de otro sujeto"(535).

Precisamente, esta situación nos presenta una nueva característica del procedimiento trilateral: derivar en un acto administrativo distinto a los conocidos actos favorables y de gravamen, porque nos encontramos precisamente frente a un acto único pero con efectos simultáneamente para varios sujetos (las partes

(533) PARADA VÁZQUEZ, José Ramón. "La actividad administrativa arbitral". En: *Actualidad y perspectivas del derecho público a fines del siglo XX*. Tomo II, Homenaje al profesor Garrido Falla, Editorial Complutense, Madrid, 1992, p. 1173.

(534) GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco. *Derecho Administrativo español. El acto y el procedimiento Administrativos*. Eunsa, Navarra, 1997, p. 525.

(535) PARADA VÁZQUEZ, José Ramón Ob. cit., p. 1173.

en el procedimiento trilateral), pero con contenidos divergentes, favorables para uno y graves para otro, en lo que GARCÍA-TREVIJANO calificó como "actos administrativos bifrontes o de doble efecto"(536).

Pensemos, por ejemplo, en las resoluciones administrativas que resuelven aplicar alguna medida correctiva en caso de infracciones en materia de protección al consumidor, prácticas de competencia desleal y libre competencia, mandatos de acceso a redes, tarifas, cargos, retribuciones, facturación o instalación de servicios públicos. Como podemos apreciar, en estos temas hay limitación o mandato en contra del infractor, a quien se le genera un gravamen, pero a la vez tenemos al titular de esa acreencia, que también es parte del procedimiento, siendo que "En cualquier caso, la limitación que para un administrado comporta la actividad arbitral no tiene su razón de ser, únicamente, en el interés público, ni en un beneficio directo de la Administración Pública como sujeto, sino que en ella es predominante el interés o derecho del particular que está en causa; por ello la Administración Pública asume o debe asumir en el cumplimiento de esta actividad una actitud de rigurosa neutralidad, la misma, exactamente igual, que la que debe adoptar un órgano judicial en un proceso civil"(537).

En su desarrollo este procedimiento sirve de cauce para una particular actividad de la función administrativa: la actividad de solución de controversias intersubjetivas, para lo cual la autoridad está más neutralizada en la gestión de intereses públicos ya que actúa supraordinariamente a los intereses de las partes que cotejan sin ser titular de un interés propio distinto a tener que resolver prestamente la disputa para mantener la disciplina en un determinado mercado.

Por ello, la autoridad no aparece gestionando un interés público únicamente, sino que tiende a ser más independiente de las partes por un elemental sentido de tratamiento paritario y se organiza en forma colegiada para poder resolver la controversia con una visión plural de especialidades y criterios. En la secuencia del procedimiento trilateral predominan los principios de contradicción y debido proceso, aparece la preclusión procesal (num. 149.4 del art. 149 del TUO de la LPAG) queda atenuada la búsqueda de la verdad material por parte de la autoridad (art. IV del TP, num. 1.11 del TUO de la LPAG) y la oficialidad, porque los contendientes son los protagonistas del proceso, quienes pueden incluso llegar a fórmulas de autocomposición de intereses admitidas por la autoridad, haciendo que el procedimiento adquiera caracteres de un procedimiento compositivo de intereses y no uno de resolución imperativa como son los lineales.

(536) GARCÍA-TREVIJANO FOS, José Antonio. *Los actos administrativos*. 2ª edición actualizada, Civitas, Madrid, 1991, p. 227.
(537) PARADA VÁZQUEZ, José Ramón. Ob. cit., p. 1173.

Desde las perspectivas de las partes aparecen defendiendo sus propios derechos e intereses legítimos directamente concernidos, por lo que distan de la condición de meros denunciantes en un procedimiento de oficio.

De esta descripción podemos advertir que el procedimiento trilateral es más que solo dos administrados enfrentados ante la autoridad administrativa. Es una nueva actitud de la autoridad frente a la controversia. Un rol menos intenso, menos imperativo que el tradicional sancionador o inspectivo. Un rol de facilitador de las relaciones entre particulares, en que prima la necesidad de solucionar la controversia prontamente, antes que decidir una controversia en la que la autoridad está involucrada directamente como garante de interés público determinado. El procedimiento trilateral deja en manos del ciudadano que lo promueve y de su eventual contraparte la responsabilidad de activarlo y seguirlo.

Este aspecto, que no ha sido advertido lo suficiente, hace que se incurra en algunos yerros de concepción. El más común es el de emplear estos procedimientos cuando la materia específica finalísticamente amerita un accionar más comprometido de la autoridad, más oficioso, menos pasivo y casuístico. Ello se aprecia cuando se utiliza el procedimiento trilateral cuando el tema justifica una estrategia más tuitiva y activa de la autoridad, que puede ser atendida perfectamente con un procedimiento sancionador típico, en que basta la denuncia o planteamiento del administrado para que la autoridad asuma de oficio el caso y lo resuelva. Cuando se emplean procedimientos trilaterales en temas de mayor relevancia pública parece pretenderse trasladar al administrado promover y cargar con impulsar el procedimiento, aligerar las responsabilidades de oficialidad a los funcionarios a cargo de estos procedimientos y, finalmente, percibir tasas por estos procedimientos cuando deberían activarse de oficio. Esta desatención se profundiza cuando se mezclan categorías para crear artificialmente un procedimiento trilateral sancionador, alternando sus naturalezas.

Pero, ¿por qué surgen y se propagan estos procedimientos trilaterales en vastos sectores de la actividad social y económica? Consideramos que la explicación la encontraremos en un factor ideológico que hace variar la forma de intervención de la Administración Pública, pasando de una actitud imperativa a una actitud subsidiaria en algunos órdenes y materias.

La relación entre la forma que adquieren y desarrollan los procedimientos administrativos y las razones extrajurídicas ya ha sido analizada bajo el contexto de la regulación económica. En esta perspectiva, se ha afirmado correctamente que: "Así, no es conveniente hacer el referido análisis de los procedimientos administrativos en materia de regulación económica partiendo de un punto de vista exclusivamente jurídico, ya que el fenómeno de la regulación económica es, principalmente, un fenómeno de naturaleza político-económica antes que jurídica. Caso contrario, podríamos incurrir en un análisis parcial, tal como se imputa a los hombres de Derecho en los Estado Unidos, los cuales se dedicaron

exclusivamente al frío análisis de los procedimientos administrativos previstos por la legislación sin tener en cuenta que, en materia de regulación pública, existe una gran interrelación entre política económica, política y Derecho, que modulan, y hasta en cierta forma, condicionan, a este último"[538].

La creación del procedimiento trilateral responde a un diseño institucional adjetivo orientado a favorecer un estilo de *enforcement* de regulación de actividades privadas más bien pasivo orientado a favorecer el impulso privado para promoverlo a través del reclamo; permitir la autocomposición de intereses antes que optar por un estilo de gestión de supervisión y fiscalización continua, oficial, activa, sancionadora y de decisión unilateral por la autoridad[539].

Este acierto –no siempre percibido nítidamente– hace que el procedimiento trilateral responda a un criterio ideológico en que sea importante que las relaciones privadas fluyan más libremente y los incumplimientos normativos puedan ser compuestos preferentemente a partir del acuerdo entre particulares y se acuda solo subsidiariamente a la autoridad en búsqueda de la decisión de la controversia, mediante el reclamo. Por ello es que el diseño del procedimiento trilateral dista notoriamente del procedimiento fiscalizador y del sancionador, en los que predomina el impulso de oficio en su activación, promoción, tramitación y resolución.

Ciertamente que esta conexión entre la estrategia de intervención estatal y los procedimientos administrativos ha sido analizada desde el propio Derecho Administrativo norteamericano, en que se reconoce al procedimiento trilateral como procedimiento cuasi jurisdiccional. Ahí se ha mencionado que:

> "La función cuasi judicial de la Administración Pública podría ser calificada como actividad de naturaleza administrativa desarrollada según un procedimiento judicial. Es una actividad de naturaleza administrativa porque consiste en la aplicación de directivas generales a casos concretos; es procedimiento judicial porque da a las partes la posibilidad y les impone la obligación de presentarse ante un funcionario que actúa como un juez especial (*examiner*), quien las oye según un procedimiento que ofrece garantías de un *fair trial* (equitativo juicio) semejantes pero no idénticas a las de los tribunales ordinarios. Sin embargo,

(538) AGUILAR VALDEZ, Oscar. "Notas sobre los procedimientos administrativos de resolución de controversias entre agentes de la industria por parte de los entes reguladores de servicios (con especial referencia al caso del ENRE)". En: *Procedimiento administrativo*. Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho. Editorial Ciencias de la Administración, División Estudios Administrativos, Buenos Aires, 2013, p. 269 y ss.

(539) Sobre los estilos de enforcement en la gestión pública nacional puede leerse FALLA JARA, Alejandro. "¿Zanahoria o garrote: de qué depende? De los estilos de *enforcement* de la regulación". En: *Sobre la Ley del Procedimiento Administrativo General. Libro Homenaje a José Alberto Bustamante Belaunde*. UPC, 2009.

también es posible hablar de actividad de naturaleza cuasi administrativa porque algunos entes, como por ejemplo la National Labor Relation Board y la Federal Trade Commision, el uno cuando resuelve conflictos entre empresarios y trabajadores, el otro cuando determina las obligaciones concretas de un empresario impuestas por las normas que definen la concurrencia leal, desarrollan una actividad que podría ser considerada de naturaleza judicial más bien que administrativa (como ciertamente sucede con algunas actividades de otros órganos, por ejemplo, la fijación de las tarifas de los ferrocarriles por parte de la Interstate Commerce Comission y las resoluciones sobre solicitudes de licencias emanadas de la Civil Aeronautics Board o de la Federal Communicatios Commision). También se puede hablar de procedimiento cuasi judicial porque el mismo no es exactamente igual al proceso judicial de los tribunales ordinarios y porque normalmente existe derecho a un recurso para ante los tribunales ordinarios, precisamente por el hecho de que el proceso ante los tribunales administrativos no se considera una tutela adecuada de los derechos de libertad sustanciales y procesales, suficiente como para impedir al particular prescindir de una ulterior tutela de estos derechos por medio de un auténtico proceso judicial"(540).

III. LA EQUIVOCADA CONCEPCIÓN DEL PROCEDIMIENTO TRILATERAL COMO ARBITRAJE ADMINISTRATIVO Y OTROS ERRORES DE PERSPECTIVA

Acaso el poco desarrollo dogmático de la figura ha producido una proyección inusitada del procedimiento trilateral a otros procedimientos ajenos a su naturaleza produciendo confusión en sus límites y contornos.

Los principales casos en que se ha producido esas confusiones han sido con el proceso arbitral en materia administrativa, el procedimiento de revisión de actos administrativos con contrarrecurrente y los procedimientos concurrenciales o competitivos.

• El procedimiento trilateral y el arbitraje administrativo

El procedimiento administrativo trilateral se diferencia notablemente del arbitraje administrativo, pese a lo cual en la práctica se le suele asociar y hasta denominar al primero como procedimiento arbitral.

Ambos solo conservan de común su fisonomía externa de un evento triangular, pero a través de ellos se desenvuelven funciones estatales distintas: la función administrativa en el procedimiento trilateral y la función jurisdiccional en el

(540) ADAMS, John Clarke. *El Derecho Administrativo norteamericano*. Editorial Universitaria de Buenos Aires, Cuadernos de Eudeba, N° 109, Buenos Aires, 1964, pp. 57-8.

arbitraje administrativo. Además, como bien manifiesta GONZÁLEZ NAVARRO[541] aludiendo a la exclusión que hace el arbitraje de la sede judicial, que no ocurre en el procedimiento trilateral, en el arbitraje:

> "[l]as partes, explícita o implícitamente, se obligan a estar y pasar por la decisión del árbitro, lo que impide a los jueces y tribunales conocer de la controversia sometida al fallo arbitral si se invoca la correspondiente excepción, lo que, por supuesto, no ocurre en los procedimientos triangulares en que la intervención de la Administración está predeterminada en la norma y es controlable judicialmente como las restantes manifestaciones de la actividad administrativa".

La confusión se suele producir porque la noción de arbitraje administrativo sirve –en nuestro Derecho nacional– para referirse a por lo menos tres situaciones distintas.

La primera está constituida por el sometimiento de un contencioso en materia administrativa a la sede arbitral para que resuelva definitivamente ese litigio, en el cual una de las partes es una entidad perteneciente a la Administración Pública, de modo que el laudo determinará la legalidad o no de la decisión administrativa adoptada convirtiéndose en una vía alterna al proceso contencioso-administrativo. Es lo que en nuestro país sucede en materia de controversias de ejecución de contratos administrativos o en materia de expropiación para cuestionar la revisión del valor objetivo del bien expropiado, determinar la reparación de daños y perjuicios inferidos o la decisión de expropiar total del bien cuando correspondía la expropiación parcial[542].

La segunda modalidad, a la que suele denominarse "arbitraje administrativo", es la posibilidad de resolver a través de la actividad arbitral controversias respecto a los intereses entre dos o más entidades de la Administración Pública. Es lo que se regula en caso del arbitraje en materia de demarcación territorial (arbitraje territorial) para definir los límites entre dos o más distritos, provincias o departamentos[543].

La tercera modalidad es el sometimiento de las discrepancias existentes entre los intereses o derechos –sujetos a tutela pública– pretendidos por dos administrados a un proceso arbitral administrado por una entidad conformante de la Administración Pública. Es lo que sucede con las controversias en procesos arbitrales que son administradas por la Superintendencia Nacional de Salud - Susalud (en materia de salud, aseguramiento, aplicación de contratos, planes

(541) GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco. "Procedimiento administrativo común, procedimientos triangulares y procedimientos complejos". En: *Revista de Estudios de la Vida Local*, N° 211, España, 1981, p. 434.

(542) Ley Marco de Adquisición y Expropiación de inmuebles, transferencia de inmuebles de propiedad del Estado, liberación de interferencias y dicta otras medidas para la ejecución de obras de infraestructura, Decreto Legislativo N° 1192, art. 34 y ss.

(543) Ley N° 29533, Ley que implementa mecanismos para la delimitación territorial.

de salud y otras prestaciones que brindan las EPS y afines), el Osiptel (respecto a controversias entre empresas prestadoras de servicios públicos de telecomunicación) y el Indecopi en el denominado arbitraje de consumo.

Finalmente, el término arbitraje administrativo es empleado para referirse a los casos en que el ordenamiento permite –bajo una cuestionable constitucionalidad– investir a determinadas autoridades administrativas para emitir decisiones respecto de controversias entre privados, pero con carácter de jurisdicción arbitral obligatoria y no meramente administrativa. Es lo que sucede en la legislación laboral respecto a controversias entre empleadores y trabajadores en negociaciones colectivas cuando exista huelga excesivamente prolongada que comprometa gravemente a una empresa o sector productivo que derive en hechos de violencia o que asuma características graves por su magnitud o consecuencias(544).

En todos estos casos no se trata de procedimientos administrativos, sino de procesos arbitrales por los cuales se expresa la función jurisdiccional con la nota propia de cosa juzgada, por lo que no cabe confundirlos con los procedimientos administrativos trilaterales.

- **El procedimiento trilateral y el procedimiento de impugnación con contrainteresado**

Como hemos advertido ya, en los procedimientos administrativos trilaterales existe previamente una controversia intersubjetiva entre dos particulares. Además, la autoridad administrativa actúa analizando en el procedimiento la legalidad de una pretensión de un reclamante frente a otro, que producirá, en caso de ser fundada, un acto administrativo de gravamen para uno y un efecto favorable para el reclamante.

A diferencia de este procedimiento, algunos procedimientos de impugnación o de segundo grado pueden adquirir la forma externa de trilateralidad, cuando aparece otra parte con legitimidad para defender la legalidad de la decisión adoptada e incluso cuando la misma autoridad emisora de la decisión impugnada aparece en la segunda instancia defendiendo la regularidad de su decisión impugnada. Es el caso de los procedimientos de segunda instancia promovidos por los contribuyentes, contratistas, importadores, trabajadores estatales, empresarios mineros, exportadores frente a las decisiones administrativas que les afectan, de las administraciones tributarias, de la entidad como empleador, de las entidades convocantes a procesos de selección ante tribunales administrativos (fiscal, de Contrataciones del Estado, Consejo de Minería, Tribunal de Servir). En todos estos casos, la actuación primaria de la autoridad es manifestación de otras actividades administrativas, tales como supervisión, sanción, limitación o de procedimientos concurrenciales.

(544) Decreto Supremo N° 010-2003-TR, TUO de la Ley Relaciones colectivas de Trabajo.

Dicha naturaleza no se pierde, aun cuando otro administrado pueda aparecer en la posición de contrarrecurrente legitimado para defender la legalidad de la decisión administrativa impugnada. Es lo que sucede cuando, adjudicada una buena pro en un concurso, otro postor impugna la decisión ante el Tribunal de Contrataciones y el adjudicatario adquiere legitimidad para comparecer en el procedimiento de segundo grado pretendiendo defender su adjudicación. Aquí, aparecen, además de la autoridad con capacidad resolutiva, el impugnante, la entidad autora de la adjudicación acusada de ilegalidad y el contrarrecurrente, coadyuvando al mantenimiento de su buena pro. Pero nótese que no estamos en una actividad de solución de controversias en los términos que hemos explicado, así como tampoco prospera en estos casos la posibilidad de que las partes arriben a acuerdos conciliatorios, la actividad subsidiaria de la autoridad ni la preclusión en la secuencia del procedimiento.

En todos estos casos, si bien hay dos administrados y la controversia es resuelta por un tribunal administrativo, no es suficiente para alcanzar la categoría de procedimiento trilateral. En estos procedimientos, la autoridad que resuelve está ejerciendo la función de control respecto a otras decisiones administrativas porque es de interés resguardar la legalidad de la actuación administrativa y la controversia no es preexistente a la actuación administrativa, sino que surge precisamente con la discrepancia respecto de una decisión de la autoridad que se considera ilegal. Es ese aspecto compartimos el criterio de la doctrina nacional en el sentido de que "si bien en estos procedimientos hay tres partes involucradas –por un lado, TF, administración tributaria (cuyo acto administrativo ha sido impugnado) y contribuyente (apelante); por el otro, TCE, entidad pública convocante (cuyo acto administrativo ha sido impugnado) y el postor (apelante)–, ello no debería llevarnos a asumir que estamos ante un procedimiento trilateral. La razón es que en estos procedimientos recursivos, si bien la administración tributaria y la entidad convocante son parte en el procedimiento, y en esa medida no gozan de alguna prerrogativa frente al administrado apelante, dichas entidades públicas no actúan como administrados, sino como autoridades sometidas a un control de revisión de acto administrativo por parte de una instancia superior"(545).

- **El procedimiento trilateral y los procedimientos de concurrencia o competitivos**

Otra de las confusiones que se ha generado en algunos sectores ha sido asignarle tratamiento de procedimiento trilateral a algunos procedimientos en los que aparecen dos o más administrados compitiendo por la obtención de un acto administrativo favorable. Es el caso de los procedimientos administrativos

(545) GÓMEZ APAC, Hugo. "El procedimiento trilateral; ¿cuasi jurisdiccional?". En: *Revista de Derecho Administrativo*, N° 10, Círculo de Derecho Administrativo, noviembre, España, 2011, p. 38.

concurrenciales o de competencia como son las licitaciones, concursos, subastas y similares que suelen darse para otorgar buenas pro, plazas de trabajado, puestos de docentes en universidades públicas, subsidios de todo tipo, en los que si bien confluyen varios administrados ante el Estado, no lo hacen para alcanzar la resolución a ningún conflicto de intereses preexistente entre los postulantes.

En ninguno de estos casos estaremos frente a procedimientos trilaterales.

IV. LA SECUENCIA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO TRILATERAL

El procedimiento trilateral ha sido definido positivamente como "el procedimiento administrativo-contencioso seguido entre dos o más administrados ante las entidades de la Administración Pública y para los descritos en el inciso 8. del artículo I del Título Preliminar de la Ley", mientras que quien lo plantea será denominado "reclamante" y el emplazado "reclamado"[546].

Se inicia con la presentación de una reclamación por el administrado que demuestre derecho subjetivo, interés legítimo propio, pero también puede serlo –en casos muy raros– de oficio. Por lo general, la reclamación debe contener como objeto principal alguna pretensión exigible al reclamante tal como el reconocimiento de derechos, la imposición de obligaciones al reclamado, la aplicación de sanciones al reclamado u otras acciones afirmativas a favor del reclamante[547], además debe revelar la identificación de la persona reclamada, el ofrecimiento de las pruebas y la presentación de las que se disponga en ese momento.

Una vez admitida a trámite la reclamación se pondrá en conocimiento del reclamado a fin de que este presente su descargo.

La contestación de la reclamación debe ser presentada dentro de los quince (15) días posteriores a la notificación de esta; vencido este plazo, la Administración Pública declarará en rebeldía al reclamado que no la hubiera presentado. La contestación deberá contener los requisitos de los escritos previstos en el artículo 122 del TUO de la LPAG, así como la absolución de todos los asuntos controvertidos de hecho y de derecho. En una aproximación a las técnicas de los procesos judiciales bilaterales, 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. 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.

Todas las cuestiones propuestas por el reclamante y reclamado son resueltas con la resolución final. Contra la resolución final recaída en un procedimiento

(546) Artículo 227 del TUO de la LPAG.
(547) Artículo 230 del TUO de la LPAG.

trilateral expedida por una autoridad, si tuviere una instancia superior a la cual se subordina, procederá la interposición del recurso de apelación dentro del plazo de quince (15) días de notificada la decisión. De no existir superior jerárquico, solo cabe plantear recurso de reconsideración. 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 plazo de quince (15) días para la absolución de la apelación. Con la absolución de la otra parte, 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 apelación a quien la interponga.

Finalmente, la Administración Pública deberá emitir resolución dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha de realización de la audiencia.

V. LOS CARACTERES JURÍDICOS TÍPICOS DEL PROCEDIMIENTO TRILATERAL

Habiendo desarrollado todos los elementos anteriores estamos en mejores condiciones para analizar cuáles son las nociones tipificantes que hacen a un procedimiento trilateral.

- **Preexiste una controversia intersubjetiva de relevancia pública**

Con anterioridad al inicio del procedimiento, el reclamante tiene una pretensión que plantear para que sea atendida por otro particular dentro de sus relaciones jurídicas de consumidores y proveedores, competidores en el mercado privado en un mercado de servicios públicos, usuarios de servicios públicos y empresas operadoras, usuarios de infraestructura pública y operadores, entre las sociedades anónimas abiertas y sus accionistas minoritarios, trabajadores y empleadores, afiliados con una AFP, entre otros. Pero, a diferencia de otros conflictos que deben encaminarse hacia autoridad jurisdiccionales para obtener su satisfacción legal, aquí el ordenamiento le brinda la posibilidad previa de alcanzar una solución en sede administrativa porque existe una preocupación válida en comprometer a la autoridad estatal en la solución de la controversia. No debemos perder de vista que nos encontramos en sectores en los que existe un deber de intervención estatal en materia de protección al consumidor, control de prácticas de competencia desleal y libre competencia, servicios públicos (telecomunicaciones, energía, telecomunicaciones, infraestructura de transporte, saneamiento), mercado de valores, seguros, pensiones, entre otras.

Como ha manifestado la doctrina, "el conflicto al que hemos hecho mención, por sus características, habitualmente no importa un conflicto en el cual las partes fundan sus pretensiones exclusivamente en derechos subjetivos o intereses legítimos, es decir, en situaciones tuteladas jurídicamente por una norma previa en la que encuentran solución, sino que se trata, mayormente de conflictos de intereses contrapuestos, no jurídicos, de naturaleza verdaderamente

comercial, en los cuales –tal como hemos descrito precedentemente– las partes lo que pretenden es maximizar sus utilidades y disminuir sus costos de transacción, es decir, son tensiones que surgen de la competencia o de la configuración del mercado"[548].

Por esta particularidad, la intervención estatal en el procedimiento administrativo "(...) hace que el ente regulador no resuelva la controversia en función de criterios de justicia o mediante la exclusiva aplicación del Derecho, sino que dicha resolución tenga por fin una composición de intereses en pugna en vistas de la regulación más adecuada de la industria en la que dicho conflicto se inscribe (...) Por ello (...) el regulador en lugar de resolver la controversia mirando exclusivamente las conductas pasadas de las partes –como lo haría un juez– lo hace mirando hacia el futuro en función de la política regulatoria a adoptarse. También es de notar que en la resolución de estas controversias, y tal como ocurre con el fenómeno regulatorio en su generalidad, aun cuando se aplique el principio de la norma previa, no existe una única solución justa para el caso, en tanto el ente regulador al decidir tiene que efectuar un análisis de una multiplicidad de factores –v. gr. sociales, técnicos, medioambientales, etc.– que debiéndose adecuar a las cambiantes necesidades del mercado no pueden ser previstos por la norma. De allí que el ente cuente con una gran discrecionalidad decisoria"[549].

- **La autoridad administrativa tiende a ser más neutral respecto a las partes que en el procedimiento lineal tradicional**

Aquí, la autoridad administrativa no actúa como en los procedimientos lineales como actor comprometido con un actuante interés público sobre la situación del particular, sino como una autoridad equilibrada entre el reclamante y el reclamado. De ahí que tenga que tratar a las partes con igualdad, atenuar sus actuaciones de oficio y la búsqueda de la verdad material para no desvirtuar esa neutralidad.

- **Predominan en su estructura los principios de contradicción y debido proceso**

Como derivación del carácter anterior, la estructura del procedimiento trilateral se organiza bajo el principio de contradicción, por lo que las partes activan el proceso con su reclamo y con la contestación, debiendo ser los hechos contradictorios para ameritar pronunciamiento de la autoridad, porque de lo contrario se tienen por ciertos[550].

(548) AGUILAR VALDEZ, Oscar. Ob. cit., p. 274.
(549) Ibídem, p. 275.
(550) MARTÍN TIRADO, Richard. "El procedimiento administrativo trilateral y su aplicación en la nueva Ley del Procedimiento Administrativo General". En: *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Ley N° 27444, 2ª parte, Ara Editores, Lima, 2003, p. 487.

- **Atenuación de la verdad material y la actuación probatoria de oficio**

La búsqueda de la verdad material, que es tan importante en los procedimientos lineales, aparece en esta oportunidad, pero de manera atenuada para dar el protagonismo al reclamante y al reclamado, reservándose para los casos en que aparezca un interés público relevante en la decisión a adoptarse.

Esto lo encontramos plasmado en el artículo IV, numeral 1.11 del Título Preliminar del TUO de la LPAG, en el cual, luego de plantear el régimen común aplicable a los procedimientos lineales, se afirma 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, la autoridad administrativa estará obligada a ejercer dicha facultad cuando su pronunciamiento pudiera involucrar también al interés público".

- **Los titulares de la controversia son protagonistas. La posibilidad de autocomposición de intereses y el favorecimiento de la solución conciliada a la controversia**

Los procedimientos trilaterales no son de imperativa decisión unilateral, sino que favorecen la negociación entre las partes para alcanzar una resolución a su controversia. En estos procedimientos se habla de la negociación regulatoria "como una alternativa a la clásica regulación por medio de órdenes, o se sostenga que la función del regulador no es tanto imponerse a los regulados, sino convencer, persuadir, llevar a las partes a una terminación convencional, en la medida de lo posible. Lo relevante es obtener una solución consensuada que permita las transacciones, provoque su acatamiento voluntario, evite su cuestionamiento judicial, aminore los costos procedimentales y corrija los defectos del procedimiento adversarial"(551).

Una de las motivaciones que sustenta la generación de cuerpos administrativos para la solución de asuntos contenciosos, aparte de las consabidas búsquedas de celeridad, especialización y niveles de desconfianza hacia el Poder Judicial, ha sido la necesidad de liberar a la resolución de determinados conflictos de interés de la formalidad estricta con que los órganos jurisdiccionales tradicionales aprecian sus casos. En este sentido, la visión desaprensiva con que el Poder Judicial resuelve aspectos trascendentales para el ciudadano, alejado de valores tan comunes y simples como la realidad, eficacia o la mera realidad, ha servido de impulso para la generación de numerosos procedimientos administrativos contenciosos dentro de la Administración Pública.

Se ha concebido con razón que un tribunal administrativo tiene mayores márgenes para intentar averiguar, informalmente, realidad y aspectos técnicos de los

(551) AGUILAR VALDEZ, Oscar. Ob. cit., p. 283.

hechos sometidos a su decisión, para conocer las políticas generales del Estado, los verdaderos intereses de las partes y para indagar cómo se puede adecuar a ellas una decisión justa en el caso conflictivo sometido a su conocimiento, armonizando interés particular con interés de la Administración Pública. Como bien manifiesta a este respecto HUTCHINSON: "Precisamente esa libertad informal de reunirse, discutir, averiguar, informarse, debatir, conciliar es lo que le permite a un tribunal administrativo encontrar soluciones que den respuesta al anhelo de justicia del administrado sin perturbar innecesariamente las políticas generales del Estado"(552).

Una de las ventajas de los tribunales administrativos frente a los judiciales es que por su propia naturaleza no pueden actuar como componedores del problema en conflicto, ya que su proximidad a la Administración Pública les permite obrar con mayor amplitud de criterio técnico, buscando soluciones intermedias que mejor conjuguen ambos intereses en juego.

Sin embargo, no se trata del procedimiento administrativo ortodoxo, sino uno reconstruido sobre la base de reconocer a los ciudadanos no como pasivos sujetos a la Administración Pública sino como titulares de intereses, y cuya resolución de sus conflictos no solo puede ser a través de la autoridad sino a través de la autocomposición, de la búsqueda del consenso y del respeto a su autonomía.

Por estas características decimos que desde la perspectiva de la institución del procedimiento administrativo se favorece la propagación de las fórmulas alternativas de solución de conflictos y dentro de ellos, origina la distinción entre los procedimientos contenciosos de composición y los procedimientos contenciosos de resolución imperativa. Esta subdivisión de los procedimientos trilaterales es entre procedimientos compositivos y procedimientos de resolución imperativa.

En los primeros, la autoridad adopta como prioridad un rol de facilitador de la comunicación entre las partes, para lo cual la estructura de estos procedimientos es diseñada para favorecer la autocomposición de intereses de los particulares e incluye la posibilidad de la conclusión convencional del procedimiento, adquiriendo relevancia la formación negociada y consensual de la resolución que se asume como preferible antes que la decisión unilateral (por ejemplo, los procedimientos de resolución de conflictos en materia de servicios públicos por parte de los organismos reguladores han adoptado esta característica). A diferencia de ellos, los procedimientos trilaterales imperativos mantienen una estructura garantística de la situación del administrado y tienden a una estructura dialéctica contradictoria o inquisitiva, concordante con un tradicional ejercicio de la autoridad, debiendo concluir como modalidad preferente la de la resolución de la autoridad.

(552) HUTCHINSON, Tomás. *Justicia administrativa. Reflexiones sobre la justicia administrativa en el final del siglo XX*. En: El derecho público de finales de siglo: una perspectiva iberoamericana. Fundación BBVA, España, 1997. p. 703.

La expresión positiva de esta característica la encontramos en el numeral 229.2 del artículo 229 del TUO de la LPAG cuando afirma que "Durante el desarrollo del procedimiento trilateral la Administración Pública debe favorecer y facilitar la solución conciliada de la controversia". Pero con mayor precisión se acoge en el numeral 236.1 del artículo 236 del TUO de la LPAG, en el que bajo el título de "Conciliación o transacción extrajudicial" se afirma que "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, pudiendo tales actos poner fin al procedimiento administrativo y dejar sin efecto las resoluciones que se hubieren dictado en el procedimiento. El acuerdo podrá ser recogido en una resolución administrativa".

- **Aparece excepcionalmente la regla de la preclusión procesal**

Como sabemos, en los procedimientos administrativos lineales rige la regla de la unidad de vista, por el 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, salvo disposición expresa en contrario de la ley en procedimientos especiales". Sin embargo, tratándose de los procedimientos trilaterales se aplica la regla inversa de la preclusión, en los términos que lo prevé el numeral 149.4 del artículo 149 del TUO de la LPAG. Allí se establece que: "La preclusión por el vencimiento de plazos administrativos opera en procedimientos trilaterales, concurrenciales, y en aquellos que por existir dos o más administrados con intereses divergentes deba asegurárseles tratamiento paritario".

- **Inaplicación de la aprobación automática y del silencio positivo del reclamo**

Por su propia naturaleza, en el procedimiento trilateral la reclamación planteada reclama una decisión expresa de la autoridad y no puede ser calificada como de aprobación automática. Del mismo modo, no es posible que por la inacción de la autoridad, el reclamado pueda resultar perjudicado con una sanción, una carga u obligación nueva en favor del reclamante. Ambas situaciones afectarían la posición del reclamado. Al respecto, el original artículo 34 de la LPAG establecía expresamente que:

> **Artículo 34.- Procedimientos de evaluación previa con silencio negativo**
>
> Los procedimientos de evaluación previa están sujetos al silencio negativo cuando se trate de alguno de los siguientes supuestos:
>
> (...)

34.1.3 Cuando sean procedimientos trilaterales y los que generen obligación de dar o hacer a cargo del Estado.

(...)".

- **Inaplicación de ejecutoriedad administrativa para forzar el cumplimiento del acto administrativo decisorio en contra del reclamado**

Uno de los temas discutidos en la doctrina nacional ha sido la manera correcta de ejecutar el acto administrativo bifronte derivado del procedimiento trilateral. Recordemos que cuando el acto administrativo derivado del procedimiento lineal contiene una obligación en favor de la Administración Pública, es pasible de ejecutarse en vía de ejecución coactiva, forzando al obligado a su cumplimiento mediante acciones administrativas de coacción. Ahora bien, cuando la decisión administrativa final conlleva una medida correctiva con contenido de obligación de dar o hacer contra el reclamado y en favor del reclamante, ¿puede ser objeto de similar tratamiento o no es posible emplear la fuerza coactiva de la Administración Pública en favor del reclamante? En nuestro ordenamiento, la regla general es que esta ejecución debe alcanzarla el mismo reclamante en sede judicial. Así tenemos que el inciso 6 del artículo 203 del TUO de la LPAG dispone lo siguiente:

> **Artículo 203.- Ejecución forzosa**
>
> Para proceder a la ejecución forzosa de actos administrativos a través de sus propios órganos competentes, o de la Policía Nacional del Perú, la autoridad cumple las siguientes exigencias:
>
> (...)
>
> 6. En el caso de procedimientos trilaterales, las resoluciones finales que ordenen medidas correctivas constituyen títulos de ejecución conforme a lo dispuesto en el artículo 713 inciso 4) del Código Procesal Civil, modificado por la Ley N° 28494, una vez que el acto quede firme o se haya agotado la vía administrativa.
>
> En caso de resoluciones finales que ordenen medidas correctivas, la legitimidad para obrar en los procesos civiles de ejecución corresponde a las partes involucradas.
>
> (...)"[553][554].

(553) Cabe precisar que el artículo 713 al que hace alusión esta norma fue derogado por la disposición complementaria derogatoria del Decreto Legislativo N° 1069 (28/06/2008); no obstante ello, se entiende que debe remitirse al artículo 688 inciso 11 del Código Procesal Civil vigente.

(554) La opción señalada aparece como contradictoria con la posición que señala la misma norma para ejecutar las medidas cautelares en este mismo procedimiento. En efecto, el artículo 234 del TUO de la LPAG establece el empleo de la ejecución coactiva en este caso, pues según el numeral 234.2 del artículo 234 del TUO de la LPAG: "Si el obligado a cumplir con una medida cautelar ordenado

En suma, desde su incorporación al Derecho Administrativo peruano, el procedimiento trilateral ha tenido un auge importante en diversos sectores económicos en los que interviene la Administración Pública para solucionar la pretensión de un reclamante frente a un particular reclamado para alcanzar el reconocimiento de un derecho, la aplicación de una medida correctiva o de una sanción, o cualquier otra acción afirmativa.

Este procedimiento constituye la expresión adjetiva de la actividad de solución de controversias que las autoridades administrativas asumen por mandato de la ley y que consiste en la capacidad para resolver controversias o conflictos entre privados –con relevancia pública–, pero sin alcanzar naturaleza de función jurisdiccional, por lo que siempre está sujeto a control judicial.

Las notas tipificantes del procedimiento administrativo y que la diferencian del procedimiento lineal son: i) preexistencia de una controversia intersubjetiva de relevancia pública; ii) la autoridad administrativa asume un rol de neutralidad frente a los planteamiento de las partes; iii) predominan en su estructura los principios de contradicción, debido proceso, preclusión procesal; iv) atenuación del principio de verdad material y la actuación probatoria de oficio; v) los titulares de la controversia son protagonistas por lo que se favorece la solución conciliada del conflicto; vi) inaplicación de la aprobación automática y del silencio administrativo; vii) el acto administrativo derivado del trilateral es bifronte; favorable para el reclamante y de gravamen para el reclamado; y, viii) inaplicación de la ejecutoriedad administrativa para forzar el cumplimiento del acto administrativo derivado del procedimiento trilateral.

por la Administración no lo hiciere, se aplicarán las normas sobre ejecución forzosa prevista en los artículos 201 al 209 de esta ley".

Artículo 228 Marco legal

El procedimiento trilateral se rige por lo dispuesto en el presente capítulo y en lo demás por lo previsto en esta Ley. Respecto de los procedimientos administrativos trilaterales regidos por leyes especiales, este capítulo tendrá únicamente carácter supletorio.

(Texto según el artículo 220 de la Ley N° 27444)

CONCORDANCIAS INTERNAS

- Art. 227: Procedimiento trilateral.
- Arts. 229 y ss.: Procedimiento trilateral. Inicio del procedimiento.

Comentario

La regulación de los procedimientos especiales trilaterales tiene tres grados escalonados:

- **Primero: Regulación especializada prevalente**

  La normativa prevalente será la especializada que se dicte de modo diferenciado por alguna disposición con rango de ley. Por ejemplo, alguna variante procedimental que se haya dictado para alguna reclamación de un servicio público. No solo es fundamental la existencia de alguna norma de contenido diferenciado, sino su consagración legal, con lo cual se asegura la subordinación a la ley de los organismos administrativos. De este modo aun cuando se trate de tribunales administrativos u organismos reguladores con potestad normativa, no podrán diferenciarse de esta normativa general, sino solo particularizarla en aquello que sea necesario.

- **Segundo: Regulación supletoria de este capítulo**

  Cuando exista normativa específica con rango de ley que discipline el procedimiento trilateral de un tribunal administrativo u organismo regulador, este capítulo será aplicable en todo aquello que no esté previsto por la norma especial.

- **Tercero: Regulación supletoria del resto de la LPAG**

  En aquello no regulado por esta sección se aplica directamente las demás normas de la LPAG, tales como requisitos de actos administrativos, recursos, etc.

Artículo 229 Inicio del procedimiento

229.1 El procedimiento trilateral se inicia mediante la presentación de una reclamación o de oficio.

229.2 Durante el desarrollo del procedimiento trilateral la administración debe favorecer y facilitar la solución conciliada de la controversia.

229.3 Una vez admitida a trámite la reclamación se pondrá en conocimiento del reclamado a fin de que este presente su descargo.

(Texto según el artículo 221 de la Ley N° 27444)

CONCORDANCIAS INTERNAS

- T.P. Art. I, 3: Principio de impulso de oficio.
- Art. 135.1: Efectos de la subsanación documental.
- Art. 227: Procedimiento trilateral.
- Art. 228: Procedimiento trilateral. Marco legal.
- Art. 230: Contenido de la reclamación.
- Art. 231: Contestación de la reclamación.
- Art. 236: Conciliación o transacción extrajudicial.

✍ *Comentario*

Por lo general este procedimiento administrativo es iniciado por el administrado que presenta a una autoridad administrativa su interés legítimo, bajo la forma de reclamación. Sin embargo, existen procedimientos en los cuales las autoridades administrativas pueden abrir de oficio, en aplicación del principio inquisitivo y del interés público, el procedimiento y convocar a la partes en conflicto.

En la mayoría de casos no se trata propiamente de la colisión de derechos subjetivos, sino de conflictos de intereses derivados de la intención de maximizar sus posiciones o conveniencias y que puestos en un mismo contexto requieren de ordenamiento y coordinación. Siendo su ambiente natural los conflictos de intereses económicos, es coherente con los procedimientos trilaterales que la autoridad brinde especial interés en favorecer la solución concertada de tales controversias. Con ello se aminoran los costos para las partes, pero además se conserva a la autoridad en un rol subsidiario aun en esta actividad.

En cuanto al acto de reclamación que da origen al procedimiento trilateral cabe diferenciar dos supuestos distintos: las reclamaciones de primer grado, cuando la pretensión directamente se presenta ante la autoridad administrativa y se inicia un procedimiento trilateral; y las pretensiones de segundo grado, cuando lo que se presenta es la revisión de un acto emitido por una de las partes pretendiendo preliminarmente solucionar el diferendo. Por ejemplo, en materia de servicios públicos donde el regulado ejerce la primera instancia y resuelve la controversia, o en materia de contrataciones, donde se impugna el acto de la propia Administración Pública en vía de recurso.

Artículo 230 Contenido de la reclamación

230.1 La reclamación deberá contener los requisitos de los escritos previstos en el artículo 122 de la presente Ley, 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.

230.2 La reclamación deberá ofrecer las pruebas y acompañará como anexos las pruebas de las que disponga.

230.3 La autoridad podrá solicitar aclaración de la reclamación de admitirla, cuando existan dudas en la exposición de los hechos o fundamentos de derecho respectivos.

(Texto según el artículo 222 de la Ley N° 27444)

CONCORDANCIAS EXTERNAS

- Ley N° 26497: Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (arts. 26 al 39, régimen del Documento Nacional de Identidad).
- D.Leg. N° 1246: Medidas de simplificación administrativa (art. 7, vencimiento del DNI no constituye impedimento para la participación del ciudadano).

CONCORDANCIAS INTERNAS

- Art. 122: Requisitos de los escritos.
- Art. 129.4: Procedimiento trilateral. Prohibición de utilizar correo certificado.
- Art. 135.1: Efectos de la subsanación documental.
- Art. 138.3: Procedencia de la mejora de la solicitud.
- Art. 227: Procedimiento trilateral.
- Art. 228: Procedimiento trilateral. Marco legal.

Comentario

I. DIFERENCIA CON OTROS CASOS

Para la mejor caracterización de la reclamación en los procedimientos trilaterales, es oportuno establecer la diferencia del procedimiento trilateral con algunas situaciones procesales afines, con los cuales se suele confundir.

II. ADMINISTRADO QUE PRESENTA RECURSO CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO QUE FAVORECE A OTRO ADMINISTRADO

Esta situación se presenta cuando un administrado que no ha sido parte en un procedimiento administrativo, y plantea un recurso contra la resolución final de este procedimiento que otorga derechos o mejora el estatuto jurídico de otro administrado. En este caso podría darse una contradicción, bastante parecida a la que puede darse en el proceso judicial: un administrado que defiende un acto de la Administración Pública y un tercero que lo impugna.

No obstante su cercanía, este supuesto es distinto al procedimiento trilateral, por cuanto el administrado plantea una pretensión directamente exigible a otro administrado, y la Administración Pública resuelve como tercero imparcial; a diferencia del caso planteado aquí, donde la pretensión del recurrente es contra la autoridad para que retire su acto administrativo que favorece a un administrado.

III. ADMINISTRADO QUE PRESENTA DENUNCIA CONTRA OTRO ADMINISTRADO PIDIENDO SANCIONES

En este caso, el supuesto es parecido al anterior, pues la pretensión del administrado no se ejerce contra el otro administrado, sino directamente a la Administración Pública para que ejerza sus atribuciones. La mención en este artículo a la pretensión de sanciones contra el administrado se refiere no a una pretensión principal o única, sino una complementaria a la pretensión principal que da pie a la reclamación, cuando el incumplimiento del reclamado sea a su vez previsto como conducta sancionada por el ordenamiento legal.

Artículo 231 Contestación de la reclamación

231.1 El reclamado deberá presentar la contestación de la reclamación dentro de los quince (15) días posteriores a la notificación de ésta; vencido este plazo, la Administración declarará en rebeldía al reclamado que no la hubiera presentado. La contestación deberá contener los requisitos de los escritos previstos en el artículo 122 de la presente Ley, así como la absolución de todos los asuntos controvertidos de hecho y de derecho, 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.

231.2 Las cuestiones se proponen conjunta y únicamente al contestar la reclamación o la réplica y son resueltas con la resolución final.

231.3 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.

231.4 Adicionalmente a la contestación, el reclamado podrá presentar una replica 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.

(Texto según el artículo 223 de la Ley Nº 27444)

CONCORDANCIAS INTERNAS

- Art. 122: Requisitos de los escritos.
- Art. 217: Recurso de reconsideración.
- Art. 227: Procedimiento trilateral.
- Art. 228: Procedimiento trilateral. Marco legal.
- Art. 229: Procedimiento trilateral. Inicio del procedimiento.
- Art. 230: Contenido de la reclamación.
- Art. 232: Prohibición de responder a las contestaciones.

✍ *Comentario*

El desarrollo de la dinámica del procedimiento trilateral está presidido por el principio procesal de contradicción o de audiencia bilateral, que determina la exigencia que dentro del procedimiento todas las partes gocen de iguales oportunidades para su defensa y para exponer sus intereses.

Dentro de esta perspectiva es que debemos entender la secuencia de actos procesales previstos en estas normas para confirmar el procedimiento trilateral: reclamación (num. 229.1 del art. 229 y el art. 230 del TUO de la LPAG), y, contestación de la reclamación (num. 231.1 del art. 231 del TUO de la LPAG), con lo que se intenta a la vez que las partes pueden ir decantando sus intereses y faciliten la preparación de la decisión administrativa.

Excepcionalmente caben réplicas y sus contestaciones cuando sea necesario hacer conocer a la autoridad que existen violaciones legales necesarias de analizar por la autoridad administrativa.

Artículo 232 Prohibición de responder a las contestaciones

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.

(Texto según el artículo 224 de la Ley Nº 27444)

CONCORDANCIAS INTERNAS

- Art. 227: Procedimiento trilateral. Marco legal.
- Art. 229: Procedimiento trilateral. Inicio del procedimiento.
- Art. 230: Contenido de la reclamación.
- Art. 231: Contestación de la reclamación.

✍ *Comentario*

El principio del contradictorio no puede elevarse a tal ubicación que haga exigible las dúplicas y réplicas hasta el infinito. La norma comentada precisa que realizada la respuesta a las reclamaciones, fenece la bilateralidad para precisar los términos de la litis. Todo aspecto que pueda plantearse en la contestación del denunciante, ameritará su consideración dentro de procedimiento para determinar la materia controvertida.

Artículo 233 Pruebas

Sin perjuicio de lo establecido en los artículos 171 a 189 de la presente Ley, la administración sólo puede prescindir de la actuación de las pruebas ofrecidas por cualquiera de las partes por acuerdo unánime de estas.

(Texto según el artículo 225 de la Ley Nº 27444)

CONCORDANCIAS INTERNAS

- T.P. Art. IV, 1.11: Principio de verdad material.
- Arts. 168 y ss.: Instrucción del procedimiento.
- Arts. 171 y ss.: Carga de la prueba.
- Art. 227: Procedimiento trilateral.

Comentario

La regla central de la materia probatoria es que la actuación probatoria está regida por la voluntariedad de las partes, y, por ende, la Administración Pública debe cumplir con actuar las evidencias indicadas por las partes. Solo cuando las partes acuerden de modo unánime ambas pueden prescindir de algún ofrecimiento probatorio ya realizado.

El principio general de verdad material presente en el procedimiento administrativo tiene una atenuación particular derivada de la especial naturaleza de estos procedimientos. En estos casos, 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, la autoridad administrativa estará obligada a ejercer dicha facultad cuando su pronunciamiento pudiera involucrar también al interés público.

Artículo 234 Medidas cautelares

234.1 En cualquier etapa del procedimiento trilateral, de oficio o a pedido de parte, podrán dictarse medidas cautelares conforme al artículo 155.

234.2 Si el obligado a cumplir con una medida cautelar ordenado por la administración no lo hiciere, se aplicarán las normas sobre ejecución forzosa prevista en los artículos 201 al 209 de esta Ley.

234.3 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. Salvo disposición legal o decisión de la autoridad en contrario, la apelación no suspende la ejecución de la medida cautelar.

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.

(Texto según el artículo 226 de la Ley N° 27444)

CONCORDANCIA EXTERNA

- STC Exp. N° 3075-2006-PA/TC: Precedente vinculante (medidas cautelares en sede administrativa).

CONCORDANCIAS INTERNAS

- Art. 155: Medidas cautelares.
- Art. 201 y ss.: Ejecución de las resoluciones.
- Art. 224: Suspensión de la ejecución.

Comentario

Las medidas cautelares en los procedimientos trilaterales tienen particular importancia para asegurar la materia controvertida o para evitar que se produzcan agravios irreparables en el reclamante, por la duración del procedimiento.

En nuestros procedimientos especiales encontraremos muchas medidas cautelares propias, como son: la suspensión de determinada acción reclamada, las anotaciones preventivas en los procedimientos registrales, la cesación preventiva de anuncios publicitarios controvertidos por ilegales, el cierre temporal de establecimientos, comiso, inmovilización de mercaderías, fijación de derechos compensatorios, etc.

Artículo 235 Impugnación

235.1 Contra la resolución final recaída en un procedimiento trilateral expedida por una autoridad u órgano sometido a subordinación jerárquica, sólo procede la interposición del recurso de apelación. De no existir superior jerárquico, sólo cabe plantear recurso de reconsideración.

235.2 La apelación 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.

235.3 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 plazo de quince (15) días para la absolución de la apelación.

235.4 Con la absolución de la otra parte o vencido el plazo a que se refiere el artículo 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 apelación a quien la interponga.

235.5 La administración deberá emitir resolución dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha de realización de la audiencia.

(Texto según el artículo 227 de la Ley N° 27444)

CONCORDANCIA EXTERNA

- STC Exp. N° 3075-2006-PA/TC: Precedente vinculante (derecho al informe oral en procedimientos administrativos).

CONCORDANCIAS INTERNAS

- T.P. Art. VI: Precedentes administrativos.
- Art. 64, 11: Derecho de cuestionar acciones administrativas.
- Art. 118: Facultad de contradicción administrativa.
- Art. 215: Facultad de contradicción.
- Art. 217: Recurso de reconsideración.
- Art. 218: Recurso de apelación.
- Art. 226.2: Actos que agotan la vía administrativa.
- Art. 227: Procedimiento trilateral.
- Art. 259.1, 8: Constituye falta administrativa intimidar a quien plantee queja o contradiga decisiones administrativas.

✍ *Comentario*

La estructura recursal en los procedimientos trilaterales tienen connotaciones particulares:

- Cancelación del recurso de reconsideración (se limita en vía excepcional para casos en los cuales no exista autoridad superior).
- Por la particularidad de los reclamos en materia de servicios públicos, cuando estos hayan sido conocidos en primera instancia en los regulados, la Administración Pública va a tener que estructurarse de modo tal que cree espacio para el recurso de apelación.

Artículo 236 Conciliación, transacción extrajudicial y desistimiento[555]

236.1 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 con 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, pudiendo tales actos poner fin al procedimiento administrativo y dejar sin efecto las resoluciones que se hubieren dictado en el procedimiento. El acuerdo podrá ser recogido en una resolución administrativa.

236.2 Los citados instrumentos deberán constar por escrito y establecer como contenido mínimo la identificación de las partes intervinientes y el plazo de vigencia.

236.3 Al aprobar los acuerdos a que se refiere el numeral 236.1, la autoridad podrá continuar el procedimiento de oficio si del análisis de los hechos considera que podría estarse afectando intereses de terceros o la acción suscitada por la iniciación del procedimiento entrañase interés general[556].

236.4 Procede el desistimiento conforme a lo regulado en los artículos 198 y 199.

(Texto modificado según el artículo 2 Decreto Legislativo N° 1272)

CONCORDANCIA EXTERNA

- Ley N° 26872: Ley de Conciliación Extrajudicial (art. 5, mecanismo alternativo para la solución de conflictos).

CONCORDANCIAS INTERNAS

- Art. IV, 1.3: Principio de oficio.
- Art. 113: Inicio de oficio.
- Art. 195.1: Fin del procedimiento.
- Art. 198: Desistimiento del procedimiento o de la pretensión.
- Art. 199: Desistimiento de actos y recursos administrativos.

TEXTO ORIGINAL DE LA LEY N° 27444:

Artículo 228.- Conciliación o transacción extrajudicial

228.1 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, pudiendo tales actos poner fin al procedimiento administrativo y dejar sin efecto las resoluciones que

(555) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 228 de la Ley N° 27444.
(556) Texto según fe de erratas publicada el 30/03/2017.

se hubieren dictado en el procedimiento. El acuerdo podrá ser recogido en una resolución administrativa.

228.2 Los citados instrumentos deberán constar por escrito y establecer como contenido mínimo la identificación de las partes intervinientes y el plazo de vigencia.

228.3 Al aprobar los acuerdos a que se refiere el numeral 228.1, la autoridad podrá continuar el procedimiento de oficio si del análisis de los hechos considera que podría estarse afectando intereses de terceros o la acción suscitada por la iniciación del procedimiento entrañase interés general.

MODIFICACIONES AL TEXTO ORIGINAL:

- **Primera modificación:** artículo modificado por el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1272 publicado el 21/12/2016, cuyo texto es el vigente en el TUO.

✍ *Comentario*

Una de las motivaciones que sustenta la generación de cuerpos administrativos para la solución de asuntos contenciosos, aparte de los consabidos de búsqueda de celeridad, especialización y niveles de desconfianza hacia el Poder Judicial, ha sido la necesidad de liberar a la resolución de determinados conflictos de interés de la formalidad estricta con que los órganos jurisdiccionales tradicionales aprecian sus casos. En este sentido, la visión desaprensiva con que el Poder Judicial resuelve aspectos trascendentales para el ciudadano, alejado de valores tan comunes y simples como la verdad material, eficacia, o la mera realidad ha servido de impulso para la generación de numerosos procedimientos administrativos contenciosos dentro de la Administración Pública.

Se ha concebido con razón que un Tribunal Administrativo tiene mayores márgenes para intentar averiguar, informalmente, la verdad material de los hechos sometidos a su decisión, para conocer las políticas generales del Estado, los verdaderos intereses de las partes, y para indagar cómo se puede adecuar a ellas una decisión justa en el caso conflictivo sometido a su conocimiento, armonizando interés particular con interés de la Administración Pública. Como bien manifiesta a este respecto HUTCHINSON:

> "Precisamente esa libertad informal de reunirse, discutir, averiguar, informarse, debatir, conciliar es lo que le permite a un tribunal administrativo, encontrar soluciones que den respuesta al anhelo de justicia del administrado sin perturbar innecesariamente las políticas generales del Estado"(557).

(557) HUTCHINSON, Tomás. *Justicia administrativa. Reflexiones sobre la justicia administrativa en el final del siglo XX*. En: *El derecho público de finales de siglo: una perspectiva iberoamericana*. Fundación BBVA, España, 1997, p. 703.

Una de las ventajas de los tribunales administrativos frente a los judiciales, es que por su propia naturaleza puede actuar como componedor del problema en conflicto, ya que su proximidad a la Administración Pública le permite obrar con mayor amplitud de criterio técnico, buscando soluciones intermedias que mejor conjuguen ambos intereses en juego.

Sin embargo, no se trata del procedimiento administrativo ortodoxo, sino uno reconstruido sobre la base de reconocer a los ciudadanos no como pasivos sujetos a la Administración Pública sino como titulares de intereses, y cuya resolución de sus conflictos no solo puede ser a través de la autoridad sino a través de la autocomposición, de la búsqueda del consenso y del respeto a su autonomía.

Por estas características decimos que desde la perspectiva de la institución del procedimiento administrativo, favorece la propagación de las fórmulas alternativas de solución de conflictos y dentro de ellos, origina la distinción entre los procedimientos contenciosos de composición y los procedimientos contenciosos de resolución imperativa. Esta subdivisión de los procedimientos trilaterales, es entre: **procedimientos compositivos y procedimientos de resolución imperativa**.

En los primeros, la autoridad adopta como prioridad un rol de facilitador de la comunicación entre las partes, para lo cual, la estructura de estos procedimientos es diseñada para favorecer la autocomposición de intereses de los particulares e incluye la posibilidad de la conclusión convencional del procedimiento, adquiriendo relevancia la formación negociada y consensual de la resolución que se asume como preferible antes que la decisión unilateral (por ejemplo, los procedimientos de resolución de conflictos en materia de servicios públicos por parte de los organismos reguladores han adoptado esta característica). A diferencia de ellos, los procedimientos trilaterales imperativos mantienen una estructura garantística de la situación del administrado, y tiende a una estructura dialéctica contradictoria o inquisitiva, concordante con un tradicional ejercicio de la autoridad, debiendo concluir como modalidad preferente, la de la resolución de la autoridad.

Particularmente, encontraremos procedimientos administrativos contenciosos compositivos, en los establecidos para resolver los reclamos ciudadanos por servicios públicos ante los organismos reguladores, tales como Osinergmin, Osiptel, Sunass, y Ositran, etc.

En estos casos, la cuestión contenciosa entre los administrados es preexistente a la participación de cualquier instancia gubernativa y la competencia primaria para conocer, instruir y resolverla compete a la autoridad administrativa, antes de plantear el tema al fuero judicial. Precisamente es la autoridad administrativa, mediante su propio personal o a través de terceros actuando por delegación, quienes adoptan el rol de promotor de la conciliación de intereses

entre los administrados; reservándose para el caso de ser infructuoso el intento, la potestad de resolver unilateralmente el diferendo.

A este respecto, resulta válida la afirmación de VILLAR PALASÍ[558] en el sentido de que para evitar los temores que despiertan estos cuasi tribunales administrativos al presentar una composición exclusivamente vinculada a la Administración Pública, existe la tendencia a favor de recurrir a la participación ciudadana en estos órganos de conciliación dando entrada a los particulares en esta tarea.

De otro lado, hasta antes de esta norma, diversas materias administrativas habían ya incorporado aisladamente esta modalidad como alternativa para propiciar la negociación en sede administrativa de conflictos de interés público, siendo las más importantes:

- Los servicios públicos sujetos a la acción de un organismo regulador del Estado (agua, electricidad, telecomunicaciones, transporte de uso público, prestaciones de salud, etc.). Con mayor precisión, encontraremos el empleo de esta posibilidad conciliatoria en la segunda fase de los procedimientos e reclamación ante los organismos reguladores, puesto que si bien se habilita a una negociación en la primera fase, esta no es asistida por un tercero, sino es entre las partes sin llegar a constituirse propiamente en una conciliación.
- Actividades sujetas a relaciones especiales de sujeción –mercado de valores, reestructuración patrimonial, protección al consumidor, propiedad industrial, y competencia desleal–.
- Actividades o sectores de la sociedad bajo tutela o protección del Estado (aspectos laborales, cinematografía nacional, agrarios, niñez o la familia).

Entre estos casos es digno de resaltar el particular desarrollo que el tratamiento legal de los organismos reguladores ha brindado a la conciliación en sede administrativa, consideración que ha llevado a no pocos estudiosos a pronunciarse en el sentido que la potestad de resolución alternativa de conflictos es una técnica regulatoria propia de estos organismos[559].

La nueva característica del Estado regulador, dirigido a la regulación de los servicios públicos post-privatización se orienta a la protección debida de los intereses de la comunidad en obtener un servicio en términos satisfactorios. Para ello tiene una dotación especial de poderes, desde las tradicionales facultades

(558) VILLAR PALASÍ, José Luis. "La prospectiva del Derecho Administrativo". En: *XI Congreso ítalo-español de profesores de Derecho Administrativo*. Cedecs, España, 1996, p. 613.

(559) Ver: AGUILAR VALDEZ, Oscar. "Notas sobre los procedimientos administrativos de resolución de controversias entre agentes de la industria por parte de los entes reguladores de servicios (con especial referencia al caso del ENRE)". En: *Procedimiento administrativo*. Jornadas organizadas por la Universidad Austral Facultad de Derecho. Editorial Ciencias de la Administración, División Estudios Administrativos, Buenos Aires, 2013, p. 293.

normativa y de tutela, hasta las potestades de policía. Instituidos estos organismos reguladores, tienen el reto permanente de armonizar recíprocamente para que el ámbito regulado pueda funcionar en forma integrada y satisfactoria al interés común. Como bien expresa a este respecto CASSAGNE[560]:

> "Como se puede advertir, la política legislativa ha consagrado diversos objetivos que requieren su armonización recíproca para que el sistema pueda funcionar en forma integrada. Dentro de esta pauta hermenéutica se ubica el objetivo relacionado con la protección de los usuarios, el cual demanda, para su correcta vigencia, una armonización con los restantes fines, debiendo aplicarse en un marco que concilie la regla de la continuidad y el menor costo de las prestaciones con la calidad y eficiencia de los servicios".

Conviene recordar que los conflictos de intereses desde la perspectiva del libre mercado constituyen eventos necesarios por la existencia de diversas partes concurrentes al mercado intentando maximizar las utilidades frente a los diversos costos existentes, de donde se deriva que el ciclo: interés-conflicto-negociación-solución, constituye un proceso permanente, a través del cual se ajustan la libre concurrencia. Algunos de estos conflictos se solucionarán en el mercado, pero habrá otros que por distintas razones no se llegan a transacciones favorables, requiriendo de una decisión externa (vía regulación) para su dilucidación. Dentro de este marco es que actúan los organismos reguladores.

Dentro de este contexto, los entes reguladores tienen el objetivo de proteger al usuario y resolver las controversias que surjan entre los actores del servicio público, tareas que al no tener preeminencia respecto de otras tareas, debe adoptar una estrategia muy particular para mantener el equilibrio en sus funciones. Como bien manifiesta CASSAGNE:

> "En tal sentido, los entes regulatorios no se limitan solo a la tutela de los usuarios ni a ejercer su representación, ya que tienen que cumplir todos los fines que han justificado su creación mediante una serie de funciones (...) tendientes a resguardar los derechos e intereses de los diferentes protagonistas que se relacionan con la actividad prestacional. Su función básica consiste en lograr una armonía participativa entre los intereses en juego y contribuir, de ese modo, a que se alcance la armonía social, mediante procedimientos más innovadores como el de las audiencias públicas"[561].

Por estas particulares características es que al asumir la tarea de resolver los conflictos suscitados en la prestación del servicio sujeto a su regulación[562] se busque

(560) CASSAGNE, Juan Carlos. "Los nuevos entes regulatorios". En: *Libro Homenaje al profesor D. Pablo Ramella*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 38.

(561) CASSAGNE, Juan Carlos. Ob. cit., p. 38.

(562) Es bueno resaltar que la potestad para resolver controversias en el ámbito regulado, presenta por lo general dos variantes: los casos de jurisdicción obligatoria (en los que necesariamente debe acu-

alguna estrategia nueva en pro de soluciones armoniosas a las partes antes que acudir directamente a su decisión administrativa unilateral. A ello debemos agregar que por el especial origen de los conflictos del mercado o de servicios públicos:

> "Habitualmente no importa un conflicto en el cual las partes fundan sus pretensiones exclusivamente en derechos subjetivos o intereses legítimos, es decir, en situaciones tuteladas jurídicamente por una norma previa en la que encuentran solución, sino que se trata mayormente de conflictos de intereses contrapuestos, no jurídicos, de naturaleza verdaderamente comercial, en las cuales las partes lo que pretenden es maximizar sus utilidades y disminuir sus costos de transacción"(563).

En síntesis, un campo provechoso para el desarrollo de la conciliación en estas materias.

Ahora veamos panorámicamente cómo es el tratamiento dado a la conciliación en el ámbito regulador de los servicios públicos peruano.

Las principales notas del tratamiento legal a la conciliación en asuntos regulados de servicios públicos son:

- Los organismos reguladores conocen de reclamaciones planteadas por usuarios de servicios públicos frente al prestador (por ejemplo, Osinergmin, Osiptel, Ositran, y Sunass), e incluso entre empresas operadoras o prestadoras (por ejemplo, Osiptel y Ositran), cuyo procesamiento involucra la posibilidad de resolución a través de la conciliación entre las partes.
- La posibilidad conciliatoria puede darse tanto en la instancia del reclamo que corresponde instruir a la propia empresa regulada (prestadora del servicio), como en la fase que se desarrolla ante la entidad reguladora (entidad pública) (así acontece en los procedimientos aprobados por Osinergmin, Osiptel, Sunass, Ositran). En todos los casos se trata de procedimientos voluntarios para las partes e informales en cuanto su estructura, por los cuales se confía en el criterio de los instructores para organizarlo, conducirlo, y llegado el caso, darle fin(564).
- La regulación de estos procedimientos de reclamación ha sido estructurado incluyendo una fase especial donde el instructor debe instar a la conciliación, que comúnmente recibe el nombre de "Audiencia de conciliación", sin

dirse a esta vía para resolver el conflicto), y los casos de jurisdicción facultativa (en los que el ente regulador solo ofrece a las partes una vía de solución a sus conflictos, pero sujeto a la voluntad de las partes para someterse a ella.

(563) AGUILAR VALDEZ, Óscar. Ob. cit., 274.

(564) La voluntariedad para la agencia implica que sea decisión discrecional del administrador, cómo utilizar la vía alternativa de la conciliación y hasta cuándo intentarla. Como mecanismo de control de esta actividad sobre el ente regulado, las normas de Osinergmin le obligan a levantar un acta consignando las fórmulas conciliatorias propuestas y la negativa de las partes.

perjuicio que cualquiera de las partes pueda proponer en cualquier estado del proceso la armonización de intereses en una "Audiencia especial de conciliación", de modo tal que durante toda la secuencia se habilita el intento conciliatorio, la cual solo precluye con la emisión de la resolución de la autoridad.

- Los órganos reguladores poseen la competencia para revisar la legalidad de los acuerdos conciliatorios a que las partes hubieren llegado y aprobarlos (por ejemplo, Osinergmin, Osiptel y Ositran).
- En cuanto a la función de la autoridad de estos organismos reguladores debemos manifestar que prioritariamente tienen el deber de dilucidar primariamente los conflictos de intereses que se presenten, a través de la celebración de acuerdos, convenciendo a las partes acerca de la viabilidad de una eventual terminación convencional del diferendo. Como bien manifiesta Fernando CAFFERATA: "La nueva función del regulador no es tanto imponerse a los regulados, sino persuadir a las partes sobre la eventual terminación convencional que lo lleve a desistir parcialmente de su pretensión o cambio de una solución negociada". En ese sentido la autoridad regulatoria "debe arbitrar, negociar o concertar entre los intereses contrapuestos teniendo siempre en la mira el interés público o el bien común"[565].

  Para estos efectos, entre las facultades que puede asumir el conciliador (sea personal al servicio de la entidad pública o terceros actuando por delegación), se encuentra su libertad de acción, la posibilidad de plantear fórmulas conciliatorias no obligatorias. Respecto a este último deber, cabe señalar la singularidad que representa el régimen de conciliación en asuntos de la niñez que consagra singularmente el principio denominado de "empoderamiento", por el cual el conciliador, sin perjuicio de su deber de neutralidad debe cuidar que su intervención evite desbalances de poder entre las partes para fomentar decisiones justas y equitativas.
- En cuanto a los efectos que se atribuyen normativamente a los acuerdos conciliatorios, la normativa presenta una verdadera variedad que nos invita a la reflexión. Así tenemos la diversidad siguiente:

  a. El efecto de transacción judicial (Indecopi).

  b. El efecto de cosa juzgada (Ositran).

  c. Solo indica que agota la vía administrativa y pone fin a la instancia (Sunass y Osinergmin).

  d. Equivale a una resolución administrativa final del tribunal y es cosa juzgada (Osiptel).

(565) CAFFERATA, Fernando José. "El procedimiento administrativo en los entes reguladores de los servicios públicos privatizados. Algunas cuestiones". En: *Procedimiento administrativo*. Jornadas organizadas por la Universidad Austral Facultad de Derecho, Buenos Aires, 2013, p. 293.

Por su parte, la situación no es diferente respecto al tratamiento que se le otorga a la modalidad de ejecución del acuerdo conciliado, pues se considera diversamente que: el acta misma es título de ejecución y se puede exigir judicialmente (Defensorías del Niño), o que se exige mediante deducciones o cargas en la facturación (Osiptel), se puede ejecutar en la vía coactiva (Osinergmin y Ositran), que se debe ejecutar ante el Poder Judicial, previo proceso, hasta el caso de aplicación de multas para forzar el cumplimiento y habilitar su exigencia judicial a cargo del interesado.

En la base de esta dispersa regulación sobre los efectos del acuerdo y la modalidad seguida para su ejecución, se encontraban dos tendencias acerca de la naturaleza de la conciliación en sede administrativa, pues para algunos se trata de un acuerdo sujeto al régimen común de las convenciones, mientras que para otros (entre los cuales nos encontramos) subsistía el interés público que precisamente condujo a que el conflicto de interés sea radicado ante la Administración Pública y no lo sea en la justicia común, por lo que para este sector, la propia Administración Pública debe llevar a cabo la ejecución de los acuerdos conciliatorios en esta materia.

La LPAG toma partido por esta segunda opción, entendiendo que estamos en la autocomposición de intereses que sustituye el contenido de un acto administrativo (que de ordinario hubiese sido el paso final a falta de acuerdo), y que de haberse presentado su inejecución voluntaria, seguiría sometido a la ejecución de actos administrativos y, en su caso, al contencioso administrativo.

Entiende la LPAG que para dar ejecutividad al acuerdo se puede recoger en una resolución administrativa, evitando que el administrado quede en situación de desprotección peor que si se hubiese avenido a una resolución desde el inicio; pues la esencia administrativa reconocido al tema y el interés público consiguiente, no desaparecen por el modo en que concluyó el procedimiento. Como bien señala GONZÁLEZ PÉREZ[566], *mutatis mutandi* sobre la jurisdicción contencioso-administrativa:

> "(...) En las transacciones que versen sobre relaciones sujetas a Derecho Administrativo, como son las que tienen lugar en el ámbito de un proceso administrativo, (...) la formalización de la transacción ni puede determinar una mutación de la naturaleza jurídica de las relaciones que determinan el sometimiento al conocimiento de la jurisdicción civil de las pretensiones que se deduzcan en relación a la invalidez del contrato. En consecuencia, su conocimiento se comprende el orden jurisdiccional contencioso administrativo (...)".

(566) GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. "La transacción en el proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa". En: *Revista de Administración Pública*, N° 145, Enero/Abril 1998, p. 28.

CAPÍTULO II
LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DE FISCALIZACIÓN

(Capítulo I-A incorporado por el artículo 5 del Decreto Legislativo N° 1272)

I. INTRODUCCIÓN

El Decreto Legislativo N° 1272 ha introducido en la LPAG el Título IV que congrega a tres instituciones: el procedimiento trilateral, el procedimiento sancionador y, la nueva regulación para "la actividad administrativa de fiscalización". Respecto de esta última sección se innova otorgándole un tratamiento unitario y común a las hasta ahora dispersas formas de intervención que las entidades realizan sobre actividades de los administrados con el objeto de comprobar si en el ejercicio de alguna sus facultades o en el cumplimento de sus obligaciones ha cumplido con los deberes legales impuestos por el ordenamiento administrativo, contratos u otra fuente jurídica.

En efecto, progresivamente se ha ido incorporando a diversas entidades la capacidad de inspeccionar, fiscalizar, supervisar, controlar o verificar la conducta regulada de las personas jurídicas y naturales. Al principio fueron competencias dadas a alguna oficina de la entidad para aspectos específicos (por ejemplo, las municipalidades en casos de licencias y permisos de su nivel), en otros casos adquirió un papel preponderante del objeto institucional, conjuntamente con otras actividades administrativas, como sucede con los organismos reguladores y agencias de competencia, Digesa, Sunedu, Indeci, y, finalmente, en esta evolución se han constituido instituciones específicas para ejercer de manera potenciada competencias de fiscalización estrictamente en determinados mercados, como es el caso de la Sunafil, OEFA, Osinfor, entre otras. Antes de esta regulación, las entidades ejercían esta actividad de fiscalización pero sujetas únicamente a dispersas regulaciones y reglamentaciones sectoriales e institucionales, incluso dadas por ellas mismas, que no aseguraban previsibilidad ni uniformidad en la determinación de las facultades para las entidades, en los deberes funcionales con los administrados, ni en los deberes y los derechos de los propios inspeccionados. Ni siquiera había consenso en la denominación que debía tener esta actividad porque las regulaciones les denominaron indistintamente fiscalización, supervisión, control, inspección, sin percatarse que era una misma actividad administrativa recayendo sobre sectores distintos pero con una base común.

Lo cierto es que esta actividad no la ha creado el Derecho Administrativo, pues le ha preexistido, proviniendo del *ius inspectionis*[567] del antiguo régimen, luego de lo cual, supervivió, pero comprendida dentro del amplio término de "poder de policía administrativo", y solo es recientemente que ha alcanzado identificación propia en la doctrina, como una actividad independiente. Por ello, podemos afirmar que estamos frente a una actividad que siempre ha existido como una manera de ejercer la autoridad sobre el ejercicio de las actividades privadas reguladas, pero que ha carecido de una disciplina jurídica que la someta cabalmente al principio de juridicidad.

Recientemente la doctrina se ha dedicado a analizar esta actividad como expresión independiente del poder público por la expansión que ha tenido en diversas áreas de la actividad humana, derivado de la confluencia de cinco factores contemporáneos: i) la sustitución de la actividad ordenadora preventiva, como licencias, autorizaciones y similares, en muchos ámbitos de las actividades privadas por la necesidad que la autoridad verifique posteriormente que los administrados las ejercen conforme a sus deberes con la colectividad y el interés general, dentro de un enfoque de prevención de los riesgos que suscitan esas actividad liberadas de controles previos y de competencia empresarial estatal; ii) la reducción y traslado al sector privado de la prestación directa de actividades a cargo de la entidades del estado, que no implica una desatención del Estado a la manera en que son prestadas y por ende, demandan una fiscalización adecuada; iii) la búsqueda de una Administración Pública menos interventor de mercados y más regulador de los mismos, lo que potencia por ejemplo, el rol fiscalizador de los organismos reguladores y entidades de fiscalización; iv) el rol de garante que ocupa la Administración Pública en muchos mercados privados de relevancia pública; y, iv) la percepción del incumplimiento normativo generalizado que existe en amplias zonas de la actividad económica ante lo cual la fiscalización ocupa el rol de *enforcement* de la regulación sectorial.

Al respecto, en la Exposición de Motivos de la reforma, la Comisión expresó esta problemática de la siguiente forma:

> "Hoy por hoy, la actividad administrativa de fiscalización no tiene un modelo de integración en la Ley del Procedimiento Administrativo General. Actualmente, las inspecciones que realizan cotidianamente todas las entidades públicas de los tres niveles de Gobierno, se lleva a cabo en el marco de múltiples y distintas reglamentaciones de fiscalización, que cada una de las entidades aprueba, lo que significa que existen tantos reglamentos como materias y entidades competentes. Ciertamente, es un sistema complejo que no cuenta con una definición

(567) PAREJO ALFONSO, Luciano. *La vigilancia y la supervisión administrativas. Un ensayo de su construcción como relación jurídica*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2016.

adecuada de reglas generales, aun cuando se trata de una potestad administrativa que se vale de instrumentos comunes de expresión multisectorial y transversal.

El problema que tenemos en el país es que existe una alta dispersión y multiplicidad de reglamentaciones y criterios en la fiscalización, y esta se expresa en enormes diferencias en el establecimiento de los límites del poder de fiscalización y en la aplicación de medidas administrativas desde los distintos sectores del Poder Ejecutivo, los gobiernos regionales y las municipalidades, que siguen diferentes (y propias) normas. Asimismo, como el resultado de la fiscalización puede dar lugar a procedimientos administrativos sancionadores, las diferencias también se extienden en cuanto a las sanciones.

El contexto esbozado crea las condiciones para la operación ineficiente de la fiscalización administrativa y la carencia de predictibilidad, de seguridad jurídica y de coherencia para la aplicación de las legislaciones sectoriales, lo que inclusive puede resultar lesivo al interés público y a los derechos de los ciudadanos.

En efecto, la fiscalización es una de las potestades de la Administración Pública más interventoras con relación al administrado; en ejercicio de la misma, podría realizar fiscalizaciones programadas o no programadas, en sede o en campo dentro de las instalaciones del fiscalizado, sea este persona jurídica o persona natural, está legitimado a dictar medidas cautelares o correctivas con la finalidad de evitar un riesgo o restablecer la legalidad si un acto irregular está produciendo riesgo o daño a los bienes jurídicos protegidos, respectivamente, tales como, clausura, decomiso de bienes, revisar documentación, entre otros, con alcances y límites definidos que deben ser uniformes.

Como parte de la solución, se propone la inclusión en la LPAG de un capítulo referido a la "Actividad Administrativa de Fiscalización", con una regulación general aplicable a todas las entidades en los tres niveles de gobierno y que establezca reglas claras y comunes, el cual ha sido elaborado dentro de una estructura y lógica tanto de garantía al administrado, como en cuanto al alcance y límites de las facultades de la Administración Pública en materia de fiscalización".

Precisamente la reforma de la LPAG reconociendo la necesidad de caracterizar esta actividad y darle un régimen jurídico unitario y común para todas las entidades incorpora esta regulación mínima que las normas sectoriales pueden complementar o especificar sin alterarla, desnaturalizarla o vaciarla de contenido. Por ello, precisamente las reglas contenidas en el presente Capítulo fueron inducidas a partir de las mejores regulaciones existentes en los diversos

sectores donde se ejercer la fiscalización administrativa, dejando los particularismos que podrían ameritarse en algún sector para la normativa complementaria que podría dictarse por cada sector.

En la doctrina[568] la caracterización específica de esta actividad, que la singulariza respecto de otras, está dada por ocho elementos indispensables:

- **Carácter unilateral**: la fiscalización como ejercicio de una potestad administrativo no requiere de la aceptación o concertación de voluntad con el sujeto a la fiscalización. El fiscalizado está sujeto a esta potestad dentro de una relación de subordinación, dentro de la cual tiene la carga de deberes de colaboración y derechos para que el ejercicio de la actividad sea constitucional.
- **Carácter externo**: la fiscalización es una actividad extra administrativa, esto es, que se ejercer sobre las personas jurídicas o naturales de derecho privado incluidas dentro del ámbito de competencia de la autoridad fiscalizadora (por ejemplo, contribuyentes, concesionarios, laboratorios, empleadores, universidades). Por tanto, la fiscalización que la propia Administración Pública realiza en el ámbito interadministrativo, no está sujeto a esta regulación sino a las normas propias de estas actividades internas.
- **Carácter restrictivo**: la fiscalización supone una incidencia negativa en la libertad de los fiscalizados que se concreta tanto en los deberes de colaboración con la autoridad fiscalizadora a la cual debe soportar como en la sujeción a la medidas que se pueden derivar de la comprobación que habría estado impropiamente realizado la actividad.
- **Carácter técnico**: la fiscalización se realiza para comprobar que la actividad privada regulada se encuentre satisfaciendo determinados estándares previstos, los mismos que a la vez de obligatorios tienen un alto componente técnicos (por ejemplo, verificar si se ha superado un límite máximo permisible de contaminación, si un producto afecta la salud, si un programa educativo satisface la calidad formativa exigida por el sector), por lo cual también su comprobación exige la realización de procedimientos de verificación y comprobación técnicos, así como, que el procedimiento de fiscalización demanda una particular preparación para la autoridad fiscalizadora y/o contar con esa solvencia técnica.
- **Carácter inmediato**: la fiscalización requiere un contacto directo, cercano, contiguo, próximo, entre el fiscalizador y lo que sea objeto de su actividad, y que además, el resultado de la comprobación pueda ser demostrable

(568) FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano. *La actividad administrativa de inspección. El régimen jurídico de la función inspectora*. Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, Granada, 2002, p. 52 y ss.

objetivamente para el futuro. La fiscalización no puede ser especulativa, lejana, no comprobable.

- **Carácter singular y transitorio**: la fiscalización es singular porque la autoridad fiscalizadora únicamente puede realizar comprobaciones o verificaciones sobre aquellos aspectos que sean singularmente de su competencia, no pudiendo exceder su ámbito material de competencia a otros aspectos que aunque regulados por la autoridad no sean de su habilitación legal. Por ejemplo, una fiscalización tributaria sobre una empresa constructora no puede desplegarse para verificar de qué manera cumple con el Reglamento de Edificaciones. De manera concurrente, la fiscalización también tiene el carácter de temporalidad, porque la verificación o comprobación que realizan las entidades deben ser finitas y no permanentes o indeterminadas. La libertad personal, en todas sus manifestaciones, hace incompatible tener que soportar acciones de fiscalización de manera permanente, obstruccionistas o que paralicen las actividades ordinarias del fiscalizado. En algunas ocasiones, en función de la exposición al riesgo de la persona, por el tipo de actividad o de su importancia para el interés público, puede ser necesario una fiscalización continuada, pero se debe ejercer bajo respaldo normativo expreso y de la manera menos intrusiva posible. Así, por ejemplo, se pueden adoptar sistemas informativos de suministro de información en tiempo real o imponer el deber de suministrar periódicamente reportes.
- **Carácter reglado**: la fiscalización está enfocada a asegurar el cumplimiento de la normativa por lo que en su actuación la autoridad está obligada a ejercer atributos de fiscalización permitidos por la ley, respetar los derechos legales de los supervisados, elegir los medios de prueba que le permite el ordenamiento y adoptar los mecanismos de reacción que ella le franquea. Incluso en los aspectos mayormente discrecionales que le concede el ordenamiento debe motivar la decisión para valorar su adecuación a los aspectos reglados, como cuando se trate de determinar a quien se fiscaliza, que periodos o que actividades. La instancia fiscalizadora no puede creativamente inventarse procedimientos de fiscalización, medidas correctivas, medidas cautelares.
- **Carácter instrumental**: la fiscalización es un instrumento al servicio de asegurar el cumplimiento del ordenamiento jurídico y en particular, de aquellos deberes que se imponen a las personas naturales y jurídicas para que su actividad privada sea conforme. La fiscalización no puede desarrollarse con el solo propósito de identificar incumplimientos al margen de su relevancia, actualidad y valoración.

II. CONCEPTO DE ACTIVIDAD DE FISCALIZACIÓN

En mayor o menor medida, los autores contemporáneos están de acuerdo con caracterizar la fiscalización como una potestad administrativa, que, como tal, constituye un poder abstracto de carácter instrumental otorgado a las entidades mediante ley, de ejercicio autónomo y unilateral por ellas, y, que tienen por efecto, limitar derechos de los administrados.

Para FERNÁNDEZ RAMOS(569) estamos frente a una "técnica de policía, enmarcada dentro de las actuaciones administrativas de comprobación, de carácter técnico e instrumental, que tiene por finalidad la verificación del cumplimiento del ordenamiento que rige el ejercicio de los derechos y obligaciones de los particulares". Por otro lado, para BERMEJO VERA, estamos ante "una de las actuaciones que habilitan a las administraciones públicas para llevar a cabo funciones de comprobación o constatación del cumplimiento normativo, siendo la seguridad el motivo principal de la dotación de esta potestad"(570). En ese mismo sentido, pero agregando el elemento preparatorio de la reacción administrativa la define REBOLLO PUIG como la "actividad de la Administración Pública en la que se examina la conducta realizada por los administrados para comprobar el cumplimiento de los deberes, prohibiciones, y limitaciones a que están sometidos y, en su caso, preparar la reacción administrativa frente a las transgresiones que se detecten"(571).

Desde la doctrina nacional la fiscalización ha sido tratada como una potestad de la Administración Pública, y definida como "la potestad administrativa destinada a garantizar la adecuación permanente de las actividades sujetas a control a lo dispuesto por la ley"(572), cuya finalidad es "la necesaria protección de un interés general fundado en la protección de los derechos fundamentales o de otros bienes constitucionalmente consagrados"(573).

Nótese, partiendo de esta definición, que la actividad fiscalizadora, inspectora o supervisora es la que ejercen determinadas entidades y que consiste en la verificación del cumplimiento normativo en actividades que requieren de un control periódico por parte de la Administración Pública, pero que tiene como fin último el resguardo de derechos fundamentales, en particular, los de

(569) FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano. *La actividad administrativa de inspección. El régimen jurídico de la función inspectora*. Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, Granada, 2002, p. 12.

(570) BERMEJO VERA, José. "La administración inspectora". En: *Revista de Administración Pública*. N° 147, Madrid, 1998, p. 41.

(571) REBOLLO PUIG, Manuel. "La actividad inspectora". En: DIEZ SANCHEZ, Juan José (Coordinador). *Función inspectora*. INAP, Madrid, 2013, p. 56.

(572) TIRADO BARREDA, José Antonio. "Reflexiones en torno a la potestad de inspección o fiscalización de la Administración Pública". En: *Derecho y Sociedad*. N° 37, Lima, 2011, p. 253.

(573) Ibídem.

segunda o tercera generación u otros bienes jurídicos que requieren de una especial protección.

En cuanto a su objeto, la actividad de fiscalización comprende dos modalidades en sentido estricto: la actividad de investigación propiamente dicha, mediante la cual se conocen o descubren hechos o situaciones anteriormente ignorados o desconocidos; y, la actividad de comprobación, por medio de la cual se constatan, corroboran o confirman hechos o relaciones conocidos pero hasta ese momento eran inciertos.

Por ejemplo, la fiscalización ambiental de determinadas actividades económicas consiste en verificar, principalmente, el cumplimiento de las obligaciones ambientales, lo cual se sustenta en el deber del Estado de garantizar un ambiente equilibrado para el ciudadano, tal como lo establece la Constitución Política. De igual manera, cuando se habla de las supervisiones en el sector salud, educación o en transporte, dichas acciones tienen como finalidad cautelar los bienes jurídicos y asegurar la protección de los derechos fundamentales en general.

III. LAS FINALIDADES PREVENTIVA Y CORRECTIVA DE LA ACTIVIDAD DE FISCALIZACIÓN

La actividad de fiscalización es realizada, organizada y planificada atendiendo a dos niveles de finalidades: la preventiva de los incumplimientos y la correctora de los mismos. Podríamos decir que es doblemente instrumental porque mediante su actuación se pretende prevenir los casos futuros de infracciones normativas y de corregir aquellos que se puedan haber consumado por el inspeccionado al momento de la fiscalización.

Modernamente se enfatiza que la finalidad preventiva es a lo que debe propender la actuación fiscalizadora por ser más eficiente para el uso de los recursos comprendidos en la fiscalización. Esta prevención se puede dar de manera inmediata o de corto plazo ya que mediante su acción se respalda la eficacia del ordenamiento sectorial o institucional al cual respalda con su acción. Por ejemplo, la finalidad inmediata es verificar que el laboratorio cumpla con las normas de fabricación o almacenamiento de un producto previniendo las faltas, pero a su vez está protegiendo el respeto, cumplimiento y exigibilidad del ordenamiento de medicamentos para proteger la salud pública. Esta prevención también se busca, cuando se adoptan campañas pedagógicas tratando de inducir mejoras al grado de cumplimiento de deberes legales por medio de la disuasión que la información y educación se ofrece a los interesados.

Un eficiente sistema de fiscalización influencia para que los actores privados del sector se comporten de manera correcta porque saben que pueden ser susceptibles de ser supervisados y detectados en sus incumplimientos. Pero también la prevención puede darse de manera mediata o de largo plazo porque mediante la fiscalización correcta puede aportarse de mejor manera a la aplicación de

políticas de los sectores. Por ejemplo, una eficiente fiscalización tributaria aporta de modo importante al incremento de la recaudación. De tal suerte que en todo momento la actividad de fiscalización debe perseguir ambos fines, de modo que no cumplirá su función por ejemplo, si únicamente se advierten incumplimientos al orden jurídico (finalidad inmediata) sin que ellas se traducen en algún efecto real o potencial contra el interés público al cual busca proteger.

En suma, la prevención es consustancial a la inspección moderna porque permite evitar llegar a escenarios de incumplimientos por medio de la detección de riesgos existentes, sea tanto por la advertencia al fiscalizado del riesgo incurrido, como por el efecto intimidatorio que produce sobre el resto de ciudadanos potencialmente fiscalizados.

Pero la fiscalización no deja de tener una finalidad correctora ante los incumplimientos ya consumados al momento de verificar, por lo que activa diversos mecanismos de reacción previstos en la normativa ante esas situaciones. En el caso peruano, esas reacciones pueden ser la recomendación de mejoras o correcciones de la actividad desarrollada por el administrado, la advertencia de la existencia de incumplimientos no susceptibles de ameritar la determinación de responsabilidades administrativas, la recomendación del inicio de un procedimiento con el fin de determinar las responsabilidades administrativas que correspondan, la adopción de medidas correctivas, entre otras. Sin embargo, esta finalidad correctora no es la única, ni tampoco es sinónimo de una actividad represiva o punitiva. La Administración Pública no fiscaliza para sancionar, la fiscalización no deja de ser eficiente si no detecta incumplimientos que castigar. Como bien manifiesta GARCÍA URETA, "Las administraciones no pueden asumir *ab initio* la simple aplicación de la sanción y la restauración como mecanismos principales de su actuación. Estos son únicamente medios que se deberían activar de forma subsiguiente a que la prevención haya fallado o, a pesar de haberse puesto toda la diligencia posible, no haya resultado factible evitar la causación del daño. Un ordenamiento jurídico que no primase la idea de la prevención sobre otras vías de intervención en la esfera de los ciudadanos resultaría ineficaz y autoritario, ineficaz por cuanto las correcciones de los daños supondrían una carga social inaceptable. Autoritario porque primaría en él la vertiente represiva que debe reducirse al estricto mínimo en una sociedad fundada sobre el *favor libertatis*"[574].

Una de las comunes distorsiones sobre la actividad inspectiva es entender como una especie de etapa previa y necesaria a la actividad sancionadora. Así, se estableció en la LPAG una disposición, que se mantiene en la actualidad, en el sentido que con anterioridad al inicio formal del procedimiento se puedan realizar actuaciones previas de investigación, averiguación e inspección, con el

(574) GARCÍA URETA, Agustín. *La potestad inspectora de las Administraciones Públicas*. Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 31.

objeto de determinar con carácter preliminar si concurren circunstancias que justifiquen su inicio. Al amparo de esta única referencia se ha malinterpretado la inspección, entendiéndola como que su única finalidad era identificar presuntas infracciones y servir como sustento del inicio de un procedimiento administrativo sancionador.

Como hemos mencionado, al desarrollarse bajo el enfoque de cumplimiento normativo, gestión y prevención del riesgo, y tutela de bienes jurídicos, la actividad administrativa de fiscalización cuenta con finalidades distintas al del procedimiento administrativo sancionador, puesto que no pretende disuadir ni desincentivar la comisión de conductas a través de la imposición de sanciones al administrado. Aunque la inspección puede servir de sustento para un posterior ejercicio de la potestad sancionadora, la actividad administrativa de fiscalización no es concebida más como su instrumento accesorio ya que su objetivo no es la punición de conductas infractoras, sino la verificación de la adecuación de los administrados al ordenamiento, pudiendo adoptarse medidas para lograr dicha adecuación. La relación entre la inspección y el procedimiento sancionador es contingente.

IV. LAS DIFERENCIAS CON OTRAS FIGURAS ADMINISTRATIVAS

Para su mejor caracterización es menester diferenciar la actividad de fiscalización de cuatro figuras próximas:

i) Con el control administrativo sobre las propias entidades estatales (lo que llamamos control gubernamental o tutela administrativa);

ii) Con la fiscalización posterior documental que realiza la Administración Pública como complemento a la aplicación de la presunción de veracidad a las relaciones con los administrados;

iii) Con el procedimiento administrativo sancionador;

iv) Con la actividad policial de vigilancia.

La noción de la fiscalización administrativa está concebida sobre las actividades de los administrados concebidos como personas con libertad sujeta a regulación administrativa, y eso caracteriza sus facultades y deberes, así como los derechos y deberes de los inspeccionados. Mientras que el **control administrativo y la tutela** se desarrollan en el ámbito intraadministrativo por lo que será más común reconocerle mayores facultades y más deberes a los inspeccionados que son funcionarios y servidores públicos en cumplimiento de cometidos públicos. Pueden tener zonas comunes pero sus particularidades diferenciadoras son esenciales. Asimismo, el control y la tutela administrativo se basan en la idea de la jerarquía del controlante sobre el controlado, en estos el estándar de comparación empleado puede ser tanto la legalidad como la oportunidad o eficacia de la medida, pero eso no es aceptable en la fiscalización que es únicamente de cumplimiento de legalidad.

Con la **fiscalización posterior** de la Administración Pública existen también singularidades que la diferencian. Esta última está vinculada estrechamente al principio de privilegio de controles posteriores, y hace referencia a la comprobación o verificación de veracidad documental que efectúa la Administración Pública y se ejerce de manera posterior a la presentación de la documentación o información que realiza el administrado en el marco de un procedimiento administrativo. La actividad de fiscalización, en cambio, comprende acciones de verificación por parte de la Administración Pública, pero no de información presentada por el administrado en la tramitación de un procedimiento administrativo, sino del ejercicio de determinadas actividades continuadas que requieren de una comprobación para verificar su adecuación al interés general.

Con la **actividad sancionadora** existe una relación de auxiliar contingente, puesto que si bien usualmente las acciones de fiscalización preceden a la actividad de sanción, como una de sus consecuencias posibles de identificar infracciones, ello no es indispensable. Así, un procedimiento sancionador podría abrirse sin transitar la actividad fiscalizadora necesariamente, como por ejemplo, cuando existe una denuncia suficientemente fundada y evidenciada que haga innecesario realizar alguna verificación más de comprobación. O por el contrario, la actividad de fiscalización puede no derivar en la acción sancionadora si por ejemplo, no existe infracción, o aun existiéndo, fuera insignificante o se estime que fuera suficiente una medida correctiva. Por ello, no puede derivarse de la asignación legal de la actividad de fiscalización o supervisión la atribución de la potestad sancionadora.

Con la **actividad policial de vigilancia** existe una asociación natural porque se trata de actividades realizadas por autoridades públicas sobre particulares para comprobar la legalidad de su conducta, pero se encuentra en estricta vinculación con la prevención o combate de la comisión de delitos perseguibles de oficio. Es por ello que la actividad policial se encuentra frecuentemente subordinada o coordinada con instancias externas a la administración como el Ministerio Público o el Poder Judicial.

Artículo 237 Definición de la actividad de fiscalización[575]

237.1 La actividad de fiscalización constituye el conjunto de actos y diligencias de investigación, supervisión, control o inspección sobre el cumplimiento de las obligaciones, prohibiciones y otras limitaciones exigibles a los administrados, derivados de una norma legal o reglamentaria, contratos con el Estado u otra fuente jurídica, bajo un enfoque de cumplimiento normativo, de prevención del riesgo, de gestión del riesgo y tutela de los bienes jurídicos protegidos.

Solamente por Ley o Decreto Legislativo puede atribuirse la actividad de fiscalización a las entidades.

Por razones de eficacia y economía, las autoridades pueden coordinar para la realización de acciones de fiscalización conjunta o realizar encargos de gestión entre sí.

237.2 Independientemente de su denominación, las normas especiales que regulan esta función se interpretan y aplican en el marco de las normas comunes del presente capítulo, aun cuando conforme al marco legal sean ejercidos por personas naturales o jurídicas privadas.

CONCORDANCIAS EXTERNAS

- Ley N° 30230: Ley que establece medidas tributarias, simplificación de procedimientos y permisos para la promoción y dinamización de la inversión en el país (art. 12, prohibición de ingresos a las entidades de fiscalización por concepto de multas).
- D.S. N° 096-2007-PCM: Regulan fiscalización posterior aleatoria de los procedimientos administrativos por parte del Estado.
- D.S. N° 156-2004-EF: TUO de la Ley de Tributación Municipal (art. 67, prohibición de cobrar tasas por fiscalización de actividades privadas).

CONCORDANCIAS INTERNAS

- T.P. Art. IV, 1.1: Principio de legalidad
- Art. IV, 1.16: Principio de privilegio de controles posteriores.
- Art. 29: Definición de procedimiento administrativo
- Art. 41: Vigencia indeterminada de títulos y fiscalización posterior
- Art. 44: Entidades deben solicitar información que puedan fiscalizar;
- Art. 51: Derecho de tramitación (prohibición para establecer tasas por fiscalización).
- Art. 114: Deber de fiscalizar denuncias.

✍ *Comentario*

I. UNA ACTIVIDAD CON MUCHAS DENOMINACIONES

Al carecer con anterioridad de un tratamiento unitario, las diversas normas sectoriales denominaron de muy diversa manera a la actividad de fiscalización.

(575) Este artículo fue incorporado como artículo 228-A a la Ley N° 27444, a través del Decreto Legislativo N° 1272.

Así, fueron empleadas denominaciones como vigilancia, supervisión, supervigilancia, investigación, control o inspección, e incluso se le fueron agregados algunos "apellidos" bajo una apariencia de singularidad o de especialidad, como fiscalización minera, ambiental, laboral, tributaria, energética, municipal, etc.

Por ello, esta norma tiene el propósito de disipar cualquier duda que este régimen jurídico se convierte en el conjunto de normas comunes que se aplican a las expresiones sectoriales de la actividad de fiscalización, cualquiera sea el ámbito sectorial en que se aplique, la forma del órgano que le ejerce, la denominación empleada e incluso si dicha actividad hubiere sido externalizada a personas naturales o jurídicas privadas mediante algún contrato o título habilitante(576).

II. ¿LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DE FISCALIZACIÓN ES UN PROCEDIMIENTO?

Uno de los primeros aspectos a determinar es si la actividad de fiscalización califica como un procedimiento administrativo o no. Dado que la teoría de la fiscalización aún está en proceso de consolidación es frecuente encontrar esta duda, dado que cuando se le describe se afirma que "constituye el conjunto de actos y diligencias" en vez de decir que es un procedimiento administrativo. Las consecuencias según sea la respuesta, serán notoriamente distintos por los derechos y deberes implicados, así como el tratamiento de los actos administrativos que se dictan dentro de la fiscalización (por ejemplo, requerimientos) y al finalizar.

La doctrina contemporánea por razones eminentemente prácticas se ha preguntado si la actividad de fiscalización a la vez que constituye un conjunto de actos y diligencias califica también como un procedimiento administrativo. Así, por ejemplo, nos dice REBOLLO PUIG "Pero lo que nos interesa señalar con carácter general es que, como ya dijimos, este es un terreno en el que son frecuentes los actos verbales y hasta las actuaciones materiales sin previo acto (o si se prefiere, con solo actos tácitos), todo ello, por tanto, sin los requisitos formales habituales; y que las actuaciones inspectoras, que normalmente se acometen sin que ni siquiera exista una sospecha de incumplimiento sino para vigilar en general la observación de las normas, no están sometidas necesariamente a las reglas y principios del procedimiento administrativo propiamente dicho, en especial al principio de contradicción, ni los administrados tienen los derechos que sí les asisten en él"(577). Entre nosotros esta duda ha llevado a que el Ministerio de Justicia opine que "(...) la actividad administrativa de fiscalización, no constituye un procedimiento

(576) Cierta doctrina ha diferenciado entre los medios de control de la actividad privada la "supervisión", la "inspección", la "observación" y la "vigilancia" en función de los grados de incidencia e injerencia que cada uno de ellos implica respecto a las actividades privadas. Véase a este respecto, RIVERO ORTEGA, Ricardo. "Vigilancia e inspección sobre los servicios públicos: mecanismos de control administrativo de actividades de interés general", en el Colectivo dirigido por el profesor Juan Carlos Cassagne, "Servicios Público y Policía", El Derecho, 2006; p. 323 y ss.

(577) REBOLLO PUIG, Manuel. Op. cit., p. 71.

administrativo, pues su enfoque está dirigido a la realización de actividades destinadas a advertir el cumplimiento o no de la norma imperativa atribuible al administrado, sumado a ello, su fin no está encaminado a la emisión de un pronunciamiento o acto administrativo. Asimismo, teniendo en consideración lo prescrito en el artículo 243 del TUO de la LPAG, las formas de conclusión de la referida actividad no constituyen ninguna de ellas un acto administrativo"[578].

Lo que está detrás de la posición negatoria de la naturaleza procedimental es, de un lado, la necesidad de darle inmediatez, comprender diligencias *in situ* o análisis de funcionarios sobre la conducta, el alto componente técnico de la apreciación o buscar mantener inimpugnable la conclusión de la actividad, entre otros. Del otro, está el temor que por trasladarle la carga de derechos individuales propios del sancionador, la actividad pueda verse obstruida en su necesaria inmediatez y celeridad.

Por nuestra parte consideramos que la actividad de fiscalización sí se desarrolla mediante un procedimiento administrativo pero de naturaleza especial. Tres son las razones por la cuales nos hemos convencido de ello. En primer lugar, una interpretación sistemática nos evidencia que la actividad está inserta dentro del Título IV del TUO de la LPAG conjuntamente con el procedimiento trilateral y el procedimiento sancionador. Luego, la tesis contraria confunde los objetivos con la naturaleza Jurídica de la actividad, porque no podemos derivar su naturaleza no procedimental del hecho que "su enfoque está dirigido a la realización de actividades destinadas a advertir el cumplimiento o no de la norma imperativa atribuible al administrado" o que su "fin no está encaminado a la emisión de un pronunciamiento o acto administrativo". Por el contrario, si analizamos la institución del acto administrativo, este indudablemente responde a la noción del artículo 1 del TUO de la LPAG, por la que se entiende que se desarrolla mediante actos de trámite (por ejemplo, requerimientos, actas documentales, citaciones) y además concluye mediante la declaración unilateral de la administración fiscalizadora dentro de una situación concreta, creando o modificando derechos u obligaciones al fiscalizado en ejercicio de una norma de derecho público (por ejemplo, la certificación que el administrado ha actuado conforme a derecho, la recomendación vinculante, la medida correctiva).

En puridad, la fiscalización no es un procedimiento administrativo en el sentido formal del término que adopta la ley del procedimiento administrativo. Si bien comprende una serie de acciones por parte de la autoridad fiscalizadora destinadas a verificar la adecuación de las actividades de los particulares al ordenamiento jurídico, su desarrollo no concluye con la emisión de un acto administrativo. En esencia, en palabras del profesor BERMEJO VERA, la actividad de fiscalización –o de inspección como se conoce en el derecho español– constituye una

(578) Consulta Jurídica N° 005-2017-JUS/DGDOJ, del 23/02/2017.

advertencia de control permanente del cumplimiento de obligaciones o deberes, tanto desde la perspectiva jurídico-formal como desde el punto de vista sustantivo[579], de forma tal que se ejerce de manera unilateral en una situación de potestad-sujeción, que no contempla la generación de efectos jurídicos en la esfera del administrado. En esta fase, el administrado no titulariza un derecho de defensa desde que solo se busca esclarecer los hechos y realizar comprobaciones, tampoco le aplican las garantías del procedimiento sancionador desde que aún no se sabe si se incoará, tampoco los requerimientos y demás actos de trámite son impugnables autónomamente, del mismo modo como la actividad no está sujeta al deber de cumplir un plazo determinado. El resultado de la actividad administrativa de fiscalización, como la constancia de conformidad, la recomendación de mejoras o correcciones, la advertencia de la existencia de incumplimientos que no suscita determinación de responsabilidad administrativa, la recomendación de inicio de procedimiento si bien pueden no constituir un acto administrativo definitivo decisorio, sí califican como actos administrativos, según sea el caso, de trámite o de gravamen.

Habiendo establecido la naturaleza de procedimiento administrativo sui generis de la denominada actividad de inspección, cabe recordar que se trata de un "procedimiento especial" sujeto en principio a su régimen propio, pero en lo no previsto se aplicará la norma supletoria. Lo realmente difenciador será considerar que esos órganos emiten (salvo los casos que veremos más adelante) actos de trámite, por lo tanto, no definitivos, y que no necesariamente pueden hacer valer en él todas las garantías propias del Derecho Administrativo sancionador.

III. LOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA ACTIVIDAD DE FISCALIZACIÓN

La caracterización de la actividad fiscalizadora demanda que se reconozcan a su interior la confluencia de cinco elementos necesarios:

1. **La autoridad inspectora:** La actividad de fiscalización es realizada por una determinada entidad o un órgano ejerciendo una potestad otorgada normativamente, en el marco del principio de legalidad. Esto supone que no es atributo natural de toda entidad ejercer la actividad de fiscalización, sino que tiene que ser conferido de manera expresa. Por ello, el profesor GARCÍA URETA, señala que la actividad administrativa de fiscalización tiene un origen normativo y no proviene de relaciones jurídicas concretas[580]. En tal sentido, para el ejercicio de esta potestad fiscalizadora debe existir una habilitación legal previa, es decir, que otorgada a través de una norma con rango de ley a una entidad estatal, cualquiera que sea el nivel de gobierno o su modo de organización. No obstante ello, es importante

(579) BERMEJO VERA, José. Ob. cit., p. 53.
(580) GARCÍA URETA, Agustín. *La potestad inspectora de las administraciones públicas*. Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 29.

tener en cuenta, que este artículo indica que la entidad a cargo de la fiscalización puede tercerizar la actividad para encomendársela a una persona natural o jurídica mediante contrato de servicios o similares, actuando como verificadores, supervisores, auditores, o similares. Esto hace que la actividad de fiscalización no se dé exclusivo ejercicio estatal.

2. **La actividad privada regulada objeto de fiscalización:** El fiscalizado puede ser una persona natural o jurídica, nacional o extranjera, e incluso en algunos casos puede ser estatal (como cuando la inspección laboral verifica condiciones de trabajo en una dependencia pública) cuyas actividades o bienes son objeto de la verificación o comprobación. Es frecuente que un mismo objeto de fiscalización (por ejemplo, una fábrica donde se produce un alimento) pueda ser objeto de inspecciones múltiples o plurales a cargo de diversos organismos, en función de los varios estándares e intereses que existen sobre ella: tributarios, seguridad, sanitaria, laboral, urbanística.
3. **Un Conjunto de estándares técnicos previos vinculantes, cuyo cumplimiento es objeto de verificación:** La actividad de fiscalización implica que la autoridad verifique la regularidad de la conducta activa u omisiva del inspeccionado, en función a algún estándar previo, objetivo y vinculante. Precisamente el desarrollo apegado a este estándar hace que la fiscalización no sea arbitraria y sí apegada a la legalidad. Esos estándares deben constar en una norma legal, reglamento, contrato con la administración, y otra fuente jurídica válida, como precedentes administrativos u opiniones vinculantes, pues no debe perderse de vista que se trata de un control de legalidad. Nunca el fiscalizador realiza su actividad sustituyendo ese criterio legal por lo que él mismo cree que debió haber realizado el fiscalizado, o lo que él cree que hubiese sido una buena práctica. El juicio del fiscalizador no es un estándar válido para poder sustentar una afirmación de incumplimiento. Las cualidades que debe reunir ese estándar son: ser previo a la conducta del fiscalizado, ser claro para permitir un entendimiento claro por parte de la persona supervisada, y serle vinculante y no una mera referencia, sugerencia, buena práctica, regla de derecho blando, o criterio técnico.
4. **Las técnicas de inspección**: La actividad de fiscalización exige que la autoridad ejerza una o más actividades materiales y técnicas orientadas a realizarla físicamente. Entre las más comunes, tenemos la recopilación o acopio de datos e información de la actividad del fiscalizado para verificar su cumplimiento (está excluido el acopio de datos para fines estadísticos o similares), la observancia de la actividad (por ejemplo, la policía ambiental o de servicios públicos), las pesquisas a productos (salud), a bienes inmuebles o a construcciones (Indeci o municipalidades), los requerimientos de información, la prácticas de complejas metodologías como las auditorías (Sunat), o el sometimiento de las actividades a certificaciones (revisiones técnicas vehiculares).

Las técnicas de inspección deben estar sustentadas en la normativa (principio de legalidad), ser empleadas con razonabilidad y proporcionalidad y quedar sujetos a límites derivados de los derechos constitucionales y legales de los fiscalizados, dada su naturaleza de ser actividades intrusivas sobre ámbitos de la actividad privada.

5. **La preparación de la reacción administrativa**: las variadas consecuencias de la comprobación de una conducta indebida (por ejemplo, la sanción, la cobranza, la revocación, devolución de subvenciones, anulación de actos, etc.) están fuera de la actividad de fiscalización misma, pero esta les sirve como instrumento o elemento auxiliar. La actividad fiscalizadora observa, examina, comprueba y documenta una determina calidad de conducta del fiscalizado, respecto de la cual, otra consecuencia jurídica surgirá como acto de gravamen (aunque también pueden darse favorables) siguiendo sus propios procedimientos, reglas y principios.

IV. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD COMO BASE DE LA ACTIVIDAD DE FISCALIZACIÓN

La inspección se rige por el principio de legalidad en su manifestación de vinculación positiva, esto es, que solo podrá ejercerla aquella entidad que cuente con la atribución asignada expresamente por ley para hacerlo así como respecto de los administrados ahí establecidos, mediante los instrumentos y fines que la ley le confíe. De este modo, habrá entidades públicas que cuenten con la potestad de fiscalización y otras no, aunque puedan dictar regulación, de modo que no se puede comprender a la fiscalización como una atribución implícita de quienes tienen capacidad normativa. Así, la regulación de la actividad de fiscalización contenida en la ley del procedimiento no es directamente habilitadora para su ejercicio por parte de las entidades, sino un régimen jurídico aplicable para el caso en que alguna entidad cuente ya con esta competencia dada por otra norma específica.

V. LAS TÉCNICAS PARA LA CONCENTRACIÓN DE LAS ACTIVIDADES DE FISCALIZACIÓN: FISCALIZACIONES CONJUNTAS O ENCARGOS DE GESTIÓN

La colaboración interadministrativa ha sido prevista específicamente como una estrategia de acción para el mejor cumplimiento de la actividad de fiscalización. Es útil aplicarla para que la acción administrativa sea más eficaz en el logro de sus objetivos y más económica en el empleo de los recursos públicos. Los convenios pueden surgir para realizar encargos de gestión de una entidad a otra para que la segunda –por especialidad, cercanía al objeto de fiscalización u otra razón que la haga aconsejable– ejerza la acción de fiscalización como propia. Otro objetivo de los convenios de colaboración pueden ser la fiscalización conjunta en el mismo proceso, esto es, que en una misma acción de fiscalización se puedan concentrar más de un objetivo respecto de un mismo fiscalizado (por ejemplo, Si la fiscalización tributaria y la laboral se agregan en un mismo proceso de inspección por equipos conjuntos de Sunat y Sunafil).

Artículo 238 Facultades de las entidades que realizan actividad de fiscalización[581]

238.1 Los actos y diligencias de fiscalización se inician siempre de oficio, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, petición motivada o por denuncia.

238.2 La Administración Pública en el ejercicio de la actividad de fiscalización está facultada para realizar lo siguiente:

1. *Requerir al administrado objeto de la fiscalización, la exhibición o presentación de todo tipo de documentación, expedientes, archivos u otra información necesaria, respetando el principio de legalidad. El acceso a la información que pueda afectar la intimidad personal o familiar, así como las materias protegidas por el secreto bancario, tributario, comercial e industrial y la protección de datos personales, se rige por lo dispuesto en la Constitución Política del Perú y las leyes especiales.*
2. *Interrogar a las personas materia de fiscalización o a sus representantes, empleados, funcionarios, asesores y a terceros, utilizando los medios técnicos que considere necesarios para generar un registro completo y fi dedigno de sus declaraciones. La citación o la comparecencia personal a la sede de las entidades administrativas se regulan por los artículos 67 y 68.*
3. *Realizar inspecciones, con o sin previa notificación, en los locales y/o bienes de las personas naturales o jurídicas objeto de las acciones de fiscalización, respetando el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio cuando corresponda.*
4. *Tomar copia de los archivos físicos, ópticos, electrónicos u otros, así como tomar fotografías, realizar impresiones, grabaciones de audio o en video con conocimiento previo del administrado y, en general, utilizar los medios necesarios para generar un registro completo y fi dedigno de su acción de fiscalización.*
5. *Realizar exámenes periciales sobre la documentación y otros aspectos técnicos relacionados con la fiscalización.*
6. *Utilizar en las acciones y diligencias de fiscalización equipos que consideren necesarios. Los administrados deben permitir el acceso de tales equipos, así como permitir el uso de sus propios equipos, cuando sea indispensable para la labor de fiscalización.*
7. *Ampliar o variar el objeto de la acción de fiscalización en caso que, como resultado de las acciones y diligencias realizadas, se detecten incumplimientos adicionales a los expresados inicialmente en el referido objeto.*
8. *Las demás que establezcan las leyes especiales.*

(581) Este artículo fue incorporado como artículo 228-B a la Ley N° 27444, a través del Decreto Legislativo N° 1272.

CONCORDANCIAS EXTERNAS

- Declaración Universal de Derechos Humanos, Art. 12, inviolabilidad del domicilio.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, Art. 11, inc. 2, protección de la Honra y de la Dignidad.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art 17, protección de la Dignidad y de la Honra.
- Constitución: Art. 2, inc. 9, inviolabilidad del domicilio.

CONCORDANCIAS INTERNAS

- T.P. Art. IV, 1.3: Principio de impulso de oficio.
- Art. 67: Comparecencia personal.
- Art. 68: Formalidades de la comparecencia.
- Art. 114: Derecho a formular denuncias.
- Art. 178: Condiciones para requerimientos de prueba a administrados.
- Art. 241: Deberes de los administrados fiscalizados.

Comentario

I. LA ACTIVIDAD DE FISCALIZACIÓN SE INICIA DE OFICIO Y NUNCA A INSTANCIA DE PARTE

La norma afirma que los actos y diligencias de fiscalización se inician siempre de oficio, bien por propia iniciativa de la entidad, o como consecuencia de orden superior de la entidad, de una petición motivada de cualquier personal que es previamente aceptada por la entidad, o por el mérito de una denuncia cuya verosimilitud se desea verificar. En esta fase preparatoria cobran importancia los planes de fiscalización con que cuentan las entidades, mediante los cuales se busca asegurar el uso racional de los recursos con que cuenta la entidad, la objetividad y tecnicismos con que se aseguran los objetos y sujetos de fiscalización, y el tratamiento igualitario a todos los posibles inspeccionados.

La planificación de la actividad fiscalizadora congrega la atención de los intereses públicos de fiscalizar aspectos relevantes, materiales y significativos de la actividad privada, emplear razonablemente los recursos materiales, presupuestales y humanos, siempre escasos, con que cuenta para llevar a cabo esta actividad para concentrarlos en casos emblemáticos. Pero también asegura a los ciudadanos la seguridad razonable que la fiscalización no será definida por criterios subjetivos (animadversiones, favoritismos, clientelismos) sino por aspectos técnicos, los ciudadanos serán tratados con igualdad al momento de definirse si serán objeto de fiscalizadores por lo que no habrán privilegiados que serán excluidos de la acción o que ella se concentrará en algunos sujetos únicamente.

II. LAS FACULTADES DE LAS ENTIDADES EN EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD DE FISCALIZACIÓN

1. Acceso a la información del administrado que sea necesaria

En cuanto a las facultades de las entidades fiscalizadoras, la más común es la posibilidad de requerir la exhibición o presentación de todo tipo de documentación, tales como expedientes, archivos u otra información necesaria, respetando el principio de legalidad, por lo que la información que se requiera debe ajustarse estrictamente a lo que se busca verificar, sin poder excederse de dicho objetivo.

Este acceso a la información puede hacerse por requerimientos abiertos, mediante los que se pide la información relacionada a una operación o nos solicitan explicaciones sobre algo objetivo de la fiscalización; y, los específicos, que se refieren a algún documento en particular o exigir explicaciones de algo fiscalizado. En ambos casos, no implican desplazamiento físico de la autoridad por ser pedidos remotos que promueven comunicaciones de ida y vuelta, aunque también puede darse en el marco de una visita de inspección. El requerimiento debe efectuarse de conformidad con el marco normativo, dentro de las competencias fiscalizadoras con las que cuente la respectiva entidad y de acuerdo a los fines de la actividad fiscalizadora en concreto. En cualquiera de los dos casos, este requerimiento de información demanda una motivación específica sobre su base legal y competencia de la autoridad, aunque no les sea exigible explicar los motivos mediatos del pedido ni el fin concreto que se persigue comprobar con esa información. El requerimiento puede versar sobre todo tipo de documentación, expedientes, archivos u otra información necesaria, cualquiera sea el soporte físico o magnético en el cual se encuentren.

Es importante advertir que esta norma indica que la Administración Pública, en el ejercicio de la actividad de fiscalización, está facultada para requerir "al administrado objeto de la fiscalización", la exhibición o presentación de todo tipo de documentación, expedientes, archivos u otra información necesaria. Conforme a ello, es claro que el sujeto de este deber de colaboración es el administrado fiscalizado, incluyendo sus representantes, pero parece no comprender (expresamente cuando menos) a otros terceros de los que es necesario recabar información o documentación para contraste o corroborar afirmaciones o hechos. Pensamos por ejemplo, en otras autoridades públicas u otros particulares distintos a los fiscalizados con los que ha mantenido algún tipo de relación jurídica pero no son propiamente fiscalizados (por ejemplo, proveedores, extrabajadores, etc.). En nuestra opinión, para estos casos, la autoridad cuenta con el numeral 66.2 del artículo 62 del TUO de la LPAG, por el que existe un deber de colaboración atenuado del modo siguiente: "En los procedimientos investigatorios, los administrados están obligados a facilitar la información y documentos que conocieron y fueren razonablemente adecuados a los objetivos de la actuación para alcanzar la verdad material, conforme a lo dispuesto en el capítulo sobre la instrucción". Mientras que si

se trata de requerimientos para otras autoridades administrativas, es aplicable el deber de colaboración que se encuentra en el artículo 85.

En cuanto a la amplitud de la información o documentación a requerir la norma explicita que esta facultad comprende el requerimiento de "todo tipo de documentación, expedientes, archivos u otra información" pero agrega que sea "necesaria". Esta redacción parece permitir que se requiera cualquier información, antecedente o documentación que la propia entidad juzgue "necesaria" para los fines de su investigación. Ello sin embargo puede conducir a que se pida información excesiva, impertinente, hasta "por si acaso" la pudiera la autoridad necesitarla en el futuro y que no va a ser objeto de análisis, irrogando una carga innecesaria al administrado. El límite natural en este caso, será la competencia legal del órgano solicitante. De otro lado, la información que se puede pedir es aquella que posee la persona fiscalizada y dentro del periodo legal para su conservación, de modo que no puede comprender la información que no se tiene ni aquella que sea titular otra persona o que cuente con cláusulas de confidencialidad. En esa misma línea, al amparo de esta facultad, se suele pedir al fiscalizado de manera desproporcionada que prepare alguna información *ad hoc* o según los criterios del fiscalizador (por ejemplo, realizar una estadística de los principales clientes en los últimos dos años distribuidos por zona geográfica y discriminada por volumen de operaciones). Esto si bien, en principio cabe dentro de la norma, no puede exceder de lo razonable, como en el ejemplo que hemos planteado, hasta convertir al fiscalizado en un auxiliar del fiscalizador, pues basta la entrega de la documentación o archivos para que el fiscalizador realice su propia labor.

En cuanto los elementos del requerimiento, suelen ser propios de un requerimiento la identificación del requirente y del requerido, la determinación específica de aquello que se solicita, el medio en el cual debe contenerse la información, el plazo para su entrega y la motivación por la que es requerida esa información. No debe pasarse por alto, que el Tribunal Constitucional[582] ha establecido claramente que las entidades para respetar el derecho de la intimidad de los fiscalizados debe motivar las razones de la información que solicita en función de sus atribuciones y la utilidad que persigue con esa información. Así, el Tribunal estableció que: "En efecto, si bien la Administración Pública goza de las atribuciones fiscalizadoras anotadas, ello no implica que no tenga que motivar adecuadamente sus requerimientos, más aún cuando la información requerida no determina por sí misma una finalidad de relevancia tributaria evidente. Se pone de manifiesto entonces que la Administración Pública no ha cumplido con sustentar adecuadamente tal requerimiento, por lo que, al no contarse con la fundamentación pertinente, tal solicitud deviene en arbitraria, afectándose con ello, sí, el derecho a la intimidad".

(582) Ver: STC Exp. N° 04168-2006-PA/TC, Lambayeque, Fernando Samuel Enrique Vásquez Wong.

Asimismo, la norma recuerda –no crea– los límites constitucionales y legales para recabar esta información: el acceso a la información que pueda afectar la intimidad personal o familiar, las materias protegidas por el secreto bancario, tributario, comercial e industrial y la protección de datos personales, debe efectuarse conforme a lo dispuesto por la normativa especial y la Constitución. En este sentido habrá que diferenciar que entidades administrativas cuentan con competencia para acceder a esta información directamente, en cuyo caso, podrán acceder a ella, pero deberán adoptar los mecanismos necesarios para que esa información no sea accesible a terceros o a otras autoridades o empleadas para fines distintos a la fiscalización. Tal es el caso, de la Sunat respecto a la información de reserva bancaria, a la SBS sobre secreto tributario, a Indecopi, sobre secreto comercial. Las demás entidades sin competencia para acceder a esta información no podrán requerirla, y de hacerlo, deberán dejarlo sin efecto previo rechazo del fiscalizado.

Aunque la norma no indique el destino de los documentos entregados a la autoridad dentro de la fiscalización, resulta obvio que se incluirán en el expediente administrativo que se organiza aquella documentación relacionada con el objeto de investigación, en original o en copia legalizada. Los que no sean pertinentes al expediente, deberán ser devueltos al fiscalizado.

2. Interrogar a las personas fiscalizadas o vinculados

El interrogatorio de personas vinculadas a la fiscalización es otra facultad importante con la que cuentan las entidades. Dicha acción se realiza *in situ* y sirve para poder contar con declaraciones que permitan una adecuada verificación. El interrogatorio requiere de la identificación de los participantes y las declaraciones deben responder estrictamente a la finalidad de la fiscalización.

El requerimiento de comparecencia o citación suele ser una forma de obtener información o corroborar presencialmente aquello que se tenga ya, pero su procedencia y ejercicio se rigen por los artículos 67 y 68 del TUO de la LPAG. En ese orden de ideas, para su procedencia deben concurrir: suficiente identificación de la autoridad que cita, objeto de la comparecencia, cobertura legal, requerimiento por escrito, motivación suficiente, notificación previa con plazo suficiente y apercibimiento en caso de inconcurrencia, bajo sanción de no ser vinculante para el fiscalizado.

3. Realizar inspecciones en locales o a bienes de los inspeccionados. El derecho a la inviolabilidad del domicilio como límite constitucional

Otra facultad de las entidades prevista en la LPAG es la posibilidad de realizar visitas inspectoras o inspecciones con o sin previa notificación en los locales o bienes donde se desarrollan las actividades sujetas a su control o donde se ubiquen los bienes objeto de las acciones de fiscalización, respetando el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio cuando corresponda. Mediante

esta visita, los inspectores toman conocimiento directamente *in situ*, por medio de sus sentidos sobre la corrección de la actividad, situación de los objetos o bienes que deben ser fiscalizados por la autoridad.

Esta facultad de acceder a locales, oficinas, u objetos del fiscalizado se puede realizar tanto respecto de objetos expuestos al público en lugares de libre acceso público como respecto a locales cerrados o dependencias de uso privado (por ejemplo,, almacenes, oficinas, vehículos, etc.) de propiedad o posesión del fiscalizado o de personas a su servicio. Es claro, que respecto de lugares de libre acceso o públicos, la fiscalización se puede desarrollar sin mayores particularidades. Es más bien en los locales cerrados al público donde se presentan las mayores dificultades. En estos casos, es menester analizar si los inmuebles califican dentro del concepto de "domicilio" y, por ende, quedan protegidos por la inviolabilidad constitucional, en cuyo caso se necesitará la autorización del propietario o la correspondiente previa autorización judicial para acceder a ellos.

Debido que la actividad de fiscalización busca verificar el cumplimiento normativo, la ejecución de acciones de fiscalización de manera inopinada en algunos casos resulta necesaria, puesto que pone de manifiesto que el desarrollo cotidiano y regular de las actividades a fiscalizar se efectúa de manera correcta, situación que en determinadas ocasiones no puede corroborarse fidedignamente con una comunicación previa a la visita de fiscalización.

Respecto al alcance del "derecho a la inviolabilidad del domicilio" cabe tener en cuenta que nuestro Tribunal Constitucional[583] ha reconocido el alcance extendido del término, más allá de lo que comprende civilmente el "domicilio" propiamente dicho:

> "10. En este orden de ideas, puede afirmarse que el término domicilio comprende aquel espacio específico elegido, por el ocupante para que pueda desarrollar libremente su vida privada o familiar, es decir, es un espacio-ámbito de intimidad del que él, y sólo él, dispone. Y es que el rasgo esencial que define el domicilio en sentido constitucional reside en la aptitud para desarrollar en él vida privada y en su destino específico a tal desarrollo aunque sea eventual.
>
> Por dicha razón, resulta válido afirmar que el objeto del derecho a la inviolabilidad del domicilio es proteger un espacio físico inmune a la penetración de cualquiera sin el consentimiento de su titular, por ser un espacio privado. De este modo, el domicilio inviolable es un espacio que la propia persona elige para desarrollarse, sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima, así como su intimidad o privacidad.

(583) Ver: Exp. N° 02389-2009-PA/TC, Lima, Asociación Club Petróleos.

> Teniendo presente ello, puede señalarse de modo ilustrativo que la celda de un centro penitenciario no puede ser considerada como domicilio, debido a que dicho espacio físico no ha sido objeto de libre elección por su ocupante y porque el ingreso a un centro penitenciario supone la inserción en un ámbito de intenso control público.
>
> 11. De ahí que el domicilio protegido por el inciso 9) del artículo 2 de la Constitución se caracterice por ser un espacio específico que es elegido libremente por su ocupante y que excluye las intervenciones, invasiones o injerencias arbitrarias o ilegales de los particulares y de la autoridad pública, incluidas las que puedan realizarse sin penetración directa por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos.
>
> Ello porque la expresión 'domicilio' tiene más amplitud en la Constitución que en la legislación civil, pues protege, entre otros, el recinto o vivienda, sea móvil o inmóvil, de uso permanente, transitorio o accidental; así como todos aquellos espacios cerrados en donde las personas desarrollan su intimidad y personalidad separada de los terceros y sin su presencia, como por ejemplo la habitación de un hotel, el camarote de un barco, los bungaló de un club, etc.".

4. Tomar copia de evidencia

Como la comprobación de muchas circunstancias no es apreciable *in situ* ni plasmarse en actas, durante la inspección, el fiscalizador puede tomar copia de los archivos físicos, ópticos, electrónicos u otros del fiscalizado, así como tomar fotografías, realizar impresiones, grabaciones de audio o en video con conocimiento previo del administrado y, en general, utilizar los medios necesarios para generar un registro completo y fidedigno de su acción de fiscalización. Obviamente para ello, debe haberse accedido de manera regular al domicilio del infractor para poder tomar copia de la evidencia.

5. Practicar pericias sobre la documentación objeto de la fiscalización

En esa misma línea, es atribución de la entidad realizar exámenes periciales sobre la documentación que ha sido obtenida de manera regular.

6. Emplear equipos necesarios en las diligencias de fiscalización

Es atribución de las entidades emplear en sus acciones y diligencias de fiscalización los equipos que consideren necesarios, para lo cual los fiscalizados deben permitir el acceso de tales equipos, así como permitir el uso de sus propios equipos, cuando sea indispensable para la labor de fiscalización.

7. Ampliar o variar el objeto de fiscalización en caso de incumplimientos adicionales

La entidad fiscalizadora puede, además, de acuerdo a las facultades previstas en el TUO de la LPAG, variar o ampliar el objeto de la acción de fiscalización. Debido a su rol protector de bienes jurídicos, la actividad de fiscalización debe ser dinámica y en caso que las acciones de fiscalización realizadas identifiquen situaciones que ameriten una variación del objeto determinado inicialmente, la LPAG permite una variación o ampliación de dicho objeto; empero, dicha modificación no puede realizarse.

8. Las demás que establezcan las leyes especiales

Las leyes especiales suelen incorporar otras atribuciones en función de las características del sector al cual sirven. Así, por ejemplo, aparecerán las prácticas pruebas de alcoholemia u otras pruebas médicas, exigir puesta en funcionamiento de maquinarias, registros telefónicos, videocámaras en las calles.

Artículo 239 Deberes de las entidades que realizan actividad de fiscalización[584]

239.1 La Administración Pública ejerce su actividad de fiscalización con diligencia, responsabilidad y respeto a los derechos de los administrados, adoptando las medidas necesarias para obtener los medios probatorios idóneos que sustenten los hechos verificados, en caso corresponda.

239.2 Las autoridades competentes tienen, entre otras, los siguientes deberes en el ejercicio de la actividad de fiscalización:

1. *Previamente a las acciones y diligencias de fiscalización, realizar la revisión y/o evaluación de la documentación que contenga información relacionada con el caso concreto objeto de fiscalización.*
2. *Identificarse a requerimiento de los administrados, presentando la credencial otorgada por su entidad, así como su documento nacional de identidad.*
3. *Citar la base legal que sustente su competencia de fiscalización, sus facultades y obligaciones, al administrado que lo solicite.*
4. *Entregar copia del Acta de Fiscalización o documento que haga sus veces al administrado al finalizar la diligencia de inspección, consignando de manera clara y precisa las observaciones que formule el administrado.*
5. *Guardar reserva sobre la información obtenida en la fiscalización.*
6. *Deber de imparcialidad y prohibición de mantener intereses en conflicto.*

CONCORDANCIAS EXTERNAS

- Constitución: Art. 2, inc. 5, derecho de información; art. 2, inc. 6, restricción a la libertad de información por medios informáticos.
- D.S. N° 043-2003-PCM: TUO de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

CONCORDANCIAS INTERNAS

- T.P. Art. IV, 1.5: Principio de imparcialidad.
- Art. 64, 5 y 9: Derechos de los administrados.
- Art. 84, 7: Deber de velar por la eficacia de las actuaciones procedimentales.
- Art. 84, 8: Interpretación finalística conforme al fin público.
- Art. 160: Información documental.
- Art. 181: Peticiones de informes.
- Art. 240: Derechos de los administrados fiscalizados.
- Art. 242: Contenido mínimo del acta de fiscalización.
- Art. 165.2: Ofrecimiento de pruebas en los procedimientos administrativos de fiscalización y supervisión.

(584) Este artículo fue incorporado como artículo 228-C a la Ley N° 27444, a través del Decreto Legislativo N° 1272.

Comentario

I. DEBER DE DILIGENCIA Y RESPETO A DERECHOS DE LOS ADMINISTRADOS

El ejercicio de la actividad de fiscalización supone que la entidad actúe con diligencia, responsabilidad y respeto a los derechos de los administrados, pero a la vez, adoptando las medidas necesarias para obtener de manera lícita los medios probatorios idóneos que sustenten los hechos verificados, en caso corresponda.

II. DEBER DE ANALIZAR PREVIAMENTE DOCUMENTACIÓN SOBRE EL OBJETO DE FISCALIZACIÓN

De manera preparatoria para la ejecución de fiscalización, la autoridad debe analizar cabalmente la información y documentación que ya exista a su disposición. Una autoridad responsable no realiza la actividad para recién en campo averiguar las acciones realizadas o pedir la información de base suficiente. Es más bien una buena práctica que contribuye a la celeridad y cabalidad de la fiscalización que haya analizado toda la información de fuente abierta o con la que cuente a su disposición para luego ejecutar de manera más enfocada la fiscalización. De este modo, la fiscalización será más eficaz porque se concentrara en lo más importante, se requerirá únicamente aquello indispensable para esta actividad, evitará pedidos reiterados de aquello que ya obra bajo su poder y se concentrará en comprobar las hipótesis de trabajo que haya podido elaborar.

III. DEBER DE IDENTIFICACIÓN ANTE EL FISCALIZADO

Es deber de toda autoridad fiscalizadora identificarse suficientemente ante el inspeccionado y terceros mediante documentos idóneos. La suficiencia de la identificación se cumple con la entrega de la credencial oficial donde se señala su nombre, entidad a la que representa, cargo que ocupa en ella y una foto, además del documento nacional de identidad. Es particularmente indispensable en las visitas inspectoras, aunque debe cuidarse su cumplimiento en todas las acciones de fiscalización. Como criterio general, esta identificación debe darse previamente a la acción de fiscalización, aunque puede darse técnicas de inspección en las que este deber puede diferirse al final de la acción, como cuando el inspector accede a un lugar abierto al público y simplemente observa y documenta las ocurrencias como cualquier usuario. En estos casos, la identificación se realiza al final de la acción, previamente a levantar el acta. Supuesto distinto es el caso de las entidades, que bajo régimen habilitante específico, realizan las entidades mediante "agentes encubiertos" que se hacen pasar por usuarios y se identifican después.

IV. DEBER DE SUSTENTAR COMPETENCIA, FACULTADES Y OBLIGACIONES AL FISCALIZADO

A pedido del fiscalizado, el fiscalizador debe en su primera comunicación y en las sucesivas, citar la base legal específica que sustente su competencia de fiscalización, sus facultades y obligaciones, al administrado que lo solicite. Con ello, el fiscalizado podrá disponer las facilidades del caso, saber cuál es el alcance de la fiscalización, controlar el cumplimiento de las obligaciones del fiscalizador, entre otras.

V. DEBER DE ENTREGAR COPIA DEL ACTA DE FISCALIZACIÓN Y CONSIGNAR LAS OBSERVACIONES DEL FISCALIZADO

El acta de la fiscalización es el documento más importante para dejar acreditado la ocurrencia de uno o más hechos útiles para la acreditación de algún incumplimiento. Por ello, este artículo consagra dos deberes de la autoridad que lo elabora: i) entregar una copia del acta al fiscalizado al finalidad la diligencia para que conozca de primera mano aquello que se le ha comprobado; y, ii) admitir y consignar en el acta que se elabore cualquier observación del fiscalizado (por ejemplo, discrepar de la elaboración del acta, necesidad de completar lo dicho en el acta, etc.).

VI. DEBER DE RESERVA SOBRE LA INFORMACIÓN OBTENIDA EN LA FISCALIZACIÓN

En el desarrollo de la acción de fiscalización, el inspector tiene tanto un deber general de discreción de la actividad a su cargo como un deber específico de mantener el secreto que pesa sobre determinada información o documentación que el inspeccionado le entrega y, que, por su naturaleza, cuenta con esa protección por el ordenamiento legal. El primero es un deber subjetivo propio del ejercicio de la función pública, mientras que el segundo, se refiere objetivamente a la naturaleza de la información o documentación a la cual se accede en ejercicio de esa función.

Contraviene el primero, que la entidad anuncie o publicite el solo inicio de la acción de fiscalización respecto del sujeto inspeccionado, el avance en alguna de sus fases o las conclusiones preliminares a que arribe. Eso se conecta con el derecho al tratamiento como inocente que requiere el fiscalizado y con la buena marcha de la inspección.

Ahora bien, al obtener información, realizar visitas, tomar copia de información del fiscalizado es propio del procedimiento de fiscalización que la autoridad deba guardar reserva sobre la información así obtenida. Ello no solamente es predicable respecto a la información calificada como secreto comercial, bancario, tributario, industrial, de la intimidad personal, entre otros, a los que la autoridad administrativa con competencia explícita pueda acceder a ellos. Un

aspecto a valorar particularmente y que debe darse tratamiento específico, es el riesgo existente del acceso y uso indebido de la información entregada por parte de otras empresas de la competencia del inspeccionado. Para ello, algunas entidades tienen previsoramente la regulación que les permite declarar la confidencialidad o reserva de la información entregada por los fiscalizados que posean ese carácter, permitiendo con ello protegerlo del acceso que pudieran hacer de terceros.

VII. DEBER DE IMPARCIALIDAD Y EVITAR INTERESES EN CONFLICTO

El estatuto de la autoridad inspectora está sujeto a un régimen legal que haga patente la exigencia de objetividad e imparcialidad, por lo que se le exige que durante todo el ejercicio de su actividad este exento de intereses en conflicto con el administrado y en caso de acaecer adoptar las vías legales para evitarlo (por ejemplo, la abstención).

Diversos instrumentos internacionales presuponen la noción de conflicto de interés, pero no alcanzan consenso alrededor de una definición unitaria. Ni la Convención Interamericana contra la Corrupción de 1996, la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) adoptada en 1997, ni la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción de 2003, contienen definición concreta de lo que debemos entender por conflicto de intereses, aunque claramente lo identifican como un evento reprobable y que debe evitarse como una forma eficiente de prevenir la corrupción.

Los documentos de la OCDE nos proporcionan algunas aproximaciones importantes cuando afirman que:

> "El conflicto de intereses de los responsables públicos es un conflicto entre obligaciones públicas e interés privado que puede indebidamente influir en el cumplimiento de sus obligaciones y responsabilidades"(585).

Por otro lado, otro de sus documentos, alcanzan otra definición partiendo del interés privado que influye en la imparcialidad de la gestión pública:

> "Un conflicto de intereses nace de una situación en la que un agente público tiene un interés personal que influya o aparente influir sobre el ejercicio imparcial y objetivo de sus funciones públicas"(586).

(585) OCDE; "Managing conflict of interest in the public service". París, 2004.

(586) Artículo 13.1. "Código Modelo de Conducta para los agentes públicos". Recomendación N°R(2000)10, aprobada por el Consejo de Ministros del Consejo de Europa.

Para la detección de un conflicto de intereses se necesita la concurrencia de seis elementos, tal como han sido descritos por la ética normativa:

i) Una persona, organización o institución (agente) en la cual concurran dos lealtades distintas y que se implican recíprocamente en la adopción de decisiones.

ii) Existencia de una relación en la que se valora como indispensable la obligación legal, contractual, convencional, profesional o fiduciaria de actuar conforme con los intereses de la entidad a la cual sirve

iii) Coexistencia en el mismo sujeto de otro interés (económico, profesional, corporativo, amical, partidario) que también –bajo otras condiciones– desearía promover o no dificultar.

iv) Que ese otro Interés, sea propio o ajeno, pero atribuible a él por su relación personal (parientes, amigos, comunidades o colectivos a los que pertenece, empresas, sindicato, partido político, etc.).

v) Una incompatibilidad total o parcial de ese interés que le es atribuible con el interés del principal (por ejemplo, curado, tutelado, interés de la sociedad, del representado, etc.).

vi) De modo que se imposibilita, dificulta o puede dificultar o se teme que imposibilite o dificulte, el cumplimiento del principal deber legal, convencional o profesional por parte de ese sujeto hacia el principal.

Artículo 240 Derechos de los administrados fiscalizados[587]

Son derechos de los administrados fiscalizados:

1. *Ser informados del objeto y del sustento legal de la acción de supervisión y, de ser previsible, del plazo estimado de su duración, así como de sus derechos y obligaciones en el curso de tal actuación.*
2. *Requerir las credenciales y el documento nacional de identidad de los funcionarios, servidores o terceros a cargo de la fiscalización.*
3. *Poder realizar grabaciones en audio o video de las diligencias en las que participen.*
4. *Se incluyan sus observaciones en las actas correspondientes.*
5. *Presentar documentos, pruebas o argumentos adicionales con posterioridad a la recepción del acta de fiscalización.*
6. *Llevar asesoría profesional a las diligencias si el administrado lo considera.*

CONCORDANCIAS EXTERNAS

- Constitución: Art. 2, inc. 5, derecho de información; art. 2, inc. 6, restricción a la libertad de información por medios informáticos.
- D.S. N° 043-2003-PCM: TUO de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

CONCORDANCIAS INTERNAS

- Art. 64, 5 y 9: Derechos de los administrados.
- Art.165.1, 3: Constancia en el acta de las observaciones del administrado.
- Art.165.2: Ofrecimiento de pruebas en los procedimientos administrativos de fiscalización y supervisión.
- Art. 242: Contenido mínimo del acta de fiscalización.

Comentario

Este artículo enumera los derechos específicos de los fiscalizados antes, durante y después del desarrollo de las acciones de verificación por parte de la Administración Pública. Es importante advertir que no son los únicos derechos que el ordenamiento habilita a los fiscalizados porque también les resultan aplicables aquellos derechos que las normas sectoriales de fiscalización prevean y los contemplados para cualquier administrado en el propio TUO de la LPAG siempre que sean compatibles con la naturaleza de la acción de fiscalización.

(587) Este artículo fue incorporado como artículo 228-D a la Ley N° 27444, a través del Decreto Legislativo N° 1272.

1. Derecho a ser informados de caracteres de acción de fiscalización

El primer derecho con que cuenta el fiscalizado desde el inicio del procedimiento es el de ser informado por parte del fiscalizador obligatoriamente: i) el objeto de la acción de supervisión para determinar cuáles de sus actividades, propiedades, bienes, o relaciones profesionales estará siendo alcanzada por la fiscalización; ii) del sustento legal de la fiscalización, para que pueda controlar la legalidad de dicha actuación tanto por la forma (competencia, oportunidad) como por el fondo (no estar incurso en alguna restricción constitucional lo que se pretende fiscalizar); iii) de sus derechos y obligaciones durante la fiscalización, partiendo por los que considera la LPAG y los otros que pudieran derivarse de la legislación sectorial. Estos elementos obviamente se conectan con el derecho de defensa del fiscalizado, que como sabemos no es un experto en derecho administrativo ni tiene que estar al día en la regulación de las entidades públicas a cuya fiscalización está sujeto.

Como cuarto elemento, la norma agrega que también se le anunciará, de ser previsible, del plazo estimado de su duración. La idea es que el inspeccionado tenga la posibilidad de estimar el periodo bajo el cual deberá brindar las facilidades a los fiscalizadores, dedicar personal y asesores a su atención y organizar sus prioridades. Esta información es necesaria, porque cuanto la norma dice "de ser previsible" no significa que la entidad pueda asumir que su acción sea de término imprevisible para no informar nada al administrado, pues siempre deberá dar cuanto menos un mínimo de duración. Es claro, de otro lado, que al ser un estimado, su vencimiento no implica la caducidad de la fiscalización, sino una nueva información sobre la extensión estimada nuevamente. Como bien afirma TIRADO[588], este derecho se funda en asegurar que la acción fiscalización tenga un periodo determinado y razonable, pues teniendo el carácter gravoso de la actividad, resulta incompatible que pueda extenderse ilimitadamente en el tiempo, dejando en pendencia al administrado sobre su duración.

2. Derecho a requerir credenciales de fiscalizadores

Como correlato del deber de identificarse exigible a las autoridades fiscalizadoras, los inspeccionados tienen el derecho correlativo de requerir esa identificación suficiente, mediante las credenciales oficiales de la entidad que las comisiona y el documento nacional que lo identifica como persona. La falta de identificación cabal permite al fiscalizado practicar válidamente y sin ser pasible de sanción por ello, actos de resistencia al ejercicio de esa fiscalización.

(588) TIRADO BARRERA, José Antonio. Ob. cit., p. 262.

3. Derecho de realizar grabaciones de las diligencias

El fiscalizado tiene derecho a documentar por completo la actuación fiscalizadora mediante grabaciones en audio o en video de cada una de las diligencias que se realicen. Aunque no lo diga la norma, las actuaciones también son susceptibles de ser documentadas mediante registros fotográficos. Este derecho como tal, no está sujeto a la aceptación del inspector, porque es un instrumento que sirve precisamente para controlar la corrección de la fiscalización y también como una contraprueba objetiva que permita contrastar las pruebas que la autoridad pretenda preparar mediante sus propias fotos, filmaciones o actas. Ahí quedara registrada la legalidad de la inspección ocular, las declaraciones, la situación del inmueble inspeccionado, quiénes participaron, etc.

El fin legítimo que se persigue es que en la fiscalización, se cumplan todas las garantías constitucionales y legales, y que en caso contrario pueda servirnos de prueba objetiva que haga perder mérito a las afirmaciones de la autoridad y sus documentos. Por ello, es que si bien la grabación no debe ser subrepticia sino más bien pública y comunicada a la autoridad, no puede ser limitada o afectada por esta pretendiendo incautar la cámara, el móvil, la tarjeta, el audio, ni obligar a borrar en todo o en parte lo documentado.

4. Derecho a incluir observaciones a actuaciones de fiscalización

Cualquiera que sea la técnica de fiscalización empleada, las actas de fiscalización son formuladas y redactadas por la autoridad administrativa haciendo constar ahí los hechos que consideren relevantes para su labor, los requerimientos pendientes, las acciones y pruebas actuadas que se consideren adecuados, entre otros.

El fiscalizado tiene el deber de suscribir el acta luego de revisarla cuidadosamente. Si lo suscribe sin ninguna reserva expresa es un indicador de su conformidad con lo ahí manifestado. Por el contrario, si está en desacuerdo con algún aspecto de la fiscalización no puede rechazar suscribir el acta, sino más bien manifestarlo explícitamente en la misma. Precisamente este inciso plasma el derecho que tiene el fiscalizado de realizar sus observaciones o cuestionamientos en el acta a cualquier parte del proceso efectuado, por ejemplo, a las conclusiones a que arriba el fiscalizador, a lo que afirma haber constatado, las afectaciones a sus derechos que se hayan producido en la inspección, entre otros. Estos cuestionamientos impiden que el acta pueda alcanzar el mismo mérito probatorio que un acta que cuenta con la conformidad del fiscalizado. Por su parte, el fiscalizador no puede limitar o impedir que se ejerza este derecho, así como tampoco, es una buena práctica, realizar réplicas y dúplicas a las observaciones realizadas.

5. Derecho a presentar argumentos, documentos o pruebas posteriores al acta

El acta de fiscalización es un documento esencial en el procedimiento de inspección, pero no es el único. Para el fiscalizado, de alguna manera, su actividad probatoria empieza con la fiscalización y los requerimientos que se derivan de ella. Por ello, el fiscalizado puede luego de realizada la visita inspectora, la comparecencia, sus declaraciones o demás actuaciones, puede válidamente presentar nuevos argumentos, o ampliar los expuestos antes, presentar nuevos documentos o cualquier medio de prueba que abone en su favor. Para ello no es indispensable que se trate de documentos o pruebas elaboradas con posterioridad, pues muy bien podrían ser evidencias anteriores que el fiscalizado desee presentar en ese momento.

6. Derecho a llevar asesoría profesional a las diligencias

La asistencia profesional y no solo letrada es un derecho del fiscalizado durante cualquier diligencia de fiscalización para lo cual basta con llevar dicha asesoría a la diligencia correspondencia en que se juzgue necesaria. Esta asesoría profesional de índole contable, ingeniería, médica, legal, económica o similares apoya al fiscalizado con sus criterios, pareceres y opiniones especializadas la formación de la voluntad y manifestaciones del fiscalizado, pero no lo sustituye en los actos personales que deba realizar (firmar, declarar, reconocer situaciones, etc.).

No debe perderse de vista que técnicamente es un derecho del administrado y no un requisito de validez de la fiscalización, por lo que su sola no presencia no vicia la diligencia, salvo que haya sido requerido por el administrado y la administración opuesto a contar con esa asesoría o no le haya permitido ejercer su labor. Un supuesto particular es si la realización de una diligencia de fiscalización prevista sin aviso previo podría ser condicionada o impedida de ser realizada por la falta de una asesoría profesional *in situ*. La práctica aconseja en este caso dar un plazo razonable para la concurrencia y, sin reprogramar la actividad, proseguir la diligencia luego de vencido este plazo, con o sin la presencia de la asesoría requerida, dado que es de cargo del fiscalizado proveérsela.

Artículo 241 Deberes de los administrados fiscalizados[589]

Son deberes de los administrados fiscalizados:

1. *Realizar o brindar todas las facilidades para ejecutar las facultades listadas en el artículo 238.*
2. *Permitir el acceso de los funcionarios, servidores y terceros fiscalizadores, a sus dependencias, instalaciones, bienes y/o equipos, de administración directa o no, sin perjuicio de su derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio cuando corresponda.*
3. *Suscribir el acta de fiscalización.*
4. *Las demás que establezcan las leyes especiales.*

CONCORDANCIAS EXTERNAS

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art 17, protección de la Dignidad y de la Honra.
- Constitución: Art. 2, inc. 9, inviolabilidad del domicilio.
- D.S. N° 096-2007-PCM: Regulan fiscalización posterior aleatoria de los procedimientos administrativos por parte del Estado.
- D.Ley N° 25988: Racionalización del Sistema Tributario Nacional y de Eliminación de Privilegios y Sobrecostos (art. 5, periodo máximo de 5 años para conservación de documentos relacionados con el desarrollo de actividad empresarial fiscalizados por la administración).

CONCORDANCIAS INTERNAS

- T.P. Art. IV, 1.16: Principio de privilegio de controles posteriores.
- Art. 33: Fiscalización posterior.
- Art. 35.2: Fiscalización posterior de documentos en procedimientos administrativos sujetos a silencio positivo.
- Art. 47.2: Fiscalización posterior obligatoria en la presentación de sucedáneos documentales.
- Art. 165.2: Ofrecimiento de pruebas en los procedimientos administrativos de fiscalización y supervisión.
- Art. 174: Hechos no sujetos a actuación probatoria.
- Art. 237: Definición de la actividad de fiscalización.
- Art. 238: Facultades de las entidades que realizan actividad de fiscalización.
- Art. 242: Contenido mínimo del acta de fiscalización.
- Art. 243: Conclusión de la actividad de fiscalización.

✍ *Comentario*

I. EL DEBER DE COLABORAR CON LA AUTORIDAD FISCALIZADORA

La potestad de requerir información a quien es sujeto de la fiscalización para las verificaciones propias de su objeto, tiene como correlato la sujeción del

(589) Este artículo fue incorporado como artículo 228-E a la Ley N° 27444, a través del Decreto Legislativo N° 1272.

fiscalizado, cuya principal consecuencia es el deber de colaborar con los fines y técnicas del procedimiento de fiscalización. De modo general, el contenido de este deber de colaboración comprende realizar o brindar todas las facilidades para que las autoridades ejecuten sus facultades de fiscalización previstas en el artículo 238 del TUO de la LPAG, permitir el acceso de los funcionarios, servidores y terceros fiscalizadores, a sus dependencias, instalaciones, bienes y/o equipos, de administración directa o no y suscribir el acta de fiscalización. Comprende así, deberes de observar conductas o acciones positivas de hacer y dar, como deberes negativos de abstenerse de realizar acciones dilatorias u obstruccionistas de la fiscalización en los términos decididos por la autoridad.

Este deber de colaborar con la fiscalización cuenta como importantes límites constitucionales y legales en los derechos humanos de los administrados, que comprende también a las personas jurídicas, tales como, respecto de información o documentación que pueda afectar la intimidad personal o familiar, que queden comprendidas dentro del secreto bancario, tributario, comercial e industrial, la protección de datos personales, el derecho a la inviolabilidad del domicilio, a la inviolabilidad de la correspondencia, el secreto profesional, si se trata de una revelación de hechos perseguibles o constitutivos de infracción practicados por el administrado (derecho a la no incriminación). En esta cotidiana y tensa relación entre la potestad de inspección, sustentada en valores colectivos relevantes, como seguridad, salud, medio ambiente, educación, entre otros, y los, antes enumerados, derechos fundamentales, será resuelta casuísticamente con el debido cumplimiento del principio de razonabilidad y proporcionalidad seguido por las autoridades fiscalizadoras y luego, mediante el oportuno pronunciamiento judicial, quienes aplicando el test de proporcionalidad, definirán en qué medida y bajo qué circunstancias estos derechos constituyen concretos límites al ejercicio de la potestad inspectora de la autoridad. No podemos dejar de reconocer que conforme establece la doctrina "El equilibrio entre las potestades de inspección de la Administración Pública y los derechos fundamentales es por definición inestable y altamente dependiente de la evolución de ciertos humores sociales y de cómo entienda la opinión pública que son las prioridades sociales del momento"(590).

(590) BOIX PALOP, Andrés. "Las potestades administrativas de inspección y su expansión al amparo de razones de seguridad frente a los derechos fundamentales". Disponible en: <http://www.lapaginadefinitiva.com/>.
En este trabajo el profesor da cuenta de que: "[l]a creciente importancia de la inspección administrativa, la evolución reciente de las sociedades occidentales dando más prioridad al valor seguridad sobre el valor libertad, la indefinición de la regulación genérica sobre la inspección y la generalización del empleo de las técnicas ponderativas están coadyuvando a una cierta erosión de los derechos fundamentales como garantía de la libertad de los ciudadanos y a la pérdida de parte de su capacidad de protección con carácter contramayoritario". Es más, afirma que: "[e]n el procedimiento administrativo de inspección, de hecho, esta pérdida del papel de barrera que hacían los derechos fundamentales es particularmente manifiesta (...). Da la sensación de que, sencillamente, baste que

La doctrina ha reconocido también que este deber de colaboración no puede extenderse tanto hasta transformar al fiscalizado en un "asistente de la administración", obligándolo a sustituir la labor del órgano de fiscalización en la preparación de información, tratar la información existente, tomar declaraciones a terceros, entre otros. El deber implica dar información existente en el fiscalizado, no prepararla de acuerdo a las necesidades de los fiscalizadores, preparar estadísticas, elaborar tendencias, realizar análisis a la data histórica, y cualquier tratamiento que haga más costosa la carga pública. Por ello se dice que "Esta carga publica, por lo mismo no puede transformar al sujeto requerido (...) en un verdadero asistente de la Administración Pública Fiscalizadora, forzándolo a elaboraciones de información o búsquedas onerosas de datos que pueden ser inútiles para una investigación, como puede ser datos sobre hechos ya prescritos"[591].

II. DEBER DE PERMITIR ACCESO A BIENES, EQUIPOS, INSTALACIONES O DEPENDENCIAS PARA LA FISCALIZACIÓN

Una expresión del deber de colaboración del fiscalizado es su obligación de permitir el acceso a los bienes, equipos, instalaciones y dependencias que sean necesarias a criterio del fiscalizador. Así, los libros contables, vehículos, fábricas, productos, armas, y locales deben ser accesibles al fiscalizador. Es claro que cuando los objetos de fiscalización se encuentran expuestos al uso público (por ejemplo, tiendas o galerías) o están al acceso público (por ejemplo, vehículo en la calle), no existe controversia sobre la inviolabilidad del domicilio. Esta limitación constitucional solo opera en los recintos que califican como domicilio, por lo que la autoridad fiscalizadora solo puede acceder a ellos mediando autorización judicial o aceptación del propietario del inmueble.

Ahora bien, la norma indica que este deber existe "sin perjuicio de su derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio" no para indicar que la

haya previsión legal expresa que permita una determinada facultad de inspección o normas europeas de cobertura, sea cual sea su origen, que la amparen, para que cualquier discusión jurídica sobre su posibilidad constitucional quede resuelta y no haya "reponderación" posible que permita al derecho fundamental imponerse a la decisión de las autoridades. Todo ello conduce a una evidente rebaja del valor constitucional de los derechos fundamentales, derivado de ese exceso de limitaciones constitucionalmente posibles, que dependen crecientemente de la valoración que en última instancia hacen los tribunales constitucionales de la arbitrariedad de la medida y su proporcionalidad. Como la primera impone cierta prudencia cuando hay una ponderación previa del legislador y la proporcionalidad deja en manos del intérprete el juicio sobre la proporcionalidad en sentido estricto, muy abierto y subjetivo, pero tendencialmente en la línea de lo que son las mayorías sociales, el resultado de todo ello es el que estamos viendo en el Derecho europeo y, más específicamente, en el español: una creciente consolidación del poder público y de las potestades administrativas de inspección, amparadas en razones de seguridad, que los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados no están demostrando ser capaces de contener a pesar de que esta debiera ser su función.

(591) AGÜERO VARGAS, Francisco y TORO BOSSAY, Luis Eduardo. "Límites a la potestad inspectora de la Administración: el caso de la Fiscalía Nacional Económica". En: *Revista de Derecho Económico*. N° 75, Santiago de Chile, 2010, p 20.

fiscalización en los domicilios deben realizarse de todas maneras, pese a la oposición del afectado o sin su asentimiento. La idea de este artículo, es precisamente que el fiscalizado tiene el deber de permitir el acceso pero ello no supone excluir o que deba obligársele a renunciar al derecho a oponerse al ingreso de la autoridad fiscalizadora a su domicilio. Cuando la autoridad judicial autoriza el ingreso al domicilio, el fiscalizado ya no puede oponerse por cuanto la autoridad cuenta con el respaldo de la fuerza pública. Pero cuando, la autoridad fiscalizadora opta por obtener la autorización directa del fiscalizado, este cuenta con el mencionado derecho constitucional que puede avalarle su negativa. Es importante tener en cuenta en este caso, que la negativa del fiscalizado debe basarse en algún elemento que le permita afirmar que la fiscalización es arbitraria o abusiva y no a impedir fiscalizaciones regulares, pues de ello es que le protege el derecho fundamental[592].

III. DEBER DE SUSCRIBIR ACTA DE FISCALIZACIÓN

Concluida la acción de fiscalización (visita de inspección, toma de declaración, etc.) el supervisado no puede negarse a firmar el acta preparada por la autoridad, precisamente porque suscribirla es su deber legal. Esta suscripción debe hacerse consignando su firma, nombre completo y número de documento nacional de identidad.

Ello significa que con su firma está validando lo que allí se dice. Por el contrario, si tiene alguna discrepancia sobre su contenido, sea que considere que algo está equivocadamente consignado, se ha omitido algún dato importante, se le ha afectado algún derecho en ese proceso o que simplemente discrepa de lo afirmado por la autoridad, debe consignarlo así al final del acta.

IV. EL TRATAMIENTO DEL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE COLABORAR CON LA FISCALIZACIÓN

La reforma de la LPAG evitó ingresar a dar una regulación uniforme a la consecuencia negativa para el administrado por el incumplimiento al deber de soportar la fiscalización y colaborar con ella. Nos referimos a los actos que suponen obstrucción o resistencia como la incomparecencia reiterada a las citaciones, negativa a exhibir documentos, falta de respuesta reiterada a requerimientos, negativa a facilitar datos, informes o archivos, a reconocer locales, bienes, maquinarias, negar injustificadamente a locales, entre otros.

(592) **Convensión Americana sobre Derechos Humanos**
Artículo 11. Protección de la honra y de la dignidad
1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.
2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.
3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

Usualmente, se suelen tipificar como infracción administrativa a las acciones de obstaculización, resistencia o no atención a los deberes específicos que les impone la fiscalización. No obstante, no es una salida eficiente, porque transforma el incumplimiento en un deber de pago en dinero (generalmente una multa) pero mantiene a la autoridad en la incertidumbre de conocer cómo se hubiera desarrollado la actividad fiscalizada. Por ello, a veces las normas sectoriales plantean otras consecuencias jurídicas más efectivas, como una multa coercitiva que se va incrementando en tanto la resistencia se prolongue, la pérdida de algún beneficio obtenido (por ejemplo, un subsidio), o convertir la resistencia en presunción suficiente de una infracción mayor (por ejemplo, la resistencia a la prueba de alcoholemia implica presumir que se ha consumido alcohol), de modo que la satisfacción del deber de inspeccionar no se vea afectada.

Artículo 242 Contenido mínimo del acta de fiscalización[593]

242.1 El Acta de Fiscalización o documento que haga sus veces, es el documento que registra las verificaciones de los hechos constatados objetivamente y contiene como mínimo los siguientes datos:

1. *Nombre de la persona natural o razón social de la persona jurídica fiscalizada.*
2. *Lugar, fecha y hora de apertura y de cierre de la diligencia.*
3. *Nombre e identificación de los fiscalizadores.*
4. *Nombres e identificación del representante legal de la persona jurídica fiscalizada o de su representante designado para dicho fin.*
5. *Los hechos materia de verificación y/u ocurrencias de la fiscalización.*
6. *Las manifestaciones u observaciones de los representantes de los fiscalizados y de los fiscalizadores.*
7. *La firma y documento de identidad de las personas participantes. Si alguna de ellas se negara a firmar, se deja constancia de la negativa en el acta, sin que esto afecte su validez.*
8. *La negativa del administrado de identificarse y suscribir el acta.*

242.2 Las Actas de fiscalización dejan constancia de los hechos verificados durante la diligencia, salvo prueba en contrario.

CONCORDANCIAS INTERNAS

- Art. 19: Dispensa de notificación de actos que constan en el acta a los comparecientes.
- Art. 160: Uniformidad de las actas.
- Art. 165: Actas de diligencias.
- Art. 239.2, 4: Copia del acta de fiscalización consignando de manera clara y precisa las observaciones que formule el administrado.
- Art. 241, 3: Deber de los administrados fiscalizados de suscribir el acta de fiscalización.

Comentario

I. EL ACTA DE FISCALIZACIÓN: RELEVANCIA

Uno de los deberes implícitos de todo fiscalizador, es el de documentar mediante un informe de fiscalización o en un acta de fiscalización o de inspección, las comprobaciones y verificaciones realizadas, particularmente en el marco de visitas de inspección realizadas fuera de los ambientes institucionales.

(593) Este artículo fue incorporado como artículo 228-F a la Ley N° 27444, a través del Decreto Legislativo N° 1272.

El acta es el documento público que recoge el desarrollo, los principales hechos e incidencias y los resultados de la actuación inspectora de comprobación o verificación extendida por la autoridad competente. Al finalizar la visita de inspección, el acta sirve para documentar hechos, actos o estados de cosas, incluyendo muchas veces eventos fugaces e irrepetibles, por lo que su valor es insustituible.

II. LA OBJETIVIDAD DE LA CONSTATACIÓN COMO CONDICIÓN INTRÍNSECA DEL ACTA

Uno de los principios administrativos aplicables a la fiscalización administrativa es el de la objetividad en el quehacer de la autoridad administrativa. En general, se refiere a la particular forma en que debe conducirse el fiscalizador con independencia de su propia manera de pensar, sentir o prejuzgar situaciones o personas. En particular, implica que los hechos que hagan constar en el acta deber ser constatados, y, por ende, trasladados al acta, de manera objetiva. Lo cual no impide que pudieran ser subsumidos en la tipificación que considere el inspector le debiera corresponder. Para ello deben estar ausentes los subjetivismos, apreciaciones no sustentadas en evidencia, prejuzgamientos, etc.

III. LOS DATOS MÍNIMOS INDISPENSABLES DEL ACTA

El contenido del acta varía según las eventualidades de la fiscalización. Si hubo obstrucción, requerimientos atendidos, actuación de pruebas como testimonios, declaraciones, inspección ocular, testigos, entre otras circunstancias, o si se ha identificado una infracción sancionable, demandaran una especificación particular del acta y algunos elementos adicionales indispensables[594].

No obstante, la norma contempla los datos mínimos que toda acta debe contener, que podemos organizar en función a si cumplen una finalidad identificativa (nombres, fechas, horas, numero de expediente, etc.), justificativa o de antecedentes (causa de la acción de fiscalización), de desarrollo de la fiscalización (hallazgos, declaraciones, pruebas, etc.) y conclusiva (firmas de participes). En todo caso, esta norma nos brinda un mínimo indispensable de contenido de actos de inspección.

(594) Por ejemplo, el Tribunal Constitucional ha establecido que tratándose de actas en las que se documenten infracciones y caliquen esas conductas como ilícitos sancionable es exigible una motivación especifica al respecto y la valoración de los elementos probatorios aportados por el investigado durante al inspección. En la STC Exp. N° 02698-2012-AA/TC Lima (Repsol YPF Comercial del Perú S.A.) el Tribunal manifestó (f.j. 17) que: "Ahora bien, dichas actas no están exentas del deber de motivación de los actos administrativos, así como de la ponderación de todas las pruebas aportadas, pues precisamente dan inicio al procedimiento sancionador en ciernes, siendo que la decisión tomada por la autoridad laboral traerá como consecuencia la imposición de sanciones administrativas y pecuniarias. Dicha inspección debe estar dotada de los principios de razonabilidad y proporcionalidad en términos constitucionales".

- El nombre de la persona natural o razón social de la persona jurídica fiscalizada.
- El lugar, fecha y hora de apertura y de cierre de la diligencia.
- El nombre e identificación de los fiscalizadores.
- Los nombres e identificación del representante legal de la persona jurídica fiscalizada o de su representante designado para dicho fin.
- Los hechos materia de verificación y/u ocurrencias de la fiscalización son el contenido esencial del acta, dado el conocimiento que la autoridad toma de ellos, las pruebas obtenidas y actuadas (muestras, relación de documentos obtenidos, mediciones), particularmente lo que implique algún cumplimiento o incumplimiento observable. La descripción debe ser de la forma más específica posible de modo que sea comprobable, ya que su objetivo es insertarse en el expediente y sustentar la reacción administrativa a recomendar posteriormente. Suele sumarse a la descripción objetiva del instructor, la valoración que el mismo hace de ellos que debe hacerse también de manera objetiva.
- Las manifestaciones u observaciones de los representantes de los fiscalizados y de los fiscalizadores. En el acta se consignan las alegaciones, observaciones, manifestaciones que hagan constar los comparecientes.
- La firma y documento de identidad de las personas participantes. La suscripción del acta posee distinto efecto según sea del funcionario o del supervisado. La firma del inspector constituye un requisito de validez del documento, mientras que la firma del fiscalizado permite presumir el conocimiento, la compresión del contenido y, simultáneamente, la notificación del acta al fiscalizado. No es que con la firma, el fiscalizado se convierta en autor del acta, pues siempre será un documento extendido por la autoridad. Es discutible, sin embargo, en doctrina[595], que la firma sin observaciones del acta por parte del fiscalizado implique necesariamente, su aceptación del contenido según lo ahí expresado por la autoridad.
- La negativa del administrado de identificarse y suscribir el acta. La negativa a suscribir el acta no necesariamente califica como una conducta obstructiva de la fiscalización porque se admite que puede significar una forma de manifestar una disconformidad mayúscula con el acta, que no puede ser salvada mediante las observaciones puntuales al acta que también puede ejercer el fiscalizado. Ante la negativa a firmar, la autoridad debe hacer constar ese hecho pero además las razones aducidas para esa decisión. La norma no contempla, en un vacío preocupante, cómo asegurar que se trate

(595) Véase al respecto FERNANDEZ RAMOS, Severiano. Op. cit., p. 453 y ss.

de una negativa a firmar del administrado y no un impedimento de la autoridad o que la haya levantado en ausencia del fiscalizado. En el Derecho comparado, eso se suele superar con la necesidad de contar firmas de testigos de la diligencia que aseveren la presencia del inspeccionado y su negativa a firmar. Si comprobadamente algún interviniente se negara a firmar, se deja constancia de la negativa en el acta, sin que esto afecte su validez.

IV. EL VALOR PROBATORIO DE LAS ACTAS

El mérito de probanza que guarda el acta preparada por la administración es uno de los temas más relevantes de la actividad inspectora, no solo por el devenir de los procedimientos como consecuencia del acta, sino porque muchas veces estas contienen información sobre hechos fugaces, irrepetibles, cuya única evidencia será este instrumento. Como recuerda TIRADO[596], la doctrina se ha alineado alrededor de 3 posiciones: i) la ausencia de tratamiento normativo al respecto; ii) la calificación de las actas como documento público, y por ende, asume el valor que el sistema jurídico le otorgue a los documentos conjuntamente con las demás evidencias; y, iii) el otorgamiento de una presunción de certeza o de veracidad (como cuando se asume que los hechos, actos o estados de cosas registrados por el fiscalizador "se deben tener por ciertos").

La norma bajo comento únicamente afirma al respecto que las actas de fiscalización dejan constancia de los hechos verificados durante la diligencia, salvo prueba en contrario. Es decir, no se le atribuye un mérito probatorio particular.

Lo que indica este párrafo es que las actas permiten cumplir con la carga probatoria de la administración respecto a lo comprobado o verificado en el proceso de inspección, siempre que el acta haya sido elaborada conforme a ley. Permite acreditar los hechos ahí consignados, pero que pueden ser vencidos mediante otras pruebas idóneas. Al no estar los fiscalizadores investidos de fe pública como los notarios, no puede admitirse que las actas cuenten con mérito de pruebas tasadas, fehacientes[597], ni privilegiadas, respecto de otros medios probatorios. Por ello, tampoco son incontrovertibles, mediante evidencia idónea.

En ese sentido, el acta viene a ser un primer medio de prueba sobre los hechos que constan ahí documentados cuyo mérito es aprecia por la autoridad decisora o los jueces, según la regla de la libre valoración de los medios probatorios. Entonces, las actas acreditan los hechos que por su objetividad sean susceptibles de apreciación directa por el fiscalizador (por ejemplo, la existencia de un medicamento con fecha vencida), los hechos inmediatamente deducibles de los percibidos directamente por el fiscalizador y los hechos acreditados por los medios de prueba actuados en la fiscalización (por ejemplo, declaración de un

(596) TIRADO, Jose Antonio. Op. cit., p. 259.
(597) Ver: STC Exp. N° 5719-2005-PA/TC, Piura, Pesquera Mistral S.A.

testigo). De este modo, el acta sirve de elemento inicial relevante para acreditar los hechos ahí expuestos y para las reacciones administrativas que puedan adoptarse. No obstante, el mérito probatorio del acta no alcanza a las calificaciones jurídicas que el inspector pudieran haber hecho a esos eventos, sus juicios de valor, opiniones o hechos para cuya valoración se requiera alguna técnica adicional a la percepción sensorial directa del inspector (por ejemplo, determinar si un ruido excede los máximos permisibles), las manifestaciones de terceros.

V. LA CONTRADICCIÓN DEL MÉRITO PROBATORIO DE LAS ACTAS Y SU RECURRIBILIDAD

Como hemos apreciado, no teniendo un valor probatorio absoluto, las actas pueden ser controladas y desvirtuadas en su mérito mediante otros medios probatorios que aporte el fiscalizado. Ello se producirá en las fases subsecuentes que el acta haya provocado: un procedimiento sancionador, procedimiento anulatorio, de reversión, de cancelación de derechos. Es en esa fase subsecuente que se produce el contradictorio como garantía del debido proceso. En particular se sostiene que ello puede suceder si se logra acreditar "la inexactitud o error de los datos incorporados a la misma, o bien acreditando que el inspector no hubiese realizado actividad alguna dirija a obtener la convicción reflejada en el acta o bien que la actividad realizada no tuviera ninguna relación con los hechos que después se describen en el acta"(598).

La reforma a la LPAG no previo una regla específica para dilucidar si es posible que el administrado pueda impugnar el acta de fiscalización. En términos generales, ello no es posible dado que el acta en si es un acto de tramite dentro del procedimiento de fiscalización. No obstante, resulta posible que en acta se hayan documentado actos administrativos como mandatos, ordenes, disposición de medidas correctivas, entre otros. En estos casos, estos sí son verdaderos actos administrativos dictados en el proceso de fiscalización, insertos en el acta y notificados conjuntamente con ella misma. Dichos actos sí podrían ser impugnados por los administrados en la medida del agravio que les generen, pero tratándolos como fenómenos separados del acta misma de fiscalización.

(598) FERNANDEZ RAMOS, Severiano. Op. cit., p. 497 y ss.

Artículo 243 Conclusión de la actividad de fiscalización[599]

243.1 Las actuaciones de fiscalización podrán concluir en:

1. *La certificación o constancia de conformidad de la actividad desarrollada por el administrado.*
2. *La recomendación de mejoras o correcciones de la actividad desarrollada por el administrado.*
3. *La advertencia de la existencia de incumplimientos no susceptibles de ameritar la determinación de responsabilidades administrativas.*
4. *La recomendación del inicio de un procedimiento con el fin de determinar las responsabilidades administrativas que correspondan.*
5. *La adopción de medidas correctivas.*
6. *Otras formas según lo establezcan las leyes especiales.*

243.2 Las entidades procurarán realizar algunas fiscalizaciones únicamente con finalidad orientativa, esto es, de identificación de riesgos y notificación de alertas a los administrados con la finalidad de que mejoren su gestión.

CONCORDANCIAS INTERNAS

- T.P. Art. VII, 1: Orientación de la autoridad no puede crear obligaciones nuevas a los administrados.
- Art. 241: Deberes de los administrados fiscalizados.
- Art. 249: Determinación de la responsabilidad.

Comentario

I. LA CONCLUSIÓN DE LA ACTIVIDAD DE FISCALIZACIÓN

Uno de los artículos más importantes para caracterizar a la actividad fiscalizadora es el que fija la variedad de modos de conclusión o reacciones que puede producir la administración inspectora en función de la finalidad específica de la actividad, de los hallazgos o incumplimientos que identifique o de la peculiaridad de la persona inspeccionada. La elección de la conclusión adecuada por parte de la autoridad está determinada en función de diversos factores como, por ejemplo, si la fiscalización es una de tipo orientadora o de comprobación, si los hallazgos revelen una persona reincidente, contumaz o evasora de sus responsabilidades o, por el contrario, es una persona que inicia actividades comerciales, si las desviaciones son leves o extremadamente graves como para constituir un delito y, finalmente, también de un análisis de costo-beneficio para la

(599) Este artículo fue incorporado como artículo 228-G a la Ley N° 27444, a través del Decreto Legislativo N° 1272.

entidad fiscalizadora. Una constatación evidente de este artículo es que la conclusión de la actividad de fiscalización mediante el tránsito a un procedimiento sancionador no es necesario e indubitablemente la única vía de tratamiento a las infracciones detectadas.

Finalmente, puede considerarse que estos modos de conclusión si bien en su mayoría son excluyentes, pueden admitir excepciones, de modo que en algunos supuestos resultan complementarios dentro de la misma fiscalización. Así, puede una misma acción de fiscalización considerar aplicable varias modos de conclusión a los distintos incumplimientos que se identifiquen o, incluso, un mismo incumplimiento constatado puede ser objeto de más de una de ellos (por ejemplo, la recomendación de medidas correctivas y recomendación de inicio de procedimiento sancionador).

II. LA IDENTIFICACIÓN DE RIESGOS Y NOTIFICACIÓN DE ALERTAS (FISCALIZACIÓN ORIENTADORA)

Una primera forma de concluir el procedimiento es entregando a la persona natural o jurídica supervisada, la relación de riesgos identificados en su actividad y comunicárselas como alertas. Estamos frente a una figura típica de fiscalización preventiva en la que prevalece el ánimo colaborativo, pedagógico y asesor de la autoridad. Es una modalidad que permite a la autoridad apoyar el ingreso a la actividad de nuevos agentes económicos, a personas que no cuentan con una preparación suficiente para identificar sus problemas o contar con consultores expertos en gestión y casos similares. Obvio es decir que corresponderá a la autoridad realizar un seguimiento a dichas notificaciones y al fiscalizado brindar información posterior de lo que haya decidido con base en esas alertas, para asegurar el desarrollo de sus actividades apegadas al cumplimiento normativo. Como no se trata de una medida correctiva específica o una recomendación, la determinación de la acción a adoptarse depende del inspeccionado y no de la autoridad.

Estas acciones de fiscalización orientadora buscan identificar los riesgos en las actividades fiscalizables y alertar a los administrados con el objetivo de una mejora en el cumplimiento de sus obligaciones. Este tipo de fiscalización consiste también en la verificación del cumplimiento de la normativa por parte del administrado y comparte las mismas características que una fiscalización regular, incluido el uso de las actas de fiscalización. Se diferencian únicamente en su finalidad, en la medida que no se busca que las acciones sirvan como sustento de un posible procedimiento sancionador o animo persecutorio, sino únicamente de alerta para la adecuación de la actividad al ordenamiento jurídico mediante la autocorrección. Con ello, se pretende promover y lograr el cumplimiento voluntario por parte del administrado, sin la necesidad del ejercicio de otras potestades administrativas.

III. LA CERTIFICACIÓN DE LA ACTUACIÓN CONFORME DEL FISCALIZADO

Si la autoridad realiza la fiscalización y no encuentra ningún incumplimiento a los parámetros exigibles debe reportarlo así mediante una "certificación de actuación conforme" del fiscalizado. Este no es un certificado de buena conducta amplio y general, sino la declaración que el inspector ha aplicados sus técnicas de comprobación y verificación necesarias –selectivamente la mayoría de veces– y que dentro del periodo y la muestra inspeccionada no ha identificado algún incumplimiento digno de reportar o corregir.

IV. LAS RECOMENDACIONES DE MEJORA O CORRECCIONES

El procedimiento de fiscalización también puede concluir con la dación de medidas sugeridas por el funcionario a la persona examinada para la superación de los incumplimientos identificados, sus causas y así evitar problemas futuros y sus consecuencias.

Las recomendaciones de mejoras deben estar dirigidas a las autoridades de la empresa que poseen la competencia para disponer su adopción evitando que sean neutralizadas por conflictos de intereses o incompetencia para adoptarlas. Las recomendaciones deben enfocar aspectos significativos de la gestión, además ser técnica y financieramente factibles de aplicar en las empresas. En ese sentido, la autoridad debe evitar que las recomendaciones de mejora o correcciones devengan en inaplicables al momento de su cumplimiento, por demandar demasiado presupuesto, carencia de personal técnico idóneo para ejecutarla, desfasarse por modificaciones posteriores al marco legal, tener un costo demasiado alto para el beneficio esperado o circunstancias similares.

V. LA ADVERTENCIA DE INCUMPLIMIENTOS NO SUSCEPTIBLES DE AMERITAR PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

Esta es una modalidad aplicable a los casos en que se identifiquen infracciones, pero se considere razonablemente que la persona fiscalizada puede enmendar su conducta con una actitud admonitoria, disuasoria o empleando la persuasión. Aunque no es técnicamente una sanción se le suele ubicar en un escalón más bajo que la amonestación administrativa.

Aquí la autoridad compele o conmina al infractor a que enmiende su conducta, por lo que es procedente adoptar cuando las circunstancias casuísticas lo hagan aconsejable sea por la clase de infracción, la conducta del infractor, y no hayan perjuicios reales para terceros. Por el contrario, aplicarlo en casos de infracciones muy graves, cuando el infractor tiene agravantes o cualquier circunstancia similar, puede conducir a relajar el cumplimiento de la norma.

VI. LA RECOMENDACIÓN DE INICIO DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

En la base de toda medida correctiva existe lo que el Derecho clásico conocía como la "orden administrativa" u "orden policial", esto es, una especie de acto administrativo de gravamen a través del cual se manifestaba el poder de policía ostentado por las autoridades administrativas para imponer una conducta determinada. Evidentemente, en la base de los mandatos de cese de operaciones, de obras o de comercialización de productos ilegales, en las disposiciones de suspender actividades o negocios no autorizados, clausurar instalaciones o industrias no autorizadas, o de demoler una construcción no autorizada o retirar instalaciones, accesorios o bienes muebles de espacios públicos existen órdenes provenientes de las autoridades dirigidas a sujetos individualizados dentro de una situación concreta. Así, por ejemplo, el ya clásico MAYER al desarrollar las manifestaciones del poder de policía, conceptúa a la orden administrativa como "(...) la declaración de voluntad, emitida en virtud de un vínculo de subordinación, con el fin de determinar, de manera obligatoria, la conducta del subordinado"(600).

Es importante apreciar que –conforme explicaba el mencionado profesor germano–, la orden de policía tiene una doble significación: por un lado sirve de intermediario entre alguna explicita norma que es el fundamento del poder de policía y como exigencia del régimen de derecho, exterioriza de modo claro, indudable y formal en qué consiste el deber concreto, cómo debe cumplirse y quién los debe cumplir. De este modo, la autoridad que emite la orden es una aplicadora de la norma al caso concreto, sin poderes implícitos o naturales para exigir aquello que desee en ese momento o lo que crea conveniente. Pero además, la segunda significación de la orden de policía es que impone al sujeto destinatario la obligación de obedecer frente a la Administración Pública activa, y en caso de desobediencia, queda abierta la posibilidad legítima de ejercer actos de coacción posterior(601).

En relación con la primera significación, resulta necesario apreciar que la orden de policía es la concretización de una conducta ya establecida en las normas pero incumplida por el particular de modo que siempre tendrá en la norma su fundamento suficiente. El Derecho clásico superó de este modo la tolerancia a las "órdenes de autoridad pura" como expresión de una sujeción directa del ciudadano a la voluntad de la autoridad, propias del estado absolutista que concebía a la persona como un súbdito(602).

(600) MAYER, Otto. *Derecho Administrativo alemán*. Tomo II, Parte Especial, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1982, p. 34.

(601) DE LA CUETARA, Juan Miguel. *La actividad de la Administración. Lecciones de Derecho Administrativo*. Editorial Tecnos, 1983, p. 255.

(602) FIORINI, Bartolomé. *Poder de policía*. Editorial Alfa, Buenos Aires, 1957, p. 283.

Esa naturaleza de las medidas administrativas como órdenes subsiste hasta nuestros días. La única diferencia es que habiéndose superado la noción clásica de policía administrativa por la individualización de diversas actividades administrativas, la "orden de policía" reaparece ubicada como una de las más claras atribuciones propias de la actividad de supervisión, inspección o vigilancia de la administración sobre actividades o bienes privados.

Por ello, a diferencia de lo que podría pensarse *a priori* las medidas correctivas no aparecen necesariamente dentro del ejercicio de la potestad sancionadora, sino precisamente a la actividad administrativa lógicamente anterior. Nos referimos a la actividad de inspección, fiscalización o supervisión por el que se interviene sobre las actividades, documentación, instalaciones, bienes o patrimonio, prestación de servicios de los administrados (empleador, contribuyente, concesionario, o usuario) con el objeto de comprobar si se ejerce una facultad o una obligación según los deberes legales o conjunto de estándares previos aprobados centralmente y vinculantes para los inspeccionados(603).

De este modo se realizan inspecciones sobre actividades potencialmente contaminantes, sobre las actividades que han sido objeto de permisos estatales (por ejemplo, de caza o pesca), sobre la prestación de servicios públicos, sobre los productos médicos, sobre la adecuación de las construcciones a los parámetros urbanísticos y edificatorios, sobre la situación patrimonial de los contribuyentes, las inspecciones laborales y de seguridad industrial, las inspecciones sanitarias y alimenticias, etc.

Como se puede apreciar, mediante esta actividad se pretende dar efectividad a los mandatos legales o convencionales aplicables a la actividad del inspeccionado, por lo que su objetivo no puede ser otro que garantizar preventivamente el cumplimiento de aquellos deberes o compromisos adquiridos en provecho del interés público, de modo que se logren proteger los bienes jurídicos amparados por el sistema (por ejemplo, seguridad, calidad de servicios, medio ambiente, seguridad industrial, derechos laborales, salud, servicios públicos, etc.) e inducir a mejorar el grado de cumplimiento de tales deberes por medio de la disuasión que su propia existencia produce en los potenciales infractores y por medio de la información y educación que se ofrece a los interesados.

Por ello es que para el logro de su finalidad, cuando a alguna autoridad administrativa le es asignada la atribución fiscalizadora, también se le recubre

(603) Para una revisión de los fundamentos doctrinarios de esta actividad recomendamos leer: RIVERO ORTEGA, Ricardo. *El Estado vigilante* (Consideraciones jurídicas sobre la función inspectora de la Administración). Editorial Tecnos, Madrid 2000; FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano. *La actividad administrativa de inspección* (el régimen jurídico general de la función inspectora)", Granada, 2002; GARCIA URETA, Agustín. *La potestad inspectora de la Administración Pública*. Marcial Pons, 2006; BERMEJO VERA, J. "La administración inspectora". En: *Revista de Administración Pública*. N° 147, Madrid, 1998, p. 39.

de las facultades para que pueda lograr sus objetivos. Tales facultades son la de poder acceder al objeto de inspección, a obtener información, a documentar acciones y situaciones relevantes para su comprobación, la de seleccionar técnica y discrecionalmente la oportunidad y estrategia de inspección, y la facultad de dictar medidas correctivas cuando se constate el incumplimiento de alguno de estos estándares legales, o también conocidas como "actos medida"(604).

En este último caso, "la orden, aun cuando su posibilidad debe encontrarse siempre configurada por la ley, tiene como presupuesto una previa situación de libertad del destinatario. Esa libertad viene a excluirse o relativizarse a través de la orden de manera positiva (prescripciones que imponen conductas omisivas). De ahí que la orden sea –como se ha dicho– antes que una técnica interventora de actuación general y necesaria, una manifestación eventual de la administración que relativiza la libertad del ciudadano"(605).

Precisamente, en nuestro país, esta correspondencia entre la actividad de supervisión y la capacidad de dictar medidas correctivas ha sido analizada por el Tribunal Constitucional cuando tuvo frente a si un cuestionamiento a la capacidad de Indecopi de aplicar estas medidas a las empresas. Dicho Tribunal ha indicado lo siguiente:

> "22. (...) ¿es posible afirmar que Indecopi, en el cumplimiento de sus funciones de control de las prácticas contrarias al normas funcionamiento del mercado, se encuentre imposibilitado de ordenar el cese de las conductas que atenten contra la libre competencia y la protección a los consumidores y usuarios? Desde luego que no. Admitir que Indecopi no puede ordenar el cese de conductas, seria negarle capacidad real para actuar dentro de sus facultades, las mismas que fueran otorgadas para hacer prevalecer los fines constitucionales de protección a la libre competencia (art. 61 de la Constitución) y el derecho de los consumidores y usuarios (art. 65 de la Constitución). (...).
>
> 26. (...) Efectivamente, Indecopi está facultado para establecer sanciones pecuniarias por las infracciones cometidas contra lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 701, pero ello no implica que se encuentre imposibilitado de dictar medidas complementarias –distintas de las sanciones– justamente para hacer efectivo lo previsto en dicho dispositivo legal. Afirmar que la actuación de Indecopi deba restringirse únicamente a establecer sanciones pecuniarias y no otras medidas complementarias

(604) MOLES CAUBET, Antonio. "El principio de legalidad y sus implicaciones". Ensayo incluido en la compilación de sus textos publicado bajo el título *Estudio de Derecho Público* (Compilador: Oswaldo Acosta-Hoenicka), Universidad Central, Caracas - Venezuela, 1997, p. 277 y ss.

(605) CASSAGNE, Juan Carlos. *La intervención administrativa*. 2ª edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994, p. 86-7.

> para garantizar el cumplimiento de la Ley y la Constitución, como, por ejemplo, ordenar el cese de las conductas infractoras sería tan absurdo como admitir que en nuestro sistema jurídico los infractores pueden continuar con sus conductas contrarias a Ley en la medida en que cumplan con pagar el costo económico de su infracción"[606].

Por lo expuesto, en nuestra opinión existe una necesaria vinculación entre la actividad estatal de supervisión con la competencia que las normas atribuyen a estos mismos organismos para poder dictar medidas correctivas sobre los agentes económicos incluidos en su ámbito de fiscalización, en caso incurran en algún comportamiento sancionable en sede administrativa. Luego veremos en qué consiste esta medida correctiva y mediante qué tipo de norma se atribuye esta potestad y con qué alcance.

Este era el único supuesto de conclusión del procedimiento de fiscalización en la tradición de los órganos de fiscalización nacionales. Ahora es una modalidad más, aplicable cuando se considere que no sean aplicables las demás. Era muy común que las entidades consideraran que su único camino luego de identificar una infracción era provocar un nuevo procedimiento sancionador para su entidad, con el costo económico y de tiempo del personal que ello significaba, pese a que el hallazgo fuera de escaso valor, aislado, no fuera un patrón de conducta en el infractor, o fuera un evento ejecutado en el pasado y no repetido. Ahora, esta conclusión debe quedar reservada para los casos realmente graves y significativos, que una medida correctiva oportuna, una advertencia de incumplimiento o una recomendación no puedan manejar más eficientemente. No debe perderse de vista que tan lesivo para la respetabilidad del ordenamiento jurídico es una fiscalización ineficiente que no detecta infracciones existentes como la fiscalización que detectando errores no logra a tiempo revertir la situación por enfrascarse en procedimientos sancionadores inacabales o que no se ejecutan.

VII. LAS MEDIDAS CORRECTIVAS COMO CONCLUSIÓN DE LA ACTIVIDAD DE FISCALIZACIÓN

Durante los últimos años cobró particular desarrollo una categoría de decisiones administrativas bajo la denominación de "medidas correctivas" que con ocasión de alguna ilicitud permiten exigir conductas de diversos tipos y contenidos a los administrados dándole órdenes y mandatos gravosos. Las más comunes medidas de este tipo son: el cese de operaciones, de obras o de comercialización de productos ilegales, la suspensión de actividades o negocios no autorizados, la clausura de instalaciones o industrias no autorizadas, la de demoler una

(606) STC Exp. N° 1963-2006-PA/TC. Proceso de Amparo constitucional planteado por Ferretería Salvador S.R.L. y Distribuidora Norte Pacasmayo S.R.L. contra Indecopi.

construcción no autorizada o retirar instalaciones, accesorios o bienes muebles de espacios públicos, comiso u orden de devolver bienes de procedencia ilegal, devolver pagos recibidos sin contraprestación (pago indebido), anular alguna cobranza indebida, publicar aviso informativo o rectificatorio al mercado, remediación de daños producidos al ambiente por sus efectos contaminantes, cesar la difusión de información o publicidad indebida, o en general cumplir con alguna obligación incumplida de fuente legal o contractual y de interés público, cuya tutela le es encargada a la Administración Pública.

En el sector de telecomunicaciones, la autoridad está autorizada para dictar, sin perjuicio de las medidas cautelares y sanciones respectivas, **medidas correctivas** con el objetivo de prevenir, impedir o cesar la comisión de una infracción en que incurran los operadores de servicios portadores, servicios finales, servicios de difusión y de servicios de valor añadido. Tales medidas podrán ser el mandato de cese inmediato de las operaciones o, en general, de la conducta considerada como posible infracción, el desmontaje de los equipos de telecomunicaciones y la inmovilización de equipos de telecomunicaciones.

Vale la pena resaltar que en este sector el contenido de las medidas correctivas está previsto previamente a su aplicación y además, le permite una doble finalidad: preventiva o impeditiva del ilícito, esto es, actúan antes de su comisión o cuando menos de su consumación, como también de modo reparador, cuando ha cesado su comisión pero persisten sus efectos. En materia de la actividad de radiodifusión, la normativa permite que, el personal autorizado pueda adoptar y ejecutar **medidas correctivas inmediatas** destinadas a prevenir, impedir o cesar la comisión del hecho infractor. De esta forma, la medida correctiva aparece como "un mecanismo inmediato destinado a prevenir, impedir o cesar la comisión del presunto hecho infractor".

Por su parte, en los sectores forestal y fauna, la autoridad administrativa tiene habilitación legal para aplicar al infractor, actos de gravamen que denomina impropiamente "sanciones accesorias", entre las cuales tenemos el comiso de especímenes, productos y subproductos provenientes de la extracción de especies declaradas en veda o de bosques declarados en veda, o de especies protegidas, de operaciones de extracción efectuadas en áreas no autorizadas; y, provenientes del uso ilegal de la sierra de cadena (motosierra), o herramientas o equipos que tengan efectos similares. También aplican a título de "penas accesorias", la suspensión temporal de actividad, la clausura, la revocatoria de la autorización, permiso o licencia en los casos de incumplimiento de los requisitos, obligaciones o condiciones establecidos en ellos, la resolución del contrato o la inhabilitación temporal o clausura.

En nuestra opinión constituye un errado entendimiento generalizar estas consecuencias gravosas como "penas accesorias" por que no responden al objetivo propio de las sanciones. Por un lado, tenemos que el comiso de especímenes,

productos y subproductos provenientes de la extracción de especies declaradas en veda o de bosques declarados en veda, o de especies protegidas, tienen por objetivo reestablecer la legalidad afectada por el infractor revirtiendo los efectos de su acción y reponiendo las cosas al estado anterior, en cuyo caso nos encontramos frente a las medidas correctivas que hemos venido identificando. En el mismo sentido, la suspensión temporal de actividad, la clausura, la revocatoria de la autorización, permiso o licencia en los casos de incumplimiento de los requisitos, obligaciones o condiciones establecidos en ellos no son penas, sino la consecuencia natural del incumplimiento de requisitos para realizar alguna actividad sujeta a autorizaciones operativas.

Muy próximo a este tema, el sector de sanidad agraria, la autoridad expresamente le faculta a adoptar como medidas complementarias las siguientes: la denegación, suspensión o cancelación de los registros, permisos, certificados o autorizaciones correspondientes, el comiso, destrucción o disposición final de los productos objetos de la infracción, la clausura de establecimientos, y la publicación de las sanciones impuestas en el diario oficial *El Peruano* u otro medio de comunicación escrita de circulación nacional o regional.

En materia de medio ambiente, se parte de una interesante toma de posición sobre el deber de reestablecer la legalidad a cargo de las personas sujetas a su alcance, que es denominada "responsabilidad ambiental". Conforme a este criterio, el "causante de la degradación del ambiente y de sus componentes, sea una persona natural o jurídica, pública o privada, está obligado a adoptar inexcusablemente las medidas para su restauración, rehabilitación o reparación según corresponda o, cuando lo anterior no fuera posible, a compensar en términos ambientales los daños generados, sin perjuicio de otras responsabilidades administrativas, civiles o penales a que hubiera lugar. En ese sentido, la regulación ambiental prevé –en principio– que las personas que infrinjan las disposiciones contenidas en dicha ordenamiento se hacen acreedoras, según la gravedad de la infracción, a sanciones o medidas correctivas. Y contempla como estas últimas: la asistencia y aprobación de cursos de capacitación ambiental obligatorios, cuyo costo es asumido por el infractor, la adopción de medidas de mitigación del riesgo o daño, la imposición de obligaciones compensatorias sustentadas en la política ambiental nacional, regional, local o sectorial, y procesos de adecuación conforme a los instrumentos de gestión ambiental propuestos por la autoridad competente.

Aquí tenemos nuevamente la noción de medida correctiva, como consecuencia aparejada a la comisión de ilícitos por parte de los administrados, solo que aparece bajo el parámetro de la responsabilidad ambiental, de modo que la autoridad que impone estas medidas está haciendo cumplir el genérico deber de soportar la restauración, rehabilitación o reparación de los efectos de sus actos incorrectos en contra del medio ambiente.

Adicionalmente a estas previsiones de medidas correctivas, el Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental contempla que con el objeto de revertir, o disminuir en lo posible, el efecto nocivo que la conducta infractora hubiera podido producir en el ambiente, los recursos naturales y la salud de las personas, se pueden dictar las siguientes medidas correctivas: el decomiso definitivo de los objetos, instrumentos, artefactos o sustancias empleados para la comisión de la infracción, la paralización o restricción de la actividad causante de la infracción, el cierre temporal o definitivo, parcial o total, del local o establecimiento donde se lleve a cabo la actividad que ha generado la presunta infracción, la obligación de restaurar, rehabilitar o reparar la situación alterada, según sea el caso, y de no ser posible ello, la obligación a compensarla en términos ambientales y/o económica.

Como si esa previsión no fuere suficiente, la misma norma crea una categoría particular de "medidas de restauración, rehabilitación, reparación, compensación y de recuperación del Patrimonio Natural de la Nación", por las que la "autoridad puede además obligar a la persona natural o jurídica responsable del daño a restaurar, rehabilitar o reparar la situación alterada, según sea el caso, o a compensarla en términos ambientales cuando lo anterior no fuera posible, de conformidad con el artículo IX de la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente" y además, la misma medida sirve para exigir "recuperar, retener o decomisar bienes, o productos derivados de los mismos, que se hayan originado como consecuencia de la extracción o aprovechamiento ilegal de los recursos naturales, en tanto constituyen Patrimonio Natural de la Nación de conformidad con la Constitución Política".

Por otro lado, en materia de relaciones laborales, la actividad administrativa tiene a su cargo la inspección de los centros laborales ejerciendo las facultades inspectivas que le permiten adoptar, una vez finalizadas las diligencias, las siguientes medidas: requerir al sujeto responsable para que, en un plazo determinado, adopte medidas en orden al cumplimiento de la normativa del orden sociolaboral, requerir al sujeto inspeccionado que, en un plazo determinado, lleve a efecto las modificaciones que sean precisas en las instalaciones, en el montaje o en los métodos de trabajo que garanticen el cumplimiento de las disposiciones relativas a la salud o a la seguridad de los trabajadores, ordenar la paralización o prohibición inmediata de trabajos o tareas por inobservancia de la normativa sobre prevención de riesgos laborales, de concurrir riesgo grave e inminente para la seguridad o salud de los trabajadores y adoptar cuantas otras medidas se deriven de la legislación vigente.

Esta normativa nos reitera la noción que hemos venido identificando de medidas correctivas como actos administrativos que la ley faculta a las autoridades administrativas ante la comprobación de actos irregulares –en este caso de los empleadores– con el objeto de revertir los efectos nocivos producidos por sus acciones u omisiones y además, reestablecer la legalidad de su conducta. A

esta clase corresponden, las ordenes dispuestas para el cumplimiento de las normas socio-laborales, de seguridad y salud en el trabajo, el requerimiento para que cumpla la normativa del orden sociolaboral, requerir modificaciones a las instalaciones, en el montaje o en los métodos de trabajo que garanticen el cumplimiento de las disposiciones relativas a la salud o a la seguridad de los trabajadores, la orden de paralización o prohibición inmediata de trabajos o tareas por inobservancia de la normativa sobre prevención de riesgos laborales.

Complementariamente, aparecen algunas medidas que se dirigen a revertir efectos individualizados de la conducta ilegal del empleador, de modo que la orden reestablecerá el orden alterado pero beneficiando directamente al trabajador afectado. Hasta ahora, los efectos a revertir eran generales, de interés público, sin que nadie en particular sea el beneficiario directo de esa corrección dispuesta en vía administrativa. Nos referimos al mandato de registrar en planillas a un trabajador, de abonársele las remuneraciones y beneficios laborales pendientes de pago, la orden de establecer que el contrato de trabajo sujeto a modalidad sea a plazo indeterminado y de disponer la continuidad del trabajador cuando corresponda

En materia de protección al patrimonio cultural también encontramos la competencia para dictar medidas correctivas a favor del Instituto Nacional de Cultura, para disponer la paralización y/o demolición de la obra no autorizada, de la que se ejecute contraviniendo, cambiando o desconociendo las especificaciones técnicas y de las que afecten de manera directa o indirecta la estructura o armonía de bienes inmuebles vinculados al patrimonio cultural de la nación. Pero en este caso, la orden de paralización de obra o de demolición, conlleva la obligación de los infractores de devolverla al estado anterior a la agresión, salvo el caso de imposibilidad material demostrada.

Ahora bien, uno de los ámbitos de mayor desarrollo de esta figura ha sido la regulación de los servicios públicos como manifestación de la fiscalización que realizan los organismos reguladores en su respectivo ámbito de acción. Si bien la atribución de dictar medidas correctivas no consta explícitamente en las normas comunes a los organismos reguladores, si existen normas con rango de ley que en cada caso les atribuye esta facultad correctiva, con excepción de Sunass que la tiene asignada mediante normas reglamentarias[607]. Por ejemplo, en materia de energía, hidrocarburos y minería, Osinergmin tiene la competencia para dictar, dentro del procedimiento sancionador, medidas complementarias a la sanción, tales como: orden de retiro de instalaciones y accesorios, inmovilización y comiso de bienes, paralización de obras, suspensión de actividades, lo

(607) Osiptel (D.S. N° 013-93-TCC, Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones: art. 77 num. 9 y Ley N° 27336: art. 23; Ositran (Ley N° 26917: num. 7.1 inc. c); Osinergmin (Ley N° 27699: art. 2); Indecopi (D. Leg. N° 1033: art. 14.1 lit. a) para la Sala y el 21 lit. b) para las Comisiones).

que incluye, de ser el caso, el cierre temporal del establecimiento, así como el internamiento temporal de vehículos, clausura, lo que incluye, de ser el caso, el cierre de establecimiento así como el internamiento definitivo de vehículos.

De manera similar, SUNASS[608] tiene atribuida la capacidad para dictar –al interior o fuera del procedimiento sancionador– medidas correctivas a través de las cuales este regulador "interviene para ordenar a la EPS una cierta acción u omisión, con la finalidad de que dicha EPS cumpla a cabalidad con sus obligaciones legales, contractuales o técnicas". Las formas usuales –mas no únicas de medidas correctivas son las siguientes: mandato de cesar los actos que constituyan un incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales de la EPS, la publicación de avisos informativos en la forma que determine la SUNASS, tomando en cuenta los medios que resulten idóneos para revertir los efectos del incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales de la EPS, la devolución del dinero indebidamente pagado a la EPS por los usuarios afectados, con los intereses correspondientes, o la extinción de los cobros indebidos, el cumplimiento de la obligación u obligaciones legales o contractuales incumplidas.

También encontraremos esta modalidad de actos de gravamen entre las facultades del Indecopi tanto a nivel de la Sala como de las Comisiones. Cabe referir algunas de las particularidades en sus ámbitos económicos de actuación. Por ejemplo, en materia de represión de la competencia desleal, se pueden aplicar adicionalmente a las sanciones, medidas conducentes a restablecer la leal competencia en el mercado, las mismas que, entre otras, podrán consistir en: el cese del acto o la prohibición del mismo si todavía no se ha puesto en práctica, la remoción de los efectos producidos por el acto, mediante la realización de actividades, inclusive bajo condiciones determinadas; el comiso y/o la destrucción de los productos, etiquetas, envases, material infractor y demás elementos de falsa identificación; el cierre temporal del establecimiento infractor; la rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas; la adopción de las medidas necesarias para que las autoridades aduaneras impidan el ingreso al país de los productos materia de infracción, las que deberán ser coordinadas con las autoridades competentes, de acuerdo a la legislación vigente; la publicación de la resolución condenatoria.

En materia de protección al consumidor la autoridad administrativa ha quedado facultada para, a instancia de parte o de oficio, aplicar sobre el proveedor infractor medidas correctivas de dos tipos: medidas correctivas complementarias y medidas correctivas reparadoras.

Las primeras tienen por objeto revertir los efectos de la conducta infractora o evitar que esta se produzca nuevamente en el futuro y son: dar un mandato

(608) Reglamento General de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las EPS aprobado por Resolución N° 003-2007-SUNASS-CD.

para que el proveedor cumpla con atender la solicitud de información requerida por el consumidor, siempre que dicho requerimiento guarde relación con el producto adquirido o servicio contratado, declarar inexigibles las cláusulas identificadas como abusivas en el procedimiento, el decomiso y destrucción de la mercadería, envases, envolturas o etiquetas, solicitar a las autoridades competentes la clausura temporal del establecimiento industrial, comercial o de servicios, la inhabilitación, temporal o permanente, del proveedor en función de los alcances de la infracción sancionada, la publicación de avisos rectificatorios o informativos idóneos para revertir los efectos que el acto objeto de sanción ha ocasionado. Aquí estamos frente a unas típicas medidas correctivas.

Pero, además, la autoridad de protección al consumidor posee la competencia suficiente para dictar las denominadas medidas correctivas reparadoras con el objetivo de resarcir las consecuencias patrimoniales negativas directas e inmediatas ocasionadas al consumidor por la infracción administrativa revirtiendo la situación a su estado anterior. Para su aplicación resulta indispensable que el consumidor haya acreditado dichas consecuencias patrimoniales directas e inmediatas causadas por la comisión de la infracción administrativa. No obstante que por su efecto resarcitorio provocan con cargo al infractor una prestación a favor del afectado, la norma afirma contradictoriamente que no tienen naturaleza indemnizatoria, por lo que son dictadas sin perjuicio de la indemnización por los daños y perjuicios que el consumidor puede solicitar en la vía judicial o arbitral correspondiente, pero el monto de la medida reparadora debe ser descontado de la indemnización patrimonial decretada judicial. Entre las principales medidas reparadores tenemos la obligación de reparar o cambiar productos por otros de idénticas o similares características, cuando la reparación no sea posible o no resulte razonable según las circunstancias, la entrega de un producto de idénticas características o, cuando esto no resulte posible, de similares características, en los supuestos de pérdida o deterioro atribuible al proveedor, ejecutar la prestación u obligación asumida; y si esto no resulte posible o no sea razonable, otra de efectos equivalentes, incluyendo prestaciones dinerarias, devolver la contraprestación pagada por el consumidor, más los intereses legales correspondientes, cuando la reparación, reposición, o cumplimiento de la prestación u obligación, según sea el caso, no resulte posible o no sea razonable según las circunstancias, devolver los pagos indebidos o en exceso más los intereses correspondientes, pagar los gastos incurridos por el consumidor para mitigar las consecuencias de la infracción administrativa.

El propio Indecopi, en materia de represión de conductas anticompetitivas, tiene prevista la posibilidad de aplicar medidas correctivas particulares conducentes a restablecer el proceso competitivo, las mismas que, entre otras, podrán consistir en: cese o la realización de actividades, inclusive bajo determinadas condiciones; la obligación de contratar inclusive bajo determinadas condiciones; o,

la inoponibilidad de las cláusulas o disposiciones anticompetitivas de actos jurídicos; o, el acceso a una asociación u organización de intermediación.

Respecto a las infracciones en materia de protección al derecho de autor, las autoridades de Indecopi están facultadas a dictar medidas correctivas (impropiamente denominadas en la norma como medidas preventivas o cautelares) de cese inmediato de la actividad ilícita del infractor y una muy particular forma de reversión de los efectos dañosos individualizados, consistente en el pago de las remuneraciones devengadas a favor del titular del respectivo derecho o de la sociedad que lo represente cuyo monto es establecido conforme al valor que hubiera percibido el titular del derecho o la sociedad que lo represente, de haber existido autorizado para su explotación.

Nos encontramos frente a verdaderos actos administrativos distintos a las sanciones, pero que surgen también con ocasión de la comisión de actos ilícitos que afectan intereses confiados a la autoridad administrativa. Estas medidas de restablecimiento de la legalidad reponen el orden legal vulnerado por el infractor, asumiendo en algunos casos claramente un rol preventivo de futuros daños (por ejemplo, como cuando se clausura una instalación no autorizada o que incurre en inobservancias a las reglas de salubridad), pero en otras asume tendencias restitutivas (por ejemplo, demoler una construcción realizada indebidamente)[609].

En nuestro ordenamiento, la menor de las veces la medida correctiva asume ese rol preventivo aludido que "se dirige a impedir que se consume una determinada violación del ordenamiento jurídico: se adoptan, por tanto, antes de producirse la violación y su efectividad va a estar en función precisamente, de que aquella no tenga lugar"[610]. Cuando así sucede, se confunde con otras medidas como la de seguridad y las provisionales (cautelares). En la gran mayoría de casos, la medida correctiva se prevé para el caso de ilícitos ya cometidos o en proceso de ejecución, continuada, declarando o creando obligaciones de dar, hacer o no hacer al infractor, con el objetivo de revertir o reestablecer la situación alterada mediante la supresión o reducción de los efectos negativos ocasionados por el ilícito.

No podemos evitar comentar que estas medidas están calificadas por el propósito que persiguen y no por su contenido que hace a su objeto. De tal suerte que un mismo acto de gravamen como, por ejemplo, el comiso de bienes, la clausura de instalaciones o establecimientos, suspensión de actividades, pueden ser aplicadas sobre un administrado como sanción, como medida correctiva, como medida provisional o como medida de seguridad, según sea el contexto y finalidad perseguida por la autoridad.

(609) HUERGO LORA, Alejandro. *Las sanciones administrativas*. Iustel, Madrid, 2007, p. 250.
(610) SUAY RINCÓN, José. *Sanciones administrativas*. Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia 1989, p. 64.

Es suma, las medidas correctivas son las medidas constitutivas del poder de policía que tienen por objeto proteger el interés público, limitando derechos de los administrados respectivos[611], asumiendo en unos casos un énfasis preventivo en base a los riesgos creados (medidas preventivas o de seguridad), pero en la generalidad son medidas represivas sobre los efectos derivados de las conductas indebidas.

La doctrina[612] ha dedicado especial interés en diferenciar entre medidas provisionales y medidas correctivas, identificando las finalidades distintas que persiguen cada una. De este modo, si lo que se quiere es adoptar una medida transitoria para asegurar la eficacia de la resolución final frente al riesgo que deriva del tiempo en la tramitación del procedimiento, estaremos en un caso de medida provisional. En ese sentido, la medida provisional está atenta a una necesaria resolución posterior que será la final del procedimiento, con la cual mantiene una vinculación instrumental necesaria.

Por el contrario, si lo que se busca es reestablecer la legalidad alterada por el acto ilícito a través de la reversión de los efectos causados por el acto u omisión ilícita, estaremos ante una medida correctiva *stricto sensu*. Como se puede apreciar, esta medida cobra un nivel de individualidad que no posee la provisional, al no depender del procedimiento en curso ni de futuras medidas, siendo una decisión destinada –en la mayoría de los casos– a concluir con el estado de cosas y efectos ilegales creado mediante la infracción, sin necesidad de apertura previa de un procedimiento sancionador o la necesidad de ser dictada al interior del mismo.

Parecería hasta aquí que estamos frente a supuestos plenamente diferenciables sin lugar a confusión entre ellas. No obstante los esfuerzos empleados para distinguirlos, resulta necesario admitir que en los hechos, se mantiene una confusión propiciada por los propios ordenamientos que dan finalidad de sanciones a medidas provisionales o a las medidas correctivas, o porque emplean indistintamente las denominaciones para referirse a la misma consecuencia jurídica. En efecto, como apunta una profesora española:

(611) REBOLLO PUIG, Manuel. "Medidas provisionales en el procedimiento administrativo". En: *La Protección jurídica del Ciudadano (procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional). Estudios en Homenaje al profesor Jesús González Pérez*. Tomo I, Civitas, Madrid, 1993, p. 694. En ese mismo sentido FERNANDEZ RAMOS Severiano. *La actividad administrativa de inspección. El régimen jurídico de la función inspectora*, Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, Granada, 2002, p. 410 y ss.

(612) Por ejemplo, REBOLLO PUIG, Manuel. Op. cit., p. 659; MESAGUER YEBRA, J; *Las medidas provisionales en vía administrativa*. Ed. Bosch, Barcelona, 2000; PONS CANOVAS, F. *Las medidas provisionales en el procedimiento sancionador*. Editorial Marcial Pons, Barcelona, 2001; PIZARRO NEVADO, Rafael. "Las medidas provisionales en el procedimiento administrativo: una aproximación conceptual". En: *Derecho Administrativo contemporáneo*. Ponencias del II Congreso de Derecho Administrativo, Perú, Lima, 2007; JALVO, Belén Marina. *Medidas provisionales en la actividad administrativa*. Lex Nova, Madrid, 2007.

> "Lo cierto es que existen muchas circunstancias que propician la confusión entre medidas de policía y medidas provisionales administrativas. Además de reiterar lo ya señalado respecto a la tendencia de las leyes a regular medidas provisionales asignándole fines típicos de las medidas de policía, es frecuente encontrar en las normas medidas de policía, medidas provisionales e, incluso sanciones con idéntico contenido. Piénsese, por ejemplo, en la suspensión de actividades o en el cierre temporal de establecimientos que puede constituir el objeto de una medida de policía, de una medida provisional y una sanción. Dado que la potestad de inspeccionar es fundamentalmente preparatoria de la decisión de los órganos administrativos activos o decisorios y que, en un buen número de casos, (...) tendrá lugar la incoación de un procedimiento sancionador, una medida de policía adoptada en el marco de un procedimiento de inspección, puede mantener su vigencia durante la tramitación del procedimiento sancionador, posteriormente, a modo entonces, de medida provisional además, tras ser ratificado por el organismo competente para la incoación de dicho procedimiento"(613).

Por ello tiene razón, la profesora Marina JALVO cuando afirma que: "Todo lo expresado en las líneas anteriores pone de manifiesto que con frecuencia la frontera que separa a las medidas provisionales en sentido estricto de las medidas de policía, en ocasiones también denominadas 'cautelares' es muy frágil. Así, las cosas, no queda más remedio que admitir el carácter mixto de las medidas provisionales, además, que en ocasiones, desempeñan funciones típicas de las medidas de policía.(...)"(614).

VIII. LOS ELEMENTOS DE LA MEDIDA CORRECTIVA

Un aspecto básico para comprender la función de la medida correctiva es advertir que existe un deber básico de reposición de los efectos causados por un actuar ilícito(615) que también es aplicable al casos de las sanciones administrativas. Como expresa este autor español "Las infracciones administrativas, además de un daño genérico al interés público en cuanto vulneraciones del ordenamiento jurídico, pueden producir también un estado de cosas anómalo, que es lógico y necesario eliminar, restaurando la situación previa a su comisión: bien mediante la destrucción de los efectos de la infracción (por ejemplo, la demolición de la obra ilegal), bien mediante el resarcimiento pecuniario de los daños y perjuicios causados al patrimonio público (por ejemplo, la destrucción de un semáforo en virtud de un accidente que constituye una infracción de tráfico).

(613) MARINA JALVO, Belén. *Medidas provisionales en la actividad administrativa*. Lex Nova, Madrid, 2007, pp. 50 y 51.
(614) MARINA JALVO, Belén. Op. cit., pp. 50 y 51.
(615) SANTAMARÍA PASTOR, Juan. *Principios de Derecho Administrativo General*. Tomo II, 1ª edición, Iustel, 2004, p. 403 y ss.

Por ello, "las medidas de policía, en puridad, tienen por objeto proporcionar una respuesta rápida a una situación planteada y al daño o peligro que la misma pueda representar para determinados bienes e intereses, y, por ello, su adopción persigue el restablecimiento del orden jurídico alterador"(616).

En términos generales, y como su propio nombre le indica, una medida correctiva es un mandato u orden proveniente de una autoridad competente que tiene como propósito corregir, subsanar o enmendar una situación equivocada o errada. Cuando extrapolamos este tipo de medidas a las organizaciones administrativas a cargo de supervisar comportamientos de agentes económicos, nuestra legislación las suele definir como "las medidas para corregir una conducta infractora"(617), "las medidas necesarias para reestablecer la situación o para preservar la normal prestación de servicios"(618), como las "medidas que permitan reestablecer las cosas o situaciones alteradas por una conducta antijurídica, a su estado anterior"(619), como "medidas conducentes a reestablecer la leal competencia en el mercado"(620) o como "medidas que (...) tienen como finalidad corregir los efectos que la conducta infractora hubiese causado al consumidor"(621).

Como se puede apreciar, dentro de este término conviven tres elementos concurrentes:

- Un contenido: un acto de gravamen,
- Una causa: es una respuesta de la administración frente a un ilícito en comisión o ya consumado, y,

(616) MARINA JALVO, Belén. Op. cit., p. 50.

(617) **Ley N° 27336, Ley de desarrollo de las funciones y facultades del organismo supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones - Osiptel**

"Artículo 23.- Medidas específicas

23.1. Osiptel, mediante resolución de sus instancias competentes, podrá aplicar medidas cautelares y correctivas para evitar que un daño se torne irreparable, para asegurar el cumplimiento de sus futuras resoluciones o para corregir una conducta infractora. Las medidas correctivas incluyen la posibilidad de que los funcionarios de Osiptel accedan directamente a las instalaciones o equipos de las entidades supervisadas para realizar todas las acciones conducentes a hacer efectivas las disposiciones que este organismo hubiera dictado y que la entidad supervisada se hubiese resistido a cumplir reiteradamente.

23.2. Para efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, Osiptel podrá recurrir al apoyo de la fuerza pública, conforme lo establece el artículo 17 de la presente norma. De ser necesario, Osiptel podrá recurrir al juez especializado en lo penal para que este emita la orden respectiva en un plazo de 24 (veinticuatro) horas, bajo responsabilidad".

(618) En materia de servicios de saneamiento, en el Reglamento General de la SUNASS, D.S. N° 017-2001-PCM: art. 74.

(619) En materia de energía, hidrocarburos y minería, en el D.S. N° 017-2001-PCM: Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de Actividades Energéticas y Mineras a cargo de Osinergmin Procedimiento Administrativo Sancionador de Osinergmin, Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS-CD: art. 38.

(620) En materia de competencia desleal, en la Ley de Represión de la Competencia Desleal, Decreto Legislativo N° 1044: art. 55.

(621) En materia de protección al consumidor, en el Código de Protección y Defensa del Consumidor, Ley N° 29571: arts. 114 al 116.

- Un propósito retrospectivo: se propone reestablecer o reparar la legalidad mediante la cancelación o reversión de sus efectos en el mundo externo.

Estos elementos se encuentran claramente en los ejemplos típicos de medidas correctivas tales como: el mandato de cese inmediato de una conducta ilícita o que constituya un incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales, la orden de devolver un bien o recurso poseído ilegalmente, la devolución de una contraprestación pagada sin recibir la contraprestación, la orden de publicar avisos informativos o rectificatorios para revertir los efectos del incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales, la remediación ambiental de los efectos contaminantes de su acción, el comiso o la destrucción de los productos, etiquetas, envases, material infractor, la orden de cesar la difusión de una información o publicidad ilícita, etc. Algunas de estas medidas son reversibles (por ejemplo, clausura de instalaciones, cese o suspensión de operaciones o comercialización de productos, devolución de bienes indebidamente poseídos, anulación de cobranzas), mientras que otras son medidas de efecto definitivo o irreversibles (por ejemplo, realizar remediación ambiental, destrucción de edificaciones, sacrificio de animales).

En la base de la medida correctiva, hay **un acto administrativo de gravamen** –acto-medida– emitido por un organismo a cargo de la inspección, supervisión o fiscalización de un determinado mercado que contiene un mandato concreto y especifico, dirigido a un supervisado. Corresponden a la categoría de actos que restringen o limitan derechos o libertades, denominada "órdenes" o "mandatos", mediante los cuales se crea una relación jurídico-administrativa con el destinatario que consiste en "una manifestación de voluntad autoritaria de una persona jurídica estatal que exige a otro sujeto sometido a él, una acción u omisión a la que está obligado"[622]. Por ende, las medidas correctivas para su validez deben cumplir con las exigencias legales de todo acto administrativo: ser emitido por una autoridad con competencia asignada para ello, tener un objeto o contenido licito, preciso y posible, satisfacer una finalidad publica, estar debida y adecuadamente motivado y surgir luego de haber seguido un procedimiento previo y con las garantías debidas.

Pero lo que realmente califica a las medidas correctivas es la finalidad privativa y especifica que el ordenamiento les reserva. Pues las medidas correctivas son medidas reactivas y concurrentes o posteriores a algún ilícito, con el objetivo de revertir, reponer o reparar los efectos directos derivados de las conductas indebidas.

Así cumple con **el objetivo definitivo retrospectivo**: reponer o reestablecer las cosas al estado anterior de la comisión del ilícito, corrigiendo los efectos que la conducta infractora hubiere causado en el interés público. En ese sentido,

(622) GARCÍA-TREVIJANO FOS, José Antonio. *Los actos administrativos*. 2ª edición actualizada, Civitas, Madrid, 1991, p. 268.

si el ilícito consiste en una omisión de un deber legal, la medida correctiva consistirá precisamente en obligar al cumplimiento de ese deber legal o soportar una actuación administrativa sobre su esfera de libertad personal o patrimonial (mandato positivo de hacer), pero como también el mandato puede atender supuestos de acciones ilícitas, entonces, la medida correctiva estará encaminada al cese o suspensión de esa actividad ilegal (prohibición).

En cuanto al alcance de la reposición suscita dudas si el alcance de los efectos posibles de reparar a través de estas medidas correctivas puede comprender efectos respecto de los tres niveles de efectos producidos: i) efectos sobre bienes públicos (como la contaminación ambiental); ii) efectos sobre el patrimonio estatal (si se daña un bien de dominio público); y, iii) efectos sobre el ámbito subjetivo de otro administrado, (por ejemplo, trabajador, consumidor, comitente en temas bursátiles) en cuyo caso el efecto es perfectamente individualizables y titulizado en un afectado (cuando se ordena reponer a un trabajador, incluirlo en planilla, devolver la suma de dinero pagada cuando el servicio prestado no corresponde a lo acordado por la partes, anular créditos injustificados a un usuario de servicios públicos).

IX. LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD Y LAS MEDIDAS CORRECTIVAS

La medida de seguridad es una figura sobreviviente –de manera sigilosa– de la antigua administración absolutista, que se mantiene excepcionalmente dentro del derecho administrativo moderno. Por ello, nos debe demandar una regulación cuidadosa y a la vez una rigurosa subordinación al principio de legalidad.

Cuando mencionamos las medidas de seguridad nos estamos refiriendo a un supuesto especial de actos administrativos autorizados a algunas entidades especialmente calificadas para hacer frente a algún entorno de inminente riesgo para las personas en su vida, salud o seguridad. Con ella, las entidades autorizadas a adoptarlas buscan mantener ese estado de protección que brinda el Estado y en cuya consolidación colabora la sociedad, a fin que determinados derechos como la integridad, la tranquilidad, la propiedad o la libertad personal puedan ser preservados frente a situaciones de peligro, amenaza, vulneración o desconocimiento. Las medidas de seguridad aplican cuando la autoridad luego de la constatación respectiva llega a la convicción objetiva que existe un peligro individualizado o colectivo para la persona en su vida, salud o seguridad por un estado de cosas o situación continuada en el tiempo y persigue cesarlo de modo inmediato.

En el Derecho Administrativo comparado encontramos en el Derecho mexicano el reconocimiento explícito de esta medida, conceptuándola como aquella disposición de inmediata ejecución y sin procedimiento previo, que la autoridad puede dictar para proteger la salud y las seguridades públicas cuando se evidencie suficientemente riesgos. Los contenidos comúnmente empleados por estas medidas de seguridad son la suspensión de actividades o la clausura de la

empresa o establecimiento cuya duración será solo la estrictamente necesaria hasta que cese el riesgo acreditado[623]. En nuestro ordenamiento encontramos esta medida cuando se permite a las autoridades sanitarias de modo inmediato disponer el aislamiento, la cuarentena, la vacunación de personas, la destrucción o control de insectos u otra fauna transmisora y nociva, el decomiso o sacrificio de animales que constituyan peligro para la seguridad o la salud de las personas, cuando se advierta riesgo en materia de salud pública[624]. También la encontramos

(623) **Ley Federal de Procedimiento Administrativo de los Estados Unidos Mexicanos**
Título Quinto
Medidas de seguridad
Capítulo único
"Artículo 81.- Se consideran medidas de seguridad las disposiciones que dicte la autoridad competente para proteger la salud y la seguridad públicas. Las medidas de seguridad se establecerán en cada caso por las leyes administrativas".
"Artículo 82.- Las autoridades administrativas con base en los resultados de la visita de verificación o del informe de la misma, podrán dictar medidas de seguridad para corregir las irregularidades que se hubiesen encontrado, notificándolas al interesado y otorgándole un plazo adecuado para su realización. Dichas medidas tendrán la duración estrictamente necesaria para la corrección de las irregularidades respectivas".

(624) **Ley General de Salud, Ley N° 26842**
Capítulo I: De las medidas de seguridad
"**Artículo 130**.- Son medidas de seguridad las siguientes:
a) El aislamiento;
b) La cuarentena;
c) La observación personal;
d) La vacunación de personas;
e) La observación animal;
f) La vacunación de animales;
g) La destrucción o control de insectos u otra fauna transmisora y nociva;
h) El decomiso o sacrificio de animales que constituyan peligro para la seguridad o la salud de las personas;
i) La suspensión de trabajos o servicios;
j) La emisión de mensajes publicitarios que adviertan peligro de daños a la salud de la población;
k) El decomiso, incautación, inmovilización, retiro del mercado o destrucción de objetos, productos o sustancias;
l) La suspensión temporal del ejercicio de actividades de producción y comercio y la restricción del tránsito de personas, animales, vehículos, objetos y artículos;
ll) El cierre temporal o definitivo de empresas o sus instalaciones;
m) Suspensión o cancelación de la habilitación sanitaria o de la autorización sanitaria de importación, según corresponda; y,
n) Las demás que a criterio de la Autoridad de Salud se consideran sanitariamente justificables, para evitar que se cause o continúe causando riesgo o daños a la salud de la población".
"**Artículo 131**.- Las medidas de seguridad son de inmediata ejecución y se aplican sin perjuicio de las sanciones que correspondan".
"**Artículo 132**.- Todas las medidas de seguridad que adopta la Autoridad de Salud en aplicación de la presente ley, se sujetan a los siguientes principios:
a) Deben ser proporcionales a los fines que se persiguen;
b) Su duración no debe exceder lo que exige la situación de riesgo inminente y grave que las justificó; y,

en materia municipal[625] cuando se le permite disponer la clausura transitoria o definitiva de edificios, establecimientos o servicios cuando su funcionamiento está prohibido legalmente o constituye peligro o riesgo para la seguridad de las personas y la propiedad privada o la seguridad pública, o infrinjan las normas reglamentarias o de seguridad del sistema de defensa civil, o produzcan olores, humos, ruidos u otros efectos perjudiciales para la salud o la tranquilidad del vecindario; y también en materia de energía eléctrica, cuando Osinergmin constata falta de seguridad pública que pone en inminente peligro o grave riesgo la vida, salud de las personas o medio ambiente. La seguimos encontrando en materia de control de fuentes de radiación ionizante, para permitir a las autoridades nacionales disponer el precinto de ambientes y el decomiso de fuentes y equipos que afecten la salud y la seguridad de las personas, en caso de manifiesto peligro o riesgo indebido de contaminación por radiación[626].

Las medidas de seguridad, a diferencia de las medidas correctivas que hemos analizado, son decisiones de inmediata ejecución, se aplican cuando se constatan situaciones de peligro para la salud, vida o medio ambiente e independientemente que estas situaciones constituyan per se un ilícito sancionable, se haya producido algún daño efectivo o incluso aun cuando no se haya individualizado a sus autores. Para su aprobación, la medida de seguridad no necesita el inicio

c) Debe preferirse aquellas medidas que siendo eficaces para el fin que se persigue, menos perjudiquen al principio de libre circulación de las personas y de los bienes, la libertad de empresa y cualesquiera otros derechos afectados".

(625) **Ley Orgánica de Municipalidades, Ley N° 27972**
Artículo 49.- Clausura, retiro o demolición
La autoridad municipal puede ordenar la clausura transitoria o definitiva de edificios, establecimientos o servicios cuando su funcionamiento está prohibido legalmente o constituye peligro o riesgo para la seguridad de las personas y la propiedad privada o la seguridad pública, o infrinjan las normas reglamentarias o de seguridad del sistema de defensa civil, o produzcan olores, humos, ruidos u otros efectos perjudiciales para la salud o la tranquilidad del vecindario.
La autoridad municipal puede ordenar el retiro de materiales o la demolición de obras e instalaciones que ocupen las vías públicas o mandar ejecutar la orden por cuenta del infractor; con el auxilio de la fuerza pública o a través del ejecutor coactivo, cuando corresponda.
La autoridad municipal puede demandar autorización judicial en la vía sumarísima para la demolición de obras inmobiliarias que contravengan las normas legales, reglamentos y ordenanzas municipales.

(626) **Reglamento de la Ley de regulación del uso de fuentes de radiación ionizante, Decreto Supremo N° 039-2008-EM**
Artículo 75.- De las facultades de los inspectores
Las acciones de fiscalización y control, se ejercen a través de inspectores debidamente acreditados, quienes están facultados para:
(...)
g) Levantar actas y disponer, entre otras medidas, el precinto de ambientes o decomiso de las fuentes y equipos en el acto mismo de la inspección, a fin de resguardar la salud de las personas y la seguridad de las fuentes, en el caso de manifiesto peligro o riesgo indebido o cuando el usuario no cuente con la autorización correspondiente.

previo de un procedimiento administrativo sancionador o de apercibimiento pues consisten en la reacción frente a un estado de cosas y no a conductas de personas.

Nuestro Tribunal Constitucional ha declarado que no afecta al debido proceso del afectado que se clausure temporalmente negocios, establecimientos y locales sin necesidad de realizar un procedimiento previo de descargo o emplazamiento, cuando se verifique por parte de la autoridad pública –en este caso municipal– una actuación al margen de la ley y atendiendo además razones de seguridad[627].

> "14. En el caso de autos, el demandante cuestiona el ejercicio del poder de policía de la municipalidad (...). Alega que para su validez, la clausura requería necesariamente de un procedimiento administrativo previo con todas las garantías del debido procedimiento, en donde fuera posible discutir la existencia de la infracción que se le imputa y la pertinencia de una sanción.
>
> 15. Una respuesta a la cuestión requiere analizar las facultades conferidas a la municipalidad por el artículo 49 de la Ley Orgánica de Municipalidades a la luz de los fundamentos del poder público.
>
> 16. Al respecto, el artículo 49 de la Ley Orgánica de Municipalidades establece expresamente la facultad de la Administración Pública de clausurar locales de forma temporal o definitiva cuando su funcionamiento esté prohibido legalmente o cuando constituya un peligro o un riesgo para la seguridad de las personas y la propiedad privada o la seguridad pública.
>
> 17. En este sentido, la norma en cuestión establece una serie de supuestos en los que la sola verificación del hecho por parte de la municipalidad autoriza la ejecución inmediata de la medida de clausura, la misma que podría ser, sin embargo, cuestionada con posterioridad en sede administrativa. (...)
>
> 18. Así, el trámite de un procedimiento previo no resulta exigible para el caso de autos, toda vez que al no contar el demandante con una licencia que haga posible el ejercicio de su actividad empresarial, la misma se presenta como una actividad al margen de la Ley, que como tal, estaría perjudicando el interés público al no haberse verificado que la actividad de este cumple con los requisitos legales exigidos para garantizar la seguridad pública y el desarrollo urbano del distrito.
>
> 19. En este sentido, no toda limitación de derechos exige el trámite de un procedimiento administrativo sancionador previo. Tal procedimiento no resultará necesario para supuestos como el presente, en donde la actividad

(627) Ver: STC Exp. N° 03951-2007-AA (Grifo Escorpio S.R.L. con Municipalidad Provincial del Callao), y STC Exp. N° 01050-2008-PA/TC (Florentino More C. con Municipalidad Distrital de San Borja).

empresarial del demandante es ejercida al margen de la Ley, sin contar con licencia, perjudicando con ello el interés público al no haberse verificado que su actividad sea coherente con el desarrollo urbano del distrito.

20. Tolerar el ejercicio de una actividad que no cuenta con los requisitos mínimos exigidos por la Ley supone incrementar indebidamente un riesgo para la seguridad pública y amenazar el desarrollo urbano del distrito, perjudicando así la calidad de vida de los vecinos del distrito y el valor de su propiedad. En esa medida, no resulta acorde con las exigencias de la función de policía de la Administración Pública y su deber de garantizar la seguridad pública.

21. Por ello, este Tribunal considera que en el presente caso, no existe vulneración del derecho al debido procedimiento administrativo cuando se impone una medida de clausura temporal al establecimiento comercial del demandante, sin para ello habérsele seguido previamente un procedimiento administrativo sancionador"[628].

Su adopción requiere un análisis de proporcionalidad sobre el tipo y duración de la medida de seguridad de modo que permitan coexistir los bienes y valores como libertad y patrimonio, con los de vida, salud y seguridad. Sería indebido que la medida de seguridad implementada o la forma de aplicarla resulte irrazonable, desproporcionada, o injustificadamente lesivo a los otros derechos constitucionales, cuando basta para el mismo fin aplicar una medida provisional. Por ello, una vez dictada la medida, su contenido es una decisión mutable cuando cese el riesgo previsto por la autoridad.

X. LAS MEDIDAS CORRECTIVAS Y LA SANCIÓN ADMINISTRATIVA

La doctrina es unánime en manifestar que la medida correctiva no posee una naturaleza sancionadora, dado que le es ajena la finalidad puramente aflictiva propia de las sanciones administrativas[629]. Por el contrario, la medida correctiva impone al administrado la conducta correcta o lo que es lo mismo, concreta un deber de comportamiento legal, pero además le requiere coactivamente restaurar la situación jurídica o física afectada por su acción u omisión.

No obstante esta concepción teóricamente diferenciada, en una opinión que compartimos los profesores españoles CARRETERO PÉREZ y CARRETERO SÁNCHEZ[630] comentan que en la práctica los criterios válidos para diferenciar entre una medida de policía (correctiva) y una sanción son dos: el criterio

(628) Ver: STC Exp. N° 03951-2007-AA (Grifo Escorpio S.R.L. con Municipalidad Provincial del Callao).
(629) HUERGO LORA, Alejandro. Op. cit., p. 250 y ss., conteniendo una abundante recopilación jurisprudencial española sobre la materia.
(630) CARRETERO PÉREZ, Adolfo y CARRETERO SÁNCHEZ, Adolfo. *Derecho Administrativo sancionador*. Editoriales de Derecho Reunidas, Edersa, Madrid, 1992.

formal (cuando la propia norma los diferencia) y el criterio material (cuando no dice nada la Ley, hay que estar a la finalidad de la norma: si es preventiva de una perturbación del orden, es policía; si es represiva y causa un mal jurídico, debe ser reputada sanción")[631].

Con ello, nos recuerdan la relevancia de apreciar la calificación legal que cada ordenamiento otorgue a cada gravamen aplicable al infractor. Ello es importante, fundamentalmente para los administrados, ya que no obstante la anotada diferencia de propósitos, una misma medida (pensemos demolición, cancelación de licencias) puede ser catalogada como sanción por algunos ordenamientos sectoriales, según sea la finalidad buscada por el legislador en cada caso[632]. Un caso emblemático es el tratamiento que le dispensa el ordenamiento municipal[633] a la suspensión de autorizaciones o licencias, la clausura, el decomiso de bienes, la retención de productos y mobiliario, el retiro de elementos antirreglamentarios, la paralización de obras, y la inmovilización de productos, que son calificadas como sanciones, mientras que cuando las aplican los organismos reguladores varias de ellas son medidas correctivas[634].

(631) Op. cit., p. 154.

(632) Pero, aun así, en la práctica se presentan casos dudosos y la frontera entre sanciones administrativas y otras decisiones administrativas perjudiciales para los ciudadanos no siempre es nítida. En realidad, hay decisiones administrativas con el mismo contenido aflictivo que pueden ser en unos casos sanciones y en otros no: depende de que sean un castigo o no. Así, la retirada del permiso de conducir es unas veces sanción administrativa y otras una medida para garantizar la seguridad del tráfico; los recargos por pagar los impuestos con retraso son considerados sanciones sólo cuando son muy elevados; la expulsión de extranjeros puede ser configurada como sanción o como una medida para restablecer la legalidad; la revocación de actos administrativos favorables puede ser en unos casos sanción y en otros una medida para asegurar el interés general en el futuro, etc. (REBOLLO PUIG, Manuel, IZQUIERDO CARRASCO, Manuel, ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía, BUENO ARMIJO, Antonio. "Panorama del Derecho Administrativo sancionador en España. Los derechos y las garantías de los ciudadanos". En: *Revista de Estudios Socio-Jurídicos*, Vol. 7, N° 01, Bogotá, junio de 2005, pp. 23-74).

(633) **Ley Orgánica de Municipalidades, Ley N° 27972**
Artículo 46.- Sanciones
Las normas municipales son de carácter obligatorio y su incumplimiento acarrea las sanciones correspondientes, sin perjuicio de promover las acciones judiciales sobre las responsabilidades civiles y penales a que hubiere lugar.
Las ordenanzas determinan el régimen de sanciones administrativas por la infracción de sus disposiciones, estableciendo las escalas de multas en función de la gravedad de la falta, así como la imposición de sanciones no pecuniarias.
Las sanciones que aplique la autoridad municipal podrán ser las de multa, suspensión de autorizaciones o licencias, clausura, decomiso, retención de productos y mobiliario, retiro de elementos antirreglamentarios, paralización de obras, demolición, internamiento de vehículos, inmovilización de productos y otras.
A solicitud de la municipalidad respectiva o del ejecutor coactivo correspondiente, la Policía Nacional prestará su apoyo en el cumplimiento de las sanciones que se impongan, bajo responsabilidad.

(634) Para Cassagne, las ordenes de naturaleza represiva (por ejemplo, demolición de edificio ruinoso, incautación de alimentos en mal estado, clausura de locales), pueden en ciertos supuestos tener contenidos sancionadores "en cuyo caso revisten la condición de actos mixtos". CASSAGNE, Juan Carlos. *La intervención administrativa*. 2ª edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994, p. 87.

Además de la distinción entre los propósitos de la medida correctiva y de la sanción, el profesor DANÓS[635] nos aporta también algunas otras diferencias esenciales entre medidas correctivas y sanciones administrativas, como las siguientes:

- Las sanciones son siempre de naturaleza constitutiva pues instituyen al infractor en una posición jurídica nueva y desfavorable, en cambio las correctivas son de naturaleza declarativa porque revelan solo que ha existido un incumplimiento normativo y le suma algún mandato de hacer o dar para revertir sus efectos.
- Las medidas correctivas se deben aplicar inmediatamente, pues están comprendidas en las reglas generales del acto administrativo y, por ende, aplican la regla de la ejecutividad del acto pese a la impugnación que pueda presentarse.
- Las correctivas no requieren la probanza y acreditación de responsabilidades como es propio en la resolución sancionadora. Basta conocer datos concretos y objetivos de la alteración de un estado de cosas atribuible a la conducta del infractor para que proceda la medida correctiva.
- El alcance de una medida correctiva comprende no solo a los perjudicados que participan en el procedimiento administrativo (por ejemplo, en calidad de denunciante o reclamante), sino también a todos administrados o afectados por los hechos ilícitos, dado que las sanciones son a favor de la administración (por ejemplo, multas).
- A las medidas correctivas no le resultan aplicables los principios de la potestad sancionadora (por ejemplo, causalidad, culpabilidad o presunción de inocencia), tampoco su existencia y ejecución están sujetas al plazo prescriptorio de las sanciones, y pueden aplicarse y ejecutarse aunque la sanción se extinga por cualquier causa. Además, por su naturaleza de no sanción, la medida correctiva no es limitada por el principio de la non bis in ídem.

Pero la compleja relación entre la medida correctiva con la sanción también reviste otro aspecto relevante en lo procesal. Determinar si existe entre ambas, una interdependencia necesaria de tal suerte que para que exista una medida correctiva deba haber procedimiento sancionador, y más aún, sanción administrativa. Ello parece derivarse de algunos ordenamientos en los que parece conceptualizarse a la medida correctiva como un elemento accesorio a la sanción misma o se explicita que la medida correctiva se dicta dentro del procedimiento sancionador. En nuestro entender, eso no es correcto, porque la medida correctiva

(635) DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. *Las medidas correctivas en el régimen de los servicios públicos: La experiencia peruana*. Conferencia impartida en el IV Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo y VIII Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo" (Conferencia inédita).

guarda relación con la actividad inspectiva, pero no con la potestad sancionadora. Si bien es usual que concurran ambas cuando la administración sanciona, ello no quiere decir que siempre deba ser así. Es una relación contingente. La medida correctiva puede subsistir si la sanción es dejada sin efecto (por ejemplo, si se le anula por inobservar alguna regla procesal para sancionar válidamente) e incluso la adopción de una medida correctiva puede ser perfectamente compatible con no incoar un procedimiento sancionador o dejarlo sin efecto si hubiese sido iniciado. Esto es lo que sucede, por ejemplo, con los compromisos de cese de los efectos de acciones indebidas que se regulan en los ámbitos de la regulación de servicios públicos.

Por ello, coincidimos con la afirmación de SANTAMARÍA PASTOR, en el sentido que "No hay en la legislación, una previsión general que obligue a acumular en la propia resolución sancionadora, la decisión acerca de estas cuestiones, ni la forma de hacerlo y exigirlo. Por ende, "estas medidas accesorias pueden imponerse en la propia resolución sancionadora o en otro acto administrativo distinto"(636).

Conectado con este punto, la segregación procesal de ambas puede también apreciarse en los casos en que la norma faculta a las autoridades a decidir si un ilícito solo amerita una medida correctiva oportuna en vez de tener que iniciar y proseguir un procedimiento sancionador para aplicar una sanción administrativa.

Un punto final en las relaciones entre la medida correctiva y la sanción radica en apreciar si la proporción del gravamen puede ser considerado como un elemento delimitador entre ambas categorías. Esto es, si la sanción administrativa siempre debe representar para el infractor un gravamen mayor frente a la medida correctiva, que debe representar una menor proporción de aflicción para el infractor. Esta es una consideración importante porque si fuera la medida correctiva un gravamen mayor al administrado, parece carecer de sentido afirmar que la sanción administrativa es la que persigue una finalidad aflictiva al administrado y por eso se le recubre de una serie de garantías procesales y sustantivas. Así sucedería si, por ejemplo, por una infracción se aplicara una multa de valor ínfimo y se adopte como correctiva, la clausura del negocio. Ciertamente en doctrina ya se ha reparado en este problema, pues como bien afirma CARRETERO apoyado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, "determinadas medidas de policía desproporcionadas equivalen a una sanción"(637).

(636) SANTAMARÍA PASTOR, Juan. *Principios de Derecho Administrativo General*. Tomo II, 1ª edición, Iustel, 2004, p. 406.
(637) CARRETERO PÉREZ, Adolfo y CARRETERO SÁNCHEZ, Adolfo. Ob. cit., p. 154.

XI. LAS RELACIONES ENTRE LA MEDIDA CORRECTIVA Y LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS A LOS TERCEROS AFECTADOS

Toda medida correctiva busca retirar los efectos nocivos o perjudiciales que el ilícito ha generado intentando reestablecer la situación anterior al momento de producido este acto. Ahora bien, esos efectos que la medida persigue desaparecer pueden haber producido consecuencias negativas respecto a:

i) Los bienes públicos (como la contaminación ambiental),

ii) El patrimonio estatal (por ejemplo, si se daña un elemento de seguridad o infraestructura estatal en un ilícito de transito). Cuando se trata de revertir los efectos negativos del ilícito sobre patrimonio público estamos hablando de determinar el quantum de afectación inferida al patrimonio público por la acción del infractor y obtener su recupero. Para atender estas necesidades se ha creado en el derecho comparado las denominadas "medidas administrativas resarcitorias"(638) mediante las cuales las propias entidades perjudicadas pueden en sede administrativa declarar el monto de la acreencia y cobrarla directamente a los administrados para recuperarle, tal como sucede, por ejemplo, en España. Nuestro ordenamiento consideró inconveniente incorporar ese tipo de medidas por tratarse de actos para los cuales la Administración Pública promedio no se haya preparada y menos cuando por afectar a ella misma, carece de imparcialidad en la cuestión. Ante ello, estos perjuicios deben ser dilucidados en sede judicial mediante las vías ordinarias de reclamos indemnizatorios, o a lo sumo podrán ser considerados como un elemento a tener en cuenta en atención al principio de razonabilidad cuando pondere el quantum de la multa a aplicarse al infractor, como revela alguna doctrina de modo critico(639).

iii) El ámbito subjetivo patrimonial de otro administrado (por ejemplo, trabajador, consumidor, comitente en temas bursátiles).

Una relación particularmente dinámica es la existente entre el contenido de la medida correctiva y el contenido de la indemnización de daños y perjuicios que pudiera derivarse del acto ilícito por el perjuicio inferido en el ámbito subjetivo de otro administrado. Particularmente, resulta discutido si es posible que la autoridad administrativa aplique como medida correctiva un mandato que pueda conllevar, en todo o en parte, el reconocimiento de una indemnización por los daños y perjuicios que el ilícito pudiere haber ocasionado a algún afectado por la acción.

(638) SUAY RINCON, José. Op. cit., p. 66.

(639) PEÑA SOLÍS, José. *La potestad sancionadora de la Administración Pública*. Colección de Estudios Jurídicos, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2005, p. 300 y ss.

El tratamiento regular para esta situación aparece claramente en el artículo 249 del TUO de la LPAG cuando refiere que:

> "Artículo 249. -Determinación de la responsabilidad
>
> 249.1 Las sanciones administrativas que se impongan al administrado son compatibles con el dictado de medidas correctivas conducentes a ordenar la reposición o la reparación de la situación alterada por la infracción a su estado anterior, incluyendo la de los bienes afectados, así como con la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, las que son determinadas en el proceso judicial correspondiente.
>
> Las medidas correctivas deben estar previamente tipificadas, ser razonables y ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades de los bienes jurídicos tutelados que se pretenden garantizar en cada supuesto concreto".

Como se puede apreciar este artículo transmite nítidamente la posición del legislador en el sentido que la naturaleza de una medida correctiva es distinta –y por ende, no puede sustituirse– a la labor judicial de determinación de obligaciones económicas a título de daños y perjuicios a favor del administrado-reclamante. Si bien ambos efectos derivan del ilícito administrativo, su contenido y el lugar para esclarecerlos son distintos.

La diferencia de escenarios para su delimitación se funda en que la exigencia de reposición de la situación alterada por el ilícito es –por naturaleza– distinta a la indemnización por los daños y perjuicios que ese acto podría haber ocasionado a algún particular, y, que en todo caso, debe ser de determinación en sede judicial y no administrativa. Al respecto, el profesor ESPINOZA ESPINOZA afirma que: "las medidas correctivas no tienen carácter resarcitorio per se, pues lo que se pretende es únicamente revertir los efectos de una conducta infractora, del mismo modo como una acción de amparo pretende hacer cesar o revertir los efectos de una conducta conculcatoria de los derechos constitucionales de un individuo, sin tener por ello carácter indemnizatorio, no obstante el evidente aumento de bienestar causado en el individuo por la remoción del acto violatorio"(640).

En nuestra opinión, la medida correctiva no puede separarse de su naturaleza retrospectiva: reponer o reestablecer las cosas al estado anterior de la comisión del ilícito, corrigiendo los efectos que la conducta infractora hubiere causado. Por el contrario, establecer una compensación económica a favor de un agente económico no implica solo revertir los efectos de una conducta infractora, sino crear acreencias patrimoniales entre privados y producir nuevos desplazamientos

(640) ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Ley de protección al consumidor. Comentarios, precedentes jurisprudenciales, normas complementarias*. Editorial Rhodas, Lima, 2004, p. 379.

económicos de la propiedad. Como bien establece la doctrina, "no es competente la Administración Pública, en cambio, para fijar y exigir al infractor el importe de las indemnizaciones por daños y perjuicios causados a terceras personas; ello forma parte de las funciones de la jurisdicción civil, a la que la Administración Pública no puede sustituir en este caso"(641).

La incompetencia material de las autoridades administrativas para disponer directa y unilateralmente de la propiedad privada del infractor y asignarla a otro particular (afectado) se debe a que el derecho fundamental a la propiedad no puede ser afectado por la administración mediante sus actos administrativos unilaterales, sino solo mediante sentencia judicial previo proceso (por ejemplo, sentencia de condena) o en todo caso por ley expresa (por ejemplo, expropiación)(642).

Desde una perspectiva práctica, resultan datos de intransferible valoración judicial, la existencia de un daño o de un perjuicio efectivo, establecer la relación de causalidad entre esas consecuencias y una acción u omisión de otra persona, la verificación de si concurren o no los elementos de eximencia de responsabilidad (caso fortuito, fuerza mayor, hecho de tercero), analizar si en la conducta del infractor hay dolo o culpa inexcusable, o si hay responsabilidades concurrentes.

Una razón adicional de orden procedimental es que la imposición de las medidas correctivas se realice dentro del mismo procedimiento sancionador cuyo objeto exclusivo ha sido determinar si ha existido o no infracción, y no analizar la existencia y asignación de daños o perjuicios a alguna de las partes. Por ello, es que si se permitiera aplicar medidas indemnizatorias bajo la forma de medidas correctivas, su existencia, imputación y cuantificación no cabrían dentro del procedimiento pues la autoridad solo comunica al momento de cursar los cargos la sanción aplicable, poniendo al infractor en condición de indefensión.

Ahora bien, el derecho administrativo ha cedido a la tendencia de incorporar dentro del ámbito de las medidas correctivas, algunos mandatos que contienen algún contenido resarcitorio directo e inmediato debidamente acotado en favor de otros administrados afectados por el acto ilícito. Nos referimos a las medidas correctivas de contenido reparador del perjuicio económico inferido(643).

(641) SANTAMARÍA PASTOR, Juan. Ob. cit., t. II, p. 406.

(642) **Constitución Política del Perú**

Artículo 70.- 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.

(643) RIBON SEISDEDOS, Eugenio. "La liquidación de daños entre particulares en el marco del procedimientos administrativo sancionador de consumo". En: *Estudios sobre Consumo*. N° 81, España, 2007, pp. 29-45 <http://www.consumo-inc.es/Publicac/EC/2007/EC81/EC81_02.pdf>; CORDERO

En estos casos, mediante ley expresa se faculta a la autoridad administrativa a dictar mandatos que implican dar satisfacción jurídica a administrados removiendo la acción u omisión lesiva a sus intereses y restituyendo la situación patrimonial que en un sentido natural de las cosas le correspondía o poseía y de la cual se ve privado por la acción ilícita sancionable. En esta línea aparecen las atribuciones de dictar medidas correctivas de tipo reparadoras, como sucede en los siguientes mandatos: de reparar o cambiar productos por otros idénticos o de similares características cuando la reparación no sea posible o razonable, la entrega de un producto de idénticas características o, cuando esto no resulte posible, de similares características, en los supuestos de pérdida o deterioro atribuible al proveedor, el mandato de ejecutar la prestación u obligación asumida; y si esto no resulte posible o no sea razonable, otra de efectos equivalentes, incluyendo prestaciones dinerarias, devolver la contraprestación pagada por el consumidor más intereses legales cuando la reparación, reposición, o cumplimiento de la prestación u obligación, según sea el caso, no resulte posible o no sea razonable según las circunstancias, devolver los pagos indebidos o en exceso más los intereses correspondientes, pagar los gastos incurridos por el consumidor para mitigar las consecuencias de la infracción administrativa, mandatos de abonar remuneraciones y beneficios laborales pendientes de pago, mandato de devolver dinero pagado indebidamente a la empresa de servicios públicos de saneamiento o la extinción de acreencias indebidas a cargo del regulador, la orden de pago de las remuneraciones devengadas a favor del autor cuando se incurre en explotación no autorizada de creaciones intelectuales, la reposición de dinero o valores a los comitentes, entre otras.

En todos casos, mediante norma expresa las autoridades poseen competencia para adoptar medidas correctivas que implican una compensación patrimonial del agresor al afectado por los daños directos e inmediatos producidos. La comprensión de este nuevo contenido dentro de las medidas correctivas resulta procedente en la medida que la causación de esos daños directos e inmediatos es precisamente la consecuencia directa e inmediata del supuesto de hecho de la infracción administrativa y, conocedores que los costes adicionales en que incurriría la Administración Pública por dar estos mandatos serán menores que los costes que generaría remitir todas las indemnizaciones al procedimiento civil

No obstante la declaración que este mandato no es una decisión indemnizatoria, es pacífico reconocer que una vez decretada la indemnización en sede judicial deberá compensarse este monto por hace parte del daño emergente posible de declarar en sede judicial.

LOBATO, Encarna. "La liquidación de daños entre particulares en el procedimiento administrativo". Working Paper N° 132, Barcelona, 2003 <http://www.indret.com/pdf/132_es.pdf>; AVILES GARCÍA, Javier. "Nuevas perspectivas en la liquidación de daños a consumidores y usuarios en el procedimiento administrativo de consumo". En: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. N° 713, mayo - junio 2009, pp. 1238-1292.

Artículo 244 Medidas cautelares y correctivas[644]

Las entidades solo podrán dictar medidas cautelares y correctivas siempre que estén habilitadas por Ley o Decreto Legislativo y mediante decisión debidamente motivada y observando el Principio de Proporcionalidad.

CONCORDANCIA EXTERNA

- STC Exp. N° 3075-2006-PA/TC: Precedente vinculante (medidas cautelares en sede administrativa).

CONCORDANCIAS INTERNAS

- Art. 91.2: Declinación de competencia con medidas cautelares para evitar daños graves o irreparables a la entidad o a los administrados.
- Art. 155: Medidas cautelares.
- Art. 234: Medidas cautelares en el procedimiento trilateral.
- Art. 249.1: Proporcionalidad de las medidas correctivas.
- Art. 254.2: Proporcionalidad de las medidas de carácter provisional.
- Art. 256.2: Medidas cautelares para garantizar eficacia de la resolución no sea ejecutiva.

✍ *Comentario*

I. LAS MEDIDAS CORRECTIVAS: SUJECIÓN AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD, MOTIVACIÓN Y PROPORCIONALIDAD

Como hemos advertido antes, las medidas correctivas son esencialmente actos administrativos y como tales, deben cumplir con las exigencias de validez previstas en el ordenamiento. Una de ellas, precisamente es el de legalidad, en su manifestación de la vinculación positiva de la Administración Pública a la ley, entendida como la exigencia que la certeza de validez de toda acción administrativa dependa de la medida en que pueda referirse a un precepto jurídico o que partiendo de este, pueda derivársele, como su cobertura o desarrollo necesario.

En ese sentido, toda acción administrativa, incluyendo las medidas correctivas, para satisfacer al principio de legalidad deben cumplir con la **legalidad formal** (sometimiento al procedimiento y a las formas legales predispuestas), la **legalidad sustantiva** (solo puede contener aquellas declaraciones o contenidos que le son autorizadas previamente por la ley) y la **legalidad teleológica** (cumplir únicamente los fines perseguidos por el legislador cuando atribuyo la competencia a la autoridad). De este modo, todas las medidas correctivas deben dictarse cuando la ley así ha facultado a la entidad y en los casos previstos, siguiendo

(644) Este artículo fue incorporado como artículo 228-H a la Ley N° 27444, a través del Decreto Legislativo N° 1272.

el procedimiento previo de descargo y sin exceder las finalidades que cada una de estas medidas poseen.

Ahora bien, la exigencia de legalidad puede adoptar dos intensidades: la exigencia que la competencia para dictar medidas correctivas se encuentre solo en una norma jurídica que puede ser una ley o un reglamento (legalidad simple) o que además el principio se encuentre reforzado exigiendo únicamente para ello una norma con rango de ley (reserva de ley). Como se recuerda, este último caso, es el supuesto de las sanciones administrativas.

La exigencia de legalidad para la medida correctiva tiene fundamento constitucional dado que Tribunal Constitucional ha indicado que cuando una medida administrativa implica para el obligado la limitación, sacrificio o afectación de un derecho fundamental (por ejemplo, libertad o propiedad), queda sujeto al principio de reserva de ley pues la Constitución ha dotado a los derechos fundamentales de la calidad de garantías normativas.

> "15. En algunos casos, y por lo que hace a determinados derechos fundamentales, la Constitución sujeta la actividad limitadora de los derechos fundamentales a la necesidad de que se observe el principio de reserva de ley. Así sucede, por ejemplo, con los derechos a la inviolabilidad del domicilio, a contratar con fines lícitos, a trabajar libremente, etc.
>
> Sin embargo, ausente una reserva de ley en la disposición que reconoce un derecho fundamental, ello no quiere decir que mediante cualquier norma jurídica se pueda restringir un derecho de por sí considerado limitable. En la STC Exp. N° 1091-2002-HC/TC, este Tribunal sostuvo que la prohibición de deslegalización de la actividad limitadora de los derechos, en tales casos, debe materializarse sobre base de los literales a) y b), inciso 24, artículo 2, de la Constitución, que establece, en ausencia de una reserva legal, la sujeción al principio de legalidad [fund. jur. 5].
>
> La sujeción de toda actividad limitadora de un derecho fundamental al principio de reserva de ley o, en su defecto, al principio de legalidad, constituyen *garantías normativas* con los que la Constitución ha dotado a los derechos fundamentales. **El propósito que ellos cumplen es sustraer tales restricciones del poder reglamentario del Ejecutivo o, en general, de la competencia de cualquier órgano estatal que no represente directamente a la sociedad y, por tanto, que con criterios de generalidad y abstracción puedan establecer restricciones a su ejercicio**"(645).

(645) STC Exp. N° 2868-2004-AA/TC, f.j.15.

Establecida en nuestra opinión, la necesidad de satisfacer el principio de legalidad para dotar de validez a la medida correctiva, podemos plantear algunos grados distintos de exigencia según el aspecto de la medida que deseamos sujetar a la legalidad:

i) Que una norma con rango de ley atribuya la capacidad para dictar medidas correctivas y su finalidad, dejando al reglamento los demás aspectos (procedimiento, supuesto de hecho, contenidos posibles);

ii) Que la norma con rango de ley atribuya la competencia, pero además individualice cual puede ser su contenido esperado.

Por lo general, llas normas que atribuyen competencia para dictar estos actos-medida ordinariamente se limitan a servir de marco habilitador para su dictado por la autoridad, a enunciar su finalidad perseguida y hasta algún contenido usual de la medida que se puede dictar, pero sin extinguir todos los supuestos. Deja al reglamento o a la práctica administrativa la labor de identificar los supuestos de hecho que ameritan su dictado, la oportunidad en que se aplique, los criterios para aplicar una o más de estos medidas, y su temporalidad y vigencia. Como bien afirma MOLES CAUBET, todo acto-medida "necesita de una norma, mejor aún, de un conjunto de normas que confieran poderes", pero este conjunto normativo persistente "se caracteriza (...) por su amplitud, equivalente al género de las facultativas, con unas opciones llevadas al máximo, e inclusive, la mayor parte de las veces, limitándose a crear una atribución, cuyo límite expresa algo tan impreciso como el señalamiento de los resultados que tratan de producirse"(646). Si bien lo ideal sería contar con un listado taxativo de medidas, en la práctica ello no ocurre. No obstante, es indispensable incluir un listado más o menos amplio de aquellos mandatos posibles de dictar a cada autoridad.

Lo que sí es claro es que norma habilitadora para dar medidas correctivas necesita satisfacer un nivel de abstracción y generalidad que permita informar previamente a todos los operadores –sobre todo a la propia autoridad y a los pasibles sujetos de esas medidas– el contenido previsible de cada medida. Esto quiere decir que la normativa que la atribuye debe contener una descripción de aquellos mandatos que se autorizan a dictar a su amparo y no enunciados generales, imprecisos o vagos que en la práctica pretendan ser un marco habilitador para cualquier decisión administrativa. A ello, se reconoce en la doctrina como atender el principio de tipicidad o nominatividad por el cual estos mandatos deben ser "típicos", esto es, contar para su actuación con esquemas y contenidos previamente previstos por una norma expresa, caracterizándose cada uno de tales modelos por la realización de un interés público específico. De este modo,

(646) MOLES CAUBET, Antonio. Op. cit., p. 337.

es una garantía del administrado "por cuanto impide que esos poderes extensos que está facultada (la Administración Pública) para ejercer sobre su esfera jurídica, queden librados a su propio poder de decisión"(647).

Con ello se pretende que la Administración Pública no pueda crear nuevas formas de actos administrativos, pues solo puede hacerlo utilizando las modalidades, categorías y esquemas previstos en una norma expresa(648).

Por ello, no podemos dejar de coincidir con lo expuesto por RUAN SANTOS(649), quien afirma que: "La posibilidad de adoptar medidas administrativas requiere de la preexistencia de normas jurídicas que den poderes a la autoridad administrativa, con opciones llevadas al máximo, algunas veces limitándose a crear una atribución, cuyo límite expresa algo tan impreciso como el señalamiento de los resultados que tratan de producirse, con el objeto de habilitar a la autoridad para producir la solución concreta de una apremiante situación prevista con escasa previsión. Estos poderes normalmente combinan la posibilidad de determinar conceptos jurídicos indeterminados, realizar juicios técnicos previos a la decisión y ejercer verdaderas facultades discrecionales, hipótesis todas en las cuales la experiencia y el juicio de los órganos administrativos juegan un papel preponderante, dentro del marco de las pautas legales", "(...) en ciertos casos la normas prevén la adopción de actos típicos en ejercicio de las facultades de dictar medidas, tales como decomisos de objetos, incautación de documentos, sacrificio de animales, clausuras de establecimientos, ordenes con diverso contenido obligatorio preciso (demolición, vacuna, cuarentena, etc.) designación de interventores, directivos, contralores, fiscales y otras de variada naturaleza. Pero en otros casos, se deja a la autoridad la configuración de las medidas, las cuales podrían ser concebidas con aplicación analógica de tipos existentes, pero también podrían ser el producto de la creatividad de los órganos competentes, lo cual podría ser precedido del dictado de normas destinadas a regular la aplicación de las medidas singulares. Piénsese en aquellas medidas dictadas "en resguardo de la salud pública", "impuestas por las exigencias de la defensa nacional", o destinadas a afrontar una calamidad pública" o a "restaurar el orden y seguridad públicos" En estos casos sería prácticamente imposible que la Ley predeterminada esquemas de actuación (tipos), porque las iniciativas a tomar por la administración podrían ser tan diversas como diversas pudieran ser las situaciones que las provocan"(650).

(647) RONDON DE SANSO, Hildegard. *Teoría general de la actividad administrativa.* Librería Álvaro Nora, Caracas, 1995, p. 75.
(648) GARCÍA-TREVIJANO FOS, José Antonio. Op. cit., p. 108 y ss.
(649) RUAN SANTOS, Gabriel. *El principio de legalidad, la discrecionalidad y las medidas administrativas.* Funeda, 1998, Venezuela, p. 71.
(650) RUAN SANTOS, Gabriel. Op. cit., p. 73.