

Las actuaciones impugnables en el Proceso Contencioso Administrativo peruano

Christian Guzmán Napurí*

SUMILLA

A través del presente artículo el autor señala que al realizar la Administración Pública actos que recaen y surten sus efectos sobre los administrados es necesario que dichos actos, que son denominados actos administrativos, sean controlados a través de algún mecanismo de control; por lo que, las actuaciones de la Administración pueden resultar ser impugnables, asegurando de tal forma el comportamiento adecuado de la Administración. Finalmente, para lograr este control es necesario que exista una amplia gama de actuaciones administrativas susceptibles de revisión a través de dicho mecanismo. En dicho ámbito se incluyen no solo declaraciones, sino también omisiones y comportamientos materiales.

I. INTRODUCCION

La función administrativa, dada su importancia, se encuentra sometida a múltiples mecanismos de control¹, dentro de las cuales se encuentra el control jurisdiccional efectuado por varios de los detentadores de dicha función según la Constitución, el Poder Judicial, el Tribunal Constitucional, el Jurado Nacional de Elecciones, así como el arbitraje.

A su vez, el Poder Judicial controla las decisiones administrativas a través de la posibilidad de revisión jurisdiccional de las actuaciones administrativas – vía por ejemplo el Proceso Contencioso Administrativo² – y de la existencia de los diversos procesos constitucionales, destacando la acción popular, destinada al control de los actos normativos de la Administración Pública, dado que se emplea para impugnar normas reglamentarias, que por definición poseen rango secundario.

Este mecanismo de control es medular en el Estado de Derecho, sin la cual no sería posible asegurar un comportamiento adecuado de la Administración³. Ello no significa que el Poder Judicial no pueda controlar actos políticos o gubernativos, no existiendo actuación estatal alguna que pueda ser resultado de una decisión arbitraria, como lo ha señalado en reiterada jurisprudencia el Tribunal Constitucional peruano.

1.1 El Proceso Contencioso Administrativo

El artículo 1° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584 prescribe que el Proceso Contencioso Administrativo tiene por finalidad el control jurídico por el Poder Judicial de las actuaciones de la Administración Pública sujetas al derecho administrativo y la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados. Es por ello que se considera que el Proceso Contencioso Administrativo posee una doble naturaleza⁴. Es

* Abogado especialista en Derecho Público. Socio Principal de C. G. Asesores y Consultores - Abogados. Magíster en Derecho con mención en Derecho Constitucional. Profesor Ordinario del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en las áreas de derecho constitucional y derecho administrativo. Profesor de la Escuela de Graduados de la misma universidad. Profesor de la Escuela de Postgrado de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Profesor de la Universidad ESAN. Árbitro en materia de contratación administrativa y derecho público.

¹ Sobre el particular: SÁNCHEZ MORON, Miguel – **El control de las Administraciones Públicas y sus problemas**. Madrid: Espasa-Calpe, 1991, p. 34 y ss.

² Constitución de 1993:

Artículo 148°.- Las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso-administrativa.

³ LOEWENSTEIN, Karl - **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Ariel, 1979, pp. 305 y ss.

⁴ DIEZ SANCHEZ, Juan Jose – “**Comentarios en torno a la Ley del Proceso Contencioso-Administrativo del Perú**”. En: *Revista de Administración Pública* N° 165. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2004, p. 329.

objetivo, en tanto se dirige a tutelar la legalidad de las actuaciones administrativas, pero también es subjetivo, en tanto protege a los administrados ante el comportamiento arbitrario de la autoridad administrativa.

Lo que ocurre es que el Derecho Administrativo opera sobre la base de la presunción de que la Administración Pública actúa conforme al interés general, vale decir, respecto a aquello que favorece a todas las personas que componen la sociedad en su conjunto. Como resultado, un paradigma común en el derecho administrativo tradicional fue considerar que el interés general estaba por encima de los intereses particulares, lo cual carecía de sustento constitucional, cuando más bien debe considerarse que los derechos fundamentales son preferidos frente a bienes jurídicos que no son tales⁵. Conceptos como necesidad pública, orden interno, seguridad nacional, utilidad pública o interés general, entre otros, solo pueden servir como justificación para limitar derechos fundamentales, pero no para desplazarlos.

Ello se encuentra referido con meridiana claridad por el artículo III del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, el mismo que preceptúa que la norma tiene por finalidad establecer el régimen jurídico aplicable para que la actuación de la Administración Pública sirva a la protección del interés general, pero garantizando a su vez los derechos e intereses de los administrados y con sujeción al ordenamiento constitucional y jurídico en general. Ello significa que el papel del derecho administrativo hoy en día debe centrarse en la obtención de un adecuado equilibrio entre los intereses de los administrados y el interés general, debiendo ambos ser tutelados por la Administración Pública⁶.

Es necesario resaltar, en este orden de ideas, que el actual Proceso Contencioso Administrativo, a diferencia de la regulación precedente, hace posible impugnar incluso actuaciones materiales y omisiones de la Administración Pública, las mismas que difícilmente podían ser discutidas con la normatividad derogada por la Ley vigente. El actual Proceso Contencioso Administrativo es entonces un mecanismo de plena jurisdicción, que permite una defensa más eficiente de los intereses

de los particulares. A dichas actuaciones nos referiremos en el presente trabajo.

En este orden de ideas, definimos actuación administrativa como toda manifestación de la función administrativa, que opera regulada por el derecho público y que origina determinados efectos jurídicos. En este concepto vamos a incorporar no solo a los actos administrativos (con los que a veces se confunde) sino también a los actos de administración interna, los reglamentos, los comportamientos materiales, así como los contratos administrativos.

En este orden de ideas, el artículo 3° de la norma contiene el llamado principio de exclusividad, por el cual las actuaciones de la Administración Pública solo pueden ser impugnadas a través el Proceso Contencioso Administrativo, salvo los casos en que se pueda recurrir a los procesos constitucionales. Ello implica que no puede emplearse procesos civiles, penales o laborales para discutir actuaciones administrativas.

Debe tenerse en cuenta asimismo que esa posibilidad de recurrir a los procesos constitucionales se encuentra fuertemente limitada por la existencia de un discutible principio de residualidad o subsidiaridad contenido en el numeral 2 del artículo 5° de Código Procesal Constitucional, por el cual los mismos son procedentes únicamente ante la inexistencia de una vía igualmente satisfactoria para tutelar los derechos fundamentales invocados. De hecho, el Tribunal Constitucional ha emitido importantes precedentes – como es el Anicama o el Baylon Flores – en los cuales ha establecido los supuestos en los cuales es precedente el proceso de amparo frente al Proceso Contencioso Administrativo.

II. Los actos administrativos y cualquier otra declaración de la Administración Pública

Las declaraciones de la Administración Pública constituyen las actuaciones administrativas por excelencia de la misma y las que se consideran impugnables, en especial los actos administrativos. Dichas declaraciones, sin embargo, no necesariamente se encuentran plasmadas en resoluciones, pudiendo estar contenidas en oficios,

⁵ Sobre el particular: LAPORTA, Francisco – “Sobre el concepto de derechos humanos”. En: *Doxa* 4. Alicante: Universidad de Alicante, 1987, p. 36 y ss.

⁶ MORON URBINA, Juan Carlos – **Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General**. Lima: Gaceta Jurídica, 2008, p. 58-59. También: MIR PUIGPELAT, Oriol – “El concepto de derecho administrativo desde una perspectiva lingüística y constitucional”. En: *Revista de Administración Pública*, N° 153. Madrid: Centros de Estudios Constitucionales, 2003, p. 69 y ss.

en memoranda, o simplemente constituir un acto ficto. Es por ello que la norma ha prescindido del empleo de dicho término a fin de permitir una regulación menos rígida.

2.1 Los actos administrativos

En este orden de ideas se define doctrinariamente como acto administrativo a la decisión general o especial que, en ejercicio de la función administrativa, toma en forma unilateral la autoridad administrativa, y que afecta a derechos, deberes e intereses de particulares o de entidades públicas, de acuerdo con la Ley del Procedimiento Administrativo General. Son actos administrativos, entonces, las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta⁷.

Los actos administrativos poseen elementos que lo configuran y definen su estructura, diferenciándose aquellos que resultar ser esenciales para su validez – *sine qua non* -, de aquellos que no son esenciales para reputar el acto como válido, pero que sin embargo pueden estar presentes en su configuración. Como resultado, un defecto o deficiencia en alguno de dichos elementos esenciales o requisitos de validez genera la nulidad del acto.

En primer lugar está la competencia que consiste en la aptitud legal expresa que tiene un órgano para actuar, en razón del lugar (o territorio), la materia, el grado, la cuantía y/o el tiempo. Se entiende por competencia, entonces, el conjunto de atribuciones de los órganos y entes que componen el Estado, las mismas que son precisadas por el ordenamiento jurídico⁸.

Asu vez, la motivación consiste en la expresión de las razones que han llevado al órgano administrativo a dictar el acto, así como la expresión de los antecedentes de hecho y de derecho (causas) que lo preceden y justifican⁹. La motivación contiene los fundamentos de hecho y derecho que sustentan una decisión administrativa. De hecho existen diversos defectos de la motivación que pueden acarrear la nulidad del acto administrativo.

El objeto resulta ser el efecto práctico que se pretende obtener con el acto administrativo¹⁰. Es decir, la materia o contenido sobre el cual se declara. El objeto o contenido del acto administrativo es aquello que decide, declara o certifica la autoridad. El objeto resulta indispensable a fin de que pueda determinarse con claridad los efectos jurídicos del acto, por lo cual debe ser posible, lícito y estar determinado de manera precisa.

El procedimiento regular son los pasos que deben darse previamente a la emisión del acto, que conforman lo que se conoce como procedimiento administrativo. Antes de su emisión, el acto debe ser conformado mediante el cumplimiento del procedimiento administrativo previsto para su generación¹¹. A su vez, dichos pasos previos deben estar sometidos a los principios de legalidad, y en especial, al del debido proceso en sede administrativa.

El fin del acto administrativo consiste en la satisfacción del interés general. Es el objetivo tenido en cuenta por el legislador al redactar la norma; no se pueden perseguir fines encubiertos, es decir que la finalidad no debe ser contraria a la Ley.

De acuerdo con la doctrina, no se trata de la satisfacción genérica del interés público, sino más bien de una concretización del mismo, a través de mecanismos específicos, los cuales no pueden alterarse¹².

2.2 La nulidad del acto administrativo

La nulidad del acto administrativo es consecuencia de un vicio en los elementos constitutivos del acto. En el Derecho Administrativo, el particular o administrado solo puede pedir la nulidad si está legitimado, es decir solamente en los casos en que el acto afecte sus derechos subjetivos o intereses legítimos. Asimismo, la entidad administrativa solo puede anular de oficio un acto administrativo si el mismo vulnera el interés general. A esto se le llama principio de doble lesividad.

Y es que, los actos administrativos, dada su condición de actos emitidos por razón de interés general, se presumen válidos y producen todos sus efectos mientras no se declare su nulidad mediante los medios establecidos por la Ley¹³. Este principio,

⁷ Artículo 1º, inciso 1.1 de la Ley.

⁸ DROMI, Roberto - **Derecho administrativo**. Buenos Aires: Ciudad argentina, 2000, p. 115.

⁹ Artículo 3º, inciso 2 de la Ley N° 27444.

¹⁰ Artículo 5º, inciso 5.1 de la Ley N° 27444.

¹¹ Artículo 3º, inciso 5 de la Ley N° 27444.

¹² MORRELL OCAÑA, Luis – **Curso de Derecho Administrativo II**. Pamplona: Aranzadi, 1998, p 197.

¹³ Artículo 9º de la Ley N° 27444.

denominado presunción de validez o principio o presunción de legitimidad, funciona como una presunción legal, que opera en tanto no se genere una declaración expresa en contrario, sea de naturaleza administrativa o judicial.

2.3 Los actos de administración interna

Además, debemos considerar en este rubro a los llamados actos de Administración Interna, que no son actos administrativos puesto que no afectan a las personas que no forman parte de la entidad, como lo hemos señalado líneas arriba. Los actos de administración interna de las entidades están destinados a organizar o hacer funcionar las actividades o servicios de las mismas.

Estos actos son regulados por cada entidad, con sujeción a las disposiciones del Título Preliminar de esta ley, y de aquellas normas que expresamente así lo establezcan¹⁴. Sin embargo, de acuerdo con el artículo 7° de la Ley dichos actos requieren ciertos requisitos para su validez, la misma que se traduce en efectos jurídicos concretos.

Los actos de administración interna se orientan a la eficacia y eficiencia de los servicios y a los fines permanentes de las entidades. Son emitidos por el órgano competente, su objeto debe ser física y jurídicamente posible, y su motivación será facultativa cuando los superiores jerárquicos impartan las órdenes a sus subalternos en la forma legalmente prevista¹⁵. La posibilidad de prescindir de la motivación en este último caso estriba en que las órdenes que siguen la línea de mando se generan como resultado de las relaciones de jerarquía al interior de la entidad, razón por la cual no precisan de motivación.

La distinción entre los actos administrativos y los actos de administración interna es evidente, estando la misma relacionada directamente con el destino de los efectos del acto. Mientras el acto de administración interna se dirige a la propia entidad, los actos administrativos se dirigen hacia fuera, vale decir, hacia el administrado. En consecuencia, una decisión administrativa que designa un comité especial constituye un acto de administración interna. Lo mismo podemos señalar respecto a una resolución administrativa que declara la baja de un bien perteneciente a la entidad.

Ahora bien, el hecho de que nos encontremos ante un acto de administración interna no significa que el mismo no sea susceptible de impugnación. Ya ha señalado el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia que no existen zonas de decisión pública exentas de control jurisdiccional, lo cual es perfectamente consistente con el concepto de Estado de Derecho, en el cual las atribuciones públicas deben estar debidamente limitadas, a fin de evitar que las mismas vulneren derechos fundamentales. Ello significa que un acto de administración interna puede ser impugnado si es que vulnera derechos o intereses de una persona determinada¹⁶, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 148° de la norma constitucional¹⁷ que no debe considerarse restringida a los actos administrativos.

III El silencio administrativo, la inercia y cualquier otra omisión de la Administración Pública

Una de las grandes innovaciones del Proceso Contencioso Administrativo cuando se promulgó la Ley de la materia es la incorporación de la inactividad administrativa – sea esta formal o material – dentro de las actuaciones impugnables, supuesto que no existía en la regulación previa, contenida en el Código Procesal Civil. Si bien ya existía el proceso de cumplimiento, como proceso constitucional, el mismo es distinto al Proceso Contencioso Administrativo por omisión, que además ha adquirido una mayor importancia ante la residualidad de los procesos constitucionales que también afecta al proceso de cumplimiento.

3.1 El silencio administrativo

El silencio administrativo es el mecanismo por excelencia de control de la anomia administrativa, pues establece la posibilidad de otorgar efectos jurídicos a la falta de pronunciamiento de la autoridad administrativa en el plazo establecido para ello, pudiendo dichos efectos implicar la denegatoria de lo solicitado, en el caso del silencio administrativo negativo; o la concesión de lo solicitado, en el caso del silencio administrativo positivo.

El silencio administrativo funciona siempre como una garantía a favor del administrado, otorgándole

¹⁴ Artículo 1°, inciso 1.2.1 de la Ley.

¹⁵ Artículo 7°, inciso 7.1 de la Ley N° 27444.

¹⁶ MORON URBINA, Juan Carlos – **Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General**. Lima: Gaceta Jurídica, 2008, p. 151.

¹⁷ **Artículo 148°**. *Las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso-administrativa.*

a éste la facultad de ser quien active el efecto jurídico en mérito a su decisión. En este sentido, la Ley del Silencio Administrativo deroga el régimen establecido por la Ley del Procedimiento Administrativo General – contenido en los artículos 33° y 34° del mismo – reemplazándolo por un diseño que otorga una evidente preferencia al silencio administrativo positivo en el contexto de los procedimientos administrativos de evaluación previa.

Ahora bien, el silencio administrativo que se impugna a través del Proceso Contencioso Administrativo empleando este numeral es el negativo, puesto que el silencio positivo genera un efecto concesorio respecto al administrado. Teniendo en cuenta además que el mismo configura un acto administrativo ficto y en consecuencia si otro administrado pretende impugnarlo estamos ante el supuesto que hemos analizado en el acápite precedente y no ante el que venimos comentando.

En este orden de ideas el silencio administrativo negativo opera ante la inactividad formal de la Administración, permitiendo al administrado considerar que su solicitud ha sido rechazada. En tal sentido, el silencio administrativo negativo pretende ser un paliativo a la inacción de la entidad, habilitando la interposición de los recursos respectivos, o en su caso, la iniciación del Proceso Contencioso Administrativo¹⁸. Ello no obsta, sin embargo, para que el particular pueda esperar el pronunciamiento de la Administración.

Inicialmente, el silencio administrativo negativo se había convertido en la regla en la tramitación de procedimientos administrativos. Sin embargo, el Reglamento de la Ley de Simplificación Administrativa incorporó el silencio administrativo positivo, para circunstancias derivadas de la tramitación de autorizaciones, licencias y permisos. Más bien, fue el Decreto Legislativo N° 757 el que convirtió el silencio administrativo negativo en la excepción, revirtiendo la situación existente hasta fines de la década de 1980.

Ahora bien, la redacción original de la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo no era consistente con esta consideración. De hecho, dicha Ley establecía un plazo para impugnar el silencio administrativo¹⁹, lo cual afectaba

claramente la naturaleza de dicha garantía, pues para la citada Ley el silencio administrativo negativo si genera el transcurso de los plazos. En tal circunstancia, resultaría pertinente la interposición del amparo. Sin embargo, la misma Ley, en una norma absolutamente incorrecta, establecía que si ha transcurrido el plazo para el empleo del contencioso administrativo no existe mecanismo alguno para impugnar la actuación administrativa en cuestión.

Esta situación fue corregida, de manera pertinente, por el Decreto Legislativo N° 1067, el mismo que modifica el artículo 17° de la Ley N° 27584, al prescribir que, en el caso del silencio administrativo negativo, se observará lo establecido en el numeral 188.5 del artículo 188° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, el mismo que define que el silencio administrativo negativo no genera transcurso de plazo. Como resultado, la regulación del silencio administrativo en la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo es consistente con lo establecido por la jurisprudencia y la doctrina respecto a dicha materia.

3.2 El caso del acto administrativo tardío

Inclusive, la norma establece el régimen aplicable al acto tardío, señalando que carece de eficacia el pronunciamiento hecho por la Administración una vez que fue notificada con la demanda contencioso-administrativa. Ello es enteramente lógico, aunque habría sido más pertinente hablar de invalidez antes que de ineficacia, puesto que el acto expreso habría sido emitido cuando el administrado ya le ha otorgado efecto jurídico a la falta de pronunciamiento de la autoridad administrativa.

Por otro lado, si el acto expreso emitido por la autoridad administrativa se produce antes de la notificación de la demanda, el órgano jurisdiccional podrá, a solicitud del demandante, incorporar como pretensión la impugnación de dicho acto expreso o concluir el proceso, dependiendo evidentemente del sentido de la decisión administrativa. En el primer caso, el Proceso Contencioso Administrativo por omisión dejaría de ser tal, dado que la impugnación iría dirigida contra una declaración de la administración, en este caso, un acto administrativo.

¹⁸ Artículo 188° inciso 188.3 de la Ley N° 27444.

¹⁹ **Artículo 17°.- Plazos**

La demanda deberá ser interpuesta dentro de los siguientes plazos:

(...)

3. Cuando se produzca silencio administrativo, inercia y cualquier otra omisión de las entidades administrativas, el plazo para interponer la demanda será de seis meses computados desde la fecha que venció el plazo legal para expedir la resolución o producir el acto administrativo solicitado.

(...)

3.3 La inactividad administrativa material

La Administración Pública no solo incurre en inactividad formal, sino también en aquella en la que incurre omitiendo un comportamiento material, al cual se encuentra obligada por el ordenamiento o por una actuación administrativa. En estos casos es evidente que también se está incurriendo en una omisión susceptible de ser impugnada por ser ilegal, pero que además puede vulnerar los intereses del administrado.

Ahora bien, puede en este caso considerarse que el proceso a emplearse debería ser el proceso de cumplimiento. Sin embargo, como bien se sabe, a este proceso le afecta también el principio de residualidad o subsidiaridad propio de los procesos constitucionales, situación en la cual el proceso aplicable es el contencioso administrativo por omisión, que como se ha señalado se tramita vía el proceso urgente, cumpliendo con los requisitos establecidos para el mismo.

IV. Las actuaciones materiales

La norma establece que también son susceptibles de impugnación las llamadas actuaciones materiales, que constituyen comportamientos y actividades reales de la Administración, que no se configuran en instrumentos legales. A esto último, buena parte de la doctrina lo denomina hecho de la administración, para diferenciarlo del simple acto o del acto administrativo propiamente dicho, lo cual no es óbice para considerar que dicho acto se da en cumplimiento de la función administrativa de la entidad²⁰.

4.1 Las actuaciones materiales que no se sustentan en actos administrativos

Ahora bien, la norma distingue dos supuestos, la actuación material que no se sustenta en un acto administrativo y aquella que al ejecutar el acto trasgrede el ordenamiento jurídico. El primer caso parece evidente, pero no es así. La forma como la norma está redactada podría hacernos pensar que todo acto administrativo que no se sustenta en un acto administrativo es ilegal, lo cual no es cierto puesto que existen comportamientos

materiales que se encuentran sustentados en otras actuaciones administrativas, o en normas en general. En este orden de ideas, todo comportamiento material que carece de sustento vulnera el ordenamiento, siendo susceptible de impugnación a través del Proceso Contencioso Administrativo.

4.2 Los actos de ejecución que vulneran el ordenamiento

Por otro lado, es evidente que puede impugnarse los actos de ejecución que vulneran el ordenamiento. Sin embargo acá existe una controversia que debemos dilucidar respecto al mecanismo de impugnación establecido en la Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva, que es la revisión judicial del procedimiento. Este consiste en la revisión judicial de la legalidad y cumplimiento de las normas previstas para su iniciación y trámite y se sustancia ante la Corte Superior.

La propia norma establece que el proceso de revisión judicial será tramitado mediante el Proceso Contencioso Administrativo de acuerdo al proceso sumarísimo previsto en el artículo 24° de la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones previstas en la norma. Pero dicho proceso ha sido reemplazado por el proceso urgente, el cual no se tramita ante la Corte Superior y tiene un trámite eminentemente más sencillo²¹.

V. Las actuaciones sobre el personal dependiente de la Administración Pública

Esta actuación administrativa podría estar incorporada en cualquiera de las antes referidas. Ello porque toda actuación que afecte el personal se configura como un acto de administración interna o como un comportamiento material, como podría ser una rotación, un destaque o la separación del cargo. Sin embargo, resulta de medular importancia señalarla de manera separada para establecer con claridad que las acciones de personal son susceptibles de discusión jurisdiccional a efectos de proteger los derechos de los trabajadores.

²⁰ DROMI, Roberto – Op. cit., p. 197.

²¹ **Artículo 27.-** Reglas de Procedimiento

Cualquiera de las pretensiones a que se refiere el presente artículo será tramitada, bajo responsabilidad de quien lo pide, como medida urgente previo traslado a la otra parte por el plazo de tres días. Vencido el plazo, con o sin absolución de la demanda, el Juez dictará en la sentencia la medida que corresponda a la pretensión invocada dentro del plazo de cinco días.

El plazo para apelar la sentencia es de cinco días, contados a partir de su notificación y se concede con efecto suspensivo.

Las demandas cuyas pretensiones no satisfagan los requisitos para la tutela urgente, se tramitarán conforme a las reglas establecidas para el proceso especial.

A fin de reafirmar este concepto, el Tribunal Constitucional ha considerado, en la célebre sentencia Baylon Flores, que el Estado es el único empleador en las diversas entidades de la Administración Pública²². A ello se agrega el hecho de que el artículo 4º, literal 6) de la Ley N.º 27584, que regula el Proceso Contencioso Administrativo, dispone que las actuaciones administrativas sobre el personal dependiente al servicio de la Administración Pública son impugnables a través del Proceso Contencioso Administrativo.

Como resultado, el Tribunal Constitucional ha estimado que la vía normal – y la más idónea – para resolver las pretensiones individuales por conflictos jurídicos derivados de la aplicación de la legislación laboral pública es el Proceso Contencioso Administrativo, dado que permite la reposición del trabajador despedido y prevé la concesión de medidas cautelares. Ello dado que la declaración de nulidad de la resolución que decide el despido opera de manera retroactiva, generando que la situación jurídica sea la previa a la emisión de la citada resolución, en la cual el recurrente se encontraba laborando.

Asimismo, el contencioso administrativo permite la concesión de medidas cautelares innovativas y de no innovar²³, lo cual podría generar inclusive que el trabajador permanezca en su centro de trabajo mientras dure el proceso judicial. Ello incluye las medidas cautelares fuera de proceso, las mismas que no existen en el proceso de amparo.

De la misma manera, el Tribunal ha señalado que el mismo análisis debe efectuarse respecto a las pretensiones por conflictos jurídicos individuales respecto a las actuaciones administrativas sobre el personal dependiente al servicio de la Administración Pública y que se derivan de derechos reconocidos por la Ley, tales como nombramientos, impugnación de adjudicación de plazas, desplazamientos, reasignaciones o rotaciones, cuestionamientos relativos a remuneraciones, bonificaciones, subsidios y gratificaciones, permisos, licencias, ascensos, promociones, impugnación de procesos administrativos disciplinarios, sanciones administrativas, ceses por límite de edad, excedencia, reincorporaciones, rehabilitaciones, compensación por tiempo de servicios y cuestionamiento de la

actuación de la administración con motivo de la Ley N° 27803, entre otros.

Finalmente, en este caso existe una vía administrativa específica, que implica que la controversia sea dilucidada previamente por el Tribunal del Servicio Civil, conforme lo establecen las normas pertinentes sobre el particular, mecanismo diseñado con la finalidad de servir como filtro a fin de que solamente algunos de los conflictos de materia laboral en los que esté incurso la administración lleguen hasta el Poder Judicial.

VI. Las actuaciones administrativas excluidas

6.1 Las excepciones al principio de exclusividad

El principio de exclusividad posee dos excepciones. A diferencia de lo que ocurre en el derecho comparado, el Proceso Contencioso Administrativo peruano no puede ser empleado para impugnar normas administrativas; las mismas que se impugnan a través de un proceso constitucional denominado acción popular, sin perjuicio del ejercicio del control difuso por parte del juez²⁴.

La distinción estriba en la naturaleza de la pretensión. Mientras que la pretensión del contencioso administrativo se sustenta en el interés particular del administrado, o en peor de los casos en un interés difuso, la acción popular se sustenta en el interés general. Es por ello que la acción popular puede ser presentada por cualquier persona y el efecto es de aplicación general, puesto que la norma administrativa queda derogada como resultado de la sentencia estimatoria.

En este orden de ideas, la norma reglamentaria se define como el instrumento jurídico de alcance general emitido por la Administración Pública y que afecta a los administrados. En consecuencia, los reglamentos constituyen una fuente cualitativa y cuantitativa del derecho administrativo; siendo además normas en sentido material y, que nunca tienen un alcance individual.

En tanto dicha potestad se encuentra regulada por la Constitución y la Ley, los reglamentos no

²² STC. N° 0206-2005-PA/TC, de fecha 28 de noviembre de 2005, fundamentos 21 y siguientes.

²³ Ley N° 27584:

Artículo 37º.- Medidas de innovar y de no innovar

Son especialmente procedentes en el Proceso Contencioso Administrativo las medidas cautelares de innovar y de no innovar.

²⁴ Artículo 9º del Texto Único Ordenado de la Ley de la Ley N° 27584.

implican una declaración de voluntad, como lo señala erróneamente cierto sector de la doctrina comparada²⁵, sino más bien una decisión normativa reglada. La emisión de un reglamento es siempre un acto cognitivo, resultado de un procedimiento previo, debidamente regulado por las normas legales.

Pero los reglamentos no son las únicas normas que las entidades administrativas emiten. Otras normas administrativas están constituidas por las directivas y los instrumentos de gestión, las mismas que tiene en común que no están dirigidas a los administrados (como ocurre con los reglamentos), sino más bien a la propia Administración Pública. Mientras que las directivas regulan un aspecto determinado la organización administrativa, los instrumentos de gestión se dirigen a la integridad de dicha organización. Son ejemplos de instrumentos de gestión el manual de organización y funciones (MOF) o el Cuadro para Asignación de Personal (CAP).

6.2 Los contratos de derecho público

La segunda excepción al principio de exclusividad se dirige a la ejecución de determinados contratos de derecho público, y en particular, los contratos administrativos regulados por el Decreto Legislativo N° 1017²⁶. Las razones de esta previsión legal se enmarcan en dos prioridades aplicadas a la contratación administrativa como mecanismo empleado por la Administración Pública para satisfacer necesidades públicas.

En primer lugar, la celeridad del arbitraje es mucho mayor que la que muestra el Poder Judicial, lo cual permite resolver los posibles conflictos generados por la ejecución contractual de una manera más rápida. Una controversia que demande varios años en ser resuelta puede dejar una carretera sin construir o suministros necesarios sin despachar, lo cual afecta el interés general.

En segundo lugar, los mecanismos establecidos para la designación de los árbitros y la tramitación del arbitraje en la contratación administrativa permiten que sea una jurisdicción – consideramos

que es tal, lo cual es avalado por precedente vinculante emitido por el Tribunal Constitucional²⁷ – más especializada que la que corresponde al Poder Judicial. Normalmente, los árbitros son designados a partir de registros que establecen un procedimiento para incorporarse a ellos, lo cual otorga una importante garantía de probidad y especialización. De hecho, la revisión del laudo por parte del Poder Judicial es eminentemente excepcional, siendo el mismo definitivo.

El Estado ha recurrido al arbitraje como resultado de la constatación de que su propio Poder Judicial no brinda las garantías necesarias para que el sistema funcione adecuadamente²⁸. De hecho, la normativa vigente hasta la promulgación de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado ya derogada regulaba un mecanismo de resolución de controversias por completo distinto, que consistía en la solución de las controversias por parte de un tribunal administrativo, para que luego sea revisado a través del Proceso Contencioso Administrativo vigente en aquel entonces; mecanismo que resultaba ser por completo ineficiente. El empleo del arbitraje en este caso es la verificación de que no todo puede someterse al control jurisdiccional propio del Poder Judicial, por evidentes razones de eficiencia²⁹.

6.3 El Jurado Nacional de Elecciones

Por otro lado, el artículo 142° de la Constitución aparentemente reconoce la existencia de dos tipos de resoluciones estatales que no son impugnables a través de un Proceso Contencioso Administrativo: Las que son emitidas por el Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral y las emitidas por el Consejo Nacional de la Magistratura en materia de destitución de magistrados. Sobre ello es preciso efectuar dos aclaraciones.

La primera, que las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral son decisiones jurisdiccionales, no administrativas, razón por la cual no cabe contra las mismas el Proceso Contencioso Administrativo pero si el proceso de amparo³⁰, por las mismas razones por

²⁵ DROMI, José Roberto – *Op. cit.*, p. 309.

²⁶ Artículo 52° del Decreto Legislativo N° 1017.

²⁷ STC N.° 6167-2005-PHC/TC, de fecha 28 días de febrero de 2006.

²⁸ Sobre el particular: BULLARD GONZALEZ, Alfredo – “**Enemigos Íntimos. El arbitraje y los contratos administrativos**”. En: *Revista Peruana de Arbitraje* N.° 2. Lima: Grijley, 2006, p. 161 y ss.

²⁹ Sobre el particular: PAREJO ALFONSO, Luciano – “**Estudio sobre Arbitraje**”. En: *Control de la Administración Pública*. México: UNAM, 2007, p. 309 y ss.

³⁰ Sobre el particular: SALCEDO CUADROS, Carlo Magno – “**¿Qué es materia electoral? A propósito del control jurisdiccional de las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones**”. En: *Actualidad Jurídica* N.° 143. Lima: Gaceta Jurídica, 2005, p. 146 y ss.

las que cabe dicho proceso constitucional contra resoluciones emanadas de un proceso judicial que no es regular, en aplicación a contrario del artículo 200° de la Constitución.

Ello, sin perjuicio de determinadas circunstancias en las cuales dicho organismo se pronuncia emitiendo decisiones administrativas, las mismas que son susceptibles de ser impugnadas a través del Proceso Contencioso Administrativo, como podrían ser por ejemplo las declaraciones de vacancia de las autoridades municipales y regionales o la revisión de las sanciones aplicadas a los partidos políticos por parte de la ONPE³¹.

Si bien en este último caso se señala que contra lo resuelto por el Jurado Nacional de Elecciones no cabe recurso alguno, debe entenderse que ese recurso es administrativo, no jurisdiccional.

Es por ello que se considera que el Jurado Nacional de Elecciones constituye lo que se denomina un tribunal mixto, es decir, un organismo que se comporta como tribunal jurisdiccional o como tribunal administrativo dependiendo de la materia que se encuentre resolviendo. El problema estriba precisamente en el hecho que no existe norma alguna en el ordenamiento jurídico peruano que defina con suficiente claridad que debe considerarse materia electoral para definir la competencia del Jurado Nacional de Elecciones en cada caso. Sin embargo, se considera como materia electoral aquello que ocurra en el contexto de un proceso electoral, con la definición del mismo que se encuentra contenida en la Ley Orgánica de Elecciones.

6.4 El caso del Consejo Nacional de la Magistratura

Ahora bien, las decisiones del Consejo Nacional de la Magistratura no tienen porque poseer la calidad que la norma constitucional les atribuye, puesto que admitir ello implicaría permitir el uso arbitrario del poder, que no es admisible en un Estado de Derecho, puesto que las decisiones de dicho organismo constituyen actuaciones administrativas. Ello significa que nada obstaría para que dichas decisiones puedan ser revisadas a través del empleo del Proceso Contencioso Administrativo.

Sobre ello se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia, estableciendo que es posible revisar dichas decisiones cuando las mismas vulneran derechos fundamentales³², generando en buena cuenta lo que doctrina denomina una mutación constitucional. Sin embargo, dicha revisión solo podría efectuarse a través del proceso de amparo, lo cual discute el carácter de nuestro Proceso Contencioso Administrativo, en tanto proceso de plena jurisdicción.

En este orden de ideas, el Tribunal Constitucional ha considerado que la limitación contenida en el artículo 142° de la Constitución no puede entenderse como exención de inmunidad frente al ejercicio de una competencia ejercida de modo inconstitucional, pues ello supondría tanto como que se proclamase que en el Estado Constitucional de Derecho, la Constitución Suprema puede ser rebasada o afectada y que contra ello no exista control jurídico alguno que pueda intentarse. El Tribunal ha señalado que la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico-estatal y, como tal, la validez de todos los actos y normas expedidos por los poderes públicos depende de su conformidad con ella.

VII. La pretensión indemnizatoria

La redacción original del artículo 26° de la Ley N° 27584 preceptuaba que la pretensión de indemnización de daños y perjuicios se planteaba como pretensión principal, de acuerdo a las reglas de los Códigos Civil y Procesal Civil. Esta disposición era por completo incorrecta³³. Para empezar, porque existe norma sustantiva que regula la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública que es el artículo 238° de la Ley N° 27444, el mismo que fuera modificado por el Decreto Legislativo N° 1029; siendo evidente la pertinencia de esta regulación administrativa, dada la particular naturaleza de dicha responsabilidad patrimonial.

Por regla general, la Administración Pública actúa en beneficio de los administrados. Sin embargo, es posible que su actuación genere daños a los particulares. Y, el hecho de que su funcionamiento obedezca, supuestamente, al bien común o al interés general no lo exime de la responsabilidad

³¹ Artículo 36°, párrafo final, de la Ley de Partidos Políticos.

³² LEDESMA NARVAEZ, Marianella – “Resoluciones no revisables por el Poder Judicial”. En: GUTIERREZ, Walter (dir.) – *La Constitución Comentada*. Lima: Gaceta Jurídica, 2005, T. II, pp. 662-663.

³³ Sobre el particular: HUAPAYA TAPIA, Ramón – *Tratado del Proceso Contencioso Administrativo*. Lima: Jurista, 2006, p. 883 y ss.

de reparar el daño causado. A la Administración se le permite entonces originar el perjuicio, pero se le asigna la responsabilidad de repararlo³⁴. Un ejemplo muy interesante es la expropiación, perfectamente lícita pero cuyo resarcimiento es obligatorio.

7.1 La perspectiva adjetiva o procesal de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública

Pero, lo más importante, desde que la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública existe - una vez emitida la célebre Sentencia Blanco - se tiene claro que la misma es de competencia de los jueces contencioso administrativos y no del juez especializado civil, razón por la cual la norma procesal aplicable es la que regula el Proceso Contencioso Administrativo. El proceso civil no posee las condiciones requeridas para tramitar una pretensión de esta naturaleza.

La Sentencia Blanco permitió definir el derecho que debía aplicarse en un problema de responsabilidad estatal en la prestación de un servicio público³⁵. Agnes Blanco fue una joven que sufrió un accidente producido por una vagoneta que circulaba entre dos edificios en la ciudad de Burdeos. En primer lugar, se determinó que por ser la vagoneta un bien que cumplía un servicio público debía someterse la controversia a la competencia administrativa.

En segundo término, y lo que es más importante, se determinó la directa responsabilidad del Estado en tanto Administración Pública en los daños causados a la joven en mención. El Tribunal de Conflictos determinó que la responsabilidad estatal no se rige por las normas del Código Civil sino por las normas administrativas, lo cual en el caso de nuestra regulación queda claro una vez revisado el artículo 238° de la Ley N° 27444.

7.2 La reforma producida

Ahora bien, el Decreto Legislativo N° 1067 resuelve el problema, pero a medias. Modifica

el artículo 5° de la norma, incorporando como pretensión la indemnización por el daño causado con alguna actuación impugnante, conforme al artículo 238° de la Ley N° 27444, siempre y cuando se plantee acumulativamente a alguna de las pretensiones señaladas en dicho artículo, vale decir, que el daño sea resultado de una actuación administrativa impugnante.

Y decimos que esta es una solución a medias puesto que no resuelve el problema en el caso de la pretensión indemnizatoria planteada como pretensión principal, llegando al absurdo de asumir que dicha pretensión se tramita a través del proceso civil. En este caso consideramos que debemos recurrir al contencioso administrativo también, así como a las normas administrativas sustantivas aplicables, encontrándose esto último fuera de toda discusión.

La pretensión indemnizatoria en vía principal, tramitada a través de Proceso Contencioso Administrativo, permite proteger el interés del administrado afectado sin que haya ocurrido una actuación administrativa determinada. Pretender distinguir la vía procesal según si la pretensión es principal o accesoria obligaría al juez civil a emplear la norma administrativa para resolver, lo cual es claramente inconsistente.

Asimismo, el proceso civil no está diseñado para discutir ninguna de las pretensiones provenientes de las relaciones entre los administrados y la autoridad administrativa; siendo más bien el Proceso Contencioso Administrativo el que resulta pertinente para discutir si es que el comportamiento de la entidad administrativa vulnera derechos o intereses de los administrados³⁶.

VIII. A modo de conclusión

El Proceso Contencioso Administrativo en el Perú está diseñado como un proceso eminentemente subjetivo y que tiende a ser de plena jurisdicción. Para ello es necesario que exista una amplia gama de actuaciones administrativas susceptibles de revisión a través de dicho mecanismo. En dicho ámbito se incluyen no solo declaraciones,

³⁴ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón - **Curso de Derecho Administrativo**. Madrid: Civitas, 2000, p. 355.

³⁵ VIDAL PERDOMO, Jaime - **Derecho Administrativo**. Bogotá, Temis, 1997, p. 229. Y es que la concepción francesa a este nivel implicó la determinación de la responsabilidad administrativa sobre bases distintas a las del derecho civil, incorporando en dicha responsabilidad la noción de servicio público en forma directa. ORTEGA, Luis - "La Responsabilidad Civil de la Administración Pública". En: *Themis Segunda Época*, N° 32. Lima: Themis, 1995, p. 18.

³⁶ Sobre el particular: MONZÓN VALENCIA DE ECHEVARRIA, Loretta - **La pretensión indemnizatoria en el Proceso Contencioso Administrativo**. Lima: Ediciones Legales, 2009, p. 67 y ss.

sino también omisiones y comportamientos materiales.

Ahora bien, no obstante que existen excepciones al principio de exclusividad, ello no implica que las actuaciones administrativas excluidas no sean

susceptibles de revisión jurisdiccional, como es el caso de las normas administrativas y de los conflictos generados en la etapa de ejecución contractual en el contexto de contratación administrativa.