



Visítanos en

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

JUAN CARLOS MORÓN URBINA

COMENTARIOS A LA LEY DEL
**PROCEDIMIENTO
ADMINISTRATIVO
GENERAL**

NUEVO TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY N° 27444
(DECRETO SUPREMO N° 004-2019-JUS)

TOMO II

14^a EDICIÓN

REVISADA
ACTUALIZADA
AUMENTADA

CONFORME
AL TUO 2019

G ACETA
JURIDICA

COMENTARIOS A LA
LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL
TOMO II

JUAN CARLOS MORÓN URBINA

COMENTARIOS A LA LEY DEL
**PROCEDIMIENTO
ADMINISTRATIVO**
GENERAL

NUEVO TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY N° 27444
(DECRETO SUPREMO N° 004-2019-JUS)

TOMO II

14^a EDICIÓN

REVISADA
ACTUALIZADA
AUMENTADA
CONFORME
AL TUO 2019

**GACETA
JURIDICA**

Av. Angamos Oeste N° 526, Urb. Miraflores
Miraflores, Lima - Perú / ☎ (01) 710-8900
www.gacetajuridica.com.pe

COMENTARIOS A LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL
Nuevo Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444
Tomo II

© **Juan Carlos Morón Urbina**
© **Gaceta Jurídica S.A.**

Décima cuarta edición: abril 2019
Primera edición: octubre 2001
2600 ejemplares
Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú
2019-04974
ISBN Obra completa: 978-612-311-628-6
ISBN Tomo II: 978-612-311-630-9
Registro de proyecto editorial
31501221900406

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

Diagramación de carátula: Martha Hidalgo Rivero
Diagramación de interiores: Jennifer P. Gutiérrez Arroyo

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
Abril 2019
Publicado: mayo 2019

TÍTULO II

DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

CAPÍTULO VI

INSTRUCCIÓN DEL PROCEDIMIENTO

Artículo 170 Actos de instrucción⁽⁵⁰⁰⁾

170.1 *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.*

170.2 *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 N° 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 controles posteriores.
- T.P. Art. IV, 1.17: Principio del ejercicio legítimo del poder.
- Art. 35: Procedimiento de evaluación previa con silencio positivo.
- Art. 38: Procedimiento de evaluación previa con silencio negativo.
- Art. 67, 2: Deber de prestar colaboración para esclarecer los hechos.
- Art. 156: Impulso del procedimiento.
- Art. 178: Solicitud de documentos a otras autoridades.
- Art. 180: Solicitud de pruebas a los administrados.
- Art. 183: 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

(500) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 159 de la Ley N° 27444.

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. 183 del TUO de la LPAG), solicitud de documentos a las autoridades (art. 178 del TUO de la LPAG), y la solicitud de información a los administrados (art. 180 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 parecería 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 170.2 del artículo comentado en concordancia con el artículo 183 del TUO de la LPAG.

Artículo 171 Acceso al expediente⁽⁵⁰¹⁾

171.1 *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.*

171.2 *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 según el artículo 160 de la Ley N° 27444, 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 Política del Perú: Art. 2, inc. 5, derecho de información.
- Ley N° 28237: Código Procesal Constitucional (arts. 61 al 65: proceso de hábeas data).
- 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. 57.2, 3: Competencia de la PCM para solicitar información a las entidades públicas.
- Art. 66, 4: Derecho de los administrados a acceder a información gratuita sobre las actividades de las entidades.
- Art. 261.1, 10: Responsabilidad de autoridades y personal de la Administración Pública por difundir información confidencial.

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

 **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-CARIÁS⁽⁵⁰²⁾:

“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 N° 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 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

(502) BREWER-CARIÁS, Allan. “El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos”. En: *Colección Estudios Jurídicos N° 16*, editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1985, p. 116.

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 partícipe 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 66 del TUO de la LPAG expresamente indica que ese derecho se ejerce “sin limitación alguna”, sin perjuicio de las reservas contempladas en el artículo 171 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 llevarán a la Administración Pública a adoptar una determinada decisión, y en esa medida, ejercer una adecuada defensa de sus derechos e intereses.

Artículo 172 | Alegaciones⁽⁵⁰³⁾

172.1 *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.*

172.2 *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. 68: Suministro de información a las entidades.
- Art. 104: Impugnación de la decisión.
- Art. 136.2: Anotación de las observaciones a documentación presentada.
- Art. 158.2: Oportunidad para plantear cuestiones distintas al asunto principal.
- Art. 195: Desarrollo y efectos de la audiencia pública.
- Art. 217: Facultad de contradicción.
- Art. 233: Contestación de la reclamación.
- Art. 254: Caracteres del procedimiento sancionador.
- Art. 255: 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.

(503) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 161 de la Ley N° 27444.

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 inductiva (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 173 | **Carga de la prueba**⁽⁵⁰⁴⁾

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

173.2 *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. 86, 3: Deber de encauzar el procedimiento de oficio.
- Art. 156: Impulso del procedimiento.
- Art. 174: Actuación probatoria.
- Art. 175: Omisión de actuación probatoria.
- Art. 176: Hechos no sujetos a actuación probatoria.
- Art. 177: Medios de prueba.
- Art. 178: Solicitud de documentos a otras autoridades.
- Art. 180: Solicitud de pruebas a los administrados.
- Art. 181: Norma supletoria.
- Art. 186: Testigos.
- Art. 187: Peritaje.
- Art. 188: Actuación probatoria de autoridades públicas.
- Art. 189: Gastos de actuaciones probatorias.
- Art. 190: 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

(504) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 162 de la Ley N° 27444.

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⁽⁵⁰⁵⁾, 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 contrainterésado 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. 173.1 del art. 173 del TUO de la LPAG), mas en los procedimientos trilaterales y autorizatorios la carga es en principio del peticionario, pero la Administración

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

Pública mantiene el deber de probar los hechos impeditivos-extintivos que determinen la denegación del derecho.

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. 176 del TUO de la LPAG);
- Derecho al ofrecimiento de medios probatorios y a que sean actuados y meritados, salvo que la Administración Pública motivadamente determine que no guardan relación con el fondo del asunto, sean improcedentes o innecesarios (num. 174.1 del art. 174 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. 180.2. del art. 180 del TUO de la LPAG).

Artículo 174 Actuación probatoria⁽⁵⁰⁶⁾

174.1 *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.*

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

174.3 *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. 147.2: Prórroga de plazos para la actuación de pruebas.
- Art. 159, 2: Disposición de todos los trámites necesarios en un mismo acto procesal.
- Art. 177: 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 distinguo 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.

(506) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 163 de la Ley N° 27444.

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⁽⁵⁰⁷⁾.

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”⁽⁵⁰⁸⁾.

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.

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

(508) 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, concierne 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, imperinentes 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).
- Inadmisibile, 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 174.2 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 99 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, acarreado 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 174.3 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 175 Omisión de actuación probatoria⁽⁵⁰⁹⁾

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. 170: Actos de instrucción.
- Art. 198: Contenido de la resolución.
- Art. 227: 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.

(509) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 164 de la Ley N° 27444.

Artículo 176 | **Hechos no sujetos a actuación probatoria**⁽⁵¹⁰⁾

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. 34: Fiscalización posterior.
- Art. 48: Documentación prohibida de solicitar.
- Art. 49: Documentos sucedáneos de los originales.
- Art. 50: Validez de actos administrativos de otras entidades y suspensión del procedimiento.
- Art. 51: Presunción de veracidad del procedimiento administrativo.
- Art. 52: 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.

(510) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 165 de la Ley N° 27444.

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 (obrepcción) 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 177 Medios de prueba⁽⁵¹¹⁾

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. 167: Elaboración de actas.
- Art. 170: Actos de instrucción.
- Art. 173: Carga de la prueba.
- Art. 174: Actuación probatoria.
- Art. 178: Solicitud de documentos a otras autoridades.
- Art. 179: Presentación de documentos entre autoridades.
- Art. 180: Solicitud de pruebas a los administrados.
- Art. 181: Norma supletoria.
- Art. 183: Petición de informes.
- Art. 186: Testigos.
- Art. 187: Peritaje.
- Art. 188: Actuación probatoria de autoridades públicas.
- Art. 189: Gastos de actuaciones probatorias.
- Art. 190: 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

(511) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 166 de la Ley N° 27444.

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),
- Sucédáneos 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 178 | Solicitud de documentos a otras autoridades⁽⁵¹²⁾

178.1 *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.*

178.2 *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 N° 27444)



CONCORDANCIAS INTERNAS

- Art. 87.2.2: Colaboración entre entidades. Deber de proporcionar datos e informes.
- Art. 159, 3: Fecha cierta del plazo cuando se soliciten trámites por otras autoridades.
- Art. 179: Presentación de documentos entre autoridades.
- Art. 261.1, 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 87 y siguientes del TUO de la LPAG, al cual remitimos los comentarios generales.

(512) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 167 de la Ley N° 27444.

Artículo 179 | **Presentación de documentos entre autoridades**⁽⁵¹³⁾

179.1 *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.*

179.2 *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 N° 27444)

**CONCORDANCIAS INTERNAS**

- Art. 87.2.1: Deber de respetar la competencia de otras entidades.
- Art. 159, 3: Fecha cierta del plazo cuando se soliciten trámites por otras autoridades.
- Art. 178: Solicitud de documentos a otras autoridades.
- Art. 261.1, 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.

(513) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 168 de la Ley N° 27444.

Artículo 180

Solicitud de pruebas a los administrados⁽⁵¹⁴⁾

- 180.1 *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.*
- 180.2 *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.*
- 180.3 *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 Política del Perú: 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. 45: Requisitos para la realización del procedimiento administrativo.
- Art. 46: Acceso a información para consulta por parte de las entidades.
- Art. 48: Documentación prohibida de solicitar.
- Art. 49: Documentos sucedáneos de los originales.
- Art. 67: Deberes de los administrados en el procedimiento.
- Art. 68: Suministro de información a las entidades por parte de los administrados.
- Art. 69: Comparecencia personal.

(514) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 169 de la Ley N° 27444.

- Art. 70: Formalidades de la comparecencia.
- Art. 138, 4: Requerimiento de la exhibición del original del documento.
- Art. 143, 4: Plazo para actos de cargo al administrado.
- Art. 159, 3: Fecha cierta del plazo cuando se soliciten trámites por otras autoridades.
- Art. 177: 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 68 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 177 del TUO de la LPAG, con el supuesto de comparecencia personal que es regulado en el artículo 69 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 69.

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

El numeral 180.2 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 180.2 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 181 | **Normativa supletoria**⁽⁵¹⁵⁾

En lo no previsto en este apartado la prueba documental se regirá por los artículos 46 y 47^().*

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

**CONCORDANCIAS INTERNAS**

- Art. 48: Documentación prohibida de solicitar.
- Art. 49: Documentos sucedáneos de los originales.
- Art. 178: Solicitud de documentos a otras autoridades.
- Art. 179: Presentación de documentos entre autoridades.
- Art. 180: 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 48 y 49 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.

(515) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 170 de la Ley N° 27444.

* La referencia a los artículos 46 y 47 debe entenderse a los artículos 48 y 49 del Texto Único Ordenado vigente.

Artículo 182

Presunción de la calidad de los informes⁽⁵¹⁶⁾

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

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

(Texto según el artículo 171 de la Ley N° 27444)



CONCORDANCIAS INTERNAS

- Art. 159, 3: Fecha cierta del plazo cuando se soliciten trámites por otras autoridades.
- Art. 170.2: Prohibición de realizar como actos de instrucción la solicitud rutinaria de informes previos.
- Art. 183: Petición de informes.
- Art. 184: Presentación de informes.
- Art. 185: 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⁽⁵¹⁷⁾ 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⁽⁵¹⁸⁾ 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

(516) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 171 de la Ley N° 27444.

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

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

concernientes a los hechos controvertidos. Por su parte, mediante el dictamen una 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 acarrearía 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 183 **Petición de informes**⁽⁵¹⁹⁾

- 183.1 *Las entidades sólo 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.*
- 183.2 *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.*
- 183.3 *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 sólo se requiere confirmación de otros informes o de decisiones ya adoptadas.*

(Texto según el artículo 172 de la Ley Nº 27444)

**ANTECEDENTE**

- Art. 73: LNGPA.

**CONCORDANCIAS INTERNAS**

- Art. 168, 3: Especificación del plazo para solicitar trámites a efectuarse por otras autoridades.
- Art. 170.2: Prohibición de realizar como actos de instrucción la solicitud rutinaria de informes previos.
- Art. 180: Solicitud de pruebas a los administrados.
- Art. 181: Norma supletoria.
- Art. 184: Presentación de informes.
- Art. 185: 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.

(519) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 172 de la Ley Nº 27444.

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"⁽⁵²⁰⁾.

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. 143.3 del art. 143)**

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.

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

Artículo 184 **Presentación de informes**⁽⁵²¹⁾

184.1 *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 éstos correspondan, suscribiéndolos con su firma habitual, consignando su nombre, apellido y cargo.*

184.2 *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. 143, 3: Plazo máximo para la emisión de dictámenes.
- Art. 177, 2: Medios de prueba. Informes y dictámenes.
- Art. 183: Petición de informes.
- Art. 185: Omisión de informe.
- Art. 191: 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).

(521) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 173 de la Ley N° 27444.

- **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 185 Omisión de informe⁽⁵²²⁾

- 185.1 *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.*
- 185.2 *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.*
- 185.3 *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. 143, 3: Plazo máximo para la emisión de dictámenes.
- Art. 182: Presunción de la calidad de informes.
- Art. 183: Petición de informes.
- Art. 184: 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 143.3 del artículo 143 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 impostergradable adoptar, tanto por la dilación del

(522) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 174 de la Ley N° 27444.

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⁽⁵²³⁾, 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.

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

Artículo 186**Testigos**⁽⁵²⁴⁾

186.1 *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 concurre sin justa causa, se prescindirá de su testimonio.*

186.2 *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 N° 27444)

**CONCORDANCIAS INTERNAS**

- Art. 167: Elaboración de actas.
- Art. 173.2: Carga de la prueba. Testimonios.
- Art. 177, 3: Medios de prueba. Testigos.
- Art. 188: 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.

(524) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 175 de la Ley N° 27444.

Artículo 187 **Peritaje**⁽⁵²⁵⁾

187.1 *Los administrados pueden proponer la designación de peritos a su costa, debiendo en el mismo momento indicar los aspectos técnicos sobre los que éstos deben pronunciarse.*

187.2 *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 Nº 27444)

**CONCORDANCIAS EXTERNAS**

- D.Leg. Nº 1310: Medidas adicionales de simplificación administrativa (art. 8, Sistemas de Trámite Documentario de las Entidades de la Administración Pública).
- D.S. Nº 133-2013-PCM: Establece el acceso e intercambio de información espacial entre entidades de la Administración Pública.
- D.S. Nº 083-2011-PCM: Crean la Plataforma de Interoperabilidad del Estado - PIDE.
- R.M. Nº 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. 87.2.3: Colaboración entre entidades.
- Art. 143, 3: Plazo máximo para la emisión de dictámenes.
- Art. 167: Elaboración de actas.
- Art. 173.2: Carga de la prueba. Testimonios.
- Art. 177, 3: Medios de prueba. Peritos.

 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.

(525) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 176 de la Ley Nº 27444.

Artículo 188 **Actuación probatoria de autoridades públicas**⁽⁵²⁶⁾

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 N° 27444)



CONCORDANCIAS INTERNAS

- Art. 177: Medios de prueba.
- Art. 184: Presentación de informes.
- Art. 187: 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.

(526) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 177 de la Ley N° 27444.

Artículo 189 Gastos de actuaciones probatorias⁽⁵²⁷⁾

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, ésta 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 N° 27444)



ANTECEDENTE

- Art. 77: LNGPA.



CONCORDANCIAS INTERNAS

- Art. 56: Reembolso de gastos administrativos.
- Art. 173: Carga de la prueba.
- Art. 174: Actuación probatoria.
- Art. 177: 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 53 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 53 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

(527) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 178 de la Ley N° 27444.

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 190 | **Actuaciones probatorias que afecten a terceros**⁽⁵²⁸⁾

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. 67, 2: Deber de prestar colaboración en el esclarecimiento de los hechos.
- Art. 71: Terceros administrados.
- Art. 177: Medios de prueba.
- Art. 180: 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 180 del TUO de la LPAG.

(528) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 179 de la Ley N° 27444.

Artículo 191 Proyecto de resolución⁽⁵²⁹⁾

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. 198: Contenido de la resolución.
- Art. 227: Resolución del recurso administrativo.
- Art. 254: Caracteres del procedimiento sancionador.

Comentario

La norma consagra una disposición de intermediación entre la labor de la autoridad instructora y la autoridad con potestad resolutoria, 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 resolutorio un informe conteniendo:

- 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;
- Un resumen del contenido de la instrucción, indicando cuáles son las informaciones recibidas y las pruebas actuadas;
- El análisis de la prueba instruida, con la precisión de su mérito a criterio del instructor; y,
- 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

(529) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 180 de la Ley N° 27444.

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”⁽⁵³⁰⁾.

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 (...)”⁽⁵³¹⁾.

El informe busca acelerar el proceso de comprensión de la instancia resolutoria, 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.

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

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

CAPÍTULO VII

PARTICIPACIÓN DE LOS ADMINISTRADOS

Artículo 192 | Administración abierta⁽⁵³²⁾

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 N° 27444)



CONCORDANCIA EXTERNA

- Constitución Política del Perú: 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. 171: Acceso a la información del expediente.
- Art. 193: Audiencia pública.
- Art. 196: Período 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 auto-suficiente, 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

(532) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 181 de la Ley N° 27444.

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”⁽⁵³³⁾.

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”⁽⁵³⁴⁾.

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⁽⁵³⁵⁾, 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.

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

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

(535) 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.

(...)”.

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⁽⁵³⁶⁾ de participación ciudadana a través de la 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 decisonal 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⁽⁵³⁷⁾.

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 decisorios 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

(536) 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.

(537) REYES PÉREZ ALBERDI, María. "Los derechos de participación en los estatutos de autonomía reformados recientemente". En: *Revista de Derecho Político*, Nº 73, UNED, Setiembre-Diciembre 2008, pp. 181-205.

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 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 LPAG contempla 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 193 Audiencia pública⁽⁵³⁸⁾

- 193.1 *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, aborro 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.*
- 193.2 *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.*
- 193.3 *La omisión de realización de la audiencia pública acarrea la nulidad del acto administrativo final que se dicte.*
- 193.4 *El vencimiento del plazo previsto en el artículo 153, 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 Política del Perú: 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. 71.3: Apersonamiento de los terceros administrados.
- Art. 153: Plazo máximo del procedimiento administrativo.
- Art. 177, 3: Medios de prueba. Testigos.
- Art. 192: Participación de los administrados.
- Art. 194: Convocatoria a audiencia pública.
- Art. 195: 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

(538) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 182 de la Ley N° 27444.

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⁽⁵³⁹⁾.

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

(539) 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>.

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 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 vierten 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 194 Convocatoria a audiencia pública⁽⁵⁴⁰⁾

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 N° 27444)



CONCORDANCIAS INTERNAS

- Art. 23.1.1: Publicación en vía principal.
- Art. 192: Participación de los administrados.
- Art. 193: 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.

(540) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 183 de la Ley N° 27444.

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 195 Desarrollo y efectos de la audiencia pública⁽⁵⁴¹⁾

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

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

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

195.4 *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. 62: Contenido del concepto administrado.
- Art. 71: Terceros administrados.
- Art. 192: Participación de los administrados.
- Art. 193: Audiencia pública.
- Art. 194: Convocatoria a audiencia pública.
- Art. 217: 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 62 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

(541) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 184 de la Ley N° 27444.

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, acogéndolas 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 196

Periodo de información pública⁽⁵⁴²⁾

- 196.1 *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 período 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.*
- 196.2 *El período 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.*
- 196.3 *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 Política del Perú: 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. 71.2: Terceros administrados no determinados.
- Art. 170: Actos de instrucción.
- Art. 192: Participación de los administrados.

(542) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 185 de la Ley N° 27444.

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”⁽⁵⁴³⁾. Su conveniencia radica en que no obstante garantizar el

(543) 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.

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”⁽⁵⁴⁴⁾.

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⁽⁵⁴⁵⁾. 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

(544) Ídem.

(545) Una primera propuesta pública 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.

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 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 196 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”⁽⁵⁴⁶⁾ (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⁽⁵⁴⁷⁾. 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

(546) 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”.

(547) 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).

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 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⁽⁵⁴⁸⁾, 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.

(548) 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 pretexto 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 197 **Fin del procedimiento**⁽⁵⁴⁹⁾

- 197.1 *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 199.4 del artículo 199, 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.*
- 197.2 *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. 74: Carácter inalienable de la competencia administrativa.
- Art. 123: Facultad de formular peticiones de gracia.
- Art. 126.2: Poder especial para representación en determinadas actuaciones.
- Art. 198: Contenido de la resolución.
- Art. 199: Efectos del silencio administrativo.
- Art. 200: Desistimiento del procedimiento o de la pretensión.
- Art. 201: Desistimiento de actos y recursos administrativos.
- Art. 202: 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.

(549) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 186 de la Ley N° 27444.

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”⁽⁵⁵⁰⁾.

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.

(550) 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.

Dentro de este último segmento de modificaciones administrativas se encuentra la incorporación de formas alternativas de solución de conflictos (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.⁽⁵⁵¹⁾, Italia⁽⁵⁵²⁾, España⁽⁵⁵³⁾, Francia⁽⁵⁵⁴⁾, Alemania⁽⁵⁵⁵⁾, Colombia⁽⁵⁵⁶⁾, México⁽⁵⁵⁷⁾, Chile⁽⁵⁵⁸⁾, entre otras.

- (551) 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.
- (552) 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".
- (553) 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).
- (554) El Consejo de Estado presentó en 1993 su informe sobre "Regler autrement les conflits: conciliation, transaction, arbitrage en matiere administrative" (publicado en *La Documentation française, Paris, 1993*).
- (555) 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).
- (556) 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.
- (557) 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".
- (558) 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⁽⁵⁵⁹⁾.

Esta tendencia fue registrada por BUSTAMANTE BELAUNDE⁽⁵⁶⁰⁾, 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.

- (559) 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).
- (560) 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 198 | **Contenido de la resolución**⁽⁵⁶¹⁾

198.1 *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.*

198.2 *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. 115: Inicio del procedimiento de oficio.
- Art. 117: Derecho de petición administrativa.
- Art. 151: Efectos del vencimiento del plazo.
- Art. 227: Resolución del recurso administrativo.
- Art. 258: 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

(561) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 187 de la Ley N° 27444.

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"⁽⁵⁶²⁾.

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"⁽⁵⁶³⁾. Para su configuración es

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

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

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.

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”⁽⁵⁶⁴⁾, 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 resolutive 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.

(564) Ídem.

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:

“(…) 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”⁽⁵⁶⁵⁾.

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 198.2 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 198.2 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

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

198.2. 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 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 resolutive por las pretensiones planteadas por las primeras en la medida que cumplan con las exigencias contempladas en el artículo 124 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 199

Efectos del silencio administrativo⁽⁵⁶⁶⁾

- 199.1. *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, la entidad no hubiere notificado el pronunciamiento respectivo. La declaración jurada a la que se refiere el artículo 37 no resulta necesaria para ejercer el derecho resultante del silencio administrativo positivo ante la misma entidad.*
- 199.2 *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 213.*
- 199.3 *El silencio administrativo negativo tiene por efecto habilitar al administrado la interposición de los recursos administrativos y acciones judiciales pertinentes.*
- 199.4 *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.*
- 199.5 *El silencio administrativo negativo no inicia el cómputo de plazos ni términos para su impugnación.*
- 199.6. *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 resolutorias*

(Texto según el artículo 188 de la Ley N° 27444, 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 impugnabile; 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. 32: Calificación de procedimientos administrativos.

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

- Art. 35: Procedimiento de evaluación previa con silencio positivo.
- Art. 38: Procedimientos de evaluación previa con silencio negativo.
- Art. 43.1, 4: Deber de señalar en los procedimientos de evaluación previa el silencio administrativo aplicable.
- Art. 103: Trámite de abstención.
- Art. 151.3: Obligación de cumplir un acto fuera del plazo legal establecido.
- Art. 193.4: Imposibilidad de la audiencia pública. Silencio administrativo negativo.
- Art. 197.1: Actos que ponen fin al procedimiento administrativo.
- Art. 199.2: Silencio positivo tiene carácter resolutorio que pone fin al procedimiento.
- Art. 225: Silencio administrativo en materia de recursos.
- Art. 228: Agotamiento de la vía administrativa.

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 coincidiera con el impuesto por la LPAG ante el silencio administrativo.

Como expresa bien GARRIDO FALLA⁽⁵⁶⁷⁾ “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”.

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

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 inadmisibles que pudiera considerarse la figura del silencio administrativo para resolver, por ejemplo, la fase constitutiva de licitaciones públicas, procedimientos investigatorios, de fiscalización 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 redacción del artículo 199.1, 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 administrativo positivo, no solo deben transcurrir los 30 días del plazo ordinario del procedimiento de evaluación previa, sino que además deben transcurrir 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 36 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 199.1 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 213 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 documentalente. 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 199.2 concluye indicando que el efecto del silencio positivo existe, “sin perjuicio de la potestad de nulidad de oficio prevista en el artículo 213 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”⁽⁵⁶⁸⁾. Para ello debe tenerse en cuenta que las situaciones calificadas para justificar la anulación del silencio positivo son tres⁽⁵⁶⁹⁾:

- 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

(568) 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.

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

(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 199.3, 199.4 y 199.5 están dedicados a explicitar los principales efectos del silencio administrativo respecto al administrado y a la autoridad administrativa.

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 cansa 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”⁽⁵⁷⁰⁾.

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⁽⁵⁷¹⁾ “(...) 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 licitatorio, 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 contratante seleccionado entre varios, la responsabilidad o irresponsabilidad disciplinaria o administrativa del procesado, o la certidumbre o inexactitud de una acotación tributaria,

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

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

respectivamente. En tales casos, no cabría acogerse a la figura de la preterición administrativa para pretender concluir abruptamente el procedimiento iniciado.

El numeral 199.5 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.

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"⁽⁵⁷²⁾ (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"⁽⁵⁷³⁾. 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.

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

(573) 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.

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".

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

El numeral 199.6 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 resolutive". 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 200 Desistimiento del procedimiento o de la pretensión⁽⁵⁷⁴⁾

- 200.1 *El desistimiento del procedimiento importará la culminación del mismo, pero no impedirá que posteriormente vuelva a plantearse igual pretensión en otro procedimiento.*
- 200.2 *El desistimiento de la pretensión impedirá promover otro procedimiento por el mismo objeto y causa.*
- 200.3 *El desistimiento sólo afectará a quienes lo hubieren formulado.*
- 200.4 *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.*
- 200.5 *El desistimiento se puede realizar en cualquier momento antes de que se notifique la resolución final que agote la vía administrativa.*
- 200.6 *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.*
- 200.7 *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 según el artículo 189 de la Ley N° 27444, modificado según el artículo 2 Decreto Legislativo N° 1272)

**ANTECEDENTE**

- Arts. 88, 89, 90: LNGPA.

**CONCORDANCIAS INTERNAS**

- Art. 126.2: Poder especial para el desistimiento de la pretensión o del procedimiento administrativo.
- Art. 197.1: Actos que ponen fin al procedimiento administrativo.
- Art. 201: Desistimiento de actos y recursos administrativos.

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

(574) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 189 de la Ley N° 27444.

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 200.5 del artículo comentado que agrega la frase “antes de que se notifique la resolución final que agote la vía administrativa”.

Artículo 201 Desistimiento de actos y recursos administrativos⁽⁵⁷⁵⁾

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

201.2 *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 sólo tendrá efecto para quien lo formuló.*

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



CONCORDANCIAS INTERNAS

- Art. 126.2: Poder especial para el desistimiento del procedimiento administrativo.
- Art. 197.1: Actos que ponen fin del procedimiento.
- Art. 200: Desistimiento del procedimiento o de la pretensión.
- Art. 218: 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 recae. 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 admisorio o denegatorio 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.

(575) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 190 de la Ley N° 27444.

Artículo 202 Abandono en los procedimientos iniciados a solicitud del administrado⁽⁵⁷⁶⁾

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 N° 27444)



ANTECEDENTE

- Arts. 70, 91: LNGPA.



CONCORDANCIAS INTERNAS

- Art. 127.3: Procedencia de emplazamiento para presentar peticiones por separado.
- Art. 197: Fin del procedimiento.
- Art. 218: 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⁽⁵⁷⁷⁾.

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.

(576) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 191 de la Ley N° 27444.

(577) HUTCHINSON, Tomás. *Ley Nacional de Procedimiento Administrativo*. Tomo I, Astrea, Buenos Aires, 1988, pp. 55-56.

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 presume 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 decisiones, ejecutar su voluntad, implantar sus políticas y deja al ciudadano, salvo contadas excepciones como los procesos constitucionales en algunos supuestos, en una posición desventajosa de tener que acudir a la propia autoridad administrativo primero, demandar a la Administración Pública y vencer 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 sí 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 forzosa, entre otros.

Otra expresión de la autotutela 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 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 privilegiada 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 203 Ejecutoriedad del acto administrativo⁽⁵⁷⁸⁾

Los actos administrativos tendrán carácter ejecutivo, 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 Política del Perú: Art. 2, inc. 9, inviolabilidad de ingreso al domicilio y a las propiedades; art. 118, inc. 1, Presidente de la República debe cumplir y hacer cumplir la Constitución y los tratados, leyes y demás disposiciones legales.
- 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. 204: Pérdida de ejecutoriedad del acto administrativo.
- Art. 205: Ejecución forzosa.
- Art. 261.1, 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

(578) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 192 de la Ley N° 27444.

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 certificadorios (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”⁽⁵⁷⁹⁾.

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

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

- 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 propia resolución administrativa y, en su apoyo, puede emplear los medios de ejecutoriedad que establece la LPAG);
 - iv) La ejecutoriedad, en su concepción original, exige 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”⁽⁵⁸⁰⁾.

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,

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

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 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”⁽⁵⁸¹⁾. 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”⁽⁵⁸²⁾.

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,

(581) FIORINI, Bartolomé. *Poder de Policía*. Editorial Alfa, Buenos Aires, 1957, p. 201.

(582) FIORINI, Bartolomé. Ob. cit., p. 203.

por ende, a la Administración Pública) a “cumplir y hacer cumplir la Constitución y los tratados, leyes y demás disposiciones legales”⁽⁵⁸³⁾.

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 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⁽⁵⁸⁴⁾. 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.

(583) Posición compartida por el Tribunal Constitucional, en su STC Exp. N° 001-2005-PI/TC, fs. 44 y 45.

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

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 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”⁽⁵⁸⁵⁾. 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”⁽⁵⁸⁶⁾.

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,

(585) 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.

(586) 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).

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.

- **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 204 Pérdida de ejecutoriedad del acto administrativo⁽⁵⁸⁷⁾⁽⁵⁸⁸⁾

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

204.1.1 *Por suspensión provisional conforme a ley.*

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

204.1.3 *Cuando se cumpla la condición resolutive a que estaban sujetos de acuerdo a ley.*

204.2 *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 según el artículo 193 de la Ley N° 27444, modificado según el artículo 2 Decreto Legislativo N° 1272)



CONCORDANCIAS INTERNAS

- Art. 2: Modalidades del acto administrativo.
- Art. 16: Eficacia del acto administrativo.
- Art. 184: Presentación de informes.
- Art. 203: Ejecutoriedad del acto administrativo.
- Art. 226: Suspensión de la ejecución.

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 204.1) y situaciones que implican una verdadera pérdida definitiva de la fuerza ejecutoria del acto, por imperio de la ley (los supuestos de los numerales 204.1.2 y 204.1.3).

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

(588) 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. 204.1.2 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.

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 226 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 explicita, 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 205 Ejecución forzosa⁽⁵⁸⁹⁾

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° 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. 196: Periodo de información pública.
- Art. 203: Ejecutoriedad del acto administrativo.
- Art. 207: Medios de ejecución forzosa.
- Art. 208: Ejecución coactiva.
- Art. 209: Ejecución subsidiaria.
- Art. 210: Multa coercitiva.
- Art. 211: Compulsión sobre las personas.
- Art. 261.1, 5: Usurpación de funciones.

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

 **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. 261.1 inc. 5 del art. 261 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 escritoriad 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⁽⁵⁹⁰⁾.

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

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

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 la ejecución forzosa, el artículo 205 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 206

Notificación de acto de inicio de ejecución⁽⁵⁹¹⁾

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

206.2 *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. 172.2: Plazo para presentar alegatos.
- Art. 203: Ejecutoriedad del acto administrativo.
- Art. 205: Ejecución forzosa.
- Art. 261.1, 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”⁽⁵⁹²⁾.

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

(591) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 195 de la Ley N° 27444.

(592) 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 207 Medios de ejecución forzosa⁽⁵⁹³⁾

207.1 *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*

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

207.3 *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 Política del Perú: 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. 66, 10: Derecho de los administrados a que las actuaciones que los afecten sean lo menos gravosas.
- Art. 208: Ejecución coactiva.
- Art. 209: Ejecución subsidiaria.
- Art. 210: Multa coercitiva.
- Art. 211: Compulsión sobre las personas.
- Art. 261.1, 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

(593) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 196 de la Ley N° 27444.

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 praxis 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. 66.10 del art. 66 del TUO de la LPAG), de tal suerte que, por ejemplo, debe elegirse la compulsión sobre las personas como última posibilidad (num. 207.1 lit. d del art. 207 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 deven-gue 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 impugnabile 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 208 | **Ejecución coactiva**⁽⁵⁹⁴⁾

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° 069-2003-EF: Reglamento de la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva.

**CONCORDANCIAS INTERNAS**

- Art. 203: Ejecutoriedad del acto administrativo.
- Art. 205: Ejecución forzosa.
- Art. 206: Notificación del acto de inicio de ejecución.
- Art. 207: 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

(594) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 197 de la Ley N° 27444.

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 209 Ejecución subsidiaria⁽⁵⁹⁵⁾

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 Nº 27444)

**CONCORDANCIAS INTERNAS**

- Art. 205: Ejecución forzosa.
- Art. 206: Notificación del acto de inicio de ejecución.
- Art. 207: 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.

(595) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 198 de la Ley Nº 27444.

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 210 **Multa coercitiva**⁽⁵⁹⁶⁾

210.1 *Cuando así lo autoricen las leyes, y en la forma y cuantía que éstas 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.*

210.2 *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. 66, 10: Derecho de los administrados a que las actuaciones que los afecten sean lo menos gravosas.
- Art. 205: Ejecución forzosa.
- Art. 206: Notificación del acto de inicio de ejecución.
- Art. 207: Medios de ejecución forzosa.
- Art. 211: Compulsión sobre las personas.
- Art. 261: 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*.

(596) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 199 de la Ley N° 27444.

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⁽⁵⁹⁷⁾, 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 extra administrativas, etc.

(597) 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 211 **Compulsión sobre las personas**⁽⁵⁹⁸⁾

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 Política del Perú: Art. 2, inc. 24, derecho a la libertad y seguridad personal.



CONCORDANCIAS INTERNAS

- Art. 205: Ejecución forzosa.
- Art. 206: Notificación de acto de inicio de ejecución.
- Art. 207: Medios de ejecución forzosa.
- Art. 210: 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

(598) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 200 de la Ley N° 27444.

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 228.1 del artículo 228 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⁽⁵⁹⁹⁾ 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

(599) 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. 214), en la rectificación de errores materiales (art. 212), en la nulidad de oficio (art. 213). Por su parte, los recursos administrativos están previstos en los artículos que van del 217 y ss.

Como elemento importante debe tenerse en cuenta que estas potestades administrativas han sido procedimentalizadas en el Derecho Administrativo contemporáneo⁽⁶⁰⁰⁾. 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.

(600) 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 212 | Rectificación de errores⁽⁶⁰¹⁾

212.1 *Los errores material o aritmético en los actos administrativos pueden ser rectificadas 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.*

212.2 *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

(601) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 201 de la Ley N° 27444.

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”⁽⁶⁰²⁾.

Son precisamente estos últimos, los errores a los que se refiere el artículo 212 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⁽⁶⁰³⁾ 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).

(602) FORSTHOFF, Ernest. *Tratado de Derecho Administrativo*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958.

(603) 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 transcripción”, 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⁽⁶⁰⁴⁾, 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⁽⁶⁰⁵⁾.

En la misma línea, RUBIO⁽⁶⁰⁶⁾—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).

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

(604) *Ibidem*, p. 37.

(605) *Ibidem*, p. 39.

(606) *Ibidem*, p. 65.

de este artículo. Al respecto, SANTAMARÍA PASTOR⁽⁶⁰⁷⁾ 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 rectificadas 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⁽⁶⁰⁸⁾ 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 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 212 del TUO de la LPAG, sino solo aquellos que, además de cumplir con las características singulares de

(607) SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo*. 2ª edición, volumen II, Editorial Centro de Estudios Ramón Aceres, Madrid, 2000, p. 597.

(608) ARAUJO JUÁREZ, José. *Tratado de Derecho Administrativo formal*. 3ª edición, Vadell Hermanos Editores, Caracas, 1998.

estas figuras, no cambien el sentido de la decisión. En tal sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA⁽⁶⁰⁹⁾ 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 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.

(609) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. 12ª edición, Civitas, Madrid, 2004, p. 667.

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 213 **Nulidad de oficio**⁽⁶¹⁰⁾

- 213.1 *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.*
- 213.2 *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.
- 213.3. *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, o contado a partir de la notificación a la autoridad administrativa de la sentencia penal condenatoria firme, en lo referido a la nulidad de los actos previstos en el numeral 4 del artículo 10.*
(Texto según el numeral 202.3 del artículo 202 de la Ley N° 27444, modificado según el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1452)
- 213.4 *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.*
- 213.5. *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 puede ejercerse dentro del plazo de dos (2) años*

(610) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 202 de la Ley N° 27444.

contados desde la fecha en que el acto haya quedado consentido. 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 según el numeral 202.5 del artículo 202 de la Ley N° 27444, modificado según el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1452)



ANTECEDENTE

- Arts. 40, 109, 111, 112: LNGPA.



CONCORDANCIAS EXTERNAS

- Constitución Política del Perú: Art. 148, acción contencioso-administrativa.
- D.S. N° 013-2008-JUS: TUO de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo (art. 13, Legitimidad para obrar activa).



CONCORDANCIAS INTERNAS

- T.P. Art. VI, 3: Precedentes administrativos.
- Art. 10: Causales de nulidad.
- Art. 17: Eficacia anticipada del acto administrativo.
- Art. 215: Irrevisabilidad de actos judicialmente confirmados.
- Art. 216.2: Indemnización por revocación.
- Art. 260.3: Nulidad de un acto.

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 generis 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.
- 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).
- 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 afecte 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 mínimo 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 115 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 agraven 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 officio* 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 impugnado 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⁽⁶¹¹⁾ declaró inconstitucionales los artículos 109 y 110 de la LNGPA, que contenían la regulación

(611) STC Exp. N° 004-2000-AI/TC interpuesta contra la Ley N° 26960 del 9 de mayo de 2001.

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 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

Como se sabe, en principio, a través del proceso contencioso administrativo, los particulares acuden al Poder Judicial a fin de demandar que se pronuncie sobre la legalidad de determinada actuación administrativa, argumentado legitimidad a partir que vulnera de alguna manera sus derechos o intereses legítimos.

No obstante ello, la LPAG faculta a las entidades administrativas a fin de que estas soliciten la anulación de un acto propio que, por el transcurso del plazo prescriptorio, cuando ellas mismas ya no lo pueden anular en sede administrativa, ejerciendo su clásica potestad de autotutela. No obstante, en caso transcurriera el plazo previsto para ejercer dicha facultad, la misma entidad aun posee una facultad sucesiva de demandar la nulidad de su propio acto en la vía judicial, a través de la **interposición del proceso contencioso administrativo de lesividad**.

La referida facultad (legitimación, en términos procesales) de la Administración Pública para demandar judicialmente la nulidad de sus propios actos se encuentra a su vez recibida en el **artículo 13 del Decreto Supremo N° 013-2008-JUS**⁽⁶¹²⁾ en los siguientes términos:

“Artículo 13.- Legitimidad para obrar activa

Tiene legitimidad para obrar activa quien afirme ser titular de la situación jurídica sustancial protegida que haya sido o esté siendo vulnerada por la actuación administrativa impugnada materia del proceso.

(612) En adelante, “TUOLPCA” (Texto Único Ordenado de la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo).

También tiene legitimidad para obrar activa la entidad pública facultada por ley para impugnar cualquier actuación administrativa que declare derechos subjetivos; previa expedición de resolución motivada en la que se identifique el agravio que aquella produce a la legalidad administrativa y al interés público, y siempre que haya vencido el plazo para que la entidad que expidió el acto declare su nulidad de oficio en sede administrativa” (resaltado agregado).

Asimismo es preciso señalar que, tal como lo mencionáramos en anterior oportunidad⁽⁶¹³⁾, el dictamen de la citada norma, emitido por la Comisión de Justicia del Congreso, mencionó lo siguiente:

“Sobre el pedido de nulidad de la Administración Pública de sus propios actos es conocido en doctrina con el nombre de proceso de lesividad y la dirige contra los particulares que tuvieran interés en el mantenimiento del acto administrativo y que pudieran ser perjudicados por la eventual declaración de nulidad de acto administrativo que les había reconocido derechos subjetivos. Se trata de un proceso sucedáneo al procedimiento administrativo en la medida que se promueve cuando ha vencido el plazo para que la administración declare de oficio la nulidad en sede administrativa y por tal razón obviamente está sujeto a ciertos requisitos de procedencia” (resaltado agregado).

En consecuencia, de los textos antes citados se desprende que la facultad para interponer el proceso contencioso administrativo de lesividad se encuentra reservada únicamente y exclusivamente para aquella entidad administrativa que, por el transcurso del plazo prescriptorio regulado, ya no puede declarar por sí misma (en su propia sede) la nulidad de su propio acto (que agravia la legalidad y el interés público).

Dicho esto, debe quedar claro que el proceso de lesividad resulta ser excepcional y subsidiario a la declaración de nulidad de oficio en vía administrativa⁽⁶¹⁴⁾, es decir, solo procederá en caso la Administración Pública ya no pueda anular su propio acto por el transcurso del plazo prescriptorio. Por ello, los fundamentos⁽⁶¹⁵⁾ del proceso de lesividad residen básicamente en:

- (i) **La tutela administrativa de la legalidad y del interés público**, pues la búsqueda de la anulación judicial muy lejos de ser una potestad discrecional de la Administración Pública, se constituye en un verdadero deber

(613) MORÓN URBINA, Juan Carlos. “El proceso de lesividad: El contencioso promovido por la Administración”. En: *Proceso & Justicia*. Revista de Derecho Procesal. N° 3, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2002, p. 31.

(614) HUAPAYA TAPIA, Ramón. “La regulación del proceso contencioso administrativo de agravio o de lesividad en la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo de Perú”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 145, Gaceta Jurídica, Lima, octubre de 2010, p. 339.

(615) MORÓN URBINA, Juan Carlos. Ob. cit., pp. 33-34.

de la misma por adecuar sus actos a la legalidad. Al respecto, la doctrina extranjera ha sido enfática al sostener que:

“La Administración Pública puede recurrir ante el órgano jurisdiccional competente demandando la nulidad de sus propios actos. Más aún: en determinados casos no solo puede hacerlo, sino que debe hacerlo (...) Cuando un acto administrativo adolece de vicio, pero cuya naturaleza excluye la posibilidad de que la extinción de tal acto sea efectuada directamente por la Administración Pública, esta debe requerir judicialmente la respectiva declaración de nulidad: si no lo hace, puede incurrir en responsabilidad por incumplimiento de deberes”⁽⁶¹⁶⁾.

En el mismo sentido, la doctrina nacional ha sostenido que:

“El proceso de agravio tiene como fundamento, como hemos señalado, el transcurso íntegro del plazo que tiene la Administración para poder declarar la nulidad de oficio de sus propios actos. Vencido dicho plazo, la Administración debe o mejor dicho, **tiene** que acudir al proceso de agravio para solicitar que se declare la nulidad de oficio de un acto **propio**”⁽⁶¹⁷⁾ (resaltado agregado).

Consecuentemente, el proceso de lesividad resulta ser un auténtico deber de la Administración en la medida que su inicio es el único camino con que cuenta esta (luego de haber transcurrido el plazo prescriptorio de la nulidad administrativa de oficio) para solicitar la declaración de nulidad de un acto propio viciado, logrando de esta manera adecuarlo a la legalidad e interés público que ella misma está en la obligación de tutelar.

- (ii) **Garantizar la seguridad jurídica y el debido procedimiento del administrado.** En ese sentido, el proceso de lesividad aparece como una garantía de los derechos adquiridos y de la seguridad jurídica de los administrados toda vez que las situaciones jurídicas de los mismos contenidas en el acto viciado no podrán ser cuestionadas indefinidamente por la Administración y, al mismo tiempo, aparece como una garantía del debido procedimiento del administrado por cuanto el referido cuestionamiento será realizado por un órgano judicial imparcial respecto de la Administración emisora del acto viciado.

A partir de lo expuesto, cabe **definir** al proceso de lesividad como un tipo especial del proceso contencioso administrativo cuyo objeto es la pretensión demandada por una entidad administrativa respecto de un acto propio que la misma no puede anular. Sobre este particular, la doctrina ha sostenido lo siguiente:

(616) MARIENHOFF, M. *Tratado de Derecho Administrativo*. Citado por MORÓN URBINA. Ob. cit., p. 33.

(617) HUAPAYA TAPIA. Ob. cit., p. 340.

“El proceso de lesividad es aquel proceso administrativo **especial** cuyo objeto es la pretensión deducida por una **entidad pública** en relación a un **acto de la misma** que no puede revocar *per se*”⁽⁶¹⁸⁾ (resaltado agregado).

Asimismo, otro sector de la doctrina ha señalado que:

“Cuando hablamos de recurso contencioso de lesividad, nos referimos a aquellos casos en que **una entidad administrativa interpone un recurso contencioso administrativo contra un acto dictado por la misma entidad**, pero no cuando una entidad administrativa interpone un recurso contra un acto de otra entidad administrativa (...) Teniendo en cuenta lo dicho podemos definir el proceso contencioso de lesividad diciendo que es **aquel proceso contencioso administrativo que tiene por objeto la pretensión de una entidad administrativa por la que se solicita del órgano jurisdiccional la revocación de un acto de la misma**”⁽⁶¹⁹⁾ (resaltado agregado).

En virtud de las afirmaciones anteriormente mencionadas es posible señalar que en nuestro ordenamiento jurídico vigente **el proceso de lesividad constituye un proceso contencioso administrativo de carácter especial que procede únicamente cuando la Administración no haya ejercido su potestad temporal de declarar la nulidad de oficio de sus propios actos y mediante el cual precisamente aquella (la Administración) demanda en la vía judicial la nulidad de estos (actos propios) a fin de tutelar la legalidad e interés público de sus propias actuaciones administrativas.**

Así, pues, de un lado, el **presupuesto** necesario para la interposición del proceso de lesividad es que la Administración Pública emita una resolución motivada en la cual se identifique el agravio que su propio acto (objeto de proceso) produce a la legalidad administrativa y al interés público.

De otro lado, los **requisitos objetivos** para la interposición del proceso de lesividad son los siguientes:

- (i) Acto que ha causado estado.
- (ii) Acto que ha otorgado o reconocido derechos e intereses a administrados.
- (iii) Acto irrevocable en sede administrativa por la propia entidad.
- (iv) Acto que agravie la legalidad.
- (v) Acto que agravie el interés público.

Por lo demás, los **requisitos subjetivos (procesales)** del proceso de lesividad son los siguientes:

(618) DROMI CASAS, José Roberto. “Acción de lesividad”. En: *Revista de Administración Pública*. Nº 88. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, España, enero-abril de 1979, p. 209.

(619) GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. “La declaración de lesividad” En: *Revista de Administración Pública*. Nº 2. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, España, mayo-agosto 1950, pp. 57-59.

- (i) Legitimación activa: la entidad pública demandante, quien necesariamente será la autora del acto que se pretende anular⁽⁶²⁰⁾.
- (ii) Legitimación pasiva: la parte demandada del proceso, afectada por el acto cuya nulidad se solicita⁽⁶²¹⁾.
- (iii) El órgano jurisdiccional, órgano imparcial del Poder Judicial⁽⁶²²⁾.

SOBRE LA NECESARIA DISTINCIÓN ENTRE LA ADMINISTRACIÓN COMO PARTE DEMANDANTE EN UN PROCESO DE LESIVIDAD Y LA ADMINISTRACIÓN COMO PARTE DEMANDANTE EN CUALQUIER PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

A fin de evitar aplicaciones incorrectas del proceso de lesividad así como de las normas que lo regulan consideramos que resulta fundamental establecer las diferencias existentes entre la situación en la que la Administración aparece como parte demandante en el **proceso contencioso administrativo especial de lesividad** y la situación en la que la Administración aparece como parte demandante en **cualquier otro (ordinario o extraordinario) proceso contencioso administrativo**. O, lo que es lo mismo, las diferencias entre la legitimación activa de un proceso de lesividad y la legitimación activa en cualquier proceso contencioso administrativo.

Así, pues, tal como lo hemos señalado en el apartado anterior del presente informe así como en anterior oportunidad⁽⁶²³⁾, la legitimación activa para demandar el **proceso contencioso administrativo de lesividad** recae exclusivamente en la entidad pública autora del acto, es decir, no es el **órgano administrativo**, ni el **funcionario emisor**, sino la **entidad administrativa (autora del acto)** la que posee legitimación para demandar este contencioso. Tampoco está **habilitada para hacerlo una entidad que no sea la autora del acto que se pretende impugnar** a través del referido proceso de lesividad. En efecto, sobre este particular, la doctrina extranjera ha sido muy enfática al sostener que:

“La circunstancia de que una entidad pública aparezca como parte demandante no da por sí lugar al proceso de lesividad, sino que puede operarse a través del proceso ordinario o especial que corresponda. La lesividad está reservada para los casos en que la Administración autora de algún acto pretendiere demandar ante la jurisdicción contencioso-administrativa su anulación”⁽⁶²⁴⁾ (resaltado agregado).

(620) Regulada en los artículos 213.4 y 213.5 del TUO de la LPAG y en el segundo párrafo del artículo 13 del TUOLPCA.

(621) Regulada en el numeral 5 del artículo 15 del TUOLPCA.

(622) MORÓN URBINA, Juan Carlos. Ob. cit., p. 40.

(623) *Ibidem*.

(624) DROMI CASAS. Ob. cit., p. 209.

En el mismo sentido, otro sector de la doctrina extranjera aclara:

“No se da, por tanto, proceso de lesividad, siempre que una entidad pública, una de las administraciones públicas adopta la posición de demandante. Cuando una entidad pública deduce una pretensión cuyo objeto es el acto de otra entidad pública (v. gr. un municipio pretende la anulación de un acto de un órgano del Estado), la misma será examinada y actuada a través del proceso ordinario o especial que corresponda, según la fundamentación de la pretensión. El que una Administración Pública aparezca como demandante en un proceso no da lugar al proceso de lesividad. El proceso de lesividad surge cuando la propia Administración autora de algún acto pretendiere demandar ante la jurisdicción contencioso administrativa su anulación”⁽⁶²⁵⁾ (resaltado agregado).

Finalmente, nuestra posición ha sido compartida por la doctrina nacional, quien ha señalado lo siguiente:

“(...) en el proceso de agravio la legitimación activa que da lugar a iniciar la demanda reside únicamente en la Administración emisora del acto administrativo propio, cuya nulidad se pretende en la sede judicial al haberse perdido la oportunidad de hacerlo en vía administrativa, debido a la prescripción de los plazos previstos en el artículo 202 LPAG. Entonces, en el proceso de agravio la legitimidad activa para obrar reside únicamente en la entidad pública, conforme lo establece la ley”⁽⁶²⁶⁾.

Por lo tanto, única y exclusivamente puede proceder el proceso de agravio para impugnar en sede judicial los actos propios de la entidad, a fin de que se declare la nulidad de los mismos. En ese sentido, **la legitimación activa del proceso contencioso y especial de lesividad siempre recaerá en la entidad administrativa que emitió el acto que se pretende anular en la vía judicial.**

Casos distintos⁽⁶²⁷⁾ son aquellos en los cuales la Administración aparece como demandante en un:

- (i) **Proceso contencioso administrativo ordinario**, es decir, en el cual la Administración cuestiona un acto de otra entidad administrativa porque considera que este afecta sus derechos patrimoniales o intereses jurídicos.

Un ejemplo lo encontramos en el supuesto hipotético en que una entidad administrativa se somete al procedimiento de una municipalidad (otra entidad administrativa) a fin de obtener una licencia municipal. En este caso no podría ser posible la configuración de un proceso de lesividad en la medida que

(625) GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. “El proceso de lesividad” En: *Revista de Administración Pública*. N° 25. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, España, enero-abril de 1958, pp. 127-128.

(626) HUAPAYA TAPIA, Ramón. Ob. cit., p. 339.

(627) *Ibidem*. pp. 341-342.

una vez agotada la vía administrativa la entidad administrativa afectada por el acto de la municipalidad deberá iniciar un proceso contencioso administrativo para buscar el reconocimiento de su derecho patrimonial afectado por la acción de la municipalidad, es decir, como si fuese un administrado conforme a lo dispuesto por el inciso 1 del artículo 61 del TUO de la LPAG⁽⁶²⁸⁾.

- (ii) **Proceso contencioso administrativo extraordinario**, es decir, en el cual la facultad de inicio del proceso ha sido prevista por una ley a fin de que la entidad administrativa pueda cuestionar un acto de otra entidad administrativa. Un ejemplo del presente tipo de proceso lo encontramos en el **último párrafo del artículo 157 del Código Tributario**⁽⁶²⁹⁾ (aprobado por Decreto Supremo N° 133-2013-EF), mediante el cual se dispone la legitimación activa extraordinaria que tendrá la Sunat para impugnar judicialmente un acto del Tribunal Fiscal, el mismo que en ningún caso podría configurarse como un proceso de lesividad por cuanto la Sunat no pretende solicitar la nulidad de un acto propio sino de uno ajeno.

Por lo tanto, en virtud de todo lo anterior expuesto **resulta indiscutible afirmar que no en todos los casos en los cuales la Administración sea parte actora de un proceso judicial se configurará un proceso de lesividad, sino únicamente cuando se haga en mérito del artículo 213 del TUO de la LPAG, es decir, en caso se solicite la declaración judicial de la nulidad de un acto propio por el transcurso del plazo previsto.**

Finalmente, **en todos los demás casos en los cuales la Administración constituya parte demandante de un proceso contencioso administrativo que no sea el de lesividad, el plazo que tiene la Administración para interponer la demanda contencioso administrativa es de tres (03) meses desde la notificación de la actuación impugnada**⁽⁶³⁰⁾.

(628) TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General

Artículo 61.- Sujetos del procedimiento

Para los efectos del cumplimiento de las disposiciones del Derecho Administrativo, se entiende por sujetos del procedimiento a:

1. Administrados: la persona natural o jurídica que, cualquiera sea su calificación o situación procedimental, participa en el procedimiento administrativo. Cuando una entidad interviene en un procedimiento como administrado, se somete a las normas que lo disciplinan en igualdad de facultades y deberes que los demás administrados.

(...).

(629) Código Tributario

Artículo 157.- Demanda contencioso administrativa

(...)

La administración tributaria no tiene legitimidad para obrar activa. De modo excepcional, la Administración Tributaria podrá impugnar la resolución del Tribunal Fiscal que agota la vía administrativa mediante el Proceso Contencioso Administrativo en los casos en que la resolución del Tribunal Fiscal incurra en alguna de las causales de nulidad previstas en el artículo 10 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

(630) Artículo 19.1 del TUOLPCA.

SOBRE LOS ALCANCES ESPECÍFICOS DEL ARTÍCULO 213.5 DEL TUO DE LA LEY N° 27444

Como es posible apreciar, el numeral 213.5 del artículo 213 del TUO de la LPAG regula de modo específico la competencia que tienen los tribunales y consejos administrativos (como lo es el caso del Tribunal administrativo del Servir, Indecopi, de Contrataciones) para declarar de oficio sus propios actos siempre que estos agraven la legalidad y el interés público, que aquella se realice por acuerdo unánime de sus miembros y dentro de plazo de un año contado desde la fecha en que se notificó el referido acto al interesado.

Seguidamente, el citado artículo establece que de transcurrir el referido plazo prescriptivo de la nulidad de oficio, la entidad administrativa a la que pertenece el consejo o tribunal se encuentra facultada para demandar en la vía judicial la nulidad del acto viciado de cualquiera de estos a través del llamado proceso contencioso administrativo de lesividad.

Cabe resaltar que la razón por la cual el citado artículo estableció que la legitimidad activa para iniciar el proceso contencioso administrativo de lesividad la tiene la propia entidad administrativa y no el consejo o tribunal administrativo perteneciente a la misma que emitió el acto a cuestionarse judicialmente reside, precisamente, en que, como órgano de una entidad, el tribunal no posee **capacidad procesal por sí mismo para provocar válidamente un proceso judicial**.

En efecto, según el segundo párrafo del artículo 13 y el artículo 14 del TUOLPCA, los únicos legitimados para iniciar un proceso contencioso administrativo son las personas naturales o jurídicas, los organismos del Estado, el Ministerio Público y el Defensor del Pueblo. En ese sentido, según las disposiciones del TUOLPCA los órganos administrativos (como lo son los consejos o tribunales administrativos) no se encuentran facultados por sí mismos para dar inicio al proceso contencioso de lesividad ni a ningún otro proceso contencioso administrativo. Por esta razón, la legitimidad activa para dar inicio al proceso contencioso de lesividad recae sobre el titular de la entidad y no sobre los consejos o tribunales (autores del acto objeto de anulación del proceso de lesividad) pertenecientes a la misma.

A partir de lo expuesto en el presente apartado, y considerando los rasgos configuradores del proceso de lesividad señalados en el anterior apartado, debe quedar claro que el artículo en mención regula el proceso de lesividad de los actos emitidos por los consejos o tribunales administrativos como un **proceso contencioso administrativo de carácter especial que procede únicamente cuando el consejo o tribunal de la entidad administrativa (a la que pertenecen) no haya ejercido su potestad temporal de declarar la nulidad de oficio de sus propios actos y mediante el cual el titular de la referida entidad administrativa demanda en la vía judicial la nulidad de los actos emitidos por aquellos (su consejo o tribunal administrativo)**.

Considerando esto, los **requisitos objetivos** del proceso de lesividad sobre actos emitidos por consejos o tribunales administrativos son los siguientes:

- (i) Acto que ha causado estado.
- (ii) Acto que ha otorgado o reconocido derechos e intereses a administrados.
- (iii) Acto irrevocable en sede administrativa por la propia entidad.
- (iv) Acto que agravie la legalidad.
- (v) Acto que agravie el interés público.

Cabe resaltar que todos estos actos deberán ser emitidos por el consejo o tribunal administrativo de la entidad demandante del proceso contencioso administrativo de lesividad.

Por lo demás, los **requisitos subjetivos (procesales)** de este particular tipo de proceso de lesividad son los siguientes:

- (i) Legitimación activa: la tendrá el titular de la entidad administrativa a la que pertenecen el consejo o tribunal administrativo emisor del acto cuya nulidad se pretende en el proceso.
- (ii) Legitimación pasiva: es el titular de derechos o intereses afectados por el acto viciado emitido por el consejo o tribunal administrativo.
- (iii) El órgano jurisdiccional, órgano imparcial del Poder Judicial.

Asimismo, el **plazo** que tendrá la entidad para demandar el acto emitido por su consejo o tribunal administrativo será de **tres (03) años** contados desde que el referido acto fue notificado.

Siendo ello así no es admisible que se use este artículo por otras entidades administrativas que deseen interponer una demanda contencioso administrativa para solicitar la anulación de actos de otras entidades. Pues tal como lo hemos sostenido, el referido artículo es únicamente aplicable para los titulares de las entidades que pretendan demandar judicialmente los actos emitidos por un consejo o tribunal administrativo que se encuentran comprendidos organizacionalmente dentro de las mismas (entidades demandantes) y que no pudieron anularlos por sí mismos en sede administrativa.

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"⁽⁶³¹⁾.

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.

(631) GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Manual de Procedimiento Administrativo*. Civitas, Madrid, 2002, p. 500.

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⁽⁶³²⁾. 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 (...)”⁽⁶³³⁾.

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⁽⁶³⁴⁾. 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.

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

(632) Esto se desprende de la lectura concordada de los artículos 74 y 226.1 del TUO de la LPAG.

(633) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo I*. 12ª edición, Civitas, Madrid, 2004, p. 507.

(634) Excepción hecha de la eventual emisión de un mandato judicial en sentido contrario.

derecho del reclamante, procede la clausura del juicio por carencia de objeto. En todo otro caso el juicio debe continuar hasta su terminación”⁽⁶³⁵⁾.

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 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”⁽⁶³⁶⁾.

(635) SAYAGUÉS LASO, Enrique. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo II, Montevideo, 1959, p. 600.

(636) DIEZ, Manuel María. *Derecho Administrativo*. Tomo VI, Plus Ultra Editores, Buenos Aires, 1985, pp. 147-148.

En el mismo sentido se pronuncia DROMI, para quien esta satisfacción extraprocésal de la pretensión es admisible y, a su vez, la diferencia del acto estrictamente procesal del allanamiento. El autor afirma que la satisfacción extraprocésal 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 extraprocésalmente 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”⁽⁶³⁷⁾.

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. 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”⁽⁶³⁸⁾.

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 extraprocésalmente al demandante, *per se* distinto al allanamiento a la demanda.

(637) DROMI, José Roberto. *Derecho Administrativo*. Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2004, p. 858.

(638) PARADA, Ramón. *Derecho Administrativo*. 7ª edición, tomo I, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 762.

Artículo 214 | **Revocación**⁽⁶³⁹⁾

214.1 *Cabe la revocación de actos administrativos, con efectos a futuro, en cualquiera de los siguientes casos:*

214.1.1 *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.*

214.1.2 *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.*

214.1.3 *Cuando apreciando elementos de juicio sobrevinientes se favorezca legalmente a los destinatarios del acto y siempre que no se genere perjuicios a terceros.*

214.1.4 *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.

214.2 *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 según el artículo 203 de la Ley N° 27444, 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. 78.5: Extinción de la delegación de competencia.
- Art. 120.1: Facultad de contradicción administrativa.
- Art. 216: Indemnización por revocación.
- Art. 228.2, d): Actos que agotan la vía administrativa.

(639) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 203 de la Ley N° 27444.

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 una 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 213 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 uso 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 equilibrio 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. 214.1.3 del art. 214 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. 214.1 del art. 214 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 inadmisibles 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– involuclar 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 obtención 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 216 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”⁽⁶⁴⁰⁾.

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⁽⁶⁴¹⁾. De este modo, dicho precedente ha interpretado que

(640) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomas-Ramón. Ob. cit., tomo I, p. 661.

(641) 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

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.

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

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".

por algún tiempo más⁽⁶⁴²⁾ 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 214 y 216 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 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 216.2 del artículo 216 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:

- 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. 214.1.1 del art. 214 del TUO de la LPAG).
- Un cambio de circunstancias externas posteriores al acto que hacen aconsejable retirar el acto administrativo (art. 214.1.3).

(642) 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".

- iii) Aparición de elementos de juicio sobrevinientes (num. 214.1.3 del art. 214 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 resolutive 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 o 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⁽⁶⁴³⁾, 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.

(643) SANTAMARÍA PASTOR, Juan. *Principios de Derecho Administrativo General*. Tomo II, 1ª edición, Iustel, 2004, p. 158.

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.

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 216 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 214 y 216 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 215 Irrevisabilidad de actos judicialmente confirmados⁽⁶⁴⁴⁾

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. 254.2: 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.

(644) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 204 de la Ley N° 27444.

Artículo 216 | Indemnización por revocación⁽⁶⁴⁵⁾

216.1 *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.*

216.2 *Los actos incurridos 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. 213: Nulidad de oficio.
- Art. 214: 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 216.1 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.

(645) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 205 de la Ley N° 27444.

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 214 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 216.2 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 217

Facultad de contradicción⁽⁶⁴⁶⁾

- 217.1 *Conforme a lo señalado en el artículo 120, 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.*
- 217.2 *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.*
- 217.3 *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.*
- 217.4 *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 según el artículo 206 de la Ley N° 27444, 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 Política del Perú: 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. 66, 11: Derecho de cuestionar acciones administrativas.
- Art. 104: Impugnación de la decisión.
- Art. 120: Facultad de contradicción administrativa.
- Art. 127: Acumulación de solicitudes.
- Art. 160: Acumulación de procedimientos.
- Art. 218: Recursos administrativos.
- Art. 261.1, 8: Faltas administrativas.

(646) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 206 de la Ley N° 27444.

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⁽⁶⁴⁷⁾:

“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, 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.

(647) 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”.

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.”⁽⁶⁴⁸⁾.

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?

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

(648) 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.

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”⁽⁶⁴⁹⁾.

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 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 Yárlenqué) se expuso lo siguiente:

“§2. Debido procedimiento administrativo y derecho de impugnación de los actos de la administración

(649) STC Exp. N° 1803-2004-AA-TC, f.j. 20.

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 éstas 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 *solvo 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 inadmisibile, 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 218**Recursos administrativos⁽⁶⁵⁰⁾**

218.1 *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.

218.2 *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 según el artículo 207 de la Ley N° 27444, modificado según el artículo 2 Decreto Legislativo N° 1272)

**ANTECEDENTE**

- Art. 97: LNGPA.

**CONCORDANCIAS INTERNAS**

- Art. 24.1.6: Contenido de la notificación.
- Art. 43: Contenido del TUPA.
- Art. 131.1: Recepción de medios alternativos.
- Art. 201: Desistimiento de actos y recursos administrativos.

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, 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

(650) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 207 de la Ley N° 27444.

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. 159 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 procedimientos 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 218.1 del artículo 218 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 212 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 fundamental 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 agravante.

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⁽⁶⁵¹⁾— se realiza mediante un análisis de menor a mayor, acerca de las 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

(651) CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo. *Recursos administrativos*. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1989, p. 61.

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⁽⁶⁵²⁾, 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, modificadorio 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 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

(652) DROMI, José Roberto. *El procedimiento administrativo*. Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1996, p. 111.

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⁽⁶⁵³⁾.

(653) 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

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 decisoría (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,
- 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.

a sustentar y defender las resoluciones dictadas por su comisión en las apelaciones que se hubiesen planteado.

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 admisorias 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 219 | **Recurso de reconsideración**⁽⁶⁵⁴⁾

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. 99, 2: Causales de abstención.
- Art. 136: Observaciones a la documentación presentada.
- Art. 217: 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.

(654) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 208 de la Ley N° 27444.

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⁽⁶⁵⁵⁾ 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

(655) STC Exp. N° 2730-2006-PA/TC, Arturo Castillo Chirinos.

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 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⁽⁶⁵⁶⁾ 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

(656) VALDEZ CALLE, Antonio. *Comentarios a las Normas Generales de Procedimientos Administrativos*. Talleres Gráficos de Neocont, Lima, 1969, p. 99.

que el hecho de no interponer el recurso de reconsideración no impide el recurso de apelación.

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 pedírsele, 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 219 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⁽⁶⁵⁷⁾ 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

(657) DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba*. 5ª edición, Tomo I, Temis, Bogotá, 2002, pp. 527 y 528.

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 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”⁽⁶⁵⁸⁾.

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 inadmisibles 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.

(658) DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Ibidem*, 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⁽⁶⁵⁹⁾, GORDILLO⁽⁶⁶⁰⁾ y ESCOLA⁽⁶⁶¹⁾, 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⁽⁶⁶²⁾– 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).

(659) DÍEZ, Manuel María. Ob. cit., tomo V, p. 357.

(660) GORDILLO, Agustín. Ob. cit., tomo IV, p. IX-9.

(661) ESCOLA, Héctor. *Teoría general del procedimiento administrativo*. 2ª edición, Depalma, Buenos Aires, 1981, p. 313 y ss.

(662) 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 220

Recurso de apelación⁽⁶⁶³⁾

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. 75: Conflicto con la función jurisdiccional.
- Art. 78.2: Atribuciones indelegables de las entidades.
- Art. 120: Facultad de contradicción administrativa.
- Art. 143: Plazos máximos para realizar actos procedimentales.
- Art. 217: Facultad de contradicción.
- Art. 218: Recursos administrativos.
- Art. 228: Agotamiento de la vía administrativa.
- Art. 236: Procedimiento trilateral. Medidas cautelares.
- Art. 237: Procedimiento trilateral. Impugnación.
- Art. 261.1, 2: Sanción administrativa de las autoridades y personal de las entidades por 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.

(663) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 209 de la Ley N° 27444.

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 público (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”⁽⁶⁶⁴⁾.

III. INDELEGABILIDAD DE COMPETENCIA PARA RESOLVER EL RECURSO DE APELACIÓN

Un aspecto a tener cuenta es la disposición del numeral 78.2 del artículo 78 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. 143.1 del art. 143 del TUO de la LPAG), bajo responsabilidad (num. 261.2 del art. 261 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.

(664) CABALLERO SIERRA, Gaspar. “El control administrativo. La jerarquía y la tutela”. En: *La proyección jurídica de los administrados*. Ediciones Rosaristas, Bogotá, 1980.

Artículo 221 | **Requisitos del recurso**⁽⁶⁶⁵⁾

El escrito del recurso deberá señalar el acto del que se recurre y cumplirá los demás requisitos previstos en el artículo 124.

(Texto según el artículo 211 de la Ley N° 27444, modificado según el artículo 2 Decreto Legislativo N° 1272)

**ANTECEDENTE**

- Art. 101: LNGPA.

**CONCORDANCIAS INTERNAS**

- Art. 24.1.6: Contenido de la notificación.
- Art. 124: Requisitos de los escritos.
- Art. 131: Presentación mediante correo certificado.
- Art. 217.2: Actos administrativos materia de impugnación.
- Art. 218: Recursos administrativos.
- Art. 223: Error en la calificación.

Comentario
I. LAS EXIGENCIAS DEL RECURSO ADMINISTRATIVO

Todo recurso administrativo se intenta por escrito y se observarán los extremos exigidos en el artículo 124 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. 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.

(665) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 211 de la Ley N° 27444.

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 continúa señalando que: “En ese sentido, la nueva redacción del artículo 211 de la LPAG [art. 213 del TUO 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 al inciso 2 del artículo 124 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 124 del TUO de la LPAG, indudablemente deberá dársele trámite de recurso administrativo.

Artículo 222 | **Acto firme**⁽⁶⁶⁶⁾

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 N° 27444)

**CONCORDANCIA EXTERNA**

- Constitución: Art. 139, inc. 2, independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional.

**CONCORDANCIAS INTERNAS**

- Art. VI, 3: La sola modificación de criterios interpretativos no faculta revisión de oficio de actos firmes.
- Art. 142: Obligatoriedad de plazos y términos.
- Art. 151: Efectos del vencimiento del plazo.
- Art. 215: Irrevisibilidad de actos judicialmente confirmados.
- Art. 218.2: 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 idem*. 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

(666) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 212 de la Ley N° 27444.

tampoco procede la interposición de una demanda contencioso-administrativa. Pero a diferencia de la autoridad de cosa juzgada que es inimpugnabile e inmodificabile, los actos administrativos aun cuando sean firmes, siempre podrán ser modificados o revocados en sede de la autoridad administrativa. Al respecto, VEDEL⁽⁶⁶⁷⁾ 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⁽⁶⁶⁸⁾ 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 los exámenes la autoridad administrativa no tendría reparo alguno en otorgarle la licencia solicitada.

Es tan cierto que la cosa decidida no es inmutable ni inimpugnabile 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⁽⁶⁶⁹⁾:

“Debe tenerse presente que para la Administración Pública no es fin ni propósito final la realización del derecho —última *ratio*—; sino que utiliza

(667) VEDEL, Georges. *Derecho Administrativo*. Editorial Aguilar, Madrid, 1980, p. 166.

(668) NÚÑEZ BORJA, Humberto. *Ciencia de la Administración y Derecho Administrativo del Perú*. 2ª edición, Editorial El Cóndor, Lima, 1959, p. 399.

(669) *Ibidem*, p. 340.

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 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 impugnado 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 223 | **Error en la calificación**⁽⁶⁷⁰⁾

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. 86, 3: Deber de encauzar el procedimiento de oficio.
- Art. 135: Obligaciones de unidades de recepción.
- Art. 136: Observaciones a la documentación presentada.
- Art. 137: Subsanción documental.
- Art. 140: Ratificación de firma y del contenido de escrito.
- Art. 156: 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

(670) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 213 de la Ley N° 27444.

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 140 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⁽⁶⁷¹⁾”.

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

(671) STC Exp. N° 271-2004-AA/TC.

alguna tasa. En efecto, la calificación efectuada siempre debe producirse para preservar el derecho a la recurrencia del administrado, y no para perjudicarlo.

Enfrentada la Administración Pública ante un recurso oscuro, tiene dos alternativas: considerarlo como reconsideración 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 224 | Alcance de los recursos⁽⁶⁷²⁾

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. 127: Acumulación de solicitudes.
- Art. 218: Recursos administrativos.
- Art. 227: 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⁽⁶⁷³⁾, si bien considerando estrictamente el principio de celeridad, el mecanismo del recurso subsidiario parece inobjetable, en realidad

(672) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 214 de la Ley N° 27444.

(673) DÍEZ, Manuel María. Ob. cit., tomo V, p. 383.

no resulta técnicamente adecuado, por cuanto el administrado al interponer el 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⁽⁶⁷⁴⁾ 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.

(674) VALDEZ CALLE, Antonio. Ob. cit., p. 103.

Artículo 225 Silencio administrativo en materia de recursos⁽⁶⁷⁵⁾

El silencio administrativo en materia de recursos se regirá por lo dispuesto por el artículo 38 y el numeral 2) del párrafo 35.1 del artículo 35.

(Texto según el artículo 215 de la Ley N° 27444)

**ANTECEDENTE**

- Arts. 98, 99, 100 *in fine*: LNGPA.

**CONCORDANCIAS INTERNAS**

- Art. 10, 3: Causal de nulidad.
- Art. 32: Calificación de procedimientos administrativos.
- Art. 35: Procedimiento de evaluación previa con silencio positivo.
- Art. 38: Procedimientos de evaluación previa con silencio negativo.
- Art. 43.4: Contenido del TUPA.
- Art. 103: Trámite de abstención
- Art. 136.3.1: Observaciones a la documentación presentada.
- Art. 151.3: Efectos del vencimiento del plazo.
- Art. 193.4: Audiencia pública.
- Art. 197.1: Fin del procedimiento.
- Art. 199: Efectos del silencio administrativo.
- Art. 228: 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 35.1 inciso 2) del artículo 35 del TUO de la LPAG, esto es de contenido positivo cuando en la primera instancia no se haya emitido resolución.

(675) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 215 de la Ley N° 27444.

Artículo 226

Suspensión de la ejecución⁽⁶⁷⁶⁾

- 226.1 *La interposición de cualquier recurso, excepto los casos en que una norma legal establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado.*
- 226.2 *No obstante lo dispuesto en el numeral anterior, la autoridad a quien compete resolver el recurso suspende de oficio o a petición de parte la ejecución del acto recurrido cuando concorra 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.*
- 226.3 *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.*
- 226.4 *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.*
- 226.5 *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 según el artículo 216 de la Ley N° 27444, modificado según el artículo 2 Decreto Legislativo N° 1272)

**ANTECEDENTE**

- Art. 104: LNGPA.

**CONCORDANCIA EXTERNA**

- D.S. N° 018-2008-JUS: TULO 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. 50: Suspensión del procedimiento.
- Art. 66, 10: Derechos de los administrados.
- Art. 66, 11: Derecho de cuestionar acciones administrativas.
- Art. 204: Pérdida de ejecutoriedad del acto administrativo.
- Art. 205: Ejecución forzosa.
- Art. 218: Recursos administrativos.

(676) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 216 de la Ley N° 27444.

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 concurren algunos de los siguientes supuestos:

- Si la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación (por ejemplo, una demolición, pérdida de una oportunidad irreplicable, un 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 concurren 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 227

Resolución⁽⁶⁷⁷⁾

227.1 *La resolución del recurso estimará en todo o en parte o desestimará las pretensiones formuladas en el mismo o declarará su inadmisión.*

227.2 *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. 85.4: Desconcentración.
- Art. 157.3: Medidas cautelares. Caducidad.
- Art. 158.4: Cuestiones distintas al asunto principal.
- Art. 159, 7: Reglas para la celeridad.
- Art. 198: 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.

(677) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 217 de la Ley N° 27444.

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 228

Agotamiento de la vía administrativa⁽⁶⁷⁸⁾

228.1 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.

228.2 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 218; o
- d) El acto que declara de oficio la nulidad o revoca otros actos administrativos en los casos a que se refieren los artículos 213 y 214; o
- e) Los actos administrativos de los Tribunales o Consejos Administrativos regidos por leyes especiales.

(Texto según el artículo 218 de la Ley N° 27444, modificado según el artículo 2 Decreto Legislativo N° 1272)



ANTECEDENTES

- Arts. 8, 114: LNGPA.
- Ley N° 26810.



CONCORDANCIAS EXTERNAS

- Constitución Política del Perú: 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. 35: Procedimiento de evaluación previa con silencio positivo.

(678) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 218 de la Ley N° 27444.

- Art. 83: Delegación de firma.
- Art. 123.3: Facultad de formular peticiones de gracia.
- Art. 199: Efectos del silencio administrativo.
- Art. 213: Nulidad de oficio.
- Art. 214: Revocación.
- Art. 218: Recursos administrativos.
- Art. 219: Recurso de reconsideración.

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⁽⁶⁷⁹⁾.
- 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)⁽⁶⁸⁰⁾.

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

(679) Artículo 1996 inciso 3 del Código Civil.

(680) Código Procesal Civil, artículos 446 inciso 5, y 451 inciso 5.

—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 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. 228 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 ésta.

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⁽⁶⁸¹⁾.

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.

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

(681) 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.

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)⁽⁶⁸²⁾.

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.

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 228.- Agotamiento de la vía administrativa

(...)

228.2. Son actos que agotan la vía administrativa:

(682) 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).

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 jefes 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 sindicó 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 jefe de las siguientes instituciones: Banco Central de Reserva, Contraloría General de la República, Reniec, ONPE, etc.

Finalmente, las decisiones de los máximos jefes 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 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”⁽⁶⁸³⁾.

En suma, los sectores no son instancia jerárquicamente superior de los actos decididos por los organismos públicos descentralizados.

XI. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA EXPRESA O SILENCIO ADMINISTRATIVO PRODUCIDO EN SEGUNDA INSTANCIA

“Artículo 228.- Agotamiento de la vía administrativa

(...)

228.2. 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

(683) CABALLERO SIERRA, Gaspar. Ob. cit.

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 agravante 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⁽⁶⁸⁴⁾, 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⁽⁶⁸⁵⁾, 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 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

(684) CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo. *Recursos Administrativos*. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1989, p. 100.

(685) Ídem.

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 228.- Agotamiento de la vía administrativa

(...)

228.2. 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 218 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 petitionado y no a un segundo silencio administrativo, conforme a la regla establecida en el numeral 34.2. del artículo 34 del TUO de la LPAG.

XIV. REVOCACIÓN O ANULACIÓN DE OFICIO DE RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS

“Artículo 228.- Agotamiento de la vía administrativa

(...)

228.2. 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 213 y 214 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 incurra 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 228.- Agotamiento de la vía administrativa

(...)

228.2 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, Ositrán, 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 219 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 228.2. literal a) del artículo 228 del TUO de la LPAG, cuando expresa lo siguiente:

“Artículo 228.- Agotamiento de la vía administrativa

(...)

228 .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⁽⁶⁸⁶⁾, 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 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,

(686) CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. Tomo II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, p. 364.

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⁽⁶⁸⁷⁾ 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.

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:

(687) Corte Suprema, Ejecutoria Suprema Exp. N° 533-2005-Lima, del 12 de junio de 2006.

- 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 *onus probandi 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 incurso 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 N° 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⁽⁶⁸⁸⁾, quien lo resume como “aquel procedimiento que ha sido

(688) 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 licitatorio, 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⁽⁶⁸⁹⁾ 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,

(689) 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⁽⁶⁹⁰⁾, 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.

(690) En particular, la Comisión tuvo presente el Informe Defensorial N° 05 sobre procedimientos de reclamación en los servicios públicos, aprobado mediante Resolución Defensorial N° 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 229 Procedimiento trilateral⁽⁶⁹¹⁾

229.1 *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 1 del Título Preliminar de la presente Ley.*

229.2 *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 N° 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. 38.4: Procedimientos de evaluación previa sujetos al silencio negativo. Procedimientos trilaterales.
- Art. 124: Requisitos de los escritos.
- Art. 137: Subsanación documental.
- Art. 151.4: Preclusión por vencimiento de plazos.
- Arts. 230 y ss.: Procedimiento trilateral.

Comentario

I. RECORRIDO DE LOS PROCEDIMIENTOS TRILATERALES EN EL DERECHO PERUANO

Han transcurrido muchos años desde que la Ley N° 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”.

(691) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 219 de la Ley N° 27444.

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 N° 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 cumplimiento 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"⁽⁶⁹²⁾.

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"⁽⁶⁹³⁾.

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"⁽⁶⁹⁴⁾.

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

(692) 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.

(693) GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco. *Derecho Administrativo español. El acto y el procedimiento Administrativos*. Eunsa, Navarra, 1997, p. 525.

(694) 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”⁽⁶⁹⁵⁾.

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”⁽⁶⁹⁶⁾.

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. 151.4 del art. 151 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.

(695) GARCÍA-TREVIJANO FOS, José Antonio. *Los actos administrativos*. 2ª edición actualizada, Civitas, Madrid, 1991, p. 227.

(696) 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 Estados 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⁽⁶⁹⁷⁾.

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⁽⁶⁹⁸⁾.

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,

(697) 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.

(698) 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 Commission, 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 Commission y las resoluciones sobre solicitudes de licencias emanadas de la Civil Aeronautics Board o de la Federal Communications Commission). 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 judicial¹(699).

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

(699) 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 NAVARRRO⁽⁷⁰⁰⁾ 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 pre-determinada 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⁽⁷⁰¹⁾.

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⁽⁷⁰²⁾.

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

(700) GONZÁLEZ NAVARRRO, Francisco. “Procedimiento administrativo común, procedimientos triangulares y procedimientos complejos”. En: *Revista de Estudios de la Vida Local*, N° 211, España, 1981, p. 434.

(701) 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.

(702) 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⁽⁷⁰³⁾.

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 contrainterés**

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.

(703) Decreto Supremo N° 010-2003-TR, TUO de la Ley de 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 resolutoria, 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”⁽⁷⁰⁴⁾.

- **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

(704) GÓMEZ APAC, Hugo. “El procedimiento trilateral; ¿cuasi jurisdiccional?”. En: *Revista de Derecho Administrativo*, N° 10, Círculo de Derecho Administrativo, noviembre, España, 2011, p. 38.

concurrentiales o de competencia como son las licitaciones, concursos, subastas y similares que suelen darse para otorgar buenas pro, plazas de trabajo, 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”⁽⁷⁰⁵⁾.

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⁽⁷⁰⁶⁾, 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 124 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 meritadas 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

(705) Artículo 229 del TUO de la LPAG.

(706) Artículo 232 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, 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”⁽⁷⁰⁷⁾.

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”⁽⁷⁰⁸⁾.

- **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⁽⁷⁰⁹⁾.

(707) AGUILAR VALDEZ, Oscar. Ob. cit., p. 274.

(708) *Ibidem*, p. 275.

(709) 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 éstas. 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"⁽⁷¹⁰⁾.

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

(710) 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”⁽⁷¹¹⁾.

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.

(711) 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 231.2 del artículo 231 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 238.1 del artículo 238 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 151.4 del artículo 151 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 asegurarse-les 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 205 del TUO de la LPAG dispone lo siguiente:

“Artículo 205.- 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.

(...)”⁽⁷¹²⁾⁽⁷¹³⁾.

(712) 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.

(713) 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 236 del TUO de la LPAG establece el empleo de la ejecución coactiva en este caso, pues según el numeral 236.2 del artículo 236 del TUO de la LPAG: “Si el obligado a cumplir con una medida cautelar orde-

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.

nado por la Administración no lo hiciere, se aplicarán las normas sobre ejecución forzosa prevista en los artículos 203 al 211 de esta ley”.

Artículo 230 | **Marco legal**⁽⁷¹⁴⁾

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. 229: Procedimiento trilateral.
- Arts. 231 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.

(714) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 220 de la Ley N° 27444.

Artículo 231 Inicio del procedimiento⁽⁷¹⁵⁾

231.1 *El procedimiento trilateral se inicia mediante la presentación de una reclamación o de oficio.*

231.2 *Durante el desarrollo del procedimiento trilateral la administración debe favorecer y facilitar la solución conciliada de la controversia.*

231.3 *Una vez admitida a trámite la reclamación se pondrá en conocimiento del reclamado a fin de que éste presente su descargo.*

(Texto según el artículo 221 de la Ley N° 27444)



CONCORDANCIAS INTERNAS

- T.P. Art. IV, 1.3: Principio de impulso de oficio.
- Art. 137.1: Efectos de la subsanación documental.
- Art. 229: Procedimiento trilateral.
- Art. 230: Procedimiento trilateral. Marco legal.
- Art. 232: Contenido de la reclamación.
- Art. 233: Contestación de la reclamación.
- Art. 238: 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.

(715) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 221 de la Ley N° 27444.

Artículo 232 Contenido de la reclamación⁽⁷¹⁶⁾

232.1 *La reclamación deberá contener los requisitos de los escritos previstos en el artículo 124, 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.*

232.2 *La reclamación deberá ofrecer las pruebas y acompañará como anexos las pruebas de las que disponga.*

232.3 *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. 124: Requisitos de los escritos.
- Art. 131.4: Procedimiento trilateral. Prohibición de utilizar correo certificado.
- Art. 137.1: Efectos de la subsanación documental.
- Art. 140.3: Procedencia de la mejora de la solicitud.
- Art. 229: Procedimiento trilateral.
- Art. 230: 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, 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

(716) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 222 de la Ley N° 27444.

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 233

Contestación de la reclamación⁽⁷¹⁷⁾

- 233.1 *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 124, 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.*
- 233.2 *Las cuestiones se proponen conjunta y únicamente al contestar la reclamación o la réplica y son resueltas con la resolución final.*
- 233.3 *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.*
- 233.4 *Adicionalmente a la contestación, el reclamado podrá presentar una réplica alegando violaciones a la legislación respectiva, dentro de la competencia del organismo correspondiente de la entidad. La presentación de réplicas y respuestas a aquellas réplicas se rige por las reglas para la presentación y contestación de reclamaciones, excluyendo lo referente a los derechos administrativos de trámite.*

(Texto según el artículo 223 de la Ley N° 27444)



CONCORDANCIAS INTERNAS

- Art. 124: Requisitos de los escritos.
- Art. 219: Recurso de reconsideración.
- Art. 229: Procedimiento trilateral.
- Art. 230: Procedimiento trilateral. Marco legal.
- Art. 231: Procedimiento trilateral. Inicio del procedimiento.
- Art. 232: Contenido de la reclamación.
- Art. 234: 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. 231.1 del art. 231 y el art. 232 del TUO de la LPAG), y, contestación de la reclamación (num. 233.1 del art. 233 del TUO de la LPAG),

(717) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 223 de la Ley N° 27444.

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 234 | **Prohibición de responder a las contestaciones⁽⁷¹⁸⁾**

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 N° 27444)

**CONCORDANCIAS INTERNAS**

- Art. 229: Procedimiento trilateral.
- Art. 230: Procedimiento trilateral. Marco legal.
- Art. 231: Procedimiento trilateral. Inicio del procedimiento.
- Art. 232: Contenido de la reclamación.
- Art. 233: Contestación de la reclamación.

 Comentario

El principio del contradictorio no puede elevarse a tal ubicación que haga exigible las réplicas 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.

(718) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 224 de la Ley N° 27444.

Artículo 235 | **Pruebas**⁽⁷¹⁹⁾

Sin perjuicio de lo establecido en los artículos 173 a 191, la administración sólo puede prescindir de la actuación de las pruebas ofrecidas por cualquiera de las partes por acuerdo unánime de éstas.

(Texto según el artículo 225 de la Ley N° 27444)

**CONCORDANCIAS INTERNAS**

- T.P. Art. IV, 1.11: Principio de verdad material.
- Arts. 170 y ss.: Instrucción del procedimiento.
- Arts. 173 y ss.: Carga de la prueba.
- Art. 229: 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.

(719) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 225 de la Ley N° 27444.

Artículo 236 **Medidas cautelares**⁽⁷²⁰⁾

236.1 *En cualquier etapa del procedimiento trilateral, de oficio o a pedido de parte, podrán dictarse medidas cautelares conforme al artículo 146.*

236.2 *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 203 al 211.*

236.3 *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. 157: Medidas cautelares.
- Art. 203 y ss.: Ejecución de las resoluciones.
- Art. 226: 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.

(720) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 226 de la Ley N° 27444.

Artículo 237

Impugnación⁽⁷²¹⁾

- 237.1 *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.*
- 237.2 *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.*
- 237.3 *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.*
- 237.4 *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.*
- 237.5 *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. 66, 11: Derecho de cuestionar acciones administrativas.
- Art. 120: Facultad de contradicción administrativa.
- Art. 217: Facultad de contradicción.
- Art. 219: Recurso de reconsideración.
- Art. 220: Recurso de apelación.
- Art. 228.2: Actos que agotan la vía administrativa.
- Art. 229: Procedimiento trilateral.
- Art. 261.1, 8: Constituye falta administrativa intimidar a quien plantee queja o contradiga decisiones administrativas.

(721) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 227 de la Ley N° 27444.

✍ 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 238

Conciliación, transacción extrajudicial y desistimiento⁽⁷²²⁾

- 238.1 *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.*
- 238.2 *Los citados instrumentos deberán constar por escrito y establecer como contenido mínimo la identificación de las partes intervinientes y el plazo de vigencia.*
- 238.3 *Al aprobar los acuerdos a que se refiere el numeral 238.1, 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.*
- 238.4 *Procede el desistimiento conforme a lo regulado en los artículos 200 y 201.*

(Texto según el artículo 228 de la Ley N° 27444, 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**

- T.P. Art. IV, 1.3: Principio de impulso de oficio.
- Art. 115: Inicio de oficio.
- Art. 197.1: Fin del procedimiento.
- Art. 200: Desistimiento del procedimiento o de la pretensión.
- Art. 201: Desistimiento de actos y recursos administrativos.

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

(722) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 228 de la Ley N° 27444.

(723) Texto según fe de erratas publicada el 30/03/2017.

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”⁽⁷²⁴⁾.

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**.

(724) 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.

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⁽⁷²⁵⁾ 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,

(725) VILLAR PALASÍ, José Luis. "La prospectiva del Derecho Administrativo". En: *XI Congreso italo-español de profesores de Derecho Administrativo*. Cedecs, España, 1996, p. 613.

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⁽⁷²⁶⁾.

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 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⁽⁷²⁷⁾:

“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

(726) Ver: AGUILAR VALDEZ, Óscar. “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.

(727) CASSAGNE, Juan Carlos. “Los nuevos entes regulatorios”. En: *Libro Homenaje al profesor D. Pablo Ramella*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 38.

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”⁽⁷²⁸⁾.

Por estas particulares características es que al asumir la tarea de resolver los conflictos suscitados en la prestación del servicio sujeto a su regulación⁽⁷²⁹⁾ se busque 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”⁽⁷³⁰⁾.

En síntesis, un campo provechoso para el desarrollo de la conciliación en estas materias.

(728) CASSAGNE, Juan Carlos. Ob. cit., p. 38.

(729) 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 acudir 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).

(730) AGUILAR VALDEZ, Óscar. Ob. cit., 274.

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⁽⁷³¹⁾.
- 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 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

(731) 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.

regulatoria “debe arbitrar, negociar o concertar entre los intereses contrapuestos teniendo siempre en la mira el interés público o el bien común”⁽⁷³²⁾.

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).
- 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,

(732) 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 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⁽⁷³³⁾, *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 (...)”.

(733) GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. “La transacción en el proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”. En: *Revista de Administración Pública*, Nº 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 cumplimiento 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*⁽⁷³⁴⁾ 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

(734) 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 ésta 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 éste 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⁽⁷³⁵⁾ 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 impropriamente 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

(735) 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⁽⁷³⁶⁾ 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”⁽⁷³⁷⁾. 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”⁽⁷³⁸⁾.

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”⁽⁷³⁹⁾, cuya finalidad es “la necesaria protección de un interés general fundado en la protección de los derechos fundamentales o de otros bienes constitucionalmente consagrados”⁽⁷⁴⁰⁾.

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

(736) FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano. *La actividad administrativa de inspección. El régimen jurídico de la función inspectora*. Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, Granada, 2002, p. 12.

(737) BERMEJO VERA, José. “La administración inspectora”. En: *Revista de Administración Pública*. N° 147, Madrid, 1998, p. 41.

(738) REBOLLO PUIG, Manuel. “La actividad inspectora”. En: DIEZ SANCHEZ, Juan José (Coordinador). *Función inspectora*. INAP, Madrid, 2013, p. 56.

(739) 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.

(740) *Ibidem*.

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*”⁽⁷⁴¹⁾.

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

(741) 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 éstos 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 existiendo, 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 239 Definición de la actividad de fiscalización

239.1 *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.

239.2 *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. 42: Vigencia indeterminada de los títulos habilitantes.
- Art. 45: Consideraciones para estructurar el procedimiento.
- Art. 53: Derecho de tramitación (prohibición para establecer tasas por fiscalización).
- Art. 116: 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. 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⁽⁷⁴²⁾.

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”⁽⁷⁴³⁾. Entre nosotros esta duda ha llevado a que

(742) 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.

(743) REBOLLO PUIG, Manuel. Ob. cit., p. 71.

el Ministerio de Justicia opine que “(...) la actividad administrativa de fiscalización, no constituye un procedimiento 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 245 del TUO de la LPAG, las formas de conclusión de la referida actividad no constituyen ninguna de ellas un acto administrativo”⁽⁷⁴⁴⁾.

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 las 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

(744) Consulta Jurídica N° 005-2017-JUS/DGDOJ, del 23/02/2017.

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 advertencia de control permanente del cumplimiento de obligaciones o deberes, tanto desde la perspectiva jurídico-formal como desde el punto de vista sustantivo⁽⁷⁴⁵⁾, 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 diferenciador 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

(745) BERMEJO VERA, José. Ob. cit., p. 53.

tiene un origen normativo y no proviene de relaciones jurídicas concretas⁽⁷⁴⁶⁾. 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 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.

(746) GARCÍA URETA, Agustín. *La potestad inspectora de las administraciones públicas*. Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 29.

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 240

Facultades de las entidades que realizan actividad de fiscalización

240.1 *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.*

240.2 *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 69 y 70.3.

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.*

**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 Política del Perú: Art. 2, inc. 9, Inviolabilidad del domicilio.

**CONCORDANCIAS INTERNAS**

- T.P. Art. IV, 1.3: Principio de impulso de oficio.
- Art. 69: Comparecencia personal.
- Art. 70: Formalidades de la comparecencia.
- Art. 116: Derecho a formular denuncias.
- Art. 178: Solicitud de pruebas a administrados.
- Art. 243: 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 68.2 del artículo 68 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 fueron 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 87.

En cuanto a la amplitud de la información o documentación a requerir la norma explícita 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⁽⁷⁴⁷⁾ 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”.

(747) 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 69 y 70 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⁽⁷⁴⁸⁾ 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

(748) Ver: Exp. N° 02389-2009-PA/TC, Lima, Asociación Club Petróleos.

a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima, así como su intimidad o privacidad.

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 241 Deberes de las entidades que realizan actividad de fiscalización

241.1 *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.*

241.2 *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 Política del Perú: 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: T.U.O. 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. 66, 5 y 9: Derechos de los administrados.
- Art. 86, 7: Deber de velar por la eficacia de las actuaciones procedimentales.
- Art. 86, 8: Interpretación finalística conforme al fin público.
- Art. 162: Información documental.
- Art. 167.2: Ofrecimiento de pruebas en los procedimientos administrativos de fiscalización y supervisión.
- Art. 183: Peticiones de informes.
- Art. 242: Derechos de los administrados fiscalizados.
- Art. 244: Contenido mínimo del acta de fiscalización.

*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 concentrará 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”⁽⁷⁴⁹⁾.

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”⁽⁷⁵⁰⁾.

(749) OCDE; “Managing conflict of interest in the public service”. París, 2004.

(750) 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 concurren 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 242 Derechos de los administrados fiscalizados

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 Política del Perú: 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: TULO de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.



CONCORDANCIAS INTERNAS

- Art. 66, 5 y 9: Derechos de los administrados.
- Art. 167.1, 3: Constancia en el acta de las observaciones del administrado.
- Art. 167.2: Ofrecimiento de pruebas en los procedimientos administrativos de fiscalización y supervisión.
- Art. 244: 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 TULO de la LPAG siempre que sean compatibles con la naturaleza de la acción de fiscalización.

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⁽⁷⁵¹⁾, 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.

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

(751) TIRADO BARRERA, José Antonio. Ob. cit., p. 262.

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 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 243 Deberes de los administrados fiscalizados

Son deberes de los administrados fiscalizados:

1. *Realizar o brindar todas las facilidades para ejecutar las facultades listadas en el artículo 240.*
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 Política del Perú: 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. 34: Fiscalización posterior.
- Art. 36.2: Fiscalización posterior de documentos en procedimientos administrativos sujetos a silencio positivo.
- Art. 49.2: Fiscalización posterior obligatoria en la presentación de sucedáneos documentales.
- Art. 167.2: Ofrecimiento de pruebas en los procedimientos administrativos de fiscalización y supervisión.
- Art. 176: Hechos no sujetos a actuación probatoria.
- Art. 239: Definición de la actividad de fiscalización.
- Art. 240: Facultades de las entidades que realizan actividad de fiscalización.
- Art. 244: Contenido mínimo del acta de fiscalización.
- Art. 245: 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 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 240 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”⁽⁷⁵²⁾.

(752) 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.lapagina-definitiva.com/>>.

En este trabajo el profesor da cuenta de que: “[I]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 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

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 pública, 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”⁽⁷⁵³⁾.

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 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

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.

(753) 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.

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^[754].

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.

Usualmente, se suelen tipificar como infracción administrativa a las acciones de obstaculización, resistencia o no atención a los deberes específicos que les

(754) Convención 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.

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 244

Contenido mínimo del Acta de Fiscalización

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.*

244.2 *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. 162: Información documental.
- Art. 167: Elaboración de actas.
- Art. 241.2, 4: Copia del acta de fiscalización consignando de manera clara y precisa las observaciones que formule el administrado.
- Art. 243, 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.

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 INTRINSECA 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, prejuizgamientos, 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⁽⁷⁵⁵⁾.

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 participantes). En todo caso, esta norma nos brinda un mínimo indispensable de contenido de actos de inspección.

- El nombre de la persona natural o razón social de la persona jurídica fiscalizada.

(755) 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 específica 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 (fj. 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 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 comprensión 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⁽⁷⁵⁶⁾, 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 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

(756) Véase al respecto FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano. Ob. cit., p. 453 y ss.

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⁽⁷⁵⁷⁾, 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 comentario 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⁽⁷⁵⁸⁾, 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 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

(757) TIRADO, José Antonio. Ob. cit., p. 259.

(758) Ver: STC Exp. N° 5719-2005-PA/TC, Piura, Pesquera Mistral S.A.

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”⁽⁷⁵⁹⁾.

La reforma a la LPAG no previó 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 sí es un acto de trámite dentro del procedimiento de fiscalización. No obstante, resulta posible que en el 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.

(759) FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano. Ob. cit., p. 497 y ss.

Artículo 245 Conclusión de la actividad de fiscalización

245.1 *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*

245.2. *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 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 varios modos de conclusión a los distintos incumplimientos que se identifiquen o, incluso, un mismo incumplimiento constatado puede ser objeto de más de uno 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 ánimo 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”⁽⁷⁶⁰⁾.

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 explícita 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⁽⁷⁶¹⁾.

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⁽⁷⁶²⁾.

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,

(760) MAYER, Otto. *Derecho Administrativo alemán*. Tomo II, Parte Especial, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1982, p. 34.

(761) DE LA CUETARA, Juan Miguel. *La actividad de la Administración. Lecciones de Derecho Administrativo*. Editorial Tecnos, 1983, p. 255.

(762) FIORINI, Bartolomé. *Poder de policía*. Editorial Alfa, Buenos Aires, 1957, p. 283.

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⁽⁷⁶³⁾.

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 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”⁽⁷⁶⁴⁾.

(763) 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.

(764) 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.

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”⁽⁷⁶⁵⁾.

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 sí 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, sería 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 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”⁽⁷⁶⁶⁾.

Por lo expuesto, en nuestra opinión existe una necesaria vinculación entre la actividad estatal de supervisión con la competencia que las normas atribuyen

(765) CASSAGNE, Juan Carlos. *La intervención administrativa*. 2ª edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994, p. 86-7.

(766) 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.

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 enfrasearse 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 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 impropiaamente “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⁽⁷⁶⁷⁾. 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 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⁽⁷⁶⁸⁾ 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

(767) 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).

(768) Reglamento General de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las EPS aprobado por Resolución N° 003-2007-SUNASS-CD.

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 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 reparadoras 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 resitutivas (por ejemplo, demoler una construcción realizada indebidamente)⁽⁷⁶⁹⁾.

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”⁽⁷⁷⁰⁾. 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.

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⁽⁷⁷¹⁾, 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⁽⁷⁷²⁾ 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

(769) HUERGO LORA, Alejandro. *Las sanciones administrativas*. Iustel, Madrid, 2007, p. 250.

(770) SUAY RINCÓN, José. *Sanciones administrativas*. Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia 1989, p. 64.

(771) 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.

(772) Por ejemplo, REBOLLO PUIG, Manuel. Ob. cit., p. 659; MESAGUER YEBRA, J; *Las medidas provisionales en vía administrativa*. Ed. Bosch, Barcelona, 2000; PONS CANOVAS, F. *Las medidas*

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:

“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

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.

entonces, de medida provisional además, tras ser ratificado por el organismo competente para la incoación de dicho procedimiento⁽⁷⁷³⁾.

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.(...)”⁽⁷⁷⁴⁾.

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⁽⁷⁷⁵⁾ 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).

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”⁽⁷⁷⁶⁾.

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”⁽⁷⁷⁷⁾, “las medidas necesarias para reestablecer la situación o para

(773) MARINA JALVO, Belén. *Medidas provisionales en la actividad administrativa*. Lex Nova, Madrid, 2007, pp. 50 y 51.

(774) MARINA JALVO, Belén. Ob. cit., pp. 50 y 51.

(775) SANTAMARÍA PASTOR, Juan. *Principios de Derecho Administrativo General*. Tomo II, 1ª edición, Iustel, 2004, p. 403 y ss.

(776) MARINA JALVO, Belén. Ob. cit., p. 50.

(777) Ley N° 27336, Ley de desarrollo de las funciones y facultades del organismo supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones - Osiptel

preservar la normal prestación de servicios⁽⁷⁷⁸⁾, como las “medidas que permitan reestablecer las cosas o situaciones alteradas por una conducta antijurídica, a su estado anterior⁽⁷⁷⁹⁾, como “medidas conducentes a reestablecer la leal competencia en el mercado⁽⁷⁸⁰⁾ o como “medidas que (...) tienen como finalidad corregir los efectos que la conducta infractora hubiese causado al consumidor⁽⁷⁸¹⁾.”

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,
- 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

“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”.

(778) En materia de servicios de saneamiento, en el Reglamento General de la SUNASS, D.S. N° 017-2001-PCM: art. 74.

(779) En materia de energía, hidrocarburos y minería, en el Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de Actividades Energéticas y Mineras a cargo de Osinergmin, Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS-CD: art. 38.

(780) En materia de competencia desleal, en la Ley de Represión de la Competencia Desleal, Decreto Legislativo N° 1044: art. 55.

(781) En materia de protección al consumidor, en el Código de Protección y Defensa del Consumidor, Ley N° 29571: arts. 114 al 116.

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 específico, 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”⁽⁷⁸²⁾. 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 lícito, preciso y posible, satisfacer una finalidad pública, 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 específica 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, 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

(782) GARCÍA-TREVIJANO FOS, José Antonio. *Los actos administrativos*. 2ª edición actualizada, Civitas, Madrid, 1991, p. 268.

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⁽⁷⁸³⁾. En nuestro ordenamiento encontramos

(783) 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

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⁽⁷⁸⁴⁾. También la encontramos en materia municipal⁽⁷⁸⁵⁾ cuando se le permite disponer la clausura transitoria

para su realización. Dichas medidas tendrán la duración estrictamente necesaria para la corrección de las irregularidades respectivas”.

(784) **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,
- 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”.

(785) **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.

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⁽⁷⁸⁶⁾.

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 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⁽⁷⁸⁷⁾.

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.

(786) 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.

(787) 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).

“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 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 haberse seguido previamente un procedimiento administrativo sancionador⁽⁷⁸⁸⁾.

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⁽⁷⁸⁹⁾. 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⁽⁷⁹⁰⁾ comentan que en la práctica los criterios válidos para diferenciar entre una medida de policía (correctiva) y una sanción son dos: el criterio 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⁽⁷⁹¹⁾).

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

(788) Ver: STC Exp. N° 03951-2007-AA (Grifo Escorpio S.R.L. con Municipalidad Provincial del Callao).

(789) HUERGO LORA, Alejandro. Ob. cit., p. 250 y ss., conteniendo una abundante recopilación jurisprudencial española sobre la materia.

(790) CARRETERO PÉREZ, Adolfo y CARRETERO SÁNCHEZ, Adolfo. *Derecho Administrativo sancionador*. Editoriales de Derecho Reunidas, Edersa, Madrid, 1992.

(791) Ob. cit., p. 154.

sectoriales, según sea la finalidad buscada por el legislador en cada caso⁽⁷⁹²⁾. Un caso emblemático es el tratamiento que le dispensa el ordenamiento municipal⁽⁷⁹³⁾ 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⁽⁷⁹⁴⁾.

Además de la distinción entre los propósitos de la medida correctiva y de la sanción, el profesor DANÓS⁽⁷⁹⁵⁾ 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

(792) 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).

(793) 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.

(794) 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.

(795) 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).

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 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”⁽⁷⁹⁶⁾.

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”⁽⁷⁹⁷⁾.

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 tránsito). 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

(796) SANTAMARÍA PASTOR, Juan. *Principios de Derecho Administrativo General*. Tomo II, 1ª edición, Justel, 2004, p. 406.

(797) CARRETERO PÉREZ, Adolfo y CARRETERO SÁNCHEZ, Adolfo. Ob. cit., p. 154.

la acción del infractor y obtener su recuperero. Para atender estas necesidades se ha creado en el derecho comparado las denominadas “medidas administrativas resarcitorias”⁽⁷⁹⁸⁾ 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 crítico⁽⁷⁹⁹⁾.

- 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.

El tratamiento regular para esta situación aparece claramente en el artículo 251 del TUO de la LPAG cuando refiere que:

“Artículo 251. -Determinación de la responsabilidad

251.1 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

(...)”.

(798) SUAY RINCÓN, José. Ob. cit., p. 66.

(799) PEÑA SOLÍS, José. *La potestad sancionadora de la Administración Pública*. Colección de Estudios Jurídicos, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2005, p. 300 y ss.

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”⁽⁸⁰⁰⁾.

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 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”⁽⁸⁰¹⁾.

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

(800) ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Ley de protección al consumidor. Comentarios, precedentes jurisprudenciales, normas complementarias*. Editorial Rhodas, Lima, 2004, p. 379.

(801) SANTAMARÍA PASTOR, Juan. *Ob. cit.*, t. II, p. 406.

ejemplo, sentencia de condena) o en todo caso por ley expresa (por ejemplo, expropiación)⁽⁸⁰²⁾.

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⁽⁸⁰³⁾.

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

(802) 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.

(803) 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 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>; AVILÉS 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.

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 hacer parte del daño emergente posible de declarar en sede judicial.

Artículo 246 | Medidas cautelares y correctivas

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. 93.2: Declinación de competencia con medidas cautelares para evitar daños graves o irreparables a la entidad o a los administrados.
- Art. 157: Medidas cautelares.
- Art. 236: Medidas cautelares en el procedimiento trilateral.
- Art. 251.1: Proporcionalidad de las medidas correctivas.
- Art. 256.2: Proporcionalidad de las medidas de carácter provisional.
- Art. 258.2: Medidas cautelares para garantizar eficacia de la resolución no sea ejecutiva.

Comentario

I. LAS MEDIDAS CORRECTIVAS: SUJECCIÓN 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 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**⁽⁸⁰⁴⁾.

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:

(804) STC Exp. N° 2868-2004-AA/TC, f.j.15.

- 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, las 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 estas 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”⁽⁸⁰⁵⁾. 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 una 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 posibles 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, 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”⁽⁸⁰⁶⁾.

(805) MOLES CAUBET, Antonio. Ob. cit., p. 337.

(806) RONDON DE SANZO, Hildegard. *Teoría general de la actividad administrativa*. Librería Álvaro Nora, Caracas, 1995, p. 75.

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⁽⁸⁰⁷⁾.

Por ello, no podemos dejar de coincidir con lo expuesto por RUAN SANTOS⁽⁸⁰⁸⁾, 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”⁽⁸⁰⁹⁾.

(807) GARCÍA-TREVIJANO FOS, José Antonio. Ob. cit., p. 108 y ss.

(808) RUAN SANTOS, Gabriel. *El principio de legalidad, la discrecionalidad y las medidas administrativas*. Funeda, 1998, Venezuela, p. 71.

(809) RUAN SANTOS, Gabriel. Ob. cit., p. 73.

CAPÍTULO III

PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

I. LA NECESIDAD DE REGULAR EL EJERCICIO DE LA POTESTAD ADMINISTRATIVA SANCIONADORA EN EL PERÚ

Cuando fue elaborado el anteproyecto de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, existía conciencia cierta de la necesidad de dotar de un régimen legal específico que tornara predecible el ejercicio de la potestad sancionadora por parte de las entidades públicas. Como de ordinario nos encontramos frente a la potestad pública más aflictiva para legítimamente gravar patrimonios, limitar o cancelar derechos o imponer restricciones a las facultades ciudadanas, el contexto del fin de la década de los noventa hacía indispensable acometer esta tarea. No en vano estábamos frente a dos fenómenos convergentes que potenciaron dicha potestad administrativa. De un lado, la consolidación de los roles normativos, inspectivos y ordenadores de la Administración Pública, dejando su anterior rol de prestador de servicios y de bienes públicos. Por otro lado, teníamos la sostenida tendencia a la despenalización de ilícitos penales que condujo al proporcional incremento de los supuestos de ilícitos administrativos y a contar con organismos con competencia sancionadora.

En este sentido, fuimos conscientes que la potestad sancionadora constituía y constituye una competencia de gestión necesaria complementaria a la potestad de mando y corrección para reforzar el adecuado cumplimiento del orden administrativo establecido en procura del interés público. Pero a su vez, quienes conformamos la comisión elaboradora del anteproyecto adoptamos conscientemente la decisión de diseñar las pautas mínimas comunes para que todas las entidades administrativas con competencia para aplicación de sanciones sobre los administrados, la ejerzan de manera democrática, previsible y no arbitraria. No consideramos que el control judicial posterior fuera suficiente para disciplinarla, sino que, por el contrario, sería más conveniente dotarle de un régimen positivo claro que permita su control preventivo y concurrente, por los administrados y las propias autoridades superiores. En este sentido, seguimos la tendencia inaugurada en el Derecho comparado, de manera decidida, por la legislación española y seguida en nuestro continente, por México, Venezuela y Brasil.

Es conveniente para caracterizar mejor esta institución diferenciarla del procedimiento administrativo trilateral y el procedimiento inspectivo con los que se les suele confundir en la teoría y en la práctica.

II. EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR Y EL PROCEDIMIENTO TRILATERAL

La ley considera diferenciado al procedimiento sancionador del procedimiento trilateral, pues sirven a intereses públicos distintos. Los aspectos más resaltables en los que podemos advertir diferencias son los siguientes:

- i. La intensidad de la intervención administrativa (la intervención administrativa es más intensa en el procedimiento sancionador que el procedimiento trilateral);
- ii. La relación procedimental establecida entre los sujetos procesales (la relación procedimental en el sancionador se establece entre la Administración Pública y el administrado infractor, mientras que en procedimiento trilateral es entre dos administrados y una dependencia administrativa con capacidad resolutoria);
- iii. La posibilidad de seguir mecanismos de autocomposición de intereses o fórmulas conciliatorias en la decisión del procedimiento (en los procedimientos trilaterales es procedente y hasta preferible una fórmula conciliatoria por tratarse de aspectos disponibles por la partes, mientras que en los temas sancionadores ello es difícilmente posible, salvo un régimen no conciliatorio sino de prácticas de clemencia o acuerdos convencionales debidamente disciplinados).

No obstante es necesario precisar que la normativa preexistente a la dación de la Ley N° 27444 creó una serie de procedimientos en los que confundían ambos, asumiendo caracteres de ambos. Así, por ejemplo, tenemos procedimientos iniciados por un administrado contra otro ante una dependencia administrativa estableciendo una relación procedimental en controversia, pero cuyo objeto fundamental es determinar la existencia o no de una infracción administrativa. Entendemos que mientras subsistan estos procedimientos especiales, les serán aplicables —en aquellos que corresponda a su naturaleza— las normas pensadas para ambos regímenes. Sin embargo, no podemos dejar de advertir la tendencia a convertir en procedimientos trilaterales verdaderos procedimientos sancionadores, de manera indebida, con el objeto de pretender trasladar al administrado la mayor carga de promover e impulsar el procedimiento, aligerar las responsabilidades a los funcionarios a cargo de estos procedimientos, y finalmente, percibir tasas por estos procedimientos.

III. EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR Y LA POTESTAD FISCALIZADORA

La doctrina reconoce en la actuación administrativa de inspección o comprobación administrativa una función especial que tiene por objeto cautelar y/o constatar el cumplimiento de lo previsto por el ordenamiento vigente en el desempeño de determinadas actividades sujetas a regulación por normas de

Derecho Público. Esto ha quedado mucho más explícito porque en la modificatoria producida con el Decreto Legislativo N° 1272, se ha incorporado una regulación expresa y completa sobre la potestad de fiscalización administrativa.

A diferencia de las demás actividades de la Administración Pública, la actividad sancionadora tiene un objetivo único: ejercer la pretensión sancionadora del poder público administrativo, mediante un procedimiento especial, donde el administrado tenga las suficientes garantías para el ejercicio de su defensa. Aquí, la Administración Pública no busca el esclarecimiento de los hechos, la indagación de lo acontecido, o despejar una incertidumbre o duda. Por ello, parte de una imputación o cargo directo, y su procesamiento busca obtener certidumbre jurídica y real, a partir de la convicción a que ha llegado a obtener luego de una actividad común de comprobación o inspección y graduar razonablemente la consecuencia jurídica para ello.

En lo específicamente referido a los efectos del ejercicio de las potestades de inspección, cuando concluyan en la constatación o verificación de la existencia de contravenciones al ordenamiento vigente, y conduce a un procedimiento sancionador⁽⁸¹⁰⁾, ello en modo alguno podría suponer la posibilidad de asimilar la potestad de inspección (así como todas las actuaciones relacionadas con la misma) a una etapa correspondiente a la instauración y/o trámite de un procedimiento administrativo sancionador. Del mismo modo, como no necesariamente se debe transitar por la inspección para aplicar sanciones, también puede existir inspección que no concluya en procedimiento sancionador.

Como bien expresa GAMERO CASADO, solo se trata de un supuesto de coincidencia de presupuestos objetivos⁽⁸¹¹⁾: “La potestad sancionadora puede aparecer antes, durante o tras la adopción de medidas de intervención de empresas, hecho debido sencillamente a que los presupuestos objetivos en que se asientan ambas figuras son eventualmente coincidentes”.

Si bien es cierto que, como resultado del ejercicio de las potestades de fiscalización, inspección o supervisión puede evidenciarse o constatarse la comisión de irregularidades o contravenciones al ordenamiento jurídico vigente, ello en modo alguno podrá considerarse asimilado al ejercicio de la potestad sancionadora administrativa como una actividad instructiva al interior de un procedimiento sancionador. En todo caso, la constatación o evidencia de conductas y actuaciones que eventualmente comporten la comisión de infracciones administrativas solo podrán ser asimiladas a lo que se entiende por investigaciones preliminares y, por lo tanto pertenecientes a una fase previa al ejercicio de la potestad sancionadora propiamente dicha. Como bien manifiesta el profesor español FERNÁNDEZ RAMOS, resulta inconveniente asimilar la actividad inspectiva

(810) BERMEJO VERA, José. Ob. cit., pp. 56 y 57.

(811) GAMERO CASADO, Eduardo. *La intervención de empresas*. Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 228.

con la actividad sancionadora, no obstante la proximidad conceptual entre ellas. Nuestro autor afirma:

“En efecto, la función inspectora ha estado tradicionalmente vinculada en exceso al ejercicio de la potestad sancionadora. Esta conexión es innegable desde el punto de vista de la efectividad de la potestad sancionadora, y por ello debe tenerse presente en el orden operativo o funcional, es decir, en relación con el reparto de las competencias inspectoras y con la organización y funcionamiento de los servicios de inspección. Pero esta consideración no debe condicionar la necesidad de desligar conceptualmente la actividad inspectora de la potestad sancionadora. Ciertamente de la actuación inspectora podrán derivarse eventualmente consecuencias en el orden sancionador, pero tales sanciones constituyen responsabilidades de orden personal. En cambio, desde una perspectiva institucional, la finalidad fundamental no debe ser otra que la tutela de los bienes o intereses protegidos mediante el restablecimiento de la legalidad vulnerada”⁽⁸¹²⁾.

En efecto, la inspección no tiene otra finalidad que verificar si el administrado cumple o no con la normativa vigente, y analizar sus causas. En todo caso, el resultado puede ser, o bien que la entidad cumpla la normativa, con lo cual la inspección queda finalizada, o bien que no la cumpla; en consecuencia, puede abrirse un procedimiento sancionador.

De acuerdo a lo indicado con anterioridad, se tiene que la finalidad perseguida difiere en uno y otro caso dado que la potestad sancionadora se dirige a reprimir ciertas conductas o a disuadir del incumplimiento de la normativa vigente, en tanto que la intervención de empresas no exhibe necesariamente ese matiz represivo, limitándose a remover una situación objetiva contraria al interés público⁽⁸¹³⁾. Como ya estableció FRANCH I SAGUER, en la derivación posible del procedimiento inspectivo el acto sancionador:

“Su ya confirmado carácter accesorio conlleva que el procedimiento termine con un informe, producto, de la investigación-comprobación. Si el resultado de la actividad de inspección supone verificar que la entidad cumple con las normas jurídicas, el procedimiento termina aquí. En caso llegue a verificarse su incumplimiento, entonces puede abrirse un expediente sancionador”⁽⁸¹⁴⁾.

(812) FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano. *La actividad administrativa de inspección. El régimen jurídico de la función inspectora*. Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, Granada, 2002, p. 24.

(813) *Ibíd.*, p. 226.

(814) FRANCH I SAGUER, Marta. *Intervención administrativa sobre bancos y cajas de ahorros*. Civitas, Madrid, 1992, p. 321.

Como consecuencia de lo indicado con anterioridad, aun en el supuesto específico en que, como parte del ejercicio de actividades de investigación preliminar comprendidas dentro de la facultad de fiscalización, supervisión e inspección de las entidades que conforman la Administración Pública, se pretenda obtener del administrado sujeto a fiscalización la formulación de declaraciones y/o exposición de argumentos tendientes a la sustentación de las acciones llevadas a cabo por él mismo; tales acciones no podrán ser asimiladas a lo que formalmente se entiende por formulación de descargos por parte del administrado. En efecto, la formulación de descargos tendiente a contrarrestar las imputaciones realizadas a un administrado presupone que las mismas han sido puestas formalmente en conocimiento de un administrado, lo que solo podrá ser llevado a cabo por un órgano de la Administración Pública que detente en forma expresa el ejercicio de la potestad sancionadora administrativa o, cuando menos, el ejercicio de competencias en materia de instrucción de un procedimiento administrativo sancionador.

IV. LA NECESIDAD DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

El procedimiento sancionador es, entonces, el conjunto concatenado de actos que deben seguirse para imponer una sanción administrativa.

Dicho procedimiento tiende, fundamentalmente, a cumplir dos objetivos. En primer lugar, constituye un mecanismo de corrección de la actividad administrativa, desde que permite al órgano con potestad sancionadora comprobar fehacientemente si se ha cometido algún ilícito; en segundo término, es el medio que asegura al presunto infractor, ejercer su derecho a la defensa, alegando y probando lo que le resulte favorable y controlando, a la par, la actuación inquisitiva de la Administración Pública.

En consecuencia, la emisión de un acto sancionador sin cumplir el procedimiento respectivo, y fundamentalmente, sin garantizar la participación activa del interesado, aparece su nulidad no siendo posible su conservación. Las actuaciones producidas a su interior pueden ser analizadas a efecto de meritar su conservación excepcional, si se dieran las condiciones previstas en el numeral 13.2 del artículo 13 del TUO de la LPAG, sin embargo, la existencia de pruebas evacuadas o actuadas unilateralmente por la Administración Pública para comprobar los hechos que dieron origen a la medida punitiva, no pueden conservarse, ya que son inválidas e insuficientes las pruebas sin que el sujeto sancionado hubiere tenido participación en su desarrollo, ni dispusiese de los medios y recursos para contradecirlas o invalidarlas.

Artículo 247 **Ámbito de aplicación de este capítulo**⁽⁸¹⁵⁾

247.1 *Las disposiciones del presente Capítulo disciplinan la facultad que se atribuye a cualquiera de las entidades para establecer infracciones administrativas y las consecuentes sanciones a los administrados.*

247.2 *Las disposiciones contenidas en el presente Capítulo se aplican con carácter supletorio a todos los procedimientos establecidos en leyes especiales, incluyendo los tributarios, los que deben observar necesariamente los principios de la potestad sancionadora administrativa a que se refiere el artículo 248, así como la estructura y garantías previstas para el procedimiento administrativo sancionador.*

Los procedimientos especiales no pueden imponer condiciones menos favorables a los administrados, que las previstas en este Capítulo.

247.3 *La potestad sancionadora disciplinaria sobre el personal de las entidades se rige por la normativa sobre la materia.*

(Texto según el artículo 229 de la Ley N° 27444, modificado según el artículo 2 Decreto Legislativo N° 1272)



CONCORDANCIAS EXTERNAS

- Ley N° 27972: Ley Orgánica de Municipalidades (arts. 46-49, competencia sancionadora municipal).
- D.S. N° 043-2003-PCM: TUO de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública (art. 17, inc. 3, confidencialidad de la información del procedimiento sancionador durante 6 meses).



CONCORDANCIAS INTERNAS

- Art. 248: Principios de la potestad sancionadora administrativa.
- Art. 249: Estabilidad de la competencia para la potestad sancionadora.
- Art. 250: Reglas sobre el ejercicio de la potestad sancionadora.
- Art. 251: Determinación de la responsabilidad.
- Art. 252: Prescripción.
- Art. 254: Caracteres del procedimiento sancionador.
- Art. 255: Procedimiento sancionador.
- Art. 256: Medidas de carácter provisional.
- Art. 258: Resolución.
- Art. 259: Caducidad del procedimiento sancionador.
- Art. 261: Faltas administrativas.

(815) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 229 de la Ley N° 27444.

I. NATURALEZA COMÚN DE LAS NORMAS DE ESTE CAPÍTULO

Las normas de este Capítulo, desde su versión original, tenían como propósito ser un régimen común para toda actuación sancionadora de cualquier entidad pública sobre los administrados. Sin embargo la práctica y el desarrollo normativo sectorial posterior procedió de manera contraria: multiplicó los procedimientos administrativos sancionadores especiales pretendiendo diferenciarse del régimen para —con poco disimulo— excluirse de alguna de las reglas exigidas por este Capítulo para la validez de un acto sancionador. No solo ello, sino que algunas de estas entidades argumentaban que tan solo una mención accesoría en alguna ley sobre su potestad sancionadora, bastaba para considerarse un régimen especial y así excluirse de la exigencia de tipificar exhaustivamente el hecho sancionable, tener un plazo de prescripción mayor, tener causales adicionales para suspender plazos prescriptorios, entre otros. Así, estas entidades se consideraban incluso con licencia para mediante reglamentos o directivas alejarse del cuadro de garantías y reglas que posee este Capítulo en favor de democratizar la potestad sancionadora y diseñarlo de otra manera.

Por ello, la reforma introducida mediante el Decreto Legislativo N° 1272 persiste en este intento de contar un régimen único común básico para todas las entidades públicas con atribución para sancionar a los administrados. Así, la norma ahora establece que las disposiciones de este Capítulo disciplinan la facultad dada a cualquier entidad para establecer infracciones administrativas y las consecuentes sanciones a los administrados y además impone tres condiciones para la regulación de cualquier procedimiento sancionador especial: i) No pueden apartarse de todos los principios de la potestad sancionadora administrativa (art. 248 del TUO de la LPAG); ii) No pueden apartarse de la estructura y garantías previstas para el procedimiento administrativo sancionador (arts. 249 a 257 del TUO de la LPAG), y, iii) que los procedimientos especiales no pueden imponer condiciones menos favorables a los administrados, que las previstas en este Capítulo⁽⁸¹⁶⁾.

De este modo, no podrán considerarse excluidos de estas condiciones la potestad sancionadora otorgadas a las autoridades administrativas en materias de tráfico y seguridad vial, extranjería, laboral, dominio público, portuario, patrimonio histórico, competencia, bancario, financiero, regulación de servicios públicos, pensionario, mercado de capitales y de valores, seguros, energía, telecomunicaciones, seguridad ciudadana y orden interno, deportes, urbanismo, medio ambiente, pesca, consumo, derechos de autor, salud

(816) Numeral modificado por el Decreto Legislativo N° 1029, publicado el 24/06/2008.

pública, sanidad, cultura, educación, juegos y espectáculos, protección de datos, entre otros.

II. LA COMPATIBILIDAD DE LAS REGLAS DE ESTE CAPÍTULO CON LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS ESPECIALES

Como se ha mencionado, el texto original de este artículo tenía el riesgo de permitir que determinadas entidades, bajo el argumento de contar con un procedimiento sancionador regido por reglas especiales, se eximan total o completamente de la aplicación de las disposiciones comunes contenidas en este Capítulo. Esta situación daría la posibilidad que, por dicha vía, se avalen procedimientos sancionadores de carácter especial que no revistan las garantías mínimas recogidas con carácter general en la LPAG, hecho que agravaría la situación jurídica de los administrados.

Por ello ha sido altamente pertinente la reforma precise que ningún procedimiento sancionador, ni la eventual sanción que se derive, pueden desconocer los principios de la potestad sancionadora ni la estructura y garantías mínimas reconocidas a los administrados en este capítulo. En ese sentido, los principios reconocidos en estas normas, las garantías formales y las garantías sustantivas que este ordenamiento reconocen, conforman un núcleo esencial del estatus garantista de los ciudadanos frente a las pretensiones de sanción que las entidades pueden ejercer sobre ellas. De esta manera, ninguna entidad podrá desconocer el principio de legalidad para sancionar, culpabilidad, de tipicidad de las faltas, de prescripción de las sanciones, etc., sin incurrir en un acto viciado de nulidad.

Cabe preguntarse si por estar incluidas en una norma con rango de ley, esta suerte de indisponibilidad del contenido de la potestad sancionadora, resulta posible que el legislador mediante una ley especial pueda diferenciarse y crear alguna exclusión a estas garantías. En nuestra opinión, debe tenerse cuidado con esta situación, porque la exigencia de los principios y reglas garantistas tiene base constitucional y no solo legal. Por ejemplo, los principios de tipicidad, de prescripción, *non bis in idem*, culpabilidad, entre otros, son básicamente constitucionales y no legales. Por lo tanto, creemos que en estos casos, aun normas con rango de ley no pueden obviar estas reglas de sustento constitucional, sin contradecir la Constitución Política del Estado. De hacerlo, estas normas son susceptibles de un cuestionamiento constitucional.

El régimen uniforme dado a la potestad sancionadora implica la disciplina común para toda acción del Estado dirigido a aplicar una sanción administrativa, entendida como un mal infligido a un administrado en ejercicio de la correspondiente potestad administrativa por haber incurrido en una conducta constitutiva de infracción administrativa previamente calificada así por la norma. De este modo, se entiende que la sanción administrativa:

- a. Es un acto de gravamen. Determina un menoscabo o privación, total o parcial, temporal o definitiva, de derechos o intereses, tales como: la suspensión, clausura o interdicción de ejercer determinadas actividades, el comiso de bienes, la caducidad de derechos, la amonestación o apercibimiento, la multa, entre otras.
- b. Es un acto reaccional frente a una conducta ilícita. Su finalidad es una consecuencia de la conducta sancionable, eminentemente con carácter represivo y disuasivo.
- c. Es un acto con finalidad solo represiva, por lo que su existencia misma no guarda relación con el volumen o magnitud del daño.

Por tanto no pueden considerarse como sanciones: las medidas de reposición de las cosas a la situación legal correcta –el cierre de un local sin licencia, el cese de una publicidad engañosa–. Las medidas resarcitorias –devolver importe de ejecución subsidiaria–, ni las medidas de forzamiento de ejecución administrativa –multas coercitivas o compulsión sobre las personas–.

III. LA SEPARACIÓN DEL RÉGIMEN ADMINISTRATIVO SANCIONADOR CON EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO SOBRE PERSONAL DE LAS ENTIDADES

Finalmente, el numeral 247.3 del artículo comentado deslinda claramente de la regulación reservada para el procedimiento sancionador al régimen disciplinario sancionador de las entidades sobre su personal. Esta diferenciación tiene sustento doctrinario en las relaciones de sujeción general (caso del infractor común) y las relaciones de sujeción especial (caso del infractor empleado del Estado), que sirve para reconocer los dos modos como se vinculan las entidades con los administrados. Conforme a esta doctrina, los administrados se vinculan con las entidades de dos maneras⁽⁸¹⁷⁾.

Cuando un administrado se halla en la relación de sujeción general, que es la regla común, se encuentra ejerciendo plenamente su libertad de actuación, y se vincula excepcionalmente a determinados deberes generales de cumplimiento y al poder de policía de la Administración Pública, que limitan su estado de libertad individual y de acción (por ejemplo, situación de los mercados regulados, mercado financiero, etc.). Como se puede entender fácilmente en este escenario, son aplicables íntegramente las reglas de garantía y procedimientos de garantía, en resguardo de la libertad individual y derechos adquiridos. Es el modelo general.

Por el contrario, cuando un administrado se halla en una relación de sujeción especial, el administrado debe soportar niveles más intensos de intervención

(817) Estos dos escenarios no son excluyentes, puesto que un mismo administrado puede asumir ambas formas de relación según sea el rol que asuma y el procedimiento de que se trate.

administrativa por cuanto estamos en ámbitos que son ordenados por la Administración Pública y su *ius punendi*, que sin este privilegio sería imposible organizarlos. Las notas características de esta relación especial de sujeción son la presencia de deberes específicos de cumplimiento a cargo del administrado, su rol esencial de subordinación en función de los objetivos públicos, y una regulación dada por la autoridad en forma estatutaria, por ejemplo, servidores públicos, soldados, internos de establecimientos penales, etc.

En este escenario se explica que exista la normativa particular para regular la disciplina sobre los funcionarios y servidores del Estado, en sus múltiples variedades, sin quedar vinculado por este régimen sancionador externo. Aquellas normas especiales, tenderán a atenuar algunas de las garantías individuales por la prevalencia de la carga de deberes que su estatuto establece y la deslegalización necesaria para que la Administración Pública logre una subordinación de estas personas. Principalmente este debilitamiento⁽⁸¹⁸⁾ se aprecia en:

- Tendencia a emplear normas reglamentarias para establecer o completar las infracciones y sanciones. Debilita el principio de legalidad.
- Tendencia a estipular sanciones en función de tipos genéricos y abstractos de infracciones. Debilita el principio de tipicidad.
- Tendencia a tornar más eficiente y rápido el procedimiento administrativo sancionador con cargo al control posterior. Debilita el principio de debido proceso.
- Tendencia a permitir sanciones administrativas independientes de las judiciales. Afectan el alcance del *non bis in idem*.

Como las relaciones especiales de sujeción configuran un estatus ventajoso para la Administración Pública y restrictivo para el administrado, debe tener un establecimiento legal y no meramente reglamentario.

Pero debe tenerse presente que estamos frente a una legítima atenuación de las garantías en favor de los cometidos del servicio público, que no implica su estado de indefensión, puesto que su régimen privativo siempre va a dar vía de protección a su debido procedimiento.

Mientras que el Derecho Administrativo sancionador se orienta a disciplinar la actuación de la Administración Pública para así mantener incólume la zona de libertad que corresponde constitucionalmente al administrado, en las relaciones especiales de sujeción, precisamente los administrados no gozan de esa esfera, por ser la esencia de su estatuto una subordinación frente a la Administración Pública y la posibilidad legítima de organizar su actividad, incluso bajo amenaza de coacción y pena.

(818) Este debilitamiento no constituye un ámbito exento de los principios y garantías constitucionales, sino solo una atenuación en función del interés público.

Artículo 248

Principios de la potestad sancionadora administrativa⁽⁸¹⁹⁾

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

1. **Legalidad.**- *Sólo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado, las que en ningún caso habilitarán a disponer la privación de libertad.*

(...)

(Texto según el artículo 230 de la Ley N° 27444, modificado según el artículo 2 Decreto Legislativo N° 1272)

**CONCORDANCIAS EXTERNAS**

- Constitución Política del Perú: Art. 2, inc. 24 a), derecho a la libertad individual; art. 2, inc. 24 b), derecho a la libertad personal; art. 2, inc. 24 d), principio de legalidad en materia penal.
- D.Leg. N° 1311: Ley que modifica el Código Tributario (5ª D.C.F., no aplicación de principios de potestad sancionadora administrativa en la SUNAT, Tribunal Fiscal y otras Administraciones Tributarias).
- R. N° 100-2018-CG: Reglamento de infracciones y sanciones para la responsabilidad administrativa funcional derivada de los informes emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control (art. 4, principios de la potestad sancionadora por responsabilidad administrativa funcional).
- D.S. N° 040-2014-PCM: Reglamento de la Ley de Servicio Civil (art. 92, extiende aplicación de los principios a los procedimientos disciplinarios sobre autoridades administrativas).

**CONCORDANCIAS INTERNAS**

- T.P. Art. IV, 1.1: Principio de legalidad.
- T.P. Art. IV, 1.15: Principio de predictibilidad.

Comentario

I. LA PECULIARIDAD DE LOS PRINCIPIOS APLICABLES A LA POTESTAD SANCIONADORA

Con el objeto de identificar cuáles son los valores fundamentales que a título de principios debían ser respetados por el legislador al normar la potestad sancionadora y por las entidades administrativas al momento de aplicarla a los

(819) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 230 de la Ley N° 27444.

administrados, fueron listados en este artículo aquellos que consideramos estrictamente indispensables para racionalizar su ejercicio, pero sin imposibilitarla, en resguardo del interés público. Nótese que en primer lugar, estos principios —por su basamento constitucional—, son exigibles a la función legislativa cuando regula la potestad sancionadora de cualquier entidad administrativa. Pero a la vez, son exigibles a la Administración Pública tanto cuando reglamenta la potestad sancionadora como cuando la ejerce en un caso determinado.

Todos los principios aquí listados y desarrollados cumplen una triple función respecto a la potestad sancionadora: la fundante (preceden a la existencia misma de cualquiera de las reglas para ejercer un procedimiento sancionador), la interpretativa (sirven de criterio hermenéutico para absolver cualquier duda sobre el sentido y alcance de las reglas de la potestad sancionadora), y la integradora (sirven de fuente de integración para cubrir los vacíos o lagunas de regulación que se puedan identificar en la aplicación de las normas sancionadoras).

Para esta labor de identificación no se partió —como se suele creer— de la traslación al ordenamiento administrativo de algunos principios del Derecho Penal. Si bien la mayoría mantienen denominaciones análogas a otros consagrados en el Derecho Penal, su inclusión no constituyó una mera transposición de reglas e instituciones, sino más bien un esfuerzo de racionalización paralela a partir de una base común: la seguridad jurídica y los derechos fundamentales de los administrados, reconocidos en tratados internacionales vigentes en el país y con desarrollo en la fuente constitucional. En este sentido, como bien estableció el Tribunal Constitucional español sobre esta materia: “Se trata, en suma, de la aplicación de los principios constitucionales inspiradores de las leyes procesales penales, pero no de las normas de estas. No poseen la misma estructura, ni se halla configurado del mismo modo, el proceso penal y el procedimiento administrativo sancionador. Los principios del primero han de proyectarse de manera adecuada sobre el segundo. Es una traslación con matices”⁽⁸²⁰⁾.

Ahora bien una vez identificados estos valores la labor fue articularlos, de un lado, con los principios aplicables al procedimiento administrativo en general, y del otro, con aquellos principios que pudieran ser necesarios incluir, cuando se trata de ejercer la potestad sancionadora en alguna actividad especial. Respecto a la primera relación, se optó por la decisión de dar un carácter complementario, por su especialidad, a los principios específicamente estipulados para la actividad sancionadora, de tal suerte que esta queda regulada también por los principios generales de todo procedimiento administrativo (celeridad, conducta procedimental, eficacia, verdad material, etc.) y por los principios sancionadores

(820) STC Exp. N° 45/1997.

ya mencionados. En cuanto a la segunda relación, la opción no ha sido impedir la adición de nuevos principios en función de la especialidad de los temas a sancionar por la Administración Pública, sino también habilitar al legislador a incluir otros principios, incluso adecuando aquellos creados de manera general por este capítulo.

Por ello, este artículo declara que estos principios rigen necesariamente a todos los procedimientos sancionadores, incluso a los que cuenten con leyes especiales de regulación. Como nuestro propio Tribunal Constitucional ha establecido: “La aplicación de una sanción administrativa constituye la manifestación del ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Pública. Como toda potestad, no obstante, en el contexto de un Estado de derecho (art. 3 de la Constitución), está condicionada, en cuanto a su propia validez, al respeto de la Constitución, los principios constitucionales y, en particular, de la observancia de los derechos fundamentales. Al respecto, debe resaltarse la vinculatoriedad de la Administración Pública en la prosecución de procedimientos administrativos disciplinarios, al irrestricto respeto del derecho al debido proceso y, en consecuencia, de los derechos fundamentales procesales y de los principios constitucionales (por ejemplo, legalidad, razonabilidad, proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad) que lo conforman”⁽⁸²¹⁾.

II. LEGALIDAD: EXIGENCIA DE LEY PARA ATRIBUIR COMPETENCIA SANCIONADORA Y HABILITAR LAS SANCIONES APLICABLES

El principio de legalidad ha sido incorporado por el legislador, al establecer que “solo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado, las que en ningún caso habilitarán a disponer la privación de libertad”. Se trata de una especialidad del principio de legalidad que de modo general está planteada en el Título Preliminar de la LPAG.

Como se puede apreciar nos encontramos frente a una regla de reserva de competencia para dos aspectos de la potestad sancionadora: para la atribución de la competencia sancionadora a cualquier entidad pública específica y para la identificación del elenco de sanciones aplicables por incurrir en ilícitos administrativos por esas mismas entidades. Conforme a ella, ambos aspectos de la materia sancionadora solo pueden ser abordados mediante “normas con rango de ley”, como pueden serlo, una ley formal, una ley orgánica, un decreto legislativo, o un decreto ley. Queda absolutamente vedado que una norma sublegal,

(821) STC Exp. N° 1003-1998-AA/TC.

de tipo reglamentaria, pretenda, a título de atribución directa de interpretación de una norma legal o de complemento indispensable, asignar a una persona jurídica de Derecho Público la competencia sancionadora o señalar qué sanciones puede aplicar sobre los administrados.

Por la primera reserva legal mencionada, ninguna autoridad —por importante que la considere para el cumplimiento de sus funciones de inspección, regulación o de policía administrativa—, podrá autoatribuirse competencia sancionadora sobre los administrados, sino que debe obtener una norma expresa con rango de ley que así se lo habilite. Como se pueden apreciar, la aplicación del principio de legalidad en materia sancionadora, en este extremo, no resulta sino la ratificación del principio de competencia legal que la misma ley prevé estableciendo como regla uniforme que la fuente de la competencia administrativa, son solo la Constitución y la ley.

Por la segunda reserva legal que este principio implica, queda reservada solo a las mismas normas con rango de ley el señalamiento de las consecuencias jurídicas represivas a los administrados en caso de la comisión de ilícitos administrativos. De este modo, solo una norma con rango de ley, podrá habilitar describiendo suficientemente a la entidad la aplicación de una o más medidas de gravamen a título de sanción personal o patrimonial. Así, la capacidad para aplicar multas, decomisos, cancelación de derechos, inhabilitaciones, necesita de una norma con rango de ley que la autorice, pues cada uno de estos actos persiguen un efecto puramente reaccional y aflictivo en los derechos subjetivos de los administrados.

En este mismo sentido, ninguna autoridad administrativa podrá crear, por vía reglamentaria y menos aún a título de acto administrativo singular, un tipo de sanción, quedando limitada su actuación al rol natural de ser aplicador de las modalidades de sanción sobre derechos ciudadanos autorizadas previamente por normas con rango de ley. En este sentido, la norma confirma que la indicación de las penas con que se intenta disuadir a las personas físicas y jurídicas a no cometer infracciones corresponde a las normas con rango de ley y no a la normativa infralegal⁽⁸²²⁾.

Es conveniente establecer que esta reserva no solo implica que una norma con rango de ley cumpla con enunciar qué pena será aplicable (por ejemplo, multa, suspensión o inhabilitación), sino que debe fijar con la mayor precisión posible sus márgenes de aplicación, su cantidad, duración, etc.; en particular, el extremo máximo de agravio posible a los derechos ciudadanos. En este sentido, un completo cumplimiento a este principio conducirá, cuando menos, al establecimiento, por ejemplo, del límite máximo de la multa económica o del

(822) La vía reglamentaria solo puede emplearse para especificar o graduar sanciones, pero no para crearlas (previsión incluida en el inciso cuarto de este artículo, en el principio de tipicidad).

tiempo de la inhabilitación o suspensión del derecho del administrado. Se comprende que si este extremo no fuera cumplido por la norma con rango de ley, la garantía jurídica del administrado quedaría vaciada de contenido, pues la Administración Pública habría adquirido la posibilidad de aplicar una multa de ilimitado contenido económico o para crear una inhabilitación permanente, con la consiguiente arbitrariedad de la medida. En el mismo nivel reprochable se encuentran los casos en los que la norma autoriza la sanción de multa, pero prevé márgenes extremos para su aplicación, desde el monto ínfimo hasta otro extremadamente alto, dejando a la discrecionalidad de la Administración Pública ponderar su graduación. Aquí, el rango extremadamente abierto entre el mínimo y el máximo no tiene sustancial diferencia con la ausencia de especificación de la sanción, ya que virtualmente se estaría delegando a la Administración Pública determinar su contenido gravoso para los administrados.

Finalmente, la norma establece la prohibición explícita para que la Administración Pública pueda aplicar sanciones que impliquen privación de libertad. Ello, atendiendo a que la disponibilidad de la libertad humana —como supremo valor subjetivo en la modernidad— solo ha sido autorizada a las autoridades judiciales y no a las autoridades administrativas.

La Administración Pública solo tiene un rol de ejecutivo de los mandatos judiciales que afecten la libertad individual, pero nunca la posibilidad de determinarla y sancionarla por sí y ante sí. Se acude al máximo nivel de separación de funciones: el Congreso de la República que autorice a afectar mediante la norma jurídico-penal, el Poder Judicial que la concreta en las situaciones subjetivas específicas y la autoridad administrativa que la ejecuta en virtud del cumplimiento de los mandatos judiciales.

Artículo 248

Principios de la potestad sancionadora administrativa⁽⁸²³⁾

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...)

2. **Debido procedimiento.** - *No se pueden imponer sanciones sin que se haya tramitado el procedimiento respectivo, respetando las garantías del debido procedimiento. Los procedimientos que regulen el ejercicio de la potestad sancionadora deben establecer la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, encomendándolas a autoridades distintas.*

(...)

(Texto según el artículo 230 de la Ley N° 27444, modificado según el artículo 2 Decreto Legislativo N° 1272)

**CONCORDANCIAS EXTERNAS**

- D.Leg. N° 1311: Ley que modifica el Código Tributario (5ª D.C.F., no aplicación de principios de potestad sancionadora administrativa en la SUNAT, Tribunal Fiscal y otras Administraciones Tributarias).
- R. N° 100-2018-CG: Reglamento de infracciones y sanciones para la determinación de la responsabilidad administrativa funcional derivada de los informes emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control (art. 4, principios de la potestad sancionadora por responsabilidad administrativa funcional).

**CONCORDANCIA INTERNA**

- T.P. Art. IV, 1.2. : Principio del debido procedimiento.

Comentario

La formulación del principio del debido proceso en el escenario del procedimiento administrativo —con el nombre de debido procedimiento— fue asumida desde el numeral 1.2, artículo IV del Título Preliminar de la LPAG, limitándose en este subcapítulo a enfatizar su aplicación afirmando que “Las entidades aplicarán sanciones sujetándose al procedimiento establecido respetando las garantías del debido proceso”.

Un primer aspecto que actualmente ya no se discute es que el debido proceso no solo tiene alcance jurisdiccional, sino que se proyecta a otros ámbitos del

(823) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 230 de la Ley N° 27444.

quehacer público, como el administrativo. Nuestro Tribunal Constitucional⁽⁸²⁴⁾, apoyado en la jurisprudencia internacional ha establecido que:

“(…) no solo los principios materiales del derecho sancionador del Estado son aplicables al ámbito del Derecho Administrativo sancionador y disciplinario. También lo son las garantías adjetivas que en aquel se deben de respetar. En efecto, es doctrina consolidada de este colegiado que el derecho reconocido en el inciso 3) del artículo 139 de la Constitución no solo tiene una dimensión, por así decirlo, ‘judicial’, sino que se extiende también a sede ‘administrativa’ y, en general, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo ha sostenido, a ‘cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, (la que) 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).

Y es que, sostiene la Corte Interamericana, en doctrina que hace suya este Tribunal Constitucional, ‘si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula Garantías Judiciales, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a efectos de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos’ (párrafo 69). ‘(...) Cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un ‘juez o tribunal competente’ para la ‘determinación de sus derechos’, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas (párrafo 71)” [La corte ha insistido en estos postulados en los casos Baena Ricardo, del 2 de febrero de 2001 (párrafos 124-127), e Ivcher Bronstein, del 6 de febrero de 2001 (párrafo 105)].

La incorporación del debido proceso al procedimiento –en particular en materia sancionadora– conlleva asumir el más amplio sistema de garantías inherentes a la dignidad de las personas, en orden a obtener decisiones justas.

En principio, la incorporación del principio del debido proceso al ámbito sancionador tiene por efecto rechazar la posibilidad que se produzcan sanciones *inaudita pars* (sanción de plano)⁽⁸²⁵⁾ sin seguir previamente un procedimiento

(824) STC Exp. N° 2050-2002-AA/TC, Lima, Carlos Israel Ramos Colque.

(825) Al respecto, el Tribunal Constitucional se pronunció de la siguiente forma: “En cuanto al fondo del asunto, el Tribunal considera que se afectó el derecho de defensa del recurrente, toda vez que, sin instaurarse un procedimiento administrativo, y sin darle la oportunidad para formular sus descargos, la emplazada expidió el Oficio N° 1872-200 mediante el cual dejó sin efecto su inclusión en el

donde participe el administrado concernido, y, sin que este sea el específicamente diseñado para su producción válida, esto es, el procedimiento sancionador. Vale decir tanto las sanciones de plano, como las sanciones producidas siguiendo un procedimiento distinto al sancionador, están impedidas por este principio. Con ello se reconoce la formalización garantista que este procedimiento otorga conscientemente al administrado y se rechaza la tesis por la que la recurrencia al acto de sanción, es el inicio del procedimiento administrativo⁽⁸²⁶⁾.

Ahora bien, la aplicación del principio no se agota con estos efectos, sino que se proyecta al necesario y escrupuloso cumplimiento de las garantías⁽⁸²⁷⁾ que al interior del procedimiento sancionador se han diseñado específicamente para proteger al administrado de cualquier arbitrariedad. A nuestro entender, este principio comprende no solo los mencionados en el Título Preliminar de la LPAG sino también las siguientes facultades de los administrados de cara a la pretensión sancionadora en marcha: derecho a no ser discriminado en el procedimiento administrativo, derecho de acceso a la autoridad, derecho a participar en el procedimiento (como denunciante o parte, según la legitimidad con que se cuente), derecho a la autoridad competente predeterminada por ley,

Registro de Hidrocarburos, y con ello se le impidió que pueda adquirir combustibles. En este sentido (...) cuando un acto administrativo ha de afectar un interés o derecho subjetivo, su validez está condicionada a que se respeten las garantías que comprende el derecho al debido proceso" (STC Exp. N° 1159-2001-AA/TC).

(826) Tesis acogida por el Tribunal Constitucional (STC Exp. N° 1206-2003-AA/TC).

(827) No es menester tampoco confundir garantías (en su acepción sustancial o procesal) de cualquier exigencia meramente adjetiva que la normativa pueda prever en el procedimiento, aun en el sancionador. Las garantías componen el debido procedimiento. Las exigencias o reglas formales, no. Como también lo ha establecido el Tribunal Constitucional:

"Uno de los derechos que integran el debido proceso es el derecho al procedimiento predeterminado por la ley. Sin embargo, este no garantiza que cuando una persona sea sometida a un proceso o procedimiento sancionador, todas las reglas procedimentales establecidas en la ley (...) deban inexorablemente ser respetadas, pues de otro modo, inmediata e inexorablemente, se generaría una violación de dicho derecho. Tal forma de comprender el contenido constitucionalmente protegido del derecho terminaría con el absurdo de reconducir todo problema de incumplimiento de la ley adjetiva al ámbito de este derecho fundamental y, por su virtud, al seno de la justicia constitucional.

En la STC Exp. N° 2928-2002-HC/TC se sostuvo que el ámbito protegido por este derecho simplemente garantiza que una persona sometida a un procedimiento (judicial, administrativo o de cualquier otra índole), conforme a determinadas reglas predeterminadas, no sufra la alteración irrazonablemente de estas, es decir, de las reglas con las cuales aquel se inició.

Por lo tanto, con independencia de si, en el caso, al sancionarse al recurrente, se contó o no con el dictamen de la junta calificadora, establecido en el estatuto de la emplazada, este Tribunal considera que, detrás de tal situación, no hay una materia constitucional que sea de su competencia evaluar.

6. Por lo que se refiere al otro extremo de la alegación de violación del derecho al debido proceso, esta vez porque la remisión de la carta notarial mediante la que se comunica la separación definitiva fue enviada cuatro meses después, este Tribunal tampoco considera que se haya lesionado alguno de los atributos que integran dicho derecho constitucional. Se trata de una simple anomalía que, una vez enmendada, no ha impedido que el recurrente la cuestione o que lo haya dejado en indefensión, como se ha aducido" (STC Exp. N° 3312-2004-AA/TC).

derecho al desdoblamiento de las instancias de instrucción y sanción, derecho a ser notificado previamente de decisiones concernientes, derecho a probar (derecho a que la decisión se emita sobre la base de la probanza actuada y no existencia de pruebas tasadas, derecho a la no exigencia de probanza sobre hechos que la Administración Pública debe tener por ciertos o debe actuar prueba de oficio, derecho al ofrecimiento y actuación de pruebas de parte, derecho al control de la prueba de cargo, derecho a la valoración de la prueba de cargo, derecho a no declarar en su contra, el derecho a obtener las medidas cautelares de protección temporal, el derecho a un procedimiento sin dilaciones indebidas, el derecho a la presunción de inocencia, derecho de acceso a la justicia, derecho de acceso al expediente, derecho a que las actuaciones gravosas tengan el contenido menos gravoso posible, derecho de defensa (comprendiendo el derecho a condiciones para la defensa adecuada), derecho a la defensa técnica, la prohibición de la reforma peyorativa, el derecho a un procedimiento no gravable, el derecho a emplear recursos previstos en la ley, y el derecho a presentar alegaciones en cualquier estado del procedimiento.

Artículo 248

Principios de la potestad sancionadora administrativa⁽⁸²⁸⁾

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...)

3. **Razonabilidad.**- *Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, observando los siguientes criterios que se señalan a efectos de su graduación:*

- a) *El beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción;*
- b) *La probabilidad de detección de la infracción;*
- c) *La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;*
- d) *El perjuicio económico causado;*
- e) *La reincidencia, por la comisión de la misma infracción dentro del plazo de un (1) año desde que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción.*
- f) *Las circunstancias de la comisión de la infracción; y*
- g) *La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.*

(...)

(Texto según el artículo 230 de la Ley N° 27444, modificado según el artículo 2 Decreto Legislativo N° 1272)

**CONCORDANCIAS EXTERNAS**

- D.Leg. N° 1311: Ley que modifica el Código Tributario (5ª D.C.F., no aplicación de principios de potestad sancionadora administrativa en la SUNAT, Tribunal Fiscal y otras Administraciones Tributarias).
- R. N° 100-2018-CG: Reglamento de infracciones y sanciones para la determinación de la responsabilidad administrativa funcional derivada de los informes emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control (art. 4, principios de la potestad sancionadora por responsabilidad administrativa funcional).

**CONCORDANCIAS INTERNAS**

- T.P. Art. IV, 1.4: Principio de razonabilidad.
- Art. 250: Reglas de razonabilidad sobre el ejercicio de la potestad sancionadora.
- Art. 255: Eximentes y atenuantes de responsabilidad por infracciones.

(828) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 230 de la Ley N° 27444.

 **Comentario****I. EL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR**

El presente artículo incorpora la aplicación del principio de razonabilidad al momento de determinar la sanción aplicable al infractor. Es decir, estamos frente a un principio que protege los derechos e intereses del infractor para que su sanción no sea desproporcional o irracional, pero a la vez protege al interés público para que no sea ínfima.

Respecto a la aplicación del principio de razonabilidad en los procedimientos sancionadores el Tribunal Constitucional⁽⁸²⁹⁾ ha manifestado claramente que estamos frente a un principio “consustancial al Estado Social y Democrático de Derecho, y está configurado en la Constitución en sus artículos 3 y 43, y plasmado expresamente en su artículo 200, último párrafo. Si bien la doctrina suele hacer distinciones entre el principio de proporcionalidad y el principio de razonabilidad, como estrategias para resolver conflictos de principios constitucionales y orientar al juzgador hacia una decisión que no sea arbitraria sino justa; puede establecerse, *prima facie*, una similitud entre ambos principios, en la medida que una decisión que se adopta en el marco de convergencia de dos principios constitucionales, cuando no respeta el principio de proporcionalidad, no será razonable. En este sentido, el principio de razonabilidad parece sugerir una valoración respecto del resultado del razonamiento del juzgador expresado en su decisión, mientras que el procedimiento para llegar a este resultado sería la aplicación del principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios: de adecuación, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación”. Y respecto a la utilidad de este principio en materia sancionadora ha dicho que: “(...) es en el seno de la actuación de la Administración Pública donde el principio de proporcionalidad cobra especial relevancia, debido a los márgenes de discreción con que inevitablemente actúa la Administración Pública para atender las demandas de una sociedad en constante cambio, pero también debido a la presencia de cláusulas generales e indeterminadas como el interés general o el bien común, que deben ser compatibilizados con otras cláusulas o principios igualmente abiertos a la interpretación, como son los derechos fundamentales o la propia dignidad de las personas.

En concreto, el principio de razonabilidad es empleado para orientar y controlar el ejercicio de la determinación de la sanción aplicable al infractor, proscribiendo los dos extremos agraviantes a este principio: la infrapunición y el exceso de punición. El primer defecto está constituido por la punición diminuta o pequeña que implica afectar de manera ridícula al infractor, de modo que la

(829) Ver: STC Exp. N° 2192-2004-AA/TC, Tumbes, Gonzalo Antonio Costa Gómez y Martha Elizabeth Ojeda Dioses.

sanción no llegue a ser disuasiva sino más bien un costo que se pueda asumir en aras de obtener el beneficio ilegítimo que la conducta ilegal le pueda reparar. Por ejemplo, si la multa por la comercialización de productos defectuosos sea excesivamente diminuta frente al lucro que se obtenga, la sanción no tendrá ningún efecto relevante para enfrentar la ilicitud. Como se puede apreciar, esta dispone que la autoridad deba estar atenta a que esta situación no se produzca, para lo cual deberá graduar convenientemente la sanción aplicable dentro de los márgenes legales o de ser el caso, promover alguna modificación legal para que la sanción mantenga su efecto disuasivo. El otro extremo que el principio de razonabilidad debe evitar es la punición arbitraria o exceso de punición.

II. EL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD Y EL EXCESO DE PUNICIÓN

El exceso de punición es uno de los vicios más comunes en que incurre la Administración Pública cuando se trata de imponer una sanción a cualquier persona. No nos estamos refiriendo a cualquier contravención al principio de legalidad, tipicidad, o al debido proceso por desarrollar ilegítimamente la potestad punitiva de la Administración Pública, sino aquella que se produce cuando frente a un administrado que comprobadamente ha cometido una conducta descrita como ilícito por la normativa, y luego de cumplir con los estándares del debido proceso, la autoridad debe elegir la medida aflictiva aplicable al administrado entre el elenco de sanciones autorizadas por ley a la Administración Pública.

Estamos entonces, frente a un vicio que la Administración Pública comete no frente al inocente, sino frente a aquel que ha incurrido en la conducta ilícita, pero no por ello sus bienes o derechos deben quedar a la merced de la Administración Pública, sino solo en aquella medida que el sistema jurídico acepte como proporcional en función del caso concreto.

Como bien establece, el profesor MARIENHOFF, "(...) la vida diaria nos revela que ciertas conductas o comportamiento de los habitantes de la Nación —ya se trate de simples administrados o agentes públicos— suelen ser sancionados por la autoridad pública en forma tal que la sanción, sea ello por su gravedad substancial o por su monto económico, resulta excesiva o desproporcionada por no existir correspondencia entre esa gravedad o el monto de dicha sanción y los hechos que concretan la conducta sancionada"⁽⁸³⁰⁾.

Se suele pensar que cuando se comprueba una infracción por parte de la Administración Pública, la autoridad queda investida de una facultad discrecional para elegir el tipo de sanción (por ejemplo, decomiso, multa, amonestación, suspensión o cancelación de derechos, etc.) y al interior de cada uno de ellos el *quantum* específico en que se va a afectar el patrimonio o los derechos de

(830) MARIENHOFF, Miguel. "El exceso de punición como vicio del acto jurídico de Derecho Público". En: *La Ley*. Tomo E, Buenos Aires, 1989, p. 963.

la persona optando en su extensión entre los rangos mínimos y máximos aprobado por la normativa (por ejemplo, el monto de la multa, la duración de la suspensión de derechos, etc.). Como vamos a apreciar esta potestad contiene ribetes discrecionales, pero también reglados, en la medida que el sistema jurídico provee referentes indispensables que permiten diferenciar una medida proporcional de una arbitraria, desviada del poder público, o simplemente, carente de un fundamento objetivo. Por ello, cuando la ley autoriza a una autoridad pública la aplicación de sanciones administrativas, le apodera de una competencia marcadamente discrecional que se trasunta en el margen de apreciación subjetiva que tiene para poder tipificar la conducta incurrida, en determinar las pruebas necesarias, en la valoración de las circunstancias agravantes y atenuantes alrededor de la infracción y en la elección de la sanción a aplicarse, dentro del catálogo de sanciones habilitadas por la normativa.

III. EL EXCESO DE PUNICIÓN

Como bien establece COMADIRA⁽⁸³¹⁾, cualquier intento de aproximación a identificar el exceso de punición implica asumir dos ideas básicas: Por un lado, la existencia de una conducta reprochable y, por otro, una acción administrativa (tipificación, ponderación de agravantes y atenuantes y determinación de la sanción aplicable) carente de adecuada proporcionalidad o razonabilidad con el nivel de reproche que objetivamente amerita la conducta incurrida. Por ello, cuando se produce un exceso de sanción estamos frente a un vicio en la finalidad del acto sancionador, configurado por la ausencia de proporcionalidad entre su objeto (el contenido material de la sanción administrativa, de su valoración o de la tipificación realizada) y su finalidad (el propósito que resulta de las normas que habilitan la competencia sancionadora), en relación con la conducta efectivamente incurrida.

Partimos de la idea de un administrado infractor, no de uno inocente, o al que no se la ha comprobado culpabilidad. Estamos en el momento posterior de la comprobación de la conducta reprochable. El segundo supuesto, es lo determinante del vicio: la necesidad de una adecuada proporcionalidad o razonabilidad entre la medida elegida para sancionar y el reproche que objetivamente amerita la conducta incurrida.

En cuanto al instrumento en el cual se configura el exceso de punición, es claro que lo usual es que lo advirtamos en el acto sancionador específico, pero cabe apreciar que el exceso de punición puede no solo provenir de la estipulación volitiva de la sanción en un caso en concreto mediante el acto administrativo, sino también puede haber sido incurrido por el legislador cuando establece las sanciones aplicables a determinados ilícitos de manera desproporcionada. Por

(831) COMADIRA, Julio. "El exceso de punición como vicio del acto administrativo (con particular referencia a la relación de empleo público)". En: *Derecho Administrativo (acto administrativo, procedimiento administrativo, otros estudios)*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 73.

ejemplo, si no se aprueba que un ilícito de menor impacto sea pasible de una sanción de multa confiscatoria, o si por informar extemporáneamente sobre cómo se ejerce una actividad autorizada se sancionara con la pérdida de la licencia y el impedimento para obtener una nueva.

Por ello, compartimos la definición del profesor COMADIRA en el sentido de que el vicio de exceso de punición existe cuando “en la norma o el acto disciplinario se contienen sanciones aplicables o aplicadas que, en relación con las tesis orientadoras pertinentes, resultan desproporcionadas con las conductas sancionables o sancionadas, respectivamente”⁽⁸³²⁾.

Un primer supuesto de exceso de punición lo encontraremos en la violación del principio de razonabilidad por no ponderar las circunstancias atenuantes y agravantes previstos por el ordenamiento. Para el efecto, es indispensable apreciar la influencia de las circunstancias atenuantes y agravantes para que la sanción sea proporcional. Cuando las circunstancias justifican que, al escoger la sanción, quien instruya tienda hacia su mínima cuantía, entonces estamos en presencia de circunstancias atenuantes, institución que define uno de los aspectos a valorar para efectuar la adecuación. Por el contrario, si esas circunstancias justifican un mayor gravamen para el administrado, estaremos frente a las circunstancias agravantes. No obstante, ninguna de las dos circunstancias alteran la existencia de la responsabilidad, sino que solo la modulan o adecuan en su dimensión y consecuencias reprobables, en sentido favorable o desfavorable, pero siempre de modo tasado por la ley y con carácter general.

Por lo general, las circunstancias atenuantes no afectan la sustancia de la infracción, pues esta seguirá existiendo, puesto que sirven para valorar la conducta incurrida y se manifiesta necesariamente en la dimensión del efecto dañoso a aplicarse. En otros casos, la norma puede extender el efecto de algunas de las circunstancias atenuantes como una causal para reducir el mínimo de la sanción. Desde la perspectiva práctica, las circunstancias atenuantes y agravantes complementan la tipificación de la conducta, mediante la incorporación de una serie de consideraciones de menor o mayor punición, que pueden estar reguladas independientemente para todas las infracciones administrativas o incluyéndolas en la tipificación como un elemento calificativo de un ilícito específico.

En nuestro ordenamiento administrativo, el artículo bajo comentario, al desarrollar el principio de razonabilidad enumera las circunstancias que necesariamente debe evaluar toda autoridad administrativa para individualizar la sanción, incluyendo un orden de prelación entre ellas:

- La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido (análisis de costo beneficio, de modo que a mayor perjuicio económico ocasionado a los intereses públicos mayor será la sanción);

(832) *Ibidem*, p. 75.

- El perjuicio económico causado;
- La repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción (penalizar de mayor manera las conductas reiteradas o habituales por parte del infractor);
- Las circunstancias de la comisión de la infracción (que habilita a la Administración Pública a valorar si han existido circunstancias tales como la exigibilidad de la conducta debida, el cumplimiento de una orden superior o de un deber legal, inducción a error por parte de la Administración Pública o confianza legítima que el acto era regular, ocultamiento de información, cometer la infracción para ejecutar u ocultar otra infracción, participación en una organización delictiva, etc.);
- El beneficio ilegalmente obtenido; y,
- La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor (entendiéndose que mayor será la sanción, en cuanto la conducta haya sido dolosa o premeditada). Dado que la enumeración de estas circunstancias es de prelación, este factor es que el legislador considera menos relevante para fines de individualizar la sanción y, a la vez, precisa que la intencionalidad del infractor es un factor para graduar la sanción aplicable y no un elemento constitutivo de la infracción.
- La probabilidad de detección de la infracción;
- La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;

De manera complementaria, debe tenerse en cuenta que el artículo 257 del TUO de la LPAG incluye causales atenuantes y eximentes de la responsabilidad que complementa la razonabilidad de la sanción.

En nuestra opinión, si la Autoridad Administrativa impone una sanción sin ponderar la existencia de todos y cada uno de los elementos de valoración explícitamente previstos en la normativa, hayan sido o no planteados por los administrados, o si habiéndolo realizado no lo refleja en la motivación transgrede el principio de razonabilidad de los actos públicos. Por el principio constitucional de razonabilidad, particularmente el subprincipio de necesidad de la medida, existe un claro mandato a la Administración Pública sancionadora para que, “al momento de establecer la sanción no se limite a realizar un razonamiento mecánico de aplicación de las normas (subsunción de los hechos en el tipo legal de la infracción), sino que, además, efectúe una apreciación razonable de los hechos en relación con quien los hubiere cometido; es decir, que no se trata solo de contemplar los hechos en abstracto, sino valorarlos en cada caso en concreto”⁽⁸³³⁾. No debemos perder de vista que todo administrado tiene derecho a que las sanciones que les apliquen sean las menos gravosas posibles dentro de

(833) Este criterio ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional en diversas sentencias en materia de amparo (véase, por ejemplo, la STC Exp. N° 4394-2004-AA/TC).

los rangos mínimos y máximos posibles, de modo que solo podrán ser elevadas las sanciones si convergen aspectos agravantes y la conducta carezca de circunstancias atenuantes previstos en las normas.

De este modo, consideramos que incurriría en vicio la entidad si aplica una sanción tanto sin valorar la existencia de todas y cada una de las circunstancias calificadas como relevantes por este artículo como si gradúa la sanción, considerando circunstancias no previstas en este artículo.

Un segundo caso notable es el exceso de punición por elección desproporcionada de la medida de sanción al caso concreto. Recordemos que las normas sancionadoras suelen calificar que un determinado ilícito sea pasible de aplicarse una sanción determinada (por ejemplo, multa o suspensión de derechos) pero delimita sus posibles alcances estableciendo rangos mínimos y máximos para cada tipo de infracción.

El objetivo de esta opción legislativa es delimitar el ámbito de discrecionalidad con que cuenta la Administración Pública al momento de individualizar la sanción a aplicarse. Con estos rangos dosifica los mínimos y máximos punitivos, según se trate de infracciones leves, graves y más graves. No obstante, dentro de estos linderos, la Administración Pública preserva un nivel de discrecionalidad para elegir la cuantía de la sanción aplicable. En línea con lo que hemos venido opinando, dicha discrecionalidad no empodera a la Administración Pública de la capacidad para actuar correctamente cualquiera sea la alternativa punitiva que adopte, pues estando frente a derechos de los administrados, la dosificación de la pena debe superar el test que le impone el principio de razonabilidad.

Como hemos manifestado, al interior del principio de razonabilidad se encuentra el juicio de necesidad, por el que la sanción individualizada debe ser la medida menos lesiva para los derechos e intereses de los administrados. Por ello, la Administración Pública, debe realizar un juicio comparativo entre todas las sanciones legalmente autorizadas a la autoridad competente para este tipo de infracciones, en relación con la intensidad de la lesión a aplicarse a los administrados, debiendo prevalecer aquella que resulte la menos restrictiva a sus patrimonios o derechos. De este modo, la sanción a aplicarse debe ser siempre la más moderada posible dentro del rango mínimo y máximo autorizado por la ley, esto es, que la sanción a imponerse ha de ser solo y exclusivamente la estrictamente necesaria para que la afectación satisfaga su finalidad desincentivadora de los ilícitos.

Por ello, un proceso racional de individualización de la sanción administrativa debe considerar los siguientes momentos:

- i. la identificación del rango mínimo que corresponde a la infracción comprobada;

- ii. la ponderación de la existencia o no de aquellas circunstancias calificadas por la norma expresa, de modo que se permita razonablemente incrementar el mínimo de la sanción;
- iii. la ponderación de la existencia o no de las circunstancias atenuantes previstas en las normas, de modo que el *quantum* sancionador estimado razonable con las agravantes sea moderado en función de los atenuantes comprobados.

IV. VALORACIÓN DEL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD ADMINISTRATIVA EN LA CONFIGURACIÓN DEL EXCESO DE PUNICIÓN

La proporcionalidad adquiere para algunos autores identidad propia, definiéndola como la prohibición de exceso que busca racionalizar la actividad sancionadora de la Administración Pública evitando que la autoridad desborde su actuación represiva y encauzándola dentro de un criterio de ponderación, medida y equilibrio⁽⁸³⁴⁾. A nuestro entender, compartiendo la posición de nuestro Tribunal Constitucional, en materia sancionadora administrativa existe similitud entre la proporcionalidad y la razonabilidad, que como principios convergen en enfrentar la arbitrariedad a través de la razón, siendo que la proporcionalidad es la medida de lo razonable de la sanción⁽⁸³⁵⁾.

En suma, el principio de razonabilidad para el Derecho Administrativo nacional exige a las entidades que:

- i. Se adopten dentro de los límites de la facultad atribuida;
- ii. Mantengan la proporción entre los medios a ampliar (el contenido del acto de gravamen) y los fines públicos que deba tutelar, y,
- iii. La medida responda a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido. En este sentido, la Administración Pública no cuenta con plena libertad para elegir la medida sancionadora entre el elenco que le habilita la normativa, sino que debe elegir aquella que mantenga de mejor manera la proporción con la finalidad pública que persigue la medida (desalentar la comisión del ilícito administrativo) y que la conculcación del derecho del administrado lo sea en lo estrictamente necesario para satisfacer el interés público perseguido⁽⁸³⁶⁾.

(834) OSSA ARBELÁEZ, Jaime. *Derecho Administrativo sancionador. Una aproximación dogmática*. 2ª edición, Editorial Legis, Bogotá, 2009, p. 465.

(835) Por ejemplo, STC Exp. N° 4394-2004-AA/TC.

(836) De igual manera el Tribunal Constitucional caracteriza el principio de razonabilidad exigible a toda actuación administrativa desde dos perspectivas: cualitativa y cuantitativa:

"35. El numeral 1.4. de la Ley de Procedimiento Administrativo General enuncia el principio de razonabilidad, según el cual, las decisiones de la Autoridad Administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones o establezcan restricciones a los administra-

V. CALIFICACIÓN DEL EXCESO DE PUNICIÓN COMO VICIO DEL ACTO SANCIONADOR

Compartiendo el criterio que posee la doctrina más esclarecida sobre el exceso de punición, estimamos que nos encontramos frente a un vicio en la finalidad del acto sancionador, configurado por la ausencia de proporcionalidad entre su objeto (el contenido material de la sanción administrativa) y su finalidad (el propósito que resulta de las normas que habilitan la competencia sancionadora), en relación con la conducta efectivamente incurrida.

Si la finalidad de toda medida sancionadora administrativa es desalentar la comisión del ilícito (por ejemplo, no extinguir a la empresa infractora, o hacer perder derechos sustantivos al administrado), entonces el tipo de medida elegida cualitativa y cuantitativamente (contenido represivo) debe mantener un equilibrio con las circunstancias de la comisión de la infracción. Por lo tanto, el acto administrativo sancionador que constituya un exceso de punición resultará afectado de vicio de nulidad prevista en el artículo 10 inciso 2 del TUO de la LPAG, en la medida que contiene un defecto relevante en la finalidad del acto, que es requisito

dos, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que se deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

La razonabilidad implica que el acto estatal debe mantener su justificación lógica y axiológica en los sucesos o circunstancias que fueran. Así, la doctrina exige que se produzca una consonancia entre el hecho antecedente 'creador' o 'motivador' del acto estatal y el hecho consecuente derivado de aquel.

En consecuencia, la razonabilidad comporta una adecuada relación lógico-axiológica entre la circunstancia motivante, el objeto buscado y el medio empleado.

Por otro lado, la razonabilidad puede ser analizada desde una doble perspectiva: cuantitativa y cualitativa. La razonabilidad cuantitativa pondera el contenido del proceso discursivo o inferente que concluye con una proposición lógica y axiológicamente válida. Su fundamentación apuesta a la adecuación entre el hecho desencadenante del acto estatal y el resultado de este en cuanto a su magnitud numérica, dineraria, aritmética, etc.

La razonabilidad cualitativa pondera el proceso discursivo o inferente que concluye con una regla simétrica o asimétrica de asignación de facultades, derechos, deberes, deberes o servicios, según sean iguales o diferentes los hechos generados por las personas. Así, su objeto será la determinación de consecuencias jurídicas homólogas para aquellos que se encuentren en idénticas circunstancias, y distintas para los que se hallen en disímiles circunstancias.

El acto estatal debe acreditar la necesaria disposición o correspondencia entre la causa que lo origina y el efecto buscado. Existe, entonces, la necesidad de acreditar coherencia y equilibrio entre el antecedente que origina el acto estatal y la consecuencia derivada de aquel.

La doctrina plantea la verificación lógico-axiológica de una proposición jurídica bicondicional; esto es, que se justifique la asignación de derechos, facultades, deberes o sanciones, si y solo si guardan armonía y *sindéresis* con los hechos, sucesos o circunstancias predeterminantes.

La proporcionalidad exige la existencia indubitable de una conexión directa, indirecta y relacional entre causa y efecto; vale decir, que la consecuencia jurídica establecida sea unívocamente previsible y justificable a partir del hecho ocasionante del acto estatal. En consecuencia, la proporcionalidad lo será cuando la razón del efecto sea deducible de la causa, o previsible a partir de ella.

Ahora bien, más allá de la convención doctrinaria que admite su autonomía como concepto, en puridad, la proporcionalidad es una modalidad más de la razonabilidad (razonabilidad instrumental)" (STC Exp. N° 0090-2004-AA/TC).

de validez del acto mismo. No obsta para ello que la Administración Pública persiga mediante el exceso de punición algún interés fiscalista de recaudación, o un interés personal de la autoridad de turno, o de su grupo político, o de simplemente ser arbitrario con el administrado. En todos los casos mencionados, la finalidad represiva del Estado se ha desnaturalizado, siendo igualmente reprobable.

Es importante advertir que, desde la perspectiva económica, la consecuencia de un acto sancionador constitutivo de exceso de punición, no solo conlleva su ilegalidad y necesaria declaración de nulidad, sino que en cuanto a sus efectos puede conducirnos a una medida confiscatoria sobre el patrimonio de los administrados. La confiscatoriedad resultaría que el excesivo monto de la sanción económica (multa) absorbe parte esencial del capital o de la renta del administrado⁽⁸³⁷⁾.

Como bien expresa MARIENHOFF, “la expresada desproporción entre la sanción y la conducta reprimida puede resultar de la aplicación de una penalidad que, por su naturaleza, resulte de excesiva gravedad, o de una penalidad (multa, por ejemplo) de monto exorbitante, que aparte de ser intrínsecamente irrazonable, podría ser específicamente confiscatoria. En este último supuesto la irrazonabilidad derivaría concretamente e inmediatamente del carácter confiscatorio de la sanción y mediatamente de su carácter irrazonable”⁽⁸³⁸⁾.

VI. LA DETERMINACIÓN DEL EXCESO DE PUNICIÓN A PARTIR DEL TEST DE RAZONABILIDAD

Nuestro Tribunal Constitucional ha establecido que una decisión sancionadora razonable supone, cuando menos tres exigencias:

a) La elección adecuada de las normas aplicables al caso y su correcta interpretación, tomando en cuenta no solo una ley particular, sino el ordenamiento jurídico en su conjunto.

b) La comprensión objetiva y razonable de los hechos que rodean al caso, que implica no solo una contemplación en ‘abstracto’ de los hechos, sino su observación en directa relación con sus protagonistas, pues solo así un ‘hecho’ resultará menos o más tolerable, (...) confrontándolo con los ‘antecedentes del servidor’, como ordena la ley en este caso.

(837) Nuestro Tribunal Constitucional ha establecido que una sanción administrativa puede ser calificada de confiscatoria si se constata extrema irracionalidad, ya sea por su cuantía o por su falta de adecuación a la gravedad de la infracción sancionada (STC Exp. N° 1492-2003-AA), y así lo ha plasmado, cuando menos, en el caso de la aplicación de una multa de S/ 180,000.00 a una empresa por haber realizado obras de demolición y modificación en un monumento histórico para preservarlo (sin acreditarse daño efectivo al patrimonio histórico), sin autorización del Instituto Nacional de Cultura (STC Exp. N° 903-2003-AA/TC).

(838) MARIENHOFF, Miguel. Ob. cit., p. 964.

c) Una vez establecida la necesidad de la medida de sanción, porque así lo ordena la ley correctamente interpretada en relación con los hechos del caso que han sido conocidos y valorados en su integridad, entonces el tercer elemento a tener en cuenta es que la medida adoptada sea la más idónea y de menor afectación posible a los derechos de los implicados en el caso”⁽⁸³⁹⁾.

Con este pronunciamiento, el Tribunal Constitucional plantea la aplicación del denominado test de razonabilidad al ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Pública, como un instrumento valioso de análisis para apreciar la proporcionalidad de las medidas sancionadoras, y permitir descalificar por exceso de punición, a aquellas sanciones que no la superen (actos arbitrarios o de desvío de poder). La suma de estos factores determina la reducción de la discrecionalidad administrativa en la selección de las sanciones aplicables y, en su caso, en la graduación cualitativa y cuantitativa de cada sanción (por ejemplo, el *quantum* de una multa o la duración de una suspensión de derechos). Por ejemplo, la decisión acerca de la cuantía de la sanción (por ejemplo, multa) no constituye una decisión libre dentro de los márgenes mínimos y máximos previstos, sino que debe ser sustentada a través de la motivación, en función de la gravedad de los hechos y los criterios de graduación esclarecidos por la ley (intencionalidad, perjuicio causado, circunstancias de la comisión de la falta, la repetición de la comisión, etc.).

Como se sabe, el test de razonabilidad conlleva el cumplimiento de sus tres dimensiones: el juicio de adecuación, el juicio de necesidad, y el juicio de proporcionalidad *stricto sensu*⁽⁸⁴⁰⁾⁽⁸⁴¹⁾.

Por el juicio de adecuación tenemos que la medida sancionadora debe ser un medio jurídico idóneo y coherente para lograr el fin u objetivo previsto por el legislador al habilitar la potestad sancionadora sobre determinada actividad.

(839) Ver: STC Exp. N° 2192-2004-AA/TC.

(840) En estas líneas seguimos los planteamientos expuestos por los profesores CIANCARDO, Juan. *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*. Abaco, Buenos Aires, 2004; y SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, Daniel. *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*. Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2004.

(841) El Tribunal Constitucional ha caracterizado estos subprincipios del modo siguiente: “El principio de proporcionalidad, como ya se adelantó, está estructurado por tres subprincipios: de necesidad, de adecuación y de proporcionalidad en sentido estricto. De la máxima de proporcionalidad en sentido estricto se sigue que los principios son mandatos de optimización con relación a las posibilidades jurídicas. En cambio, las máximas de la necesidad y de la adecuación se siguen del carácter de los principios como mandatos de optimización con relación a las posibilidades fácticas. Esto supone que cuando el Tribunal se enfrenta a un caso donde existe conflicto entre dos principios constitucionales, deberá realizar no solo un ejercicio argumentativo enjuiciando las disposiciones constitucionales en conflicto (ponderación), sino también deberá evaluar también todas las posibilidades fácticas (necesidad, adecuación), a efectos de determinar si, efectivamente, en el plano de los hechos, no existía otra posibilidad menos lesiva para los derechos en juego que la decisión adoptada” (STC Exp. N° 2192-2004-AA/TC).

Constituye una valoración sobre la eficacia de la sanción a aplicarse para conseguir la finalidad represiva y preventiva sobre la comisión de los ilícitos. Por ejemplo, si por pasar una luz roja en el tránsito, la sanción fuera el decomiso del vehículo. El inciso 3 del artículo comentado contiene un caso interesante de juicio de adecuación, para evitar caer en la insuficiencia de sanción, cuando se dispone que deba preverse que la sanción a aplicarse no sea más ventajosa en relación con el beneficio que el infractor pudiera obtener a través de la conducta prohibida. Así sucedería si tuviéramos una sanción de amonestación o multa diminuta frente a la pesca ilegal en gran escala.

Si se evidenciara que la medida no conseguiría la finalidad propuesta para la potestad sancionadora resulta evidente que no supera el juicio de razonabilidad.

Por el juicio de necesidad, la medida sancionadora elegida debe ser la medida menos lesiva para los derechos e intereses de los administrados (generalmente patrimonio, o derechos subjetivos) y que no existen otras medidas sancionadoras que siendo más respetuosas de la esfera jurídico privada, cumplan con igual eficacia con los fines previstos para la sanción, en función de las circunstancias del caso. Estamos frente a un juicio comparativo entre todas las sanciones legalmente autorizadas a la autoridad competente para este tipo de infracciones, en relación con la intensidad de la lesión a aplicarse a los administrados, siendo que prevalecen aquellas que resulten lo menos restrictivas a sus patrimonios o derechos.

Este juicio hace lugar a la regla de la aplicación moderada de las sanciones⁽⁸⁴²⁾, esto es, que las sanciones que en cada caso se impongan a ser solo y exclusivamente las estrictamente necesarias para que la privación cumpla su doble finalidad represiva y preventiva. Cabe apreciar que este subprincipio en nuestro ordenamiento se haya reflejado también como un derecho de los administrados que les da la seguridad que las actuaciones administrativas que les afecten sean llevadas a cabo en la forma menos gravosa posible (art. 66 inc. 10 del TUO de la LPAG).

Finalmente, el juicio de proporcionalidad consiste en que el grado de la sanción guarde una relación equivalente o proporcional –ventajas y desventajas– con el fin que se procura alcanzar. Por este juicio, se debe realizar una ponderación o balance de costo-beneficio de la sanción a aplicarse, entre los intereses y derechos sacrificados y el fin público que persigue la sanción, pero contextualizándolo con los hechos y circunstancias determinantes de la responsabilidad del infractor. Es a este juicio, al que se refiere el artículo IV inciso 1.4 del Título Preliminar del TUO de la LPAG, cuando indica que la medida administrativa debe mantener la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que debe tutelar.

(842) SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo*. Volumen II, Iustel, 2009, p. 391.

Artículo 248

Principios de la potestad sancionadora administrativa⁽⁸⁴³⁾

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...)

4. **Tipicidad.** - *Solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley o Decreto Legislativo permita tipificar infracciones por norma reglamentaria.*

A través de la tipificación de infracciones no se puede imponer a los administrados el cumplimiento de obligaciones que no estén previstas previamente en una norma legal o reglamentaria, según corresponda.

En la configuración de los regímenes sancionadores se evita la tipificación de infracciones con idéntico supuesto de hecho e idéntico fundamento respecto de aquellos delitos o faltas ya establecidos en las leyes penales o respecto de aquellas infracciones ya tipificadas en otras normas administrativas sancionadoras.

(...)

(Texto según el artículo 230 de la Ley N° 27444, modificado según el artículo 2 Decreto Legislativo N° 1272)

**CONCORDANCIAS EXTERNAS**

- Constitución Política del Perú: Art. 2, inc. 24 d), principio de legalidad en materia penal.
- D.Leg. N° 295: Código Civil (art. VIII, obligación de suplir los defectos o deficiencias de la ley).
- D.Leg. N° 1311: Ley que modifica el Código Tributario (5ª D.C.F., no aplicación de principios de potestad sancionadora administrativa en la SUNAT, Tribunal Fiscal y otras Administraciones Tributarias).
- R. N° 100-2018-CG: Reglamento de infracciones y sanciones para la determinación de la responsabilidad administrativa funcional derivada de los informes emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control (art. 4, principios de la potestad sancionadora por responsabilidad administrativa funcional).

**CONCORDANCIA INTERNA**

- T.P. Art. IV 1.4: Principio de razonabilidad.

(843) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 230 de la Ley N° 27444.

 **Comentario**

I. EL PRINCIPIO DE TIPICIDAD EXHAUSTIVA DE LAS CONDUCTAS SANCIONABLES ADMINISTRATIVAMENTE

El principio de tipicidad en materia sancionadora (comprendido de las vertientes penal y administrativa) ha sido constitucionalizado en el artículo 2 literal 24) de la Constitución Política del Estado de 1993. Conforme a este precepto constitucional como consecuencia del principio que toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales, “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la Ley”.

Luego, el principio de tipicidad exhaustiva de las conductas sancionables ha sido recibido en la LPAG, cuando expresa que “Solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley o decreto legislativo permita tipificar infracciones por norma reglamentaria”.

Un análisis de los alcances de este principio nos conducirá a identificar los siguientes aspectos: i) contenido del principio de tipicidad exhaustiva; ii) las particularidades de la tipicidad exhaustiva en materia administrativa; iii) la colaboración reglamentaria en materia de tipificación.

II. EL CONTENIDO DEL PRINCIPIO DE TIPICIDAD

Este principio exige el cumplimiento de tres aspectos concurrentes: i) la reserva de ley para la descripción de aquellas conductas pasibles de sanción por la Administración Pública; ii) la exigencia de certeza o exhaustividad suficiente en la descripción de las conductas sancionables constitutivas de las infracciones administrativas; iii) la interdicción de la analogía y la interpretación extensiva en la aplicación de los supuestos descritos como ilícitos (desde el punto de vista concreto, la tipificación es de interpretación restrictiva y correcta).

Por el primer elemento, la norma establece la garantía formal de la reserva en favor de las normas con rango de ley para que sean las únicas que puedan calificar conductas sancionables administrativamente, de tal suerte que se impida que tal función sea ocupada por normas reglamentarias provenientes de la propia Administración Pública. Con esta reserva de ley se busca garantizar legitimidad democrática al proceso de fijación de los ilícitos administrativos (a través de su aprobación por los representantes directos de la ciudadanía, cumpliendo el procedimiento público del debate parlamentario y respetando a las minorías de la sociedad), pero

a la vez, se intenta concretar a la Administración Pública única y exclusivamente a su rol de inspector de la actividad sujeta a fiscalización, y, en su caso, instructor de los procesos sancionadores y aplicador de sanciones de evidenciarse infracciones. La única excepción, históricamente admitida, es la tipificación en materia sancionadora municipal que se regula por ordenanzas, según lo reconoce el artículo 46 de la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades.

Sin embargo, la última frase del primer párrafo del inciso comentado (“salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria”), debilita la fórmula del principio, al admitir que la ley pueda habilitar la tipificación por vía reglamentaria. En este sentido, tenemos como principio a la reserva de ley, y como excepción, que la propia ley pueda –por consideraciones de conveniencia administrativa o técnica jurídica– autorizar a la propia Administración Pública para que por vía de reglamento ejecutivo pueda realizar la tipificación de los ilícitos respectivos. Como se puede advertir en este segundo supuesto no cabe hablar de una reserva de ley, sino solo una simple cobertura legal previa para que el reglamento tipifique. Lo importante es que en ambos casos, la fijación de los hechos ilícitos sigue correspondiendo al legislador y no a la autoridad administrativa autónomamente. De este modo, la Administración Pública permanece en su rol concreto de actividad inspectora y sancionadora, mas no creadora de aquello que es ilícito para el interés público.

No obstante, apreciamos que el segundo aspecto contenido en el principio, esto es, la exigencia de exhaustividad en la fórmula de tipificación, sí resultará aplicable a todas las posibilidades de tipificación de ilícitos administrativos. Conforme a este aspecto, las conductas sancionables administrativamente únicamente pueden ser las infracciones previstas expresamente mediante la identificación cierta de aquello que se considera ilícito para los fines públicos de cada sector estatal. En este sentido, la norma legal debe describir específica y taxativamente todos los elementos de la conducta sancionable, reduciendo la vaguedad del enunciado sancionable de modo que tanto el administrado como la Administración Pública prevean con suficiente grado de certeza (*lex certa*) lo que constituye el ilícito sancionable.

Más aún, la medida de esta suficiencia no estará en el criterio del legislador, sino en la suficiencia que pueda tener el enunciado para un ciudadano con formación básica, como ha sido esclarecido por nuestro Tribunal Constitucional. En efecto, el Colegiado ha considerado que: “El subprincipio de tipicidad o taxatividad constituye una de las manifestaciones o concreciones del principio de legalidad respecto de los límites que se imponen al legislador penal o administrativo, a efectos de que las prohibiciones que definen sanciones, sean estas penales o administrativas, estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano de formación básica, comprender sin

dificultad lo que se está proscribiendo bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal⁽⁸⁴⁴⁾.

Dicha exigencia se sustenta en la necesidad de preservar la autonomía de los administrados, representada por la capacidad de elegir y ejecutar libremente sus actividades sociales y económicas, con la garantía y seguridad de ser lícitas y no ser pasibles de sanciones inadvertidas previamente. Con una tipificación exhaustiva no solo los administrados tienen mejor posibilidad de decidir suficientemente informados sobre la regularidad de su actuación, sino que también estarán menos expuestos a autoridades administrativas con amplia discrecionalidad para determinar aquello que es lícito o típico. Por el contrario, la ausencia de tipificación o una tipificación no exhaustiva, conlleva inseguridad jurídica para el ciudadano y mayor exposición a arbitrariedades administrativas.

Lamentablemente, la determinación de si una norma sancionadora describe con suficiente grado de certeza la conducta sancionable, es un asunto que debe ser resuelto de manera casuística, pero es importante tener en cuenta que la tipificación es suficiente “cuando consta en la norma una predeterminación inteligible de la infracción, de la sanción y de la correlación entre una y otra”⁽⁸⁴⁵⁾. Por eso es necesario recordar que el mandato de tipificación, que este principio conlleva, no solo se impone al legislador cuando redacta el ilícito, sino a la autoridad administrativa cuando instruye un procedimiento sancionador y debe realizar la subsunción de una conducta en los tipos legales existentes.

En este sentido, consideramos que para ser legalmente válida una tipificación de infracción, la autoridad instructora debe subsumir la conducta en aquella falta que contenga claramente descritos los elementos objetivos y subjetivos de la conducta. Correlativamente no será satisfactorio con el principio de tipicidad que la autoridad administrativa subsuma la conducta en cualquiera de los siguientes casos: i) Cuando la descripción normativa del ilícito sea genérica o imprecisa, de modo que no pueda apreciarse verosímilmente cuál es la conducta sancionable; ii) Cuando la descripción normativa del ilícito contenga algún elemento objetivo o subjetivo del tipo que no se haya producido en el caso concreto.

Por lo tanto, se consideran contrarias al principio de legalidad de las infracciones todas las normas administrativas que pretendan calificar conductas sancionables, sin proporcionar información suficiente en torno al comportamiento infractor; al igual que las tipificaciones imprecisas y ambiguas, con fórmulas abiertas, en tanto su utilización lleva de suyo, la apertura de un enorme margen

(844) Ver: STC Exp. N° 2192-2004-AA /TC.

(845) NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo sancionador*. 2ª edición ampliada, Tecnos, Madrid, 1994, p. 293.

de discrecionalidad a la hora de apreciar la existencia de conductas ilícitas⁽⁸⁴⁶⁾. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional ha descalificado por inconstitucional una sanción administrativo-disciplinaria impuesta sobre la base del tipo legal que estaba contenido en el artículo 28, incisos a) y d) del Decreto Legislativo N° 276: “(...) son faltas de carácter disciplinarias que, según su gravedad, pueden ser sancionadas con cese temporal o con destitución, previo proceso administrativo: a) El incumplimiento de las normas establecidas en la presente ley y su reglamento; y d) La negligencia en el desempeño de las funciones”.

En este caso el Tribunal Constitucional correctamente ha identificado que “(...) las dos disposiciones invocadas en la resolución que establece la destitución de sus puestos de trabajo de los recurrentes, son cláusulas de remisión que requieren, (...) el desarrollo de reglamentos normativos que permitan delimitar el ámbito de actuación de la potestad sancionadora, debido al grado de indeterminación e imprecisión de las mismas; consecuentemente, la sanción impuesta sustentada en estas disposiciones genéricas es inconstitucional, por vulnerar el principio consagrado en el artículo 2, inciso 24, literal d), de la Constitución (...)”⁽⁸⁴⁷⁾.

Un ejemplo ilustrativo de un agravio legal a este principio, lo constituye el artículo 79 del Decreto Legislativo N° 1440, Decreto Legislativo del Sistema Nacional de Presupuesto Público que pretende fijar las responsabilidades y sanciones por incumplimientos a la administración presupuestal, del modo siguiente:

“El incumplimiento de las disposiciones establecidas en el presente Decreto Legislativo, las Leyes de Presupuesto del Sector Público, así como las Directivas y disposiciones complementarias emitidas por la Dirección General del Presupuesto Público, da lugar a las sanciones administrativas aplicables, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal a que hubiere lugar”.

Aquí estamos frente a un caso típico de ley sancionadora en blanco, que no obstante su título, carece de contenido material, desde que no precisa la hipótesis que define la conducta sancionable, sino que a través de una fórmula vaga o genérica, coloca en la autoridad administrativa la posibilidad de establecer, caso por caso, y con amplia discrecionalidad, si una determinada conducta es sancionable o no, lo cual se traduce en violación del principio de tipicidad. Por ello, las tipificaciones vacías o en blanco, que en lugar de definir de manera cierta la conducta sancionable, consideran como tales cualquier violación de la totalidad de una ley o un reglamento, son contrarias al principio de tipicidad, pues, la vaguedad y generalidad del hecho que se considera ilícito (violación de cualquier norma legal o reglamentaria, presente o futura), será en verdad la

(846) GARBERÍ LLOBREGAT, José. *El procedimiento administrativo sancionador*. 5ª edición ampliada, Tirant lo Blanch, 1998, p. 114.

(847) Ver: STC Exp. N° 2192-2004-AA/TC y STC Exp. N° 3256-2004-AA/TC.

autoridad administrativa a cargo de la aplicación de la sanción quien tipificará, en cada caso, el hecho sancionable.

Por el contrario, no sería contrario al principio, por sí misma la utilización de conceptos jurídicos indeterminados en la definición de la conducta sancionable, siempre y cuando la concreción de tales conceptos sea razonablemente factible en virtud de estar referidos a criterios lógicos, técnicos o de experiencia, que permitan prever, con suficiente seguridad, la naturaleza y características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada⁽⁸⁴⁸⁾. La unidad de solución que subyace en el concepto jurídico indeterminado, hace que su utilización en las normas sancionadoras sea, en principio, admisible, pues al existir una sola solución, la aplicación de la norma no comporta margen de discrecionalidad para el funcionario en la definición de la conducta sancionable. GARCÍA DE ENTERRÍA explica lo anterior en los siguientes términos:

“Si lo propio de todo concepto jurídico indeterminado, en cualquier sector del ordenamiento, es que su aplicación solo permite una única solución justa, el ejercicio de una potestad discrecional permite, por el contrario, una pluralidad de soluciones justas, o en otros términos, optar entre alternativas que son igualmente justas desde la perspectiva del Derecho”⁽⁸⁴⁹⁾.

III. PARTICULARIDADES DE LA TIPIFICACIÓN ADMINISTRATIVA

En aspectos administrativos, no es aconsejable llevar a extremos el mandato de tipificación, pues estaríamos frente a casuismos inconvenientes. Los riesgos evidentes son dos extremos perniciosos: la sobreinclusión (inclusión dentro de la tipificación de supuestos específicos que no participan de la necesidad de sanción), pero en el otro extremo, tenemos la infrainclusión (exclusión de supuestos que sí deberían ser sancionables). Ambos riesgos se producen por dos vicios extremos del legislador al tipificar. Cuando acude a fórmulas demasiado generales, por el recelo a no incluir supuestos reprochables, se propicia la posibilidad de sobreincluir conductas menores o simplemente que no deberían ser sancionables. Por el contrario, cuando se acude a fórmulas más específicas y detalladas, se asume el riesgo de reprochar menos supuestos de los debidos, por ser igualmente ilícitos. La solución adecuada parece estar en la línea, de lo sintetizado por NIETO, como la necesidad de “permitir al operador jurídico un margen de actuación a la hora de determinar la infracción y la sanción concretas, pero no tanto como para permitirle que ‘cree’ figuras de infracción supliendo las imprecisiones de la norma”⁽⁸⁵⁰⁾.

Para aminorar estos problemas, la tipificación administrativa presenta las siguientes particularidades: i) el fenómeno de la admisión de la colaboración

(848) Sentencia del Tribunal Constitucional español 151/1997, del 29 de setiembre de 1997.

(849) Ídem.

(850) NIETO, Alejandro. Ob. cit., p. 297.

reglamentaria en la tipificación; ii) el empleo de la tipificación indirecta; iii) la tendencia a extender la exigencia de taxatividad a las causales de eximencia de responsabilidad; y, iv) la prohibición de tipificar como infracción conductas constitutivas de delito.

(i) La colaboración reglamentaria en la labor de tipificación

La regla de la colaboración reglamentaria en la tipificación, consiste en que las disposiciones de desarrollo (reglamentos ejecutivos) pueden especificar o graduar previsiones legales previas con el fin de mejor identificar las conductas constitutivas del ilícito, pero sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente.

Ahora bien, la propia ley puede convocar la concurrencia o apoyo de la Administración Pública para concluir la labor de tipificación, habilitándole a regular solo lo mínimo indispensable para concretar la tipificación. Los supuestos más comunes son:

- Reglamento, desarrolla una tipificación por remisión de la ley. Se trata de una suerte de delegación de tareas que el legislador hace en la Administración Pública por considerar que se abordan aspectos técnicos o muy dinámicos que no justifica mantenerlos dentro de la reserva legal, pero siempre determinando lo esencial de la conducta antijurídica⁽⁸⁵¹⁾. Consideramos necesario reiterar la necesidad que la remisión de la ley al reglamento deba a su vez, determinar lo esencial de la conducta constitutiva del ilícito, pues tampoco sería admisible por imperfecta, una remisión en blanco, al Poder Ejecutivo para determinar aquello que será sancionable y aquello que no lo sea, originariamente por medio de un reglamento. En este sentido, se debe considerar que el legislador para respetar los derechos constitucionales de los administrados está atribuido de la facultad para remisiones a normas reglamentarias, pero no para autorizarlas a estas, para crear los tipos ilícitos⁽⁸⁵²⁾.

(851) Este es el sentido legítimo de la frase “salvo que la ley permita tipificar en vía reglamentaria”.

(852) Esta posición ha sido consagrada por nuestro Tribunal Constitucional (STC Exp. N° 2050-2002-AA/TC) cuando estableció que: “No debe identificarse el principio de legalidad con el principio de tipicidad. El primero, garantizado por el ordinal ‘d’ del inciso 24) del artículo 2 de la Constitución, se satisface cuando se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la ley. El segundo, en cambio, constituye la precisa definición de la conducta que la ley considera como falta. Tal precisión de lo considerado como antijurídico desde un punto de vista administrativo, por tanto, no está sujeta a una reserva de ley absoluta, sino que puede ser complementada a través de los reglamentos respectivos, como se infiere del artículo 168 de la Constitución. La ausencia de una reserva de ley absoluta en esta materia, como indica Alejandro Nieto (*Derecho Administrativo sancionador*, Editorial Tecnos, Madrid, 1994, p. 260), ‘provoca, no la sustitución de la ley por el reglamento, sino la colaboración del reglamento en las tareas reguladoras, donde actúa con subordinación a la ley y como mero complemento de ella’.

No es ese el caso de lo que sucede con las ‘faltas’ que ameritarían la imposición de la sanción denominada arresto rigor. En primer lugar, el Decreto Legislativo N° 745, Ley de Situación Policial del Personal de la Policía Nacional del Perú, simplemente no contemplan los supuestos de hecho considerados como antijurídicos, esto es, las faltas que habilitarían la aplicación de la sanción en referencia. Estas solo están previstas en el Reglamento del Régimen Disciplinario de la Policía

- Reglamento, concreta como faltas supuestos que la ley considera en lo esencial pero sin precisión; no obstante, atribuye potestad sancionadora y estipula las sanciones posibles (por ejemplo, conductas prohibidas calificadas como ilícitos administrativos).
- Reglamento, organiza los supuestos distribuidos en varias disposiciones para hacer un compendio de faltas administrativas en una misma materia (por ejemplo, textos únicos ordenados y similares).
- Reglamentaciones autónomas o de entidades constitucionalmente autónomas, incluso del Poder Legislativo, donde su potestad reglamentaria es parte de su garantía institucional.

La habilitación para que una norma reglamentaria pueda participar en el proceso de tipificación de los ilícitos administrativos, se justifica en argumentos fácticos, tales como la complejidad técnica de algunas materias, la necesidad de atender el dinamismo de una actividad, la inviabilidad de ser casuística en una norma con rango legal, etc. No obstante, en todos los supuestos debe ser compatibilizado con el mandado constitucional para no provocar la sustitución de la ley por el reglamento, y, por lo contrario, concretarse a ser única y exclusivamente la colaboración del reglamento, subordinado a la ley, para el mejor cumplimiento de la exigencia constitucional de tipificación inequívoca o exhaustiva.

En el primer supuesto el reglamento puede colaborar en lo que se denomina la “tipificación por vía reglamentaria”. En este último caso, no se trata de una excepción a la reserva de ley, sino una modalidad de su ejercicio⁽⁸⁵³⁾ en la que una ley con un contenido esencial de aquello que considera indebido remite o dispone deliberadamente que una norma reglamentaria complete la descripción de aquello que considere ilícito, pero no bajo su propia iniciativa, sino siguiendo las instrucciones y pautas que la misma ley debe ordenar. Solo de este modo se cumpliría el principio de reserva de ley. Como se puede apreciar aquí no se trata que el legislador autorice a la Administración Pública a tipificar discrecionalmente, ya que “no se respeta, (...) el principio de legalidad si el legislador se contenta con abrir el

Nacional del Perú, aprobado mediante Decreto Supremo N° 009-97-IN, cuyo artículo 95 remite, a su vez, a diversos apartados del artículo 83 de la norma en mención.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que es inconstitucional, por afectar el principio de legalidad, que el Reglamento del Régimen Disciplinario de la Policía Nacional haya previsto una falta pese a no haber sido prevista por la ley de manera expresa e inequívoca.

En igual condición se encuentra la sanción denominada ‘arresto rigor’. Si, como antes se ha dicho, el principio de legalidad exige la predeterminación legal no solo de las faltas sino también de las sanciones correspondientes, es obvio que al no encontrarse prevista en la ley, la sanción ‘arresto rigor, impuesta al actor y desprovista de cobertura legal, al ser solo enunciada en el Reglamento del Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú, también es inconstitucional, por afectar al principio de legalidad, previsto en el ordinal ‘d’ del inciso 24) del artículo 2 de la Constitución”.

(853) NIETO, Alejandro. Ob. cit., p. 264.

paso a la regulación reglamentaria sin añadir precisión alguna: lo que, en rigor, no sería una remisión en sentido propio, sino una mera habilitación para producir un Reglamento⁽⁸⁵⁴⁾ o como estableció el Tribunal Constitucional español al respecto:

“La Ley impugnada, que se limita a hacer una remisión en blanco al correspondiente reglamento, no respeta la reserva constitucional (puesto que la remisión) solo es admisible en la medida en que se refiere solo a cuestiones de detalle que no afecten a la reserva de ley (STC 37/1981, de 16 de noviembre).

La potestad reglamentaria no podrá desplegarse aquí innovando o sustituyendo a la disciplina legislativa, no siéndole tampoco posible al legislador disponer de la reserva misma a través de remisiones incondicionadas o carentes de límites ciertos y estrictos, puesto que ello implicaría un despoDERAMIENTO al Parlamento a favor de la potestad reglamentaria que sería contrario a la norma constitucional creadora de la reserva legal⁽⁸⁵⁵⁾.

Como se puede apreciar, para la viabilidad constitucional de esta colaboración reglamentaria es importante advertir las condiciones que debe satisfacer la ley de remisión o de habilitación para no vulnerar la pauta constitucional de la reserva legal en materia sancionadora.

En principio, la ley de remisión debe a su vez determinar lo esencial de la conducta constitutiva del ilícito, pues tampoco sería admisible por imperfecta una remisión en blanco, al Poder Ejecutivo para determinar originariamente en el reglamento, aquello que será sancionable y aquello que no lo sea. En este sentido, se debe considerar que para respetar los derechos constitucionales de los administrados, el legislador está atribuido de la facultad para remisiones a normas reglamentarias, pero no para autorizar a estas, a crear los tipos ilícitos.

Luego, la misma ley de remisión debe contener las condiciones para delimitar efectivamente el ejercicio discrecional de una potestad reglamentaria por parte de la Administración Pública. Como lo ha advertido la doctrina, “Si estos límites no se respetan, se produce lo que el Tribunal denomina deslegalización de la materia reservada, esto es, una total abdicación por parte del legislador de su facultad (...) transfiriéndola al titular de la potestad reglamentaria sin fijar ni siquiera cuáles son los fines y objetivos que la reglamentación ha de perseguir. Lo que es inadmisibles porque así se hace posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución a favor del legislador⁽⁸⁵⁶⁾.”

(854) *Ibidem*, p. 267.

(855) Sentencia del Tribunal Constitucional español 99/1987, del 11 junio de 1987.

(856) NIETO, Alejandro. *Ob. cit.*, p. 268.

Por tanto, constituyen por igual infracciones a la regla constitucional de la reserva legal en materia sancionadora cuando sin ley previa, la Administración Pública dicta un reglamento tipificando infracciones a los administrados, como cuando se aprueba en vía reglamentaria tipificación de infracciones teniendo como remisión una ley previa, vacía de contenido como límite o referente indispensable para la actuación administrativa. En este último supuesto, nos encontramos frente a una indebida deslegalización o degradación del ordenamiento jurídico.

También vulnera el principio, que los reglamentos administrativos desarrollen una tipificación no subordinada a alguna ley autoritativa, o teniéndola altere su naturaleza, sus límites o adicione nuevas infracciones o sanciones, o que prevea nuevas infracciones o sanciones diferentes a las que tienen cobertura legal.

(ii) La tipificación indirecta

La aplicación de la tipificación indirecta fue advertida ya por NIETO⁽⁸⁵⁷⁾ cuando daba cuenta que la tipificación administrativa a diferencia de la penal, se concreta generalmente a través de tres preceptos: i) Un primer elemento del tipo que establece un mandato o una prohibición determinada para el administrado (la que indica “Queda prohibido hacer X”); ii) Un segundo elemento del tipo que advierte que este incumplimiento constituye una infracción sancionable (“Constituye infracción el incumplimiento de X”); y, finalmente un tercer elemento (la sanción aplicable al caso). Como estos tres elementos por lo general, no se presentan en una misma norma, sino disgregadas en normas distintas, e incluso cuerpos normativos separados, hablamos de la tipificación indirecta del ilícito administrativo, a diferencia del tipo legal penal, que es único.

Como se aprecia, la tipificación indirecta permite al Derecho Administrativo sancionador identificar una infracción a través de la integración de varias normas de rango legal y de reglamentos. Pero esta figura, tan conveniente para no engrosar la normativa con descripción de lo sancionable en varias normas distintas, presenta dos inconvenientes que la ponen en conflicto con otros principios: que se emplee la norma sancionadora para hacer punible un deber que antes no ha sido impuesto por alguna norma o que la referencia o remisión sea tan general o incierta que le sea imposible al administrado definir con claridad y anticipación aquello que sea realmente punible (como cuando la norma sancionable dice simplemente “será infracción sancionable cualquier norma de la presente ley o reglamento”. Para limitar la primera distorsión anotada la reforma de la LPAG ha establecido que la norma tipificadora de infracciones no sirve para imponer a los administrados el cumplimiento de nuevas obligaciones o que no estén previstas previamente en una norma legal o reglamentaria, según lo cual cuando menos debemos tener dos normas: aquella que establezca con claridad

(857) *Ibidem*, p. 298 y ss.

el deber activo o pasivo al administrado y luego la que haga eso sancionable. En el segundo caso, la distorsión supone una tipificación en blanco o una habilitación para que sea la autoridad administrativa para que discrimine finalmente qué es sancionable y qué no, perdiéndose toda previsibilidad.

(iii) La tendencia a extender la exigencia de taxatividad a las causales de eximencia de responsabilidad

Un camino novedoso, a través del cual se pretende morigerar los riesgos de sobreinclusión de ilícitos administrativos, consiste en comprender que la exhaustividad en la descripción de la conducta alcance también a los supuestos de eximencia o atenuación de responsabilidades. Con ello, se lograría permitir un balance a la sobreinclusión: el establecimiento cierto también de un umbral mínimo de conductas que si bien se encuentran objetivamente dentro del tipo descrito, contenga algún elemento de conducta o contexto que le hagan no sancionable. Por ello, consideramos que la ley también deberá considerar que el principio de tipicidad también hace exigible a la norma, contemplar supuestos objetivos y ciertos de eximencia de responsabilidad.

(iv) La prohibición de tipificar como infracción conductas constitutivas de delito

Una de las reformas más importantes en materia de tipificación administrativa es el mandato al legislador y al funcionario que opera en colaboración reglamentaria, para no calificar o tipificar como infracción administrativa idénticos supuestos de hecho e idéntico fundamento de aquellos delitos o faltas ya establecidos en las leyes penales o respecto de aquellas infracciones ya tipificadas en otras normas administrativas sancionadoras. Obviamente esta regla aspira a prevenir supuestos de *non bis in idem*.

Artículo 248 Principios de la potestad sancionadora administrativa⁽⁸⁵⁸⁾

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...)

5. **Irretroactividad.**- *Son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables.*

Las disposiciones sancionadoras producen efecto retroactivo en cuanto favorecen al presunto infractor o al infractor, tanto en lo referido a la tipificación de la infracción como a la sanción y a sus plazos de prescripción, incluso respecto de las sanciones en ejecución al entrar en vigor la nueva disposición.

(...)

(Texto según el artículo 230 de la Ley N° 27444, modificado según el artículo 2 Decreto Legislativo N° 1272)



CONCORDANCIAS EXTERNAS

- D.Leg. N° 1311: Ley que modifica el Código Tributario (5ª D.C.F., no aplicación de principios de potestad sancionadora administrativa en la SUNAT, Tribunal Fiscal y otras Administraciones Tributarias).
- R. N° 100-2018-CG: Reglamento de infracciones y sanciones para la determinación de la responsabilidad administrativa funcional derivada de los informes emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control (art. 4, principios de la potestad sancionadora por responsabilidad administrativa funcional).



CONCORDANCIAS INTERNAS

- T.P. Art. II.2: Prohibición de leyes de procedimientos especiales con condiciones menos favorables a los administrados.
- Art. 17: Eficacia anticipada del acto administrativo.
- Art. 247.2: Prohibición de imponer condiciones menos favorables a los administrados en procedimientos especiales.

Comentario

I. EL ESQUEMA GENERAL DE APLICACIÓN DE NORMAS EN EL TIEMPO EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y EN EL CÓDIGO CIVIL

Conforme al artículo 103 de la Constitución Política del Estado⁽⁸⁵⁹⁾ la ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y

(858) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 230 de la Ley N° 27444.

(859) Texto según la modificación constitucional aprobada por la Ley N° 28389.

situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo en materia penal cuando favorece al reo. De manera análoga, el artículo III del Título Preliminar del Código Civil establece que la ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo las excepciones previstas en la Constitución Política.

Ambas normas se complementan para definir el problema de la vigencia temporal de las normas legales dentro de nuestro sistema jurídico-nacional y dotar de contenido a las aplicaciones inmediata⁽⁸⁶⁰⁾, retroactiva⁽⁸⁶¹⁾ y ultra-activa⁽⁸⁶²⁾ de las normas legales, además de darnos los elementos para dilucidar los conflictos de normas en el tiempo.

En primer lugar, estas normas establecen como regla general la prohibición de aplicación retroactiva de las normas legales, y a la vez fijan el límite entre la aplicación retroactiva y la aplicación inmediata, al señalar que las normas aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. De este modo, las normas legales rigen para el tiempo sucesivo a su entrada en vigor, quedando a salvo los efectos jurídicos producidos por supuestos de hechos anteriormente perfeccionados.

En segundo lugar, admite como excepción del sistema, esto es, como único supuesto de aplicación retroactiva, aquella referida a la materia penal y siempre sujeta a la condición de tratarse de un contenido normativo favorable para el infractor. En este sentido, es un principio general de nuestro Derecho que se apliquen con anterioridad a su promulgación las normas de contenido penal que conlleven una situación más beneficiosa para el infractor en contraste con la norma vigente al momento de la comisión de los hechos. No obstante, es conveniente tener presente que conforme a lo establecido por el Tribunal Constitucional, en nuestro sistema jurídico la aplicación de este mandato de vigencia retroactiva no puede ser interpretada únicamente desde la perspectiva del potencial beneficiado, sino de modo conjunto de los demás valores constitucionales implicados. En efecto, ha sido señalado expresamente y con propiedad que la retroactividad benigna de la ley “no puede ser interpretada desde la perspectiva exclusiva de los intereses del penado”, sino que aquello que “resulte más favorable al penado debe ser interpretado a partir de una comprensión institucional integral es decir a partir de una aproximación conjunta de todos los valores constitucionalmente protegidos que resulten relevantes en el asunto que es materia de evaluación”⁽⁸⁶³⁾.

(860) Aquella que se hace a los hechos, relaciones o situaciones que ocurren mientras tienen vigencia, es decir, entre el momento en que entre en vigencia y aquel en que es derogada o modificada.

(861) Aquella que se hace para regir hechos, situaciones o relaciones que tuvieron lugar antes del momento en que entra en vigencia, es decir, antes de su aplicación inmediata.

(862) Aquella que se hace a los hechos, situaciones o relaciones que ocurren luego que ha sido derogada o modificada de manera expresa o tácita, es decir, luego que termina su aplicación inmediata.

(863) STC Exp. N° 0019-2005-PI/TC, fundamento 52.

Respecto a ello, el Tribunal Constitucional ha señalado que el principio de retroactividad benigna propugna la aplicación de una norma jurídica penal posterior a la comisión del hecho delictivo, con la condición de que dicha norma contenga disposiciones más favorables al reo. Ello, sostiene, constituye una excepción al principio de irretroactividad de la aplicación de la ley y se sustenta en razones político-criminales, en la medida en que el Estado no tiene interés (o no en la misma intensidad) en sancionar un comportamiento que ya no constituye delito (o cuya pena ha sido disminuida) y, primordialmente, en virtud del principio de humanidad de las penas, que se fundamenta en la dignidad de la persona humana (art. 1 de la Constitución)⁽⁸⁶⁴⁾.

Adicionalmente, el Tribunal Constitucional ha afirmado que en nuestro sistema jurídico la aplicación de este mandato de vigencia retroactiva no puede ser interpretada únicamente desde la perspectiva del potencial beneficiado, sino de modo conjunto de los demás valores constitucionales implicados. En esa línea, se ha señalado expresamente que la retroactividad benigna de la ley “no puede ser interpretada desde la perspectiva exclusiva de los intereses del penado”, sino que aquello que “resulte más favorable al penado debe ser interpretado a partir de una comprensión institucional integral, es decir, a partir de una aproximación conjunta de todos los valores constitucionalmente protegido que resulten relevantes en el asunto que es materia de evaluación”⁽⁸⁶⁵⁾.

II. EL PRINCIPIO DE LA NORMA SANCIONADORA PREVIA Y EL MANDATO DE APLICACIÓN DE NORMA POSTERIOR MÁS FAVORABLE

Aun cuando la Constitución Política del Estado no alude a la aplicación retroactiva de las normas sancionadoras administrativas, sino solo de las penales, el legislador consideró constitucionalmente admisible extender –con los matices necesarios– en el ámbito administrativo esta situación jurídica favorable a los ciudadanos. Así, nuestro ordenamiento administrativo ha establecido dos reglas para regular la aplicación en el tiempo de las normas sancionadoras administrativas:

- La irretroactividad de las normas sancionadoras administrativas que garantiza que la potestad sancionadora solo será válida para aplicar sanciones cuando hayan entrado en vigencia con anterioridad a la comisión de la infracción, siempre que sigan vigentes al momento de su calificación por la autoridad o hayan sido modificadas por normas posteriores más aflictivas para el administrado (aplicación ultraactiva benigna de la norma).

(864) STC Exp. N° 02283-2006-PH/TC.

(865) STC Exp. N° 0019-2005-PI/TC.

Este principio determina que las disposiciones sancionadoras, solo son aplicables para tipificar y sancionar ilícitos cuando hayan entrado en vigencia con anterioridad al momento de la comisión de los hechos y siempre que estén vigentes al momento de la imposición de la sanción por la autoridad. De este modo, las entidades no pueden sancionar por normas posteriores a los hechos cuando sean desfavorables a la situación del administrado por ser una aplicación retroactiva de la norma.

En este sentido, la exigencia de preexistencia de las normas sancionadoras produce dos consecuencias, a saber: i) rechazar efectivamente la sanción de comportamientos cometidos antes de tipificarse normativamente. En ese sentido, las normas sancionadoras solo podrán ser aplicadas a aquellos hechos ocurridos durante el periodo comprendido entre el momento de su entrada en vigor y el momento de su derogación. Al respecto, es importante hacer la precisión que el momento que debe atenderse para la determinación de la norma aplicable no es el de la producción de los hechos, sino el de la consumación de la infracción⁽⁸⁶⁶⁾. Así, no puede considerarse aquella norma que estuvo vigente cuando nació la voluntad infractora (por ejemplo, se ideó un esquema de concertación de precios), sino cuando dicha voluntad fue materializada (el momento en que se lleva a cabo la concertación de precios). Y, en segundo término, que para imponer sanciones, las conductas típicas no solo han de estar contempladas y sancionadas por la norma vigente en el momento de su comisión, sino también al tiempo de la concreción de la sanción. La ilicitud y la sanción administrativa para el caso no solo deben anteceder al ilícito, sino que deben continuar existiendo con respecto a los hechos al momento en que el órgano competente pretenda aplicarla. De esta manera, si durante el trámite del procedimiento administrativo sancionador la conducta es destipificada o la sanción ha sido derogada, no cabrá la imposición de una sanción. En esa línea, la doctrina sostiene que en las hipótesis en las que el cambio de la norma determine una mejor situación en el infractor, incluso la destipificación de la conducta, debe aceptarse la aplicación del nuevo criterio favorable⁽⁸⁶⁷⁾. Por lo tanto, no podría aplicarse sanción si cuando se dicta la decisión sancionadora, la conducta que se pretendía sancionar ha dejado de ser ilícita, o la sanción posible ha sido derogada. Es importante advertir que aun cuando la norma sancionadora previa hubiese sido modificada para agravar la situación del

(866) REBOLLO PUIG, Manuel, IZQUIERDO CARRASCO, Manuel y otros. *Derecho Administrativo sancionador*. Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 202-203.

(867) GÓMEZ TOMILLO, Manuel y SANZ RUBIALES, Iñigo. *Derecho Administrativo sancionador. Parte General. Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo*. 2ª edición, Thomson Reuters, Pamplona, 2010, p. 193.

infractor, le será siendo aplicable la norma previa de manera ultraactiva por serle más favorable.

- La aplicación de las normas sancionadoras posteriores a la comisión del ilícito siempre que beneficien al administrado (retroactividad benigna).

El principio enunciado contiene una excepción valiosa: si hubiere una norma posterior, que, integralmente considerada, fuere más favorable al administrado, debe serle aplicada. En tal sentido, si luego de la comisión del ilícito administrativo, en los términos de la norma preexistente, se produce una modificación legislativa, y la nueva norma es, en su consideración integral, más benigna para el administrado, entonces deberá ser dicha ley aplicada al caso por serle más favorable o benigna, pese a no haber regido al momento en que se ejecutara el ilícito administrativo. Pero, la apreciación de favorabilidad de la norma debe efectuarse de manera integral, sin fraccionamientos, de modo que en aquellos casos en que el nuevo régimen legislativo contenga partes favorables y partes desfavorables (por ejemplo, disminuir la sanción, pero incrementar una medida correctiva), lo correcto será determinar si, en bloque, se trata realmente de una regulación más benigna.

El fundamento de esta regla es que si luego de la comisión de la falta, el legislador considera suficiente una menor intervención gravosa sobre los bienes jurídicos de quien comete el ilícito, carece de sentido que el Estado siga sosteniendo la regla anterior en aras de la seguridad jurídica cuando lo considera innecesario ya. No parece ser justo que se aplique la ley más severa vigente al momento de la comisión, cuando es el propio legislador quien ya ha reconocido a través de una nueva norma, lo innecesario que era sacrificar en determinada intensidad los bienes jurídicos de los ciudadanos.

La clave para la determinación de la norma posterior de manera retroactiva o mantener la aplicación de la norma previa a su comisión, la encontramos en el juicio de favorabilidad o de benignidad que la autoridad debe realizar respecto al efecto que la norma posterior tendrá en la esfera subjetiva del infractor. Si la norma posterior contempla una sanción más benigna, establece plazos inferiores de prescripción, deroga el carácter ilícito de la conducta, si modifica los elementos del tipo de modo que no aplique a los hechos incurridos, o si establece plazos inferiores de prescripción será de aplicación al caso concreto la norma posterior de manera retroactiva. En todo caso, para adoptar la decisión la autoridad debe plantearse hipotéticamente la decisión sancionadora que adoptaría con uno y otro marco legal y decidirse por la que en definitiva y de manera integral arroje los resultados más convenientes o beneficiosos para el infractor.

En ese mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, al señalar que: "(...) La interpretación de aquello que resulte más favorable al penado debe ser interpretado a partir de una comprensión institucional integral, es decir, a partir de una aproximación conjunta de todos los valores constitucionalmente protegidos que resulten relevantes en el asunto que es materia de evaluación"⁽⁸⁶⁸⁾.

En palabras del profesor REBOLLO PUIG, deberán tenerse en cuenta todas las circunstancias que rodean el caso para determinar cuál de las dos normas resulta más favorable. Por ello, entre los elementos que deben valorarse para determinar si una norma es o no más favorable, no solo debe considerarse la cuantía de la sanción que resultaría imponible en abstracto según una y otra ley, sino también la posibilidad de reducción prevista en una y otra, como las reducciones por conformidad⁽⁸⁶⁹⁾ o la posibilidad de eximirse de sanción —antes que de aplicar un atenuante— si el infractor subsana de manera voluntaria la conducta infractora.

En el mismo sentido, la doctrina señala como reglas para el examen de favorabilidad, las siguientes: i) la valoración debe operar en concreto y no en abstracto, lo que significa que es necesario considerar la sanción que correspondería al caso concreto de aplicar la nueva ley, con todas las circunstancias que concurrieron en el caso y la totalidad de previsiones legales establecidas en una y otra norma; y, ii) los términos de la comparación deberían ser la vieja y la nueva ley consideradas cada una de ellas en bloque, por lo que no debería ser posible tomar los aspectos más favorables de cada una de ellas; caso contrario, la norma legal que se aplicaría no coincidiría ni con el antiguo ni con el nuevo marco normativo.

¿Hasta cuándo es útil una norma posterior favorable?

La reforma operada mediante el decreto legislativo ha traído como novedad en este principio, precisar hasta momento del procedimiento administrativo sancionador puede resultar influenciada por una norma posterior más favorable. En doctrina se ha puesto ese linde en tres momentos: i) hasta antes que el caso sea resuelto por la administración en última instancia; ii) hasta antes que en el proceso contencioso resuelva el tema de manera definitiva; iii) en cualquier momento anterior a la ejecución de la sanción. Nuestro ordenamiento opta por esta última posición, de tal suerte que una modificación normativa más favorable puede ser aplicable a casos anteriores salvo que, la sanción ya se haya ejecutado íntegramente, no bastando que el procedimiento sancionador haya concluido en sede administrativo o acabado el proceso contencioso-administrativo que se hubiere incoado. De esta manera, es la ley la que resuelve esta cuestión, bajo la consigna de la aplicación del criterio más favorable al administro⁽⁸⁷⁰⁾.

(868) Párrafo 52 de la STC Exp. N° 0019-2005-PI/TC.

(869) REBOLLO PUIG, Manuel. Ob. cit., p. 207.

(870) GÓMEZ TOMILLO, Manuel y SANZ RUBIALES, Iñigo. Ob. cit., p. 182.

III. EL CASO DE LA NORMA SANCIONADORA INTERMEDIA

La situación de sucesión normativa planteada en la presente consulta acontece cuando habiéndose incurrido en un ilícito, la norma vigente al momento de su comisión (Norma A) resulta modificada o derogada por una norma sucesiva (Norma B), que a su vez es modificada posteriormente por una tercera norma (Norma C) la que mantiene su vigencia al momento de resolverse el expediente, declarar la responsabilidad incurrida y aplicar la sanción administrativa. Como se puede advertir, la situación particular que se presenta es que la norma B (de nuestro ejercicio) resulta ser una norma intermedia entre la norma A (vigente al momento de la comisión de la infracción) y la norma C (vigente al momento de la aplicación de sanción), pero que por contener un contenido normativo más favorable que la norma C, se plantea la duda si debe o no ser considerada para el análisis de la norma más favorable a ser aplicada.

En este sentido, denominaremos norma intermedia a aquella Norma B que entra en vigencia después de la comisión de los hechos delictivos y tiene un contenido integral más favorable al administrado, pero que resulta derogada con anterioridad a la aplicación de la sanción, siendo sustituida por otra tercera norma. Consideramos que si la norma intermedia fuera de un contenido más gravoso para el infractor que la primera o tercera norma sería irrelevante para el presente análisis dado que no daría lugar a vincularse con la regla de la retroactividad benigna.

Para dilucidar la necesidad de considerar o no a las normas intermedias debemos recordar ante todo que la autoridad se encuentra ubicada al momento de la concreción de la hipótesis de la norma al caso específico a través de la aplicación de la sanción al responsable. En ese sentido, la autoridad al momento de decidir por la comisión o no de la infracción y, en caso convencerse de la comisión de la falta y escoger la sanción aplicable puede enfrentar uno de cuatro supuestos:

- i. La norma previsorora de la infracción y de la sanción mantiene su vigencia y como tal procederá a aplicarla;
- ii. La norma previsorora de la infracción y de la sanción ha sido derogada del mundo jurídico y, como tal archivará el proceso;
- iii. La norma previsorora de la infracción y de la sanción ha sufrido alguna modificación agravando la situación del infractor, en cuyo caso aplicará la norma originaria de manera ultraactiva;
- iv. La norma previsorora de la infracción y de la sanción ha sufrido alguna modificación beneficiando al infractor.

Como se podrá apreciar, solo en el caso iv) podemos hablar de aplicar el principio de retroactividad benigna de la norma posterior más beneficiosa. Pero nótese que para poder darle retroactividad a esta norma más beneficiosa se presupone una norma en vigencia y no una norma ya derogada. En este sentido,

si hubiera existido una norma que modificaba el precepto originario pero ya hubiese sido a su vez modificada, dicha ley no interesa como tal a los efectos de la retroactividad de la ley favorable, precisamente porque no está en vigencia ni en el momento de la ejecución del ilícito ni está vigente en el momento actual de la determinación de la sanción a aplicarse. La determinación de la ley favorable obliga simplemente a comparar la resolución concreta a la que se llegara con arreglo a la ley vigente en el momento del hecho, con la que deriva de la ley vigente al momento del procedimiento sancionador, debiendo optarse por la más beneficiosa de las dos, sin ponderar otras alternativas.

Cabe tener presente que el sentido normativo que el legislador ha plasmado en la norma intermedia no representa ni el ordenamiento legal transgredido por el infractor, ya que entonces no existía, ni tampoco resulta ser en el momento de proceder a la sanción, la expresión de lo que el Estado considera justa medida de la penalidad. Por ello, es posible afirmar que la ley intermedia corresponde a una concepción jurídica inexistente al momento de la infracción y que ya no se mantiene en el momento del procedimiento sancionador. La norma intermedia más benigna estaba destinada a ser aplicable a los hechos cometidos bajo su vigencia y a los hechos incurridos bajo el imperio de la norma anterior, si hubiera estado vigente al momento de la dación de la resolución sancionadora. Pero al no haberse verificado esta aplicación no se verificó su hipótesis ni ejecutó su consecuencia jurídica, por lo que habiéndosele derogado, solo debe procederse a comparar la norma A con la norma C para fines de determinar su favorabilidad para el infractor.

Por lo expuesto, cuando el artículo indica que son aplicables “las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar”, debemos comprender a todas aquellas disposiciones anteriores a la comisión de la infracción que regulen el supuesto típico, las sanciones aplicables, los plazos de prescripción, las reglas de atenuación de la sanción, etc. En ese mismo sentido, cuando la misma norma alude a la retroactividad en caso que “las posteriores le sean más favorables” debe ser entendido como aquellas normas vigentes al momento de la resolución del procedimiento sancionador que devengan en aplicables para dilucidar la tipificación, la prescripción, las penas a aplicar, los criterios de atenuación, etc.

Consideramos que la situación del infractor respecto al precepto contenido en la norma intermedia no califica como un derecho adquirido desde que se trata de una disposición heteroaplicativa, esto es, que resulta indudablemente de un acto posterior de aplicación para que pueda producir efectos en la esfera jurídica de alguien, por lo que concretamente en su caso no le fue aplicada la norma intermedia durante su vigencia. De ordinario, el infractor respecto a la norma intermedia tuvo una mera expectativa que la consecuencia jurídica (menor sanción por ejemplo) le fuera aplicada a su caso concreto, pero en ningún caso se trata de un derecho adquirido a la sanción menor ya inexistente en el ordenamiento

jurídico, cuando ni siquiera se sabía a ciencia cierta de su culpabilidad y, probablemente él mismo venga afirmando su no responsabilidad al amparo de su presunción de inocencia que lo protege.

No obstante, debemos recordar que la actuación de la autoridad debe mantenerse dentro del respeto al principio de conducta procedimental, por lo que no parece admisible que las mismas infracciones administrativas cometidas durante el mismo periodo sean objeto de sanciones administrativas distintas solo porque una de ellas fue resuelta durante la vigencia de la ley intermedia favorable, mientras que a otra, lo fue después, cuando dicha ley había sido ya derogada por otra posterior desfavorable. Aquí la situación del infractor resulta perjudicada no por el cambio de norma, sino por el retraso desleal de la autoridad en resolver el caso.

Artículo 248 Principios de la potestad sancionadora administrativa⁽⁸⁷¹⁾

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...)

6. **Concurso de infracciones.** - *Cuando una misma conducta califique como más de una infracción se aplicará la sanción prevista para la infracción de mayor gravedad, sin perjuicio que puedan exigirse las demás responsabilidades que establezcan las leyes.*

(...)

(Texto según el artículo 230 de la Ley N° 27444, modificado según el artículo 2 Decreto Legislativo N° 1272)



CONCORDANCIAS EXTERNAS

- D.Leg. N° 1311: Ley que modifica el Código Tributario (5ª D.C.F., no aplicación de principios de potestad sancionadora administrativa en la Sunat, Tribunal Fiscal y otras Administraciones Tributarias).
- R. N° 100-2018-CG: Reglamento de infracciones y sanciones para la determinación de la responsabilidad administrativa funcional derivada de los informes emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control (art. 4, principios de la potestad sancionadora por responsabilidad administrativa funcional).

Comentario

A diferencia del principio de *non bis in ídem* que aborda el tema de la concurrencia del régimen sancionador para un mismo hecho, esta norma regula el supuesto que dentro de un mismo régimen y procedimiento sancionador, la conducta ilícita pueda calificar en más de un supuesto la relación de hechos típicos.

La alternativa de la norma ante estos casos es la absorción de la sanción prevista para la infracción de menor gravedad, por la de mayor gravedad. Nótese que la absorción no se da en función de qué ilícito tiene una sanción más grave, lo que de por sí en caso de penas diversas es dificultoso, sino más bien encarga a la autoridad escoger el ilícito “más grave” para absorber el menor. Si bien la pena establecida puede ser un indicador de gravedad, no necesariamente debe responderse a esta circunstancia.

(871) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 230 de la Ley N° 27444.

Artículo 248

Principios de la potestad sancionadora administrativa⁽⁸⁷²⁾

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...)

7. **Continuación de infracciones.** - Para determinar la procedencia de la imposición de sanciones por infracciones en las que el administrado incurra en forma continua, se requiere que hayan transcurrido por lo menos treinta (30) días hábiles desde la fecha de la imposición de la última sanción y que se acredite haber solicitado al administrado que demuestre haber cesado la infracción dentro de dicho plazo.

Las entidades, bajo sanción de nulidad, no podrán atribuir el supuesto de continuidad y/o la imposición de la sanción respectiva, en los siguientes casos:

- a) Cuando se encuentre en trámite un recurso administrativo interpuesto dentro del plazo contra el acto administrativo mediante el cual se impuso la última sanción administrativa.
- b) Cuando el recurso administrativo interpuesto no hubiera recaído en acto administrativo firme.
- c) Cuando la conducta que determinó la imposición de la sanción administrativa original haya perdido el carácter de infracción administrativa por modificación en el ordenamiento, sin perjuicio de la aplicación de principio de irretroactividad a que se refiere el inciso 5.

(...)

(Texto según el artículo 230 de la Ley N° 27444, modificado según el artículo 2 Decreto Legislativo N° 1272)

**CONCORDANCIAS EXTERNAS**

- D.Leg. N° 1311: Ley que modifica el Código Tributario (5a D.C.F., no aplicación de principios de potestad sancionadora administrativa en la Sunat, Tribunal Fiscal y otras Administraciones Tributarias).
- R. N° 100-2018-CG: Reglamento de infracciones y sanciones para la determinación de la responsabilidad administrativa funcional derivada de los informes emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control (art. 4, principios de la potestad sancionadora por responsabilidad administrativa funcional).

**CONCORDANCIA INTERNA**

- Art. 248.5: Principio de irretroactividad de la potestad sancionadora administrativa.

(872) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 230 de la Ley N° 27444.

I. EL PRINCIPIO DE LAS INFRACCIONES CONTINUADAS

Por el principio de continuación de infracciones, para imponer sanciones por infracciones en las que el administrado incurra en forma continua, se requiere que hayan transcurrido por lo menos treinta (30) días desde la fecha de la imposición de la última sanción y se acredite haber solicitado al administrado que demuestre haber cesado la infracción dentro de dicho plazo (art. 248 inc. 7 del TUO de la LPAG).

La infracción continuada puede ser definida como, en palabras del maestro español Alejandro NIETO, "(...) la realización de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido (...)"⁽⁸⁷³⁾, o al profesor argentino Daniel MALJAR, quien la define como "el mantenimiento de una situación ilícita en tanto no sea alterada mediante una conducta contraria por parte del autor de la infracción (...)"⁽⁸⁷⁴⁾.

En este mismo orden de ideas, se haya la jurisprudencia internacional del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea⁽⁸⁷⁵⁾, para quien "(...) el concepto de infracción continuada (...), implica, en cualquier caso, una pluralidad de comportamientos infractores, o de actos de ejecución de una sola infracción, reunidos por un elemento subjetivo común (...)"

De una lectura de este artículo, se desprenden los presupuestos⁽⁸⁷⁶⁾ que se deben dar en forma conjunta para que se pueda configurar una infracción continuada en sede administrativa.

- Identidad subjetiva activa

De lo dispuesto por el inciso 7 del artículo 248 del TUO de la LPAG se concluye que para que opere el principio materia de análisis es necesario que exista identidad en el sujeto responsable del conjunto de acciones que constituyen infracciones administrativas. Vale decir, es necesaria la coincidencia del administrado presuntamente infractor.

Sin perjuicio de lo expuesto en el párrafo precedente, la presencia de otros sujetos administrados no se encuentra excluida siempre y cuando la actuación de estos últimos se limite a hechos aislados que no configuren por sí solos infracción administrativa.

(873) NIETO, Alejandro. Ob. cit., p. 451.

(874) MALJAR, Daniel. *El Derecho Administrativo sancionador*. Ad Hoc, Buenos Aires, 2004, p. 215.

(875) Sentencia emitida el 8 de julio de 1999, <www.europa.eu.int/celex/cgi/sga_rqstses>.

(876) Para la determinación de los supuestos del principio de infracción continuada se ha tomado como base lo dispuesto por José Garberí Llobregat en su libro *El procedimiento administrativo sancionador*.

- **Identidad subjetiva pasiva**

A diferencia de lo que sucede en materia penal, en el ámbito administrativo sancionador es necesario que exista identidad respecto a la entidad que es afectada con la conducta cuyo desarrollo constituye una infracción administrativa.

En este sentido, es necesario que los distintos actos que constituyen la conducta infractora afecten a la misma entidad administrativa, o respecto de aquella encargada de tutelar o garantizar el cumplimiento del deber infringido y que sea presupuesto del hecho sancionable.

- **Pluralidad fáctica**

La pluralidad fáctica significa que para la aplicación del citado principio es necesario que se den varios hechos o conductas que sean capaces de constituir por sí solas, cada una de ellas una infracción administrativa sancionable. No obstante la pluralidad de hechos sancionables, por conexiones subjetivas y objetivas, derivan en una unidad jurídica: una sola voluntad.

- **Proximidad temporal**

La concurrencia de este presupuesto resulta esencial para la aplicación del principio estudiado; toda vez que, las diversas acciones tipificadas como infracciones administrativas deben producirse de forma sucesiva o intermitente en el tiempo, respondiendo a una sola unidad de finalidad.

- **Identidad en los preceptos administrativos lesionados**

Es necesario que el conjunto de acciones que constituyen la infracción administrativa infrinjan los mismos preceptos administrativos. Es decir, para que se pueda aplicar el principio de continuación de infracciones es necesario que exista "identidad normativa" de los preceptos lesionados por el conjunto de comportamientos.

En virtud de lo señalado, encontrándonos frente a una unidad subjetiva y objetiva, el tratamiento dispensado por este principio es de evidente protección al administrado. Se orienta a "(...) evitar que se inicien distintos expedientes administrativos, incluso diarios, por una infracción única como es la propia de la infracción continuada"⁽⁸⁷⁷⁾. Para ello, se dispone que la Administración Pública se encuentra impedida de iniciar un nuevo procedimiento administrativo sancionador hasta que haya recaído resolución firme sobre el primer procedimiento que permita romper la unidad de la conducta infractora.

(877) NIETO, Alejandro. Ob. cit., p. 453.

En este sentido, el artículo aludido exige que frente a una infracción continuada en el tiempo, la Administración Pública deba proceder a: i) instruir un expediente sancionador; ii) emitir la resolución sancionadora; y, iii) requerir al administrado que demuestre haber cesado la infracción dentro del plazo de treinta (30) días. Solo cuando la Administración Pública hubiere cumplido con estas tres condiciones, recién podrá instruirse un segundo procedimiento administrativo sancionador. No antes.

En adición a lo indicado, en el supuesto que la Administración Pública pretenda imponer o haya impuesto más de una sanción al administrado por una conducta que configura el supuesto de infracción continuada, fraccionando la presunta infracción en periodos individualmente considerados, somos de la opinión que se estaría vulnerando el principio de non bis in ídem previsto en el artículo 248 inciso 11 del TUO de la LPAG. En efecto, en virtud de dicho principio se impide la duplicidad sancionadora sucesiva (no sancionar lo ya sancionado) y la doble punición simultánea de un mismo hecho (no desarrollar a un tiempo dos enjuiciamientos sancionadores)⁽⁸⁷⁸⁾. Se trata de una forma de protección y de un poderoso instrumento que brinda certeza a las decisiones de la misma Administración Pública.

Al respecto, el Tribunal Constitucional español, en su Sentencia 94/1986, ha señalado lo siguiente⁽⁸⁷⁹⁾:

“El principio de non bis in ídem impone, por una parte, la prohibición de que, por autoridades de un mismo orden y a través de procedimientos distintos, se sancione repetidamente una misma conducta, por entrañar esta posibilidad una inadmisibles reiteración en el ejercicio de *ius puniendi* del Estado, y, por otro lado, una prohibición de duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de unos mismos hechos”.

II. SUPUESTOS QUE NO PUEDEN CONSIDERARSE COMO UNA INFRACCIÓN CONTINUADA

A fin de esclarecer la aplicación del principio de concurso de infracciones se prevé una serie de casos en los cuales las entidades, bajo sanción de nulidad, no podrán atribuir el supuesto de continuidad y/o la imposición de la sanción respectiva. Tales casos son:

- Cuando se encuentre en trámite un recurso administrativo interpuesto dentro del plazo contra el acto administrativo mediante el cual se impuso la última sanción administrativa.

(878) OSSA ARBELÁEZ, Jaime. Ob. cit., p. 329.

(879) GARBERÍ LLOBREGAT, José. *La aplicación de los derechos y garantías constitucionales a la potestad y al procedimiento administrativo sancionador*. Edit. Trivium, Madrid, 1989, p. 159.

- Cuando el recurso administrativo interpuesto no hubiera recaído en acto administrativo firme.
- Cuando la conducta que determinó la imposición de la sanción administrativa original haya perdido el carácter de infracción administrativa por modificación en el ordenamiento, sin perjuicio de la aplicación de principio de irretroactividad a que se refiere el inciso 5 del artículo comentado.

Artículo 248

Principios de la potestad sancionadora administrativa⁽⁸⁸⁰⁾

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...)

8. **Causalidad.**- *La responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable.*

(...)

(Texto según el artículo 230 de la Ley N° 27444, modificado según el artículo 2 Decreto Legislativo N° 1272)

**CONCORDANCIAS EXTERNAS**

- D.Leg. N° 1311: Ley que modifica el Código Tributario (5ª D.C.F., no aplicación de principios de potestad sancionadora administrativa en la Sunat, Tribunal Fiscal y otras Administraciones Tributarias).
- R. N° 100-2018-CG: Reglamento de infracciones y sanciones para la determinación de la responsabilidad administrativa funcional derivada de los informes emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control (art. 4, principios de la potestad sancionadora por responsabilidad administrativa funcional).

Comentario

Por el principio de causalidad, la sanción debe recaer en el administrado que realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable.

La norma exige el principio de personalidad de las sanciones entendido como, que la asunción de la responsabilidad debe corresponder a quien incurrió en la conducta prohibida por la ley, y por tanto no podrá ser sancionado por hechos cometidos por otros (por ejemplo, la responsabilidad por un subordinado, o imputar responsabilidad a un integrante del cuerpo colectivo que no votó o salvó su voto) o por las denominadas responsabilidades en cascada aplicables a todos quienes participan en un proceso decisional. Por ello, en principio, la Administración Pública no puede hacer responsable a una persona por un hecho ajeno, sino solo por los propios.

Conforme a este principio resultará condición indispensable para la aplicación de cualquier sanción a un administrado que su conducta satisfaga una relación de causa adecuada al efecto, esto es, la configuración del hecho previsto en el tipo como sancionable. Hacer responsable y sancionable a un administrado es algo más que simplemente hacer calzar los hechos en los tipos previamente determinados por la ley, sin ninguna valoración adicional.

(880) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 230 de la Ley N° 27444.

Además, es necesario que la conducta humana sea idónea y tenga la aptitud suficiente para producir la lesión, y no tratarse simplemente de los casos de fuerza mayor, hecho de tercero o la propia conducta del perjudicado. No puede sancionarse a quien no realiza la conducta sancionable, pues en el ámbito administrativo no se sanciona al instigador o colaborador, salvo que esta conducta sea prevista como falta propia. Del mismo modo, la Administración Pública no puede imputar a su arbitrio responsabilidades solidarias o subsidiarias, sino cuando la ley expresamente la ha previsto.

Tratándose de una acción positiva del administrado, resulta más o menos sencillo determinar la existencia de la relación de causalidad entre ambos, pues basta simplemente hacer una reconstrucción mental de los hechos y ponderar si el perjuicio o hecho típico se hubiere producido igualmente con la sola acción del administrado. El supuesto más complejo es la determinación de si una omisión satisface la exigencia de causalidad para hacer aplicable la sanción. Para el efecto, es necesario calificar si la omisión realmente es causal del tipo previsto para la sanción, respondiendo a la pregunta ¿si se hubiese realizado la acción omitida con todas las condiciones relevantes del entorno, no se hubiese realizado el estado de cosas perjudiciales?

En este sentido, este principio conecta con otro bastante debatido en el Derecho Administrativo sancionador: el de culpabilidad del infractor. A falta de norma, en nuestro Derecho ha sido introducido jurisprudencialmente por el Tribunal Constitucional como una exigencia para ejercer legítimamente la potestad sancionadora. En efecto, nuestro Tribunal Constitucional ha establecido que:

“(…) Por lo que hace al primer motivo, es decir, que la sanción se justifique (…) es lícito que el Tribunal se pregunte si es que en un Estado constitucional de derecho es válido que una persona sea sancionada por un acto ilícito cuya realización se imputa a un tercero.

La respuesta no puede ser otra que (…) un límite a la potestad sancionadora del Estado está representado por el principio de culpabilidad. Desde este punto de vista, la sanción, penal o disciplinaria, solo puede sustentarse en la comprobación de responsabilidad subjetiva del agente infractor de un bien jurídico. En ese sentido, no es constitucionalmente aceptable que una persona sea sancionada por un acto o una omisión de un deber jurídico que no le sea imputable”⁽⁸⁸¹⁾.

(881) Ver: STC Exp. N° 2868-2004-AA/TC.

Artículo 248 Principios de la potestad sancionadora administrativa⁽⁸⁸²⁾

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...)

9. **Presunción de licitud.**- *Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario.*

(...)

(Texto según el artículo 230 de la Ley N° 27444, modificado según el artículo 2 Decreto Legislativo N° 1272)

**CONCORDANCIAS EXTERNAS**

- Constitución Política del Perú: Art. 2, inc. 24 e), presunción de inocencia.
- Ley N° 27785: Ley del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República (art. 9, inc. II, principio del control gubernamental, presunción de licitud).
- D.Leg. N° 1311: Ley que modifica el Código Tributario (5ª D.C.F., no aplicación de principios de potestad sancionadora administrativa en la Sunat, Tribunal Fiscal y otras Administraciones Tributarias).
- R. N° 100-2018-CG: Reglamento de infracciones y sanciones para la determinación de la responsabilidad administrativa funcional derivada de los informes emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control (art. 4, principios de la potestad sancionadora por responsabilidad administrativa funcional).

**CONCORDANCIAS INTERNAS**

- T.P. Art. IV, 1.8: Principio de buena fe procedimental.
- Art. 173: Carga de la prueba.
- Art. 174: Actuación probatoria.
- Art. 177: Medios de prueba.
- Art. 180.2: Prohibición de autoincriminación en procedimiento administrativo.
- Art. 255, 4: Instrucción del procedimiento sancionador.

(882) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 230 de la Ley N° 27444.

📖 Comentario

I. EL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y SU PROYECCIÓN EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR⁽⁸⁸³⁾

Como sabemos, el artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos dispone que:

“Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”.

En el ámbito internacional de los derechos fundamentales, la sentencia del Caso *Suárez Rosero vs. Ecuador*, de fecha 12 de noviembre de 1997, la Corte Interamericana destacó que en el derecho a la presunción de inocencia “subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada”. De este principio se deriva “la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva”.

De la jurisprudencia citada, puede concluirse que el derecho a la presunción de inocencia se configura como una regla de tratamiento del imputado y como una regla de juicio. Sobre la extensión de este derecho, conviene tener presente que el Tribunal Europeo ha precisado que: “no se limita a una simple garantía procesal en materia penal. Su alcance es más amplio y exige que ningún representante del Estado o de la autoridad pública declare que una persona es culpable de una infracción antes de que su culpabilidad haya sido establecida [en forma definitiva] por un tribunal” (Caso *Lizaso Azconobieta c. España*, sentencia del 28 de junio de 2011).

Por dicha razón, el Tribunal Europeo ha precisado que la violación del derecho a la presunción de inocencia puede emanar no solo de un juez o de un tribunal sino también de otros agentes del Estado y personalidades públicas (Cfr. Caso *Allenet de Ribemont c. Francia*, sentencia del 10 de febrero de 1995, Caso *Daktaras c. Lituania*, sentencia del 10 de octubre de 2000 y Caso *Lizaso Azconobieta c. España*, sentencia del 28 de junio de 2011).

Como regla de tratamiento del imputado, los incisos 1 y 2 del artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Penal, prescriben que “[t]oda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada” y que “[h]asta

(883) Ver: STC Exp. N° 00156-2012-PHC/TC Lima, César Humberto Tineo Cabrera.

antes de la sentencia firme, ningún funcionario o autoridad pública puede presentar a una persona como culpable o brindar información en tal sentido”.

La violación del derecho a la presunción de inocencia como regla de tratamiento del imputado fue comprobada por la Corte Interamericana en el Caso *Cantoral Benavides vs. Perú*, por cuanto “el señor Cantoral Benavides fue exhibido ante los medios de comunicación, vestido con un traje infamante, como autor del delito de traición a la patria, cuando aún no había sido legalmente procesado ni condenado”.

Lo mismo ha ocurrido en el Caso *Lizaso Azconobieta c. España*, en donde el Tribunal Europeo consideró la violación de este derecho porque “solo tres días después del arresto y detención del demandante en el marco de una operación policial llevada a cabo contra la organización terrorista ETA, el Gobernador civil de Guipúzcoa organizó una rueda de prensa” en la que lo identificó “por su nombre en dos ocasiones” y se refirió al él “sin matices ni reservas, como uno de los miembros de un comando terrorista que habían sido detenidos en una operación policial” aun “cuando la investigación policial no había finalizado en el momento en el que se celebró la rueda de prensa”. Es más, la “rueda de prensa convocada por el gobernador civil tuvo lugar cuando el demandante no había sido aún puesto a disposición del juez para hacer su declaración”, es decir, antes “incluso de la apertura de diligencias penales contra el demandante”. Por dicha razón, se concluyó que “[l]a rueda de prensa así realizada, de una parte, incitaba al público a creer en la culpabilidad del demandante y, de otra, prejuizgaba de la apreciación de los hechos por los jueces competentes”.

Como regla de juicio, la presunción de inocencia impone que para declarar la responsabilidad penal de una persona se “requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales. En caso de duda sobre la responsabilidad penal debe resolverse a favor del imputado” (inc. 1 del art. II del TP del Código Procesal Penal).

Esta perspectiva de la presunción de inocencia determina que no puede trasladarse la carga de la prueba a quien precisamente soporta la imputación, pues eso significaría que lo que se sanciona no es lo que está probado en el proceso o procedimiento, sino lo que el imputado, en este caso, no ha podido probar como descargo en defensa de su inocencia (Cfr. STC Exp. N° 02192-2004-AA/TC).

Por dicha razón, en la STC Exp. N° 08811-2005-PHC/TC el Tribunal Constitucional estableció que el derecho a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 2, inciso 24, literal e) de la Constitución, obliga “al órgano jurisdiccional a realizar una actividad probatoria suficiente que permita desvirtuar el estado de inocente del que goza todo imputado, pues este no puede ser condenado solo sobre la base de simples presunciones”.

II. LA PRESUNCIÓN DE LICITUD, INOCENCIA O DE CORRECCIÓN

Por el principio de presunción de licitud, más conocido como presunción de inocencia, las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario. En lo administrativo también estamos frente una regla de juicio y como una regla de tratamiento.

Conforme a esta presunción de inocencia, de corrección o de licitud, las autoridades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario, y así sea declarada mediante resolución administrativa firme. Dicha presunción cubre al imputado durante el procedimiento sancionador, y se desvanece o confirma gradualmente, a medida que la actividad probatoria se va desarrollando, para finalmente definirse mediante al acto administrativo final del procedimiento. La presunción solo cederá si la entidad puede acopiar evidencia suficiente sobre los hechos y su autoría, tener seguridad que se han producido todos los elementos integrantes del tipo previsto, y un razonamiento lógico suficiente que articule todos estos elementos formando convicción.

Conceptualmente esta presunción significa un estado de certeza provisional por la que el imputado adquiere los siguientes atributos a ser respetados por todos durante el procedimiento:

- i. A no ser sancionado sino en virtud de pruebas que generen convicción sobre la responsabilidad del administrado y siempre que hayan sido obtenidas legítimamente. Un administrado no puede ser sancionado sobre la base de una inferencia, de una sospecha, por falta de apersonamiento o por la no absolucón de los cargos, por más razonable o lógica que pueda ser el planteamiento mental seguido por la autoridad⁽⁸⁸⁴⁾. Adicionalmente, las pruebas de cargo que fundamentan la decisión administrativa deben haber sido obtenidas legítimamente y con las garantías del control y contradicción por parte del administrado, antes de adoptarse la decisión administrativa⁽⁸⁸⁵⁾.

(884) El Tribunal Constitucional ha declarado que: "El derecho de presunción de inocencia garantiza que toda persona no sea sancionada si es que no existe prueba plena que, con certeza, acredite su responsabilidad, administrativa o judicial, de los cargos atribuidos. Evidentemente se lesiona ese derecho a la presunción de inocencia tanto cuando se sanciona, pese a no existir prueba plena sobre la responsabilidad del investigado, como cuando se sanciona por actos u omisiones en los que el investigado no tuvo responsabilidad. Siendo tal la situación en la que se sancionó al recurrente, este Tribunal estima que se ha acreditado la violación del derecho a la presunción de inocencia" (STC Exp. N° 2868-2004-AA/TC).

(885) Sobre la legitimidad de la obtención de las pruebas de cargo y el contradictorio, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado favorablemente en su STC Exp. N° 1058-2004-AA/TC. En tal sentencia el Tribunal Constitucional expresó: "Un tercer aspecto, cuestionable desde todo punto de vista, se relaciona con el modo de proceder de la emplazada al momento de efectuar el acopio de las supuestas pruebas a utilizarse contra el recurrente, y con el modo como le fue permitido ejercer su

- ii. A que no se le imponga la carga de probar su propia inocencia, ya que corresponde la actividad probatoria a la Administración Pública. De un lado, ratifica que en materia sancionadora la carga de la prueba recae en la Administración Pública, por lo que compete a las autoridades identificar, atraer al expediente y actuar la evidencia suficiente que sustente desestimar la presunción, quedando incluso el administrado liberado de actuar aquella prueba que lo pueda autoincriminar⁽⁸⁸⁶⁾. Pero del otro, este principio conlleva a que en el procedimiento sancionador se actúen cuando menos una mínima actividad probatoria sobre los hechos a analizar, no bastando las declaraciones o afirmaciones de los denunciantes o terceros –aún bajo presunción de veracidad– para desvirtuar la presunción de corrección, ni los descargos del imputado⁽⁸⁸⁷⁾. En ese sentido, es correcto lo afirmado por el

derecho de defensa. Sobre el particular, este colegiado enfatiza que aunque la empresa demandada alega la comisión de falta grave en los términos anteriormente descritos, ni la carta de imputación de cargos ni la de despido precisan como es que se arribó a una conclusión incriminatoria de tal naturaleza, ni los hechos objetivos (pruebas concretas) en que ella se respalda. Tal hecho, ya de por sí cuestionable, evidentemente ha impedido que el recurrente pueda acceder en condiciones razonables a elementos de juicio que le permitan un adecuado ejercicio de su derecho a la defensa (...). 10) Especialmente grave ha sido, por el contrario, que los consabidos elementos supuestamente probatorios hayan sido recién puestos en conocimiento del demandante con la contestación de la presente demanda, en la que, por otra parte, también se da cuenta, por vez primera, del procedimiento seguido para su obtención. Sobre tal extremo, es evidente que si la supuesta prueba objetiva en que se basó Serpost, residía en la constatación notarial (acta extraprotocolar), de fecha 10 de junio de 2002, obrante de fojas 88 a 89 de autos, y en las copias de los correos, acompañadas de fojas 90 a 101, lo mínimo que debió hacerse fue ponerlas en conocimiento oportuno del demandante a efectos de acreditar la veracidad de las imputaciones realizadas y, como ya se adelantó, de otorgar la posibilidad de que el mismo pudiera contraponer los argumentos que a su derecho de defensa correspondían. La demandada, lejos de proceder del modo descrito, le ocultó al demandante tales elementos, pese a que los mismos fueron obtenidos tres días antes de proceder a remitir la carta de imputación de cargos (...).

22) La demandada, por otra parte, tampoco ha tenido en cuenta que la forma como ha obtenido los elementos presuntamente incriminatorios, no solo ha vulnerado la reserva de las comunicaciones y la garantía de judicialidad, sino que ha convertido en inválidos dichos elementos. En efecto, conforme lo establece la última parte del artículo 2, inciso 10), de la Constitución, los documentos privados obtenidos con violación de los preceptos anteriormente señalados, no tienen efecto legal. Ello, de momento, supone que por la forma como se han recabado los mensajes que han sido utilizados en el cuestionado proceso administrativo, su valor probatorio carece de todo efecto jurídico, siendo, por tanto, nulo el acto de despido en el que dicho proceso ha culminado. Se trata, pues, en el fondo, de garantizar que los medios de prueba ilícitamente obtenidos no permitan desnaturalizar los derechos de la persona ni, mucho menos, y como es evidente, que generen efectos en su perjuicio. En la STC Exp. N° 3315-2004-AA/TC el Tribunal Constitucional reiteró la necesidad del contradictorio para que la Administración valore las pruebas de cargo aportados al expediente, en este caso, por los denunciantes.

(886) Por esta regla es que no puede considerarse como falta el hecho que el administrado no brinde información que signifique autoinculpación.

(887) En la STC Exp. N° 0201-2004-AA/TC el Tribunal Constitucional estableció al respecto lo siguiente: "(...) precepto no puede ni debe entenderse como que las pruebas susceptibles de actuación dentro de un procedimiento administrativo disciplinario solo deben limitarse a las que expresamente se ofrecen por las partes, pues no solo es potestad, sino hasta obligación de la Comisión,

Tribunal Constitucional respecto a que: “Toda sanción, ya sea penal o administrativa, debe fundarse en una mínima actividad probatoria de cargo, es decir, la carga de la prueba corresponde al que acusa; este debe probar el hecho por el que acusa a una determinada persona, proscribiéndose sanciones que se basen en presunciones de culpabilidad. Así, la presunción de inocencia (Const., art. 2, inc. 24. lit. e) constituye un límite al ejercicio de la potestad sancionadora del Estado, en sus diversas manifestaciones”⁽⁸⁸⁸⁾.

- iii. A un tratamiento como inocente a lo largo del procedimiento sancionador, por lo que a los imputados deben ser respetados en todos sus derechos subjetivos, como son al honor, la buena reputación, la dignidad, etc. En tanto la resolución no se dicte y alcance firmeza, la presunción aplica y protege al administrado, por lo que el comportamiento de la autoridad, sus actuaciones, e incluso la de los terceros (por ejemplo, denunciantes) debe considerar que la persona no puede ser señalada como culpable ni como imputado procesado. Aun el imputado debe poseer la garantía de ser reconocido en su dignidad por la colectividad. Por ello, quedan delimitadas las posibilidades de dictar medidas cautelares en contra del administrado, o publicitar innecesariamente la apertura del procedimiento sancionador y a cualquier acción que importe una apariencia de condena previa al administrado.
- iv. A la absolución en caso de insuficiencia probatoria o duda razonable sobre su culpabilidad (si la evidencia actuada en el procedimiento administrativo sancionador no llega a formar convicción de la ilicitud del acto y de la culpabilidad del administrado, se impone el mandato de absolución implícito que esta presunción conlleva *–in dubio pro reo–*. En todos los casos de inexistencia de prueba necesaria para destruir la presunción de inocencia, incluyendo la duda razonable, obliga a la absolución del administrado).

el actuar de oficio determinadas pruebas o diligencias, cuando el caso así lo requiera, criterio que, por otra parte y además de ser perfectamente lógico en casos como el presente –donde resulta bastante difícil acreditar los hechos investigados–, resulta perfectamente compatible con el ejercicio de un adecuado y esencial derecho de defensa. De otro modo, el procedimiento administrativo disciplinario solo se convertiría en un ritualismo puramente formal de descargos, alejado por completo de la vigencia del debido proceso que este Tribunal se ha preocupado por destacar y promover en reiterada jurisprudencia”.

(888) Ver: STC Exp. N° 238-2002-AA/TC.

Artículo 248 Principios de la potestad sancionadora administrativa⁽⁸⁸⁹⁾

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...)

10. Culpabilidad. - *La responsabilidad administrativa es subjetiva, salvo los casos en que por ley o decreto legislativo se disponga la responsabilidad administrativa objetiva.*

(...)

(Texto según el artículo 230 de la Ley N° 27444, modificado según el artículo 2 Decreto Legislativo N° 1272)

**CONCORDANCIAS EXTERNAS**

- D.Leg. N° 1311: Ley que modifica el Código Tributario (5° D.C.F., no aplicación de principios de potestad sancionadora administrativa en la Sunat, Tribunal Fiscal y otras Administraciones Tributarias).
- R. N° 100-2018-CG: Reglamento de infracciones y sanciones para la determinación de la responsabilidad administrativa funcional derivada de los informes emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control (art. 4, principios de la potestad sancionadora por responsabilidad administrativa funcional).

**CONCORDANCIAS INTERNAS**

- Art. 14.3: Subsistencia de responsabilidad administrativa de quien emite el acto viciado.
- Art. 44.8: Responsabilidad administrativa del funcionario.
- Art. 100.2: Responsabilidad administrativa, civil o penal contra autoridad que no se hubiese abstenido de intervenir.
- Art. 264.2: Procedimientos de responsabilidad penal o civil no afectan responsabilidad administrativa.

 Comentario**I. EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR**

Aparentemente una de las innovaciones más relevantes de la reforma del Decreto Legislativo N° 1272 fue la incorporación de la culpabilidad como principio del Derecho Administrativo sancionador. Sinceramente, lo que ha hecho la norma ha sido positivizar este principio, pero ya existía en reiterada y uniforme jurisprudencia del Tribunal Constitucional en asuntos administrativos en los que afirmaba “que los principios de culpabilidad, legalidad, tipicidad, entre otros,

(889) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 230 de la Ley N° 27444.

constituyen principios básicos del derecho sancionador, que no solo se aplican en el ámbito del Derecho Penal, sino también en el del Derecho Administrativo sancionador”⁽⁸⁹⁰⁾, y, además, que: “Afirmar lo contrario sería negar que un límite a la potestad sancionatoria del Estado está representado por el principio de culpabilidad. Desde este punto de vista, la sanción, penal o disciplinaria, solo puede sustentarse en la comprobación de responsabilidad subjetiva del agente infractor de un bien jurídico. En ese sentido, no es constitucionalmente aceptable que una persona sea sancionada por un acto o una omisión de un deber jurídico que no le sea imputable”.

Con mayor profundidad y vinculado directamente al Derecho Administrativo sancionador, en la STC Exp. N° 01873-2009-PA/TC refiere, en su fundamento 12, que:

“No obstante la existencia de estas diferencias [entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador], existen puntos en común, pero tal vez el más importante sea el de que los principios generales del derecho penal son de recibo, con ciertos matices, en el Derecho Administrativo sancionador. Sin agotar el tema, conviene tener en cuenta cuando menos algunos de los que son de recibo, protección y tutela en sede administrativa:

(...)

c. Principio de culpabilidad, que establece que la acción sancionable debe ser imputada a título de dolo o culpa, lo que importa la prohibición de la responsabilidad objetiva; esto es, que solo se puede imponer una sanción si es que la conducta prohibida y su consecuencia están previstas legalmente.

(...)”

Respecto a esta innovación, la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1272, expresa que: “Como seguramente podrá recordarse, con la dación de la LPAG, así como con la aprobación del Decreto Legislativo N° 1029, volvió a plantearse la posibilidad de considerar la existencia de una responsabilidad subjetiva o de una objetiva en materia sancionadora en nuestro país, involucrando, de esta manera, al principio de culpabilidad.

Frente a este tema, de suyo polémico, se ha optado hoy por reconocerle una entidad propia al principio de culpabilidad independientemente del ámbito penal. En base a las diferencias conceptuales y dificultades prácticas para materializar una posición alternativa, se pasa a un reconocimiento del concepto de culpabilidad,

(890) Véase, por ejemplo, las sentencias recaídas en los Exps. N°s. 01287-2010-PA/TC, 2050-2002-AA/TC, 2192-2004-AA/TC, 0010-2010-AI/TC, 01873-2009-PA/TC y 2868-2004-AA/TC.

como uno a tomar en cuenta dentro de un prisma en el cual, a diferencia de lo que muchos desprendían del texto original de la LPAG, la comprensión de que la responsabilidad, en estos procedimientos, únicamente será objetiva cuando una ley o un decreto legislativo de manera expresa (y no implícitamente) así lo establezca”.

El término culpabilidad es utilizado para referirse indistintamente a diversos conceptos dentro del Derecho Administrativo sancionador. El recogido por nuestra legislación administrativa (el referido a la responsabilidad subjetiva) es solo uno de estos.

La culpabilidad puede ser utilizada como sinónimo de otros términos. Se utiliza, por ejemplo, a partir de la influencia del Derecho Penal, como sinónimo de reprochabilidad, es decir, como un juicio de reproche frente a un accionar del sujeto. Así, siguiendo dicha concepción, como afirma PALMA DE TESO, la culpabilidad está referida a reprochar al sujeto por una acción desaprobada éticamente: no adecuar a la norma su accionar a pesar haber podido hacerlo⁽⁸⁹¹⁾. Asimismo, el concepto de culpabilidad ha sido equiparado al concepto de responsabilidad, entendido como la carga del administrado en respuesta a la comisión de una infracción. Por otro lado, se suele utilizar el término culpabilidad como sinónimo de voluntariedad o imputabilidad del sujeto, los cuales son en realidad elementos de la culpabilidad⁽⁸⁹²⁾.

Asimismo, la culpabilidad puede ser utilizada como una categoría dogmática⁽⁸⁹³⁾ vinculada a la figura de la infracción o de la sanción. Así, puede ser entendida como elemento integrante de la infracción. Partiendo del concepto del Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador como dos manifestaciones del *ius puniendi* del Estado, aceptado por la doctrina e inclusive por nuestro Tribunal Constitucional como veremos más adelante; y, por ende, la similar naturaleza entre ambos, se requiere de los elementos característicos del delito para poder hablar de la existencia de la infracción administrativa; esto es, la infracción tiene que ser siempre una acción típica, antijurídica y culpable⁽⁸⁹⁴⁾. En ese sentido, una vez corroborada la comisión de la acción típica y que esta sea además contraria a Derecho, es decir, que no existan causales de no antijuricidad, se debe efectuar el juicio o análisis de la culpabilidad, etapa en la cual se analiza la posibilidad de imputación al autor de la infracción, o sea si por las condiciones individuales del infractor y de la circunstancias de la comisión, este se encuentra en una situación jurídico-personal que soporte la atribución de la infracción.

(891) DE PALMA DEL TESO, Ángeles. *El principio de culpabilidad en el Derecho Administrativo sancionador*. Tecnos, Madrid, 1996, p. 41.

(892) GALLARDO CASTILLO, María Jesús. *Los principios de la potestad sancionadora. Teoría y práctica*. Instel, Madrid, 2008, p. 155.

(893) *Ibidem*, p. 156.

(894) GÓMEZ TOMILLO, Manuel y SANZ RUBIALES, Iñigo. *Derecho Administrativo sancionador. Parte General. Teoría general y práctica del Derecho Penal Administrativo*. 2ª edición, Thomson Reuters, Pamplona, 2010, p. 287.

Por otra parte, la culpabilidad como categoría jurídica puede ser entendida como requisito para la aplicación de la sanción; esto es, una condición para aplicar el castigo al infractor.

En todo caso, la culpabilidad en su acepción de categoría jurídica, incluye los elementos de capacidad de imputación, conocimiento de antijuridicidad y la exigibilidad de la conducta conforme a Derecho⁽⁸⁹⁵⁾, siendo en este nivel donde se evalúan las causales de exclusión de culpabilidad, conocidos como eximentes de responsabilidad.

Por último, la culpabilidad como principio atañe a un límite del *ius puniendi* estatal. Cuando la Administración Pública ejerce su potestad sancionadora tiene como finalidad aplicar un mal jurídico que genere un perjuicio en el administrado por la comisión de una infracción, debiendo existir una justificación para su aplicación.

De acuerdo a la concepción dominante, el principio de culpabilidad garantiza que la sanción sea aplicada solo si se acredita en el procedimiento sancionador que el sujeto ha actuado de manera dolosa o negligente en la comisión del hecho infractor y no únicamente por la conducta o el efecto dañoso se ha producido. En tal sentido, en virtud de este principio, que engloba otras categorías en su interior, no basta con el resultado material producido por la acción sino que requiere tener en cuenta las circunstancias subjetivas del autor⁽⁸⁹⁶⁾.

De este modo, el principio de culpabilidad tiene como finalidad establecer un límite al *ius puniendi* basándose en los principios de seguridad jurídica y de dignidad humana, al imponer una sanción a quien actuó bajo los parámetros y elementos requeridos para responder por esta comisión.

En palabras de los profesores GÓMEZ TOMILLO y SANZ RUBIALES, la doctrina coincide en que en el juicio de culpabilidad se individualiza la responsabilidad del infractor, es decir, se consideran los factores individuales de la infracción y, por otra parte, se sostiene que la culpabilidad constituye un juicio complejo y material. En cuanto a lo primero, es en la culpabilidad donde se consideran los factores individuales de la responsabilidad del infractor, lo que implica que se atiende en ese momento a la desigualdad de los sujetos entre sí. En cuanto a lo segundo, la culpabilidad es un juicio complejo en cuanto atiende al dato de que la imputación subjetiva es una situación fáctica, que implica la consideración de factores individuales, voluntarios, caracterológicos y sociales dados en la experiencia, en lo que se apoya e incide ulteriormente la valoración jurídica. De este modo, en primer lugar, se comprueba la imputabilidad o capacidad de culpabilidad del sujeto, lo cual es equivalente a la ausencia de causas de inimputabilidad. Asimismo, debe estar presente la conciencia real o

(895) GALLARDO CASTILLO, María Jesús. Ob. cit., p. 156.

(896) HUERGO LORGA, Alejandro. *Las sanciones administrativa*. Iustel, Madrid, 2007, p. 387.

potencial de la antijuricidad, de manera que esta no existe cuando hay un error invencible de prohibición. Por último, no deben concurrir causas de exclusión de la culpabilidad⁽⁸⁹⁷⁾.

II. LAS CARACTERÍSTICAS JURÍDICAS DE LA CULPABILIDAD ADMINISTRATIVA

Quizá el aspecto más importante de este principio, por no decir el esencial, sea la exigencia de responsabilidad o imputabilidad subjetiva, tanto así que el TUO de la LPAG solo hace referencia a esta en su definición. Sin embargo, el mismo no se agota solo en esta exigencia sino que irradia en diversos aspectos, inclusive en el juicio de culpabilidad como categoría dogmática. Así, tenemos:

- El principio de culpabilidad exige no hacer responsable a un sujeto por hechos ajenos atribuibles a terceros. Esto último es conocido como el principio de personalidad (o causalidad en nuestra normativa) de las sanciones administrativas. Al amparo de esto, se individualiza la imputación y posteriormente la sanción, siendo que la misma recaiga sobre quien ha cometido la infracción⁽⁸⁹⁸⁾.
- El principio de culpabilidad implica la prohibición de punición a comportamientos no materiales. Conocido como el principio de responsabilidad por el hecho, implica que no puede sancionarse ningún daño que no sea producido como efecto de una acción u omisión⁽⁸⁹⁹⁾. En tal sentido, se requiere de una exteriorización por parte del sujeto y no de actitudes internas o de comportamientos no dañosos, es decir, una producción material del sujeto que justifique la aplicación de la sanción.
- Este principio también irradia en el examen o juicio que se hace a la capacidad de imputación del sujeto, en el cual se analizan las condiciones psíquicas o individuales que permitan la aplicación de una sanción. Este aspecto es conocido como principio de culpabilidad en sentido estricto⁽⁹⁰⁰⁾, y en nuestra LPAG está vinculado a los eximientes de responsabilidad.
- Finalmente, el principio de culpabilidad exige que la acción u omisión sea atribuible al sujeto infractor a título de dolo o culpa, esto es, la necesidad de establecer la responsabilidad subjetiva del autor. Esta característica es recogida por la LPAG indicando que, en principio, la responsabilidad administrativa es subjetiva.

(897) *Ibidem*, pp. 458-459.

(898) Referencia en la Ley sobre esta exigencia la encontramos en el concepto del principio de causalidad.

(899) GÓMEZ TOMILLO, Manuel y SANZ RUBIALES, Iñigo. *Ob. cit.*, p. 372.

(900) *Ibidem*, p. 374.

En síntesis, a partir de la responsabilidad subjetiva se requiere, además de la comisión de la infracción y de la producción objetiva del resultado, que la acción haya sido cometida con la presencia de un elemento subjetivo: se haya querido o deseado cometer la infracción, o se haya cometido la infracción a partir de un actuar imprudente. Como se puede observar este principio proviene del precepto del Derecho Penal, aceptado uniformemente, de proscripción de la responsabilidad objetiva, de modo que el solo hecho de cometer la conducta infractora no hace merecedor al sujeto de una sanción, sino que se requiere la presencia de dolo o culpa como elemento configurador de la infracción.

En relación a este punto, corresponde señalar que, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho Penal, en el Derecho Administrativo sancionador la gran mayoría de infracciones se cometen de manera culposa o negligente; el dolo se presenta en menor medida en este ámbito. La explicación de esta distinción radica en entender que los delitos, por lo general, requieren de una lesión concreta a un bien jurídico (por ejemplo: homicidio, violación, estafa, etc.), mientras que algunas infracciones administrativas requieren de un puesta en peligro de bienes jurídicos que por lo general se hace de manera imprudente (las infracciones medioambientales o provenientes de los servicios públicos). Asimismo, en su mayoría, en las tipificaciones administrativas no encontramos que se distinga, como sí se hace en el Derecho Penal, la comisión por dolo o por culpa en las infracciones.

Es por ello que, cuando se identifica la intencionalidad (el dolo) en el actuar del sujeto infractor se considera este elemento también como un factor de graduación de la sanción a aplicar, conforme lo establece el artículo 248 inciso 3 del TUO de la LPAG, porque se entiende que con la presencia del dolo como elemento subjetivo en el actuar se agrava la comisión de la infracción y por ende amerita una sanción mayor.

Sobre la culpa corresponde indicar que el actuar imprudente implica la inobservancia de un deber legal exigible al sujeto. Este debe adecuar su comportamiento a lo prescrito por la norma; al no observar los parámetros normativos establecidos y, por ende realizar la conducta tipificada, corresponde imputársele la comisión por un actuar imprudente, negligente, imperito, o descuidado. Como se observa no existe una voluntad de trasgresión de la norma, sino una desatención de esta que conllevo a la comisión de una infracción.

Sobre los niveles de culpa, es esclarecedora la explicación que nos detalla DE PALMA⁽⁹⁰¹⁾:

“La culpa o imprudencia puede ser de distinto grado, teniendo en cuenta la gravedad de la infracción de la norma de cuidado que el

(901) DE PALMA DEL TESO, Ángeles. “La culpabilidad”. En: *Justicia Administrativa*. Edición extraordinaria, 2001, p. 36.

ordenamiento impone (...). La **imprudencia temeraria** es la modalidad más grave, supone la vulneración de la norma de cuidado que respetaría la persona menos diligente, la inobservancia del cuidado y diligencia que se exige al menos cuidadoso o diligente; el baremo utilizado es la persona menos diligente. La **imprudencia simple** supone la vulneración de las normas de cuidado que respetaría una persona diligente, la inobservancia del cuidado y atención con que cualquier persona ha de proceder; el baremo utilizado es la persona diligente. La modalidad menos grave es la denominada **culpa levísima**, (...) supone la vulneración de la norma de cuidado que respetaría la persona más diligente, la persona más cuidadosa”.

Al respecto, el grado o nivel exigible de culpa, y por ende la posibilidad de poder imputar la comisión de una infracción, dependerá del caso concreto; se requerirá mayor diligencia en determinadas actividades que suponen un mayor deber de cuidado (sector farmacéutico, alimenticio, salud, etc.) o cuando se trate de actividades realizadas al amparo de un título habilitante de la Administración Pública que suponen una mayor diligencia en el actuar (concesiones mineras).

III. LA CULPABILIDAD EN LAS PERSONAS JURÍDICAS

Si el dolo y la culpa son manifestaciones volitivas del accionar del sujeto infractor puede resultar difícil hablar de estas características como elementos integrantes de la culpabilidad en personas jurídicas.

Para esta problemática, la doctrina presenta la solución de particularizar la culpabilidad de las personas jurídicas a partir de la capacidad con las que cuentan estos entes para poder incurrir en infracciones y, por ende, responder por las sanciones.

Así, las personas jurídicas responderán por su capacidad de cometer infracciones partiendo de la culpabilidad por defectos de organización⁽⁹⁰²⁾. Aquí, la falta de cuidado se evidencia por no haber tomado las medidas necesarias para el correcto desarrollo de sus actividades de conformidad con la normativa, las que hubiesen evitado la producción de infracciones. Al no adoptarlas, nos encontramos en el supuesto de déficit organizacional que acarrea la comisión de la infracción y, por ende, la imposición de una sanción. Es así que se puede hablar de culpabilidad de las personas jurídicas. En la misma línea, si es que la persona jurídica acredita la correcta organización de cara a evitar cometer las infracciones, de acuerdo a la doctrina, se puede hablar de exclusión de responsabilidad⁽⁹⁰³⁾, salvo los regímenes especiales, como el ambiental, que establece responsabilidad objetiva.

(902) GÓMEZ TOMILLO, Manuel y SANZ RUBIALES, Iñigo. Ob. cit., p. 523

(903) *Ibidem*, p. 525.

IV. RESPONSABILIDAD OBJETIVA DISPUESTA POR LEY O DECRETO LEGISLATIVO

El TUO de la LPAG establece que se prescindirá del factor subjetivo en la responsabilidad si es que por ley o decreto legislativo se dispone la responsabilidad administrativa objetiva por la comisión de infracciones. Con ello, se entiende no solo que las leyes futuras pueden diseñar responsabilidades objetivas en procedimientos sancionadores sectoriales, sino que las normas anteriores que así lo establecían, mantienen vigencia.

La responsabilidad objetiva es aquella que no requiere el análisis de algún factor subjetivo del sujeto infractor. Esto quiere decir que se prescinde de referencia alguna de los elementos de intencionalidad o imprudencia; basta, simplemente, con la producción de la conducta calificada como infractora para la imposición de la sanción.

En este contexto, resulta imprescindible verificar materialmente la comisión de la infracción, siendo irrelevante el estudio de la voluntad o de la imprudencia en el actuar, de manera que, de demostrarse la causalidad entre el hecho infractor y el sujeto, corresponde la imposición de una sanción.

Este tipo de responsabilidad ya ha sido reconocida en determinados sectores, a través de normas con rango de ley. Así sucede en el sector medio ambiente⁽⁹⁰⁴⁾, en el que se establece que el riesgo producido por el desarrollo de actividades peligrosas deber ser asumido por quien lo ocasionó, no siendo trasladable a la sociedad, la cual asumiría en parte el costo del mismo al tener que demostrar la presencia de los elementos de dolo o culpa, de ser aplicable la responsabilidad subjetiva, en una actividad bajo control del causante del daño.

Por último, al establecerse la exigencia de la expresa habilitación por norma con rango de ley para la aplicación de la responsabilidad objetiva, esta se convierte en una figura excepcional, siendo la regla en materia sancionadora la responsabilidad subjetiva.

(904) Ley General del Ambiente, Ley N° 28611.

Artículo 144.- De la responsabilidad objetiva

La responsabilidad derivada del uso o aprovechamiento de un bien ambientalmente riesgoso o peligroso, o del ejercicio de una actividad ambientalmente riesgosa o peligrosa, es objetiva. Esta responsabilidad obliga a reparar los daños ocasionados por el bien o actividad riesgosa, lo que conlleva a asumir los costos contemplados en el artículo 142 precedente; y los que correspondan a una justa y equitativa indemnización; los de la recuperación del ambiente afectado, así como los de la ejecución de las medidas necesarias para mitigar los efectos del daño y evitar que este se vuelva a producir.

Artículo 248

Principios de la potestad sancionadora administrativa⁽⁹⁰⁵⁾

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...)

11. *Non bis in idem.* - *No se podrán imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento.*

Dicha prohibición se extiende también a las sanciones administrativas, salvo la concurrencia del supuesto de continuación de infracciones a que se refiere el inciso 7.

(Texto según el artículo 230 de la Ley N° 27444, modificado según el artículo 2 Decreto Legislativo N° 1272)

**CONCORDANCIAS EXTERNAS**

- Acuerdo Plenario N° 1-2007/ESV.22 (contenido y elementos del *non bis in idem* material. Relaciones entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador).
- Acuerdo Plenario N° 1/2015-TCE (aplicación del principio de *non bis in idem* ante la denuncia por la presentación de documentación falsa y/o información inexacta en los trámites efectuados ante el Registro Nacional de Proveedores).
- D.Leg. N° 1311: Ley que modifica el Código Tributario (5ª D.C.F., no aplicación de principios de potestad sancionadora administrativa en la Sunat, Tribunal Fiscal y otras Administraciones Tributarias).
- R. N° 100-2018-CG: Reglamento de infracciones y sanciones para la determinación de la responsabilidad administrativa funcional derivada de los informes emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control (art. 4 Principios de la potestad sancionadora por responsabilidad administrativa funcional).

**CONCORDANCIAS INTERNAS**

- Art. 248.7: Principio de continuación de infracciones de la potestad sancionadora administrativa.
- Art. 264: Autonomía de responsabilidades.

(905) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 230 de la Ley N° 27444.

I. EL PRINCIPIO DE *NON BIS IN ÍDEM*

Nuestro Tribunal Constitucional ha señalado el desarrollo constitucional de este principio en diversas sentencias coincidentes a partir de diversos instrumentos internacionales⁽⁹⁰⁶⁾.

Partiendo del artículo 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, encontramos el *non bis in ídem* cuando afirma que: “El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”. Así, implica una garantía de prohibición de doble enjuiciamiento penal por los mismos hechos que también se encuentra reconocida en el artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo texto dispone: “Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por [el mismo hecho] por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”.

Así, el Tribunal Constitucional ha señalado que para la Corte Interamericana de Derechos Humanos este “principio busca proteger los derechos de los individuos que han sido procesados por determinados hechos para que no vuelvan a ser enjuiciados por los mismos hechos” (Caso *Loayza Tamayo vs. Perú*, sentencia del 17 de setiembre de 1997). Este principio en su dimensión material o sustantiva prohíbe que nadie pueda ser condenado de nuevo por hechos ilícitos por los cuales ya ha sido absuelto o condenado por una sentencia firme. Y en su dimensión formal o procesal veda que nadie pueda ser juzgado de nuevo por hechos ilícitos por los cuales ya ha sido absuelto o condenado por una sentencia firme (Cfr. STC Exp. N° 02050-2002-AA/TC).

En materia penal, este principio se vulnera cuando en la doble sanción o en el doble juzgamiento se aprecia que concurre copulativamente la triple identidad de sujeto activo, de hecho (misma conducta: acciones u omisiones) y de fundamento (mismo contenido del ilícito penal o calificación legal). Sobre la identidad de fundamento resulta importante precisar que este principio no se vulnera en los supuestos de concurso de delitos, pues si bien en estos casos puede haber una identidad de sujeto y de hecho, el fundamento de la incriminación es diferente, en la medida en que el mismo hecho lesiona una pluralidad de bienes jurídicos tutelados por diferentes tipos penales.

En sentido similar, el Tribunal Europeo ha precisado que no se vulnera el mencionado principio cuando se juzga a una misma persona por delitos distintos, a pesar de que sean los mismos hechos (Caso *Oliveira c. Suiza*, sentencia del 30 de julio de 1998). En este supuesto, se acepta que la misma conducta puede

(906) Ver: STC Exp. N° 00156-2012-PHC/TC, Lima, César Humberto Tineo Cabrera.

generar diversos delitos susceptibles de ser sancionados de forma independiente sin vulnerar el principio *non bis in ídem* o *ne bis in ídem*.

II. EL *NON BIS IN ÍDEM* EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

El principio *non bis in ídem* constituye la garantía en favor del administrado que por un mismo hecho no podrá ser sancionado dos veces (dimensión material), ni podrá ser objeto de dos procesos distintos (dimensión procesal), operando como un límite a la acción persecutoria y sancionadora propia del Estado de modo que tenga una sola oportunidad para ejercer su *ius puniendi*. Proscribe la duplicidad sucesiva o simultánea de imputaciones, procesamientos y sanciones para todo el Estado integralmente considerado, comprendido tres escenarios posibles:

- Acumulación de procesos en la entidad estatal que ya procesó al infractor. Por ejemplo, si una entidad pública pretendiera reabrir un proceso y aplicar una segunda sanción por considerar que la primera —ya firme— fue muy benigna. En este caso, no se incluye el caso en que el primer procedimiento o sanción haya sido anulado legítimamente por algún vicio grave que afecte su resolución.
- Acumulación de procesos en cualquiera de las entidades de la Administración Pública en general. Por ejemplo, si frente a un caso de contaminación ambiental pretendieran sancionar al administrado una entidad de nivel nacional y otra local.
- Acumulación de procesos entre la Administración Pública y la jurisdicción penal. Por ejemplo, si un mismo ilícito pretendiera ser objeto de un procedimiento sancionador administrativo y de un proceso penal.

Como se evidencia, este principio se conecta directamente con los principios de legalidad y proporcionalidad, ya que la búsqueda de seguridad lograda por medio de la exigencia de una ley previa y cierta para sancionar, devendría inútil si esa conducta pudiese ser objeto de una nueva sanción.

Como hemos mencionado, el principio consagrado por este artículo tiene dos vertientes de garantía, según excluya un segundo procedimiento (dimensión procesal) o una segunda sanción (dimensión sustantiva). En su aspecto material, el principio excluye que recaigan dos sanciones sobre el mismo sujeto por una misma infracción, mientras que en su aspecto formal o procesal, el principio excluye que si alguien ya fue sometido a un proceso para aplicar una sanción —independientemente del resultado a que haya arribado la entidad— pueda volver a ser procesado por la misma conducta en un nuevo procedimiento.

A las dos vertientes del principio se ha referido nuestro Tribunal Constitucional⁽⁹⁰⁷⁾ cuando afirma que:

“El *principio non bis in ídem* tiene una doble configuración: por un lado, una versión sustantiva y, por otro, una connotación procesal:

a. En su formulación material, el enunciado según el cual, ‘nadie puede ser castigado dos veces por un mismo hecho’, expresa la imposibilidad de que recaigan dos sanciones sobre el mismo sujeto por una misma infracción, puesto que tal proceder constituiría un exceso del poder sancionador, contrario a las garantías propias del Estado de derecho. Su aplicación, pues, impide que una persona sea sancionada o castigada dos (o más veces) por una misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento (...).

b. En su vertiente procesal, tal principio significa que ‘nadie pueda ser juzgado dos veces por los mismos hechos’, es decir, que un mismo hecho no pueda ser objeto de dos procesos distintos o, si se quiere, que se inicien dos procesos con el mismo objeto. Con ello se impide, por un lado, la dualidad de procedimientos (por ejemplo, uno de orden administrativo y otro de orden penal) y, por otro, el inicio de un nuevo proceso en cada uno de esos órdenes jurídicos (dos procesos administrativos con el mismo objeto, por ejemplo)”.

La garantía protege a los ciudadanos tanto de las arbitrariedades en que las autoridades puedan incurrir como de los defectos normativos que no regulan claramente las competencias administrativas, de modo que toleran la concurrencia de competencias sancionadoras para los mismos temas. Si bien es deseable que las competencias administrativas para aplicar sanciones estén perfectamente determinadas, de modo que para cada infracción solo asuma competencia una entidad, y que esta lo ejerza una sola vez, la existencia de este principio reconoce la existencia de una realidad contraria. Existen competencias concurrentes y hasta difusas en diversas entidades administrativas, por competencia material y territorial, que hacen necesario admitir la existencia más que probable de varias entidades pretendiendo ejercer capacidad sancionadora ante ilícitos administrativos.

III. LA TRIPLE IDENTIDAD DE PRESUPUESTOS PARA LA EXCLUSIÓN DE LA SEGUNDA SANCIÓN

La propia norma nos expresa que para la exclusión de la segunda pretensión punitiva del Estado (plasmada en un procedimiento o sanción concurrente o sucesiva) tiene que acreditarse que entre ella y la primera deba apreciarse una triple identidad de “sujeto, hecho y fundamento”, dado que si no apareciera

(907) Ver: STC Exp. N° 2050-2002-AA/TC, reiterado en la STC Exp. N° 2868-2004/TC.

alguno de estos elementos comunes, sí sería posible jurídicamente la acumulación de acciones persecutorias en contra del administrado.

Por ello, en todos los casos, los presupuestos de operatividad para la exclusión de la segunda pretensión sancionadora son tres:

- La identidad subjetiva o de persona (*eadem personae*) consistente en que ambas pretensiones punitivas sean ejercidas contra el mismo administrado, independientemente de cómo cada una de ellas valore su grado de participación o forma de culpabilidad imputable. No se refiere a la identidad de agraviado o sujeto pasivo. Es discutible dado que en el procedimiento administrativo, si pueden ser comprendidas las personas jurídicas, surge la pregunta si encontramos identidad si por un lado se procesa o sanciona a la persona jurídica y en el segundo proceso se entiende contra una persona natural vinculada societaria o por representación a la persona jurídica. En nuestra opinión, no existe vulneración al *ne bis in idem* por cuanto ambas personas (la jurídica y la natural) son sujetos de derecho distintos y entonces tales procesos no se dirigen contra el mismo sujeto.
- La identidad de hecho u objetiva (*eadem rea*) consiste en que el hecho o conducta incurridas por el administrado deba ser la misma en ambas pretensiones punitivas, sin importar la calificación jurídica que las normas les asignen o el presupuesto de hecho que la normas contengan. No es relevante el *nomen juris* o como el legislador haya denominado a la infracción o título de imputación que se le denomine, sino la perspectiva fáctica de los hechos u omisiones realizados.
- Finalmente, la identidad causal o de fundamento (*eadem causa petendi*) consiste en la identidad en ambas incriminaciones, esto es, que exista superposición exacta entre los bienes jurídicos protegidos y los intereses tutelados por las distintas normas sancionadoras, de suerte tal que si los bienes jurídicos que se persigue resultan ser heterogéneos existirá diversidad de fundamento, mientras que si son iguales, no procederá la doble punición. Como bien estableció el Tribunal Constitucional español: “para que la dualidad de sanciones por un mismo hecho –penal y administrativa– sea constitucionalmente admisible es necesario que la normativa que la impone pueda justificarse porque contempla los mismos hechos desde la perspectiva de un interés jurídicamente protegido que no es el mismo que aquel que la primera sanción –de orden penal– intenta salvaguardar o, si se quiere, desde la perspectiva de la relación jurídica diferente entre sancionador y sancionado”⁽⁹⁰⁸⁾.

(908) Ver: STC Exp. N° 234/1991 del 10 de diciembre.

En esa misma línea, nuestro Tribunal Constitucional ha establecido que:

“De ahí que se considerase que el elemento consistente en la igualdad de fundamento es la clave que define el sentido del principio: no cabe la doble sanción del mismo sujeto por un mismo hecho cuando la punición se fundamenta en un mismo contenido injusto, esto es, en la lesión de un mismo bien jurídico o un mismo interés protegido.

Para que el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Policial pueda considerarse contraria a dicho derecho fundamental, en su dimensión material [que es la que el recurrente, en esencia, ha alegado], es preciso que cuando menos dos de las sanciones impuestas a un mismo sujeto, por la comisión de un acto, obedezcan a la infracción de un mismo bien jurídico, sea este administrativo o de carácter penal. Por lo tanto, lo importante para calificar si dos sanciones impuestas violan dicho derecho fundamental no es tanto que por un mismo acto una persona sea sancionada administrativa y disciplinariamente y, correlativamente, en un proceso penal [pues, a priori, efectivamente ello puede acontecer desde el momento en que aquel acto puede suponer la infracción de un bien jurídico administrativo y, simultáneamente, de un bien jurídico-penal], sino que la conducta antijurídica, pese a afectar a un solo bien jurídico, haya merecido el reproche dos o más veces”⁽⁹⁰⁹⁾.

La necesidad que para excluir la segunda pretensión punitiva requiera cumplir con la exigencia de la triple identidad mencionada no solo es predicable cuando esta es otra autoridad administrativa, sino también cuando se trate de una pretensión sancionadora de orden penal. En ese sentido, debemos partir de la regla general que las tipificaciones penales y administrativas así como los procesos penales y procedimientos administrativos no poseen el mismo fundamento. En efecto, la Corte Suprema de la República en su Acuerdo Plenario N° 1-2007/ESV-22, ha establecido como precedente vinculante el cuarto y quinto fundamento jurídico de la Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 2090-2005, que transcribimos a continuación:

“**Cuarto:** Que, el procedimiento administrativo sancionador busca garantizar solo el funcionamiento correcto de la Administración Pública, las sanciones disciplinarias tienen, en general, la finalidad de garantizar el respeto de las reglas de conducta establecidas para el buen orden y desempeño de las diversas instituciones colectivas y, como tal, suponen una relación jurídica específica y conciernen solo a las personas implicadas en dicha relación y no a todas sin distinción, como acontece en

(909) Ver: STC Exp. N° 2868-2004/TC.

general con las normas jurídicas penales; que las medidas disciplinarias constituyen la contrapartida de los deberes especiales a que están sometidos sus miembros y el Derecho Administrativo sancionador no se rige por el principio de lesividad sino por criterios de afectación general, de suerte que la sanción administrativa no requiere la verificación de lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos y generalmente opera como respuesta ante conductas formales o de simple desobediencia a reglas de ordenación; que, en cambio, el delito debe encerrar siempre un mayor contenido de injusto y de culpabilidad; que la lesividad o peligrosidad de la conducta y el menoscabo al bien jurídico son siempre de mayor entidad en el delito con relación a la infracción administrativa.

Quinto: Que, el principio *ne bis in idem* material tiene conexión con los principios de proporcionalidad y de legalidad, el primero se encuentra vinculado a la llamada 'prohibición de exceso', esto es, sancionar más de una vez por el mismo contenido injusto implica imponer una sanción no prevista en la ley, puesto que el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal establece que la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho; y, el principio de legalidad garantiza la seguridad jurídica debido que solo se puede sancionar conductas que se encuentran tipificadas previamente.

Sexto: Que, el principio de *ne bis in idem* contempla el contenido material y procesal y debe contener como presupuesto un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento; que, además, se admite la acumulación de sanciones provenientes de diferentes órdenes cuando ellas obedecen a diferente fundamento, es decir, si son bienes jurídicos distintos, si el interés jurídicamente protegido por la infracción administrativa [es] distinto al de la infracción penal, que, en este supuesto, la responsabilidad penal es independiente de la responsabilidad administrativa en que incurrió el funcionario por haber cometido graves irregularidades en el desempeño de sus funciones, la existencia de un proceso penal no enerva la potestad de la Administración Pública para procesar y sancionar administrativamente al servidor o funcionario que ha incurrido en falta disciplinaria porque ambos ordenamientos jurídicos cumplen distintos fines o sirven a la satisfacción de intereses o bienes jurídicos diferentes —posibilidad que admite el artículo doscientos cuarenta y tres de la Ley número veintisiete mil cuatrocientos cuarenta y cuatro—; el procedimiento administrativo tiene por objeto investigar y, de ser el caso, sancionar una conducta funcional, mientras que el proceso penal conlleva una sanción punitiva que puede incluso derivar en la privación de la libertad, siempre que se determine la responsabilidad penal, como así lo reconoce también el Tribunal Constitucional en sus sentencias de fechas dieciséis de abril de dos mil tres, veinticuatro y veinticinco de noviembre y veintiocho de diciembre de dos mil cuatro, emitidas en los expedientes números veinte cincuenta - dos

mil dos - AA/TC, veintiocho sesenta y ocho - dos mil cuatro - AA/TC, veintitrés veintidós - dos mil cuatro - AA/TC, treinta y uno noventa y cuatro - dos mil cuatro - HC/TC, respectivamente”.

En este sentido, como regla general no se excluirán el proceso penal y el procedimiento administrativo y las sanciones en los mismos órdenes serán perfectamente acumulables, salvo que se compruebe la triple identidad ya manifestada. Por ello, aun lo resuelto en un proceso penal o en un procedimiento administrativo no se encuentra necesariamente vinculado al primero, ya que ambos tienen órdenes distintos.

Artículo 249 | Estabilidad de la competencia para la potestad sancionadora⁽⁹¹⁰⁾

El ejercicio de la potestad sancionadora corresponde a las autoridades administrativas a quienes le hayan sido expresamente atribuidas por disposición legal o reglamentaria, sin que pueda asumirla o delegarse en órgano distinto.

(Texto según el artículo 231 de la Ley N° 27444)



CONCORDANCIAS INTERNAS

- Art. 72.1: Fuente de competencia administrativa.
- Art. 76: Ejercicio de la competencia.
- Art. 78: Delegación de competencia.
- Art. 83.1: Imposibilidad de delegar la firma en procedimientos sancionadores.

Comentario

El derecho que todo ciudadano tiene al “juez natural” forma parte del derecho a un debido proceso judicial (*due process of law*) y se manifiesta cuando un imputado es procesado por la autoridad pública que le corresponde, según las reglas fijadas anticipadamente por la Constitución Política y el ordenamiento jurídico. En consecuencia, el administrado debe saber que la autoridad que lo va a investigar es imparcial y fue nombrado con anterioridad de acuerdo a la ley.

Advertimos, entonces, que es necesaria la intervención de una ley previamente vigente para determinar la “competencia” de las diversas autoridades con competencia sancionadora; por cuya razón se ejercite válida y eficazmente el poder punitivo del Estado⁽⁹¹¹⁾. De aquí se colige que los Estados modernos, a partir de sus constituciones o leyes de nivel superior, regulan la manera cómo se distribuye entre los distintos organismos y órganos el ejercicio de esta función a partir de determinados criterios.

Los tres principales criterios objetivos para establecer “reglas de competencia” se determinan por la materia (¿qué ocurrió?), en un caso; por la oportunidad en que se realizó el acto que será investigado (¿cuándo ocurrió?), en otro caso; y, finalmente, por el lugar o espacio en que sucedieron los hechos (¿en dónde ocurrió?). En consecuencia, se atenta contra las leyes de la competencia —y por

(910) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 231 de la Ley N° 27444.

(911) Cuando esta disposición refiere a la posibilidad de atribución reglamentaria, no debe entenderse bajo ningún concepto que se habilitaría a la asignación directa por reglamentos de la capacidad administrativa de sanción, pues ello se opondría al principio de legalidad en materia sancionadora (art. 246 inc. 1 del TUO de la LPAG) y a la reserva legal misma de la competencia administrativa en general (art. 70 del TUO de la LPAG). Solo se trata del reconocimiento que mediante normas administrativas internas (Reglamentos de Organización y Funciones o Manuales de Organización y Funciones) puedan distribuir al interior de una entidad la capacidad sancionadora ya asignada por ley a dicha entidad.

ende, se transgrede el derecho al juez natural— cuando se modifican las reglas de manera arbitraria con el ulterior propósito de que corresponda conocer la pretensión a un órgano que, aun teniendo el mismo nivel o jerarquía, no fuere el que debía intervenir con arreglo a las normas vigentes al producirse los hechos.

El derecho al juez natural también puede ser expresado de forma o manera negativa, en cuyo caso podemos afirmar que se encuentra terminantemente prohibido a los Estados expedir normas o realizar acciones tendientes a desviar de la autoridad competente al ciudadano para que sea sometido a proceso distinto al que le resulta natural; lo que importa también la prohibición de alejar al administrado de la autoridad que conforme a la norma de la materia le correspondería de acuerdo a la determinación efectuada de modo previo y objetivo por la norma pertinente.

Ahora bien, este principio de orden natural e inscrito entre los derechos fundamentales de la persona se inserta en el ámbito de los procedimientos administrativos en que se ejerce alguna forma de potestad punitiva. A esto se denomina, de modo general, la “predeterminación del procedimiento”⁽⁹¹²⁾.

Este principio doctrinal quiere “significar que no es aceptable crear o establecer un procedimiento especial para aplicar la sanción. O dicho en otras palabras: no son posibles procedimiento *ex post facto* ni procedimientos *ad hoc* o *ad personam*”⁽⁹¹³⁾, crear comisiones o instancias *ad hoc* o *intuitu personae* para apreciar un procedimiento sancionador en particular, se modifique la composición de un colegiado adrede, o cambiar las autoridades que los conforman coincidentemente a la sustanciación de algún caso.

Adherido a este postulado se encuentra la exigencia de que el órgano administrativo haya sido previamente estructurado funcionalmente por norma jurídica y que se le atribuya competencia para juzgar la situación infraccional que se presenta.

Ahora bien, la tesis que sustenta la exigibilidad en sede administrativa del derecho a la jurisdicción determinada por ley ha sido acogida repetidamente por nuestro Tribunal Constitucional, como una manifestación del derecho al debido procedimiento, acogiendo sendas acciones de garantía interpuestas por ciudadanos que fueron desviados de la autoridad competente para instruir su situación jurídica dentro de procedimientos dirigidos a aplicar sanciones administrativas⁽⁹¹⁴⁾.

En estos casos el Tribunal Constitucional ha dejado establecido que los administrados tienen frente a la Administración Pública el derecho constitucional a

(912) OSSA ARBELÁEZ, Jaime. Ob. cit., p. 477.

(913) Ídem.

(914) Por ejemplo, citaremos la STC Exp. N° 855-97-AA/TC y la STC Exp. N° 1176-1997-AA/TC.

la jurisdicción predeterminada por ley, y que este es violado, si quien instruye o sanciona es una comisión distinta a la que debió corresponderle conforme al ordenamiento legal previamente establecido. Asimismo, afirma que: “pretender invocar, dentro de tal contexto, principios como la economía procesal y la unidad de criterio, es algo absolutamente impertinente cuando lo que está de por medio es el respeto de uno de los atributos más importantes del debido proceso, como lo es, sin duda alguna, el relativo a la jurisdicción predeterminada por la ley”⁽⁹¹⁵⁾.

En tal sentido, cabe advertir que la competencia estabilizada es la que le permite a un órgano administrativo instruir un procedimiento administrativo, esto es, las dos fases de este. De este modo, la estabilización producida no alcanza solamente al ejercicio de la potestad punitiva (momento decisorio del procedimiento) sino que es aplicable a la competencia del órgano que debe instruir el procedimiento (fase instructora) como efecto directo del deber de desdoblamiento establecido en el artículo 254 del TUO de la LPAG.

(915) STC Exp. N° 1176-1997-AA/TC.

Artículo 250 Reglas sobre el ejercicio de la potestad sancionadora

En virtud del principio de razonabilidad en el ámbito de los procedimientos administrativos sancionadores deberán observarse las siguientes reglas:

- a) *En el caso de infracciones administrativas pasibles de multas que tengan como fundamento el incumplimiento de la realización de trámites, obtención de licencias, permisos y autorizaciones u otros procedimientos similares ante autoridades competentes por concepto de instalación de infraestructuras en red para servicios públicos u obras públicas de infraestructura, exclusivamente en los casos en que ello sea exigido por el ordenamiento vigente, la cuantía de la sanción a ser impuesta no podrá exceder:*
- *El uno (1 %) de valor de la obra o proyecto, según sea el caso.*
 - *El cien por ciento (100%) del monto por concepto de la tasa aplicable por derecho de trámite, de acuerdo a Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) vigente en el momento de ocurrencia de los hechos, en los casos en que no sea aplicable la valoración indicada con anterioridad.*
- Los casos de imposición de multas administrativas por montos que excedan los límites señalados con anterioridad, serán conocidos por la Comisión de Acceso al Mercado del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, (2) para efectos de determinar si en tales supuestos se han constituido barreras burocráticas ilegales de acceso al mercado, conforme al procedimiento administrativo contemplado en el Decreto Ley N° 25868 y el Decreto Legislativo N° 807, y en sus normas modificatorias y complementarias.*
- b) *Cuando el procedimiento sancionador recaiga sobre la carencia de autorización o licencia para la realización de varias conductas individuales que, atendiendo a la naturaleza de los hechos, importen la comisión de una actividad y/o proyecto que las comprendan en forma general, cuya existencia haya sido previamente comunicada a la entidad competente, la sanción no podrá ser impuesta en forma individualizada, sino aplicada en un concepto global atendiendo a los criterios previstos en el inciso 3 del artículo 248.*

(Texto según el artículo 231-A de la Ley N° 27444)



CONCORDANCIAS EXTERNAS

- D.Leg. N° 1033: Ley de Organización y Funciones del Indecopi (5ª Disp. Compl., Comisión de Acceso al Mercado ahora se denomina Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas).
- D.Leg. N° 807: Facultades, normas y organización del Indecopi.



CONCORDANCIAS INTERNAS

- Art. 247.3: Potestad sancionadora disciplinaria sobre el personal de entidades públicas.
- Art. 248: Principios de la potestad sancionadora administrativa.
- Art. 254: Caracteres del procedimiento sancionador.
- Art. 255: Procedimiento sancionador.

 **Comentario**

Desatendiendo los criterios de la buena técnica legislativa se ha incorporado a la LPAG una regla particular de limitación a la potestad sancionadora aplicable por infracciones incurridas por empresas privadas y entidades del Sector Público que realizan la prestación de uno o más servicios públicos de agua potable y alcantarillado, transmisión y distribución de electricidad, así como alumbrado público, gas natural, telecomunicaciones y demás esenciales. En efecto, el Decreto Legislativo N° 1014 establece un conjunto de medidas para propiciar la inversión en materia de servicios públicos y obras públicas de infraestructura a través de la implementación de medidas que eliminen sobrecostos y logren una efectiva simplificación administrativa, en beneficio de los usuarios de dichos servicios públicos.

En ese contexto, las limitaciones que esta norma establece para la potestad sancionadora se encuentran referidas a dos tipos de situaciones:

- Procedimientos conducentes a aplicar sanciones de multas por incumplimiento de trámites, obtención de licencias, permisos y autorizaciones u otros procedimientos similares por concepto de instalación de infraestructuras en red para servicios públicos u obras públicas de infraestructura. En este caso, el límite ha sido establecido como un límite cuantitativo para las multas a aplicarse, de modo que no puedan ser mayores del uno (1 %) de valor de la obra o proyecto, o, en caso de no ser aplicable la valoración indicada, del cien por ciento (100 %) del monto por concepto de la tasa aplicable por derecho de trámite, de acuerdo al TUPA vigente en el momento de ocurrencia de los hechos.
- Procedimientos conducentes a aplicar sanciones por la carencia de autorización o licencia para la realización de una o más conductas individuales que atendiendo a la naturaleza de los hechos, importen una actividad y/o proyecto que las comprendan en forma general, cuya existencia haya sido previamente comunicada a la entidad competente. En este caso, la limitación ha sido establecida de modo que la sanción no podrá ser impuesta en forma individualizada por cada una, sino aplicada en un concepto global.

La norma incorpora adicionalmente una competencia expresa de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Indecopi, para conocer de reclamos por la imposición de multas administrativas impuestas a partir de la vigencia de

este decreto legislativo por montos que excedan los límites señalados con anterioridad, asignándoles tratamiento de barrera burocrática a la inversión.

Dicha competencia ha tenido ocasión de ser precisada por la propia Comisión⁽⁹¹⁶⁾ en el sentido de entender que los límites establecidos en el Decreto Legislativo N° 1014 sobre la cuantía de multas constituyen requisitos de procedencia que establece la ley para que la Comisión pueda conocer este tipo de casos, no debiéndose entender que en tales supuestos *per se* existe una barrera burocrática ilegal. Cuando ese requisito de procedencia queda satisfecho, la evaluación que efectúe la Comisión no estará dirigida a evaluar la legalidad del procedimiento administrativo sancionador que haya originado una multa o la razonabilidad en la cuantía de esta, sino a determinar si a través de la sanción impuesta se ha establecido una barrera burocrática ilegal, ya sea porque la entidad carece de facultades para exigirla (legalidad de fondo) o porque no ha cumplido con las formalidades y procedimientos para su exigibilidad (legalidad de forma).

(916) Resolución N° 0035-2009/CEB-INDECOPI del 10 de febrero de 2009. Exp. N° 000076-2008/CAM, Denunciada: Municipalidad Distrital de Tumbán, Denunciante: Telefónica del Perú S.A.A.

Artículo 251 | Determinación de la responsabilidad⁽⁹¹⁷⁾

251.1 *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.*

251.2 *Cuando el cumplimiento de las obligaciones previstas en una disposición legal corresponda a varias personas conjuntamente, responderán en forma solidaria de las infracciones que, en su caso, se cometan, y de las sanciones que se impongan.*

(Texto según el artículo 232 de la Ley N° 27444, modificado según el artículo 2 Decreto Legislativo N° 1272)



CONCORDANCIAS INTERNAS

- Art. 247: Ámbito de aplicación del procedimiento sancionador.
- Art. 248, 11: Principio del non bis in ídem.

Comentario

La importancia de este artículo en materia sancionadora radica en significar la posibilidad de concurrencia de la sanción administrativa con otras medidas administrativas gravosas para el administrado, pero que por perseguir fines de interés general complementarios son plenamente compatibles, sin afectarse por el principio de *non bis in ídem*.

Las medidas compatibles con el acto administrativo sancionador son las siguientes:

- **Las medidas de reposición**, son aquellas que tienen por objeto retornar o restituir al estado inmediatamente anterior a la comisión de la infracción administrativa de las cosas, por considerar que corresponde a una situación legal correcta. Por ejemplo, el mandato de cierre de un local sin licencia, la orden de cese de una publicidad engañosa, las medidas de remediación ambiental, comiso de bienes, orden de internamiento de vehículos.

(917) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 232 de la Ley N° 27444.

- **Las medidas resarcitorias**, son aquellas que buscan recuperar un costo para la Administración Pública (por ejemplo, el mandato de devolver importe de ejecución subsidiaria). Nótese que aquí no implica la indemnización de daños y perjuicios inferido al Estado, que es una medida exclusivamente de apreciación y determinación judicial y no administrativa.
- **Las medidas de coacción o de forzamiento de ejecución administrativa**, que buscan forzar al administrado el cumplimiento de un deber resistido (por ejemplo, las multas coercitivas o compulsión sobre las personas).

A diferencia de las sanciones administrativas que persiguen específicamente la represión administrativa por la ilicitud incurrida, todas estas medidas persiguen aspectos complementarios para actuar la voluntad del poder público. Sin duda la más trascendente de estas medidas, es la de naturaleza de reposición o correctiva. Para analizarla debemos tener en cuenta que una medida correctiva es un acto administrativo de gravamen, en la medida que constituye una declaración de una entidad, destinada a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta (arts. 1 y 5 del TUO de la LPAG), y en su contenido declara una situación desfavorable para algún administrado (la pérdida de patrimonio en el comiso de bienes, la suspensión de actividades en curso o la posesión de bienes en el internamiento de vehículos). En tal sentido, las medidas correctivas para su validez deben cumplir, como los demás actos administrativos, con las siguientes exigencias legales: competencia; objeto o contenido lícito, preciso, y posible; finalidad pública; motivación suficiente y adecuada; y, procedimiento previo regular. Cualquier infracción a estos requisitos derivará en la invalidez del acto y la responsabilidad del infractor.

Ahora bien, la aplicación de las medidas correctivas debe ir acompañada de algunas exigencias que debe cumplir la Administración Pública competente para imponer la medida correctiva.

- Cumplir los requisitos legales para la validez del acto administrativo de gravamen constitutivo de la medida correctiva y los principios aplicables a toda actuación pública.
- Emitirse dentro de un procedimiento y habiendo obtenido convicción sobre la responsabilidad del infractor. Si bien la LPAG no lo explicita suficientemente, el momento adecuado para la emisión de una medida correctiva es a partir de que se individualiza y determina la responsabilidad del infractor, y no antes, lo cual puede comprenderse si apreciamos que el artículo comentado referido a este mandato se titula "Determinación de la responsabilidad".
- Ahora bien, el contenido del acto de gravamen en el procedimiento específico no debe ser idéntico a la sanción aplicable por el ilícito instruido, pues

entonces estaríamos frente a un adelantamiento de la medida sancionadora, que autosatisfaría anticipadamente la pretensión sancionadora de la Administración Pública. En este sentido, la medida correctiva vaciaría de contenido a la sanción prevista para el mismo caso.

La reforma contenida en el Decreto Legislativo N° 1272 ha regulado la medida correctiva sujetándola a los principios de tipificación, razonabilidad y proporcionalidad. Por ello se afirma que 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. Esta regulación obedece a la necesidad de disciplinar la práctica indebida de las entidades de evadir la rigurosidad de la sanción administrativa, mediante medidas correctivas igualmente aflictiva sin sentirse sujetos a estos principios. Así, las entidades no podrán adoptar medidas correctivas que cuente con una cobertura normativa expresa, que no atiendan los criterios del test de razonabilidad, entre otros.

Artículo 252

Prescripción⁽⁹¹⁸⁾

252.1 *La facultad de la autoridad para determinar la existencia de infracciones administrativas, prescribe en el plazo que establezcan las leyes especiales, sin perjuicio del cómputo de los plazos de prescripción respecto de las demás obligaciones que se deriven de los efectos de la comisión de la infracción. En caso ello no hubiera sido determinado, dicha facultad de la autoridad prescribirá a los cuatro (4) años.*

252.2 *El cómputo del plazo de prescripción de la facultad para determinar la existencia de infracciones comenzará a partir del día en que la infracción se hubiera cometido en el caso de las infracciones instantáneas o infracciones instantáneas de efectos permanentes, desde el día que se realizó la última acción constitutiva de la infracción en el caso de infracciones continuadas, o desde el día en que la acción cesó en el caso de las infracciones permanentes.*

El cómputo del plazo de prescripción sólo se suspende con la iniciación del procedimiento sancionador a través de la notificación al administrado de los hechos constitutivos de infracción que les sean imputados a título de cargo, de acuerdo a lo establecido en el artículo 255, inciso 3. Dicho cómputo deberá reanudarse inmediatamente si el trámite del procedimiento sancionador se mantuviera paralizado por más de veinticinco (25) días hábiles, por causa no imputable al administrado.

252.3 *La autoridad declara de oficio la prescripción y da por concluido el procedimiento cuando advierta que se ha cumplido el plazo para determinar la existencia de infracciones. Asimismo, los administrados pueden plantear la prescripción por vía de defensa y la autoridad debe resolverla sin más trámite que la constatación de los plazos.*

En caso se declare la prescripción, la autoridad podrá iniciar las acciones necesarias para determinar las causas y responsabilidades de la inacción administrativa, solo cuando se advierta que se hayan producido situaciones de negligencia.

(Texto según el artículo 233 de la Ley N° 27444, modificado según el artículo 2 Decreto Legislativo N° 1272)



CONCORDANCIAS INTERNAS

- Art. 247: Ámbito de aplicación del procedimiento sancionador.
- Art. 248: Principios de la potestad sancionadora administrativa.

(918) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 233 de la Ley N° 27444.

I. PRINCIPIO DE PRESCRIPTIBILIDAD DE LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Los motivos lógicos que sirven de fundamento al instituto de la prescripción administrativa no son diversos de la prescripción en general. Por lo tanto, suelen converger en la motivación de este artículo razones de seguridad jurídica, representadas por la necesidad de no prolongar indefinidamente situaciones expectantes de posible sanción; así como razones de oportunidad, pues se afirma que cuando pasa largo tiempo sin efectuar el castigo, en buena medida, el tiempo modifica las circunstancias concurrentes y desaparece la adecuación entre el hecho y la sanción principal.

La consecuencia de la prescripción es tornar incompetente en razón del tiempo al órgano sancionador para abrir o proseguir con el procedimiento sancionador.

El plazo original establecido para que opere la prescripción extintiva de la potestad sancionadora ha quedado fijado en cuatro años desde la comisión de la infracción.

II. RESERVA LEGAL PARA FIJAR EL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN

La doctrina y jurisprudencia más autorizadas, han señalado que la regulación de la prescripción de la acción sancionadora es una materia estrechamente adminiculada a la infracción y sanción, al punto que se trata de una forma de extinción de la infracción, de allí que solo a la ley corresponde determinar su plazo; y si la ley especial nada dice al respecto, lo aplicable es la LPAG, sin que sea admisible establecer plazos diferentes a través de normas reglamentarias, menos aún si se trata de disposiciones dictadas por la propia autoridad a quien se le ha confiado identificar y aplicar la sanción administrativa. Al respecto, dice AGUADO I CUDOLA⁽⁹¹⁹⁾:

“La exigencia de ley para regular la prescripción y la caducidad

La atribución de potestades y facultades a la Administración Pública que puede imponer unilateralmente a sus destinatarios, los ciudadanos, comporta asimismo la existencia de ciertos límites y garantías respecto a su ejercicio. Para asegurar esos límites y garantías se hace necesario que el sujeto que debe aplicarlos, la Administración Pública, no pueda disponer libremente de los mismos. Entre tales limitaciones encontramos

(919) AGUADO I CUDOLA, Vincenc. *Prescripción y caducidad en el ejercicio de potestades administrativas*. Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 28 y 29.

la prescripción y la caducidad que toman como base la ausencia de una actividad administrativa eficaz durante un cierto tiempo. Desde esta perspectiva puede discutirse en qué medida es factible que el establecimiento y el régimen jurídico de la prescripción y caducidad puedan ser reguladas por reglamentos o, por el contrario, ello deba hacerse necesariamente a través de normas con rango de ley. En la medida en que se sustraigan estos aspectos del ámbito reglamentario se asegura que el poder ejecutivo no pueda disponer libremente de los mismos. En cambio, la posibilidad que el reglamento pudiera regular con amplitud estos aspectos podría implicar que en cierto modo quedaría en manos del mismo sujeto que ha de aplicarlas el dominio del tiempo en el ejercicio de las potestades que le confiere el propio ordenamiento, situación que además podría entenderse contraria a las propias exigencias de seguridad jurídica y de igualdad de trato de los ciudadanos”.

III. SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN POR NOTIFICACIÓN DE APERTURA DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

La suspensión del plazo de prescripción se verifica con la notificación del acto de apertura del procedimiento sancionador, por cuanto en dicho acto de trámite por primera vez se le imputa —de manera cierta— al sujeto investigado la presunta comisión de actuaciones ilícitas. No tiene efecto suspensivo, ningún acto de la administración inspectiva (requerimientos de información, levantamiento de actas sobre declaraciones, investigaciones reservadas, etc.).

Como bien afirman SANTAMARÍA PASTOR y PAREJO ALFONSO, refiriéndose a la jurisprudencia española sobre la materia, con base en un marco jurídico fuente de nuestra norma en esta materia:

“En este sentido, el Tribunal Supremo afirma primero que no interrumpen la prescripción, ni las diligencias previas ni la información reservada (...) No se computa sin embargo, bajo ningún concepto, el plazo que algunas normas conceden al denunciado para formular descargos antes de instruirse el procedimiento, ni tampoco, en general, las exigencias de orden interno pueden ser de excusa”⁽⁹²⁰⁾.

En el mismo sentido se pronuncia AGUADO I CUDOLA, para quien:

“(...) se requiere que las actuaciones administrativas de las que se quiere obtener estos efectos vayan encaminadas directamente a iniciar un procedimiento, o bien si este ya está en marcha que se haga avanzar el mismo. Debe rechazarse con toda contundencia el efecto interruptivo de aquellas

(920) SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso y PAREJO ALFONSO, Luciano. *Derecho Administrativo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, p. 222.

actuaciones que no añadan nada a la situación jurídica objeto de eventual conocimiento. Los meros recordatorios o simplemente el poner en conocimiento una determinada situación no basta, según nuestra opinión, para producir la paralización del cómputo de los plazos, sino que debe estar orientada directamente a conseguir las finalidades que se persiguen en el procedimiento⁽⁹²¹⁾.

En particular, analizando los actos administrativos aptos para producir la suspensión de la prescripción, este autor especializado en el tema, afirma:

“Ahora bien se requerirá que nos encontremos con actos que formen parte del procedimiento sancionador en sentido estricto, quedando excluidas aquellas actuaciones previas que tienen por finalidad decidir si hay motivos suficientes para abrir el correspondiente expediente, según ha declarado una lúcida jurisprudencia. En este sentido, existen diversas regulaciones del procedimiento sancionador que dejan bien claro que las informaciones previas o actuaciones semejantes no inician el procedimiento sancionador, ya que esta iniciación habrá de realizarse por acuerdo del órgano competente que habrá de notificarse al interesado. Un ejemplo bastante taxativo lo encontramos en el artículo 5.3 del reglamento extremeño de procedimiento sancionador donde se nos dice que ‘la información reservada no implica la iniciación del procedimiento sancionador, que tampoco será iniciado por las actuaciones de inspección o control, levantamiento de actas y otros documentos que se extiendan relativos a los hechos en cuestión’⁽⁹²²⁾.

Con mayor detalle podemos glosar alguna jurisprudencia que sobre esta misma materia ha sentado la doctrina jurisprudencial española. Por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo del 26 de octubre de 1973 es bastante clarificadora, al afirmar que:

“(...) las diligencias previas o información reservada (...) no forman parte del procedimiento sancionador, no son propiamente expediente administrativo, sino un antecedente que la ley faculta a la Administración Pública para llevar a cabo y a la vista de su resultado acordar lo procedente; esto es el archivo de las actuaciones o la orden de incoación del expediente; por ello es correcta jurídicamente hablando la tesis mantenida por la Administración Pública al estimar que las diligencias previas son meramente unas actuaciones de régimen interior tendentes a decantar los hechos presuntamente constitutivos de ilícitos administrativos imputables a determinadas personas y con la finalidad de reforzar

(921) AGUADO I CUDOLA, Vicente. Ob. cit., p. 40.

(922) *Ibidem*, pp. 161 y 162.

la seriedad –objetividad– de los actos administrativos de incoación del expediente sancionador (...) Que por lo mismo la opinión o criterio que se sostiene sobre la naturaleza de las diligencias previas o información reservada, nos llevaría a rechazar la virtualidad enervadora de las mismas frente a la indudable aplicación, en todo caso y de resultar procedente, del instituto prescriptorio, ya que tal actividad de régimen interno carece de las exigencias mínimas predicables a un acto administrativo interruptorio (...).”

Una vez suspendido el plazo de prescripción esta se mantendrá en tanto la autoridad instructora del procedimiento no diligencie el expediente por un plazo, mayor a veinticinco (25) días hábiles. Si así sucediera, entonces el plazo se reiniciará inmediatamente hasta completar el plazo restante hasta alcanzar los cuatro años.

IV. ALEGACIÓN DE PRESCRIPCIÓN O DECLARACIÓN DE OFICIO DE LA PRESCRIPCIÓN

La reforma del Decreto Legislativo N° 1272 ha considerado que la prescripción pueda plantearla el administrado beneficiado por vía de defensa cuando la autoridad pretendiera la imposición de una sanción, pero también que la autoridad lo puede declarar de oficio.

En el primer caso, la prescripción ganada se alega por el interesado y corresponde a la Administración Pública resolverla sin abrir prueba, sin formar incidente o pedir otro acto de instrucción que la mera constatación de los plazos vencidos. Producida tal circunstancia, la autoridad igualmente sin más trámite debe pronunciarse de modo estimatorio o desestimatorio; en caso de ser favorable a la alegación del administrado deberá disponer el inicio de las acciones de responsabilidad administrativa que correspondan.

En el segundo caso, se entiende que como esta prescripción es de orden público, impide el ejercicio válido de la potestad administrativa sancionadora y como tal es posible declararse de oficio, con lo cual se evita que la entidad prosiga prolongados procedimientos simplemente porque el administrado no es ubicado o inadvertidamente no plantea la prescripción. No se trata de un favorecimiento indebido al administrado, sino simplemente de cumplimiento de plazos fatales que son de orden público.

V. EL CÓMPUTO DEL PLAZO DE LA PRESCRIPCIÓN

En el numeral 252.2 del artículo comentado se ha precisado el cómputo de plazo para prescripción de las infracciones instantáneas, infracciones instantáneas de efectos permanentes, las infracciones continuadas y las infracciones permanentes. Por considerarlo relevante, a continuación hacemos nuestra la explicación que planteamos en la comisión que preparó el proyecto de ley de reforma:

- En el caso de las infracciones instantáneas, “la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido se produce en un momento determinado, en el que la infracción se consuma, sin producir una situación antijurídica duradera”⁽⁹²³⁾.
- Las infracciones instantáneas con efectos permanentes son aquellas que producen “un estado de cosas contrario al ordenamiento jurídico, que se mantiene. (...) aunque los efectos de la conducta infractora sean duraderos y permanezcan en el tiempo, la consumación de esta es instantánea, por lo que es a partir de este momento en que debe contarse el plazo de prescripción de la infracción”⁽⁹²⁴⁾.
- En las infracciones continuadas, “se realizan diferentes conductas, cada una de las cuales constituye por separado una infracción, pero que se consideran como una única infracción, siempre y cuando formen parte de un proceso unitario”⁽⁹²⁵⁾.
- Las infracciones permanentes “son aquellas infracciones en donde el administrado se mantiene en una situación infractora, cuyo mantenimiento le es imputable. (...) no son los efectos jurídicos de la conducta infractora los que persisten, sino la conducta misma”⁽⁹²⁶⁾.

Así, se establece que el cómputo del plazo de prescripción de la facultad para determinar la existencia de infracciones comenzará a partir del día en que la infracción se hubiera cometido en el caso de las infracciones instantáneas o infracciones instantáneas de efectos permanentes, desde el día que se realizó la última acción constitutiva de la infracción en el caso de infracciones continuadas, o desde el día en que la acción cesó en el caso de las infracciones permanentes.

Para realizar la diferencia entre infracciones instantáneas, instantáneas con efectos permanentes, permanentes o continuadas, el criterio “(...) no es tanto el hecho objetivo de los momentos en que se produce cada una de las acciones constitutorias de la infracción, sino el momento temporal en que subsiste la voluntad infractora”⁽⁹²⁷⁾.

Así, el momento de la comisión o consumación de la conducta infractora y la voluntad del infractor, entendida como la voluntad de incurrir en el ilícito, es lo que determina la calificación de la infracción y, de esta manera, el inicio del

(923) BACA ONETO, Víctor Sebastián. “La prescripción de las infracciones y su clasificación en la Ley del Procedimiento Administrativo General (En especial, análisis de los supuestos de infracciones permanentes y continuadas)”. En: *Revista Derecho & Sociedad*. N° 37, Lima, 2012, p. 268.

(924) *Ibidem*, p. 268.

(925) *Ibidem*, p. 269.

(926) *Ibidem*, p. 268.

(927) GALLARDO CASTILLO, María Jesús. *Los principios de la potestad sancionadora. Teoría y práctica*. Editorial Iustel, Madrid, 2008, p. 149.

cómputo del plazo de prescripción de la potestad de la Administración Pública para perseguir y sancionar la infracción.

En el caso de las infracciones instantáneas, estas se consuman y se agotan en un único instante o momento, y no perduran en el tiempo. De esta manera, el ilícito se configura en un determinado espacio de tiempo, sin que sus efectos se prolonguen más allá de la propia consumación.

Las infracciones instantáneas con efectos permanentes, por el contrario, se configuran en un único instante; no obstante, sus efectos se agotan con el paso del tiempo. Dicho de otro modo, si bien el ilícito se produce en un momento determinado, el mismo perdura hasta que culminan o cesan sus efectos. En la misma línea, Manuel GÓMEZ TOMILLO e Iñigo SANZ RUBIALES han señalado que este tipo de infracciones están caracterizadas por un acto determinado cuyos efectos son prolongados:

“(...) se caracteriza porque la consumación se genera por un acto formal o material que no es preciso reiterar pero que produce, sin embargo, efectos de lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido que se prolongan durante un tiempo que puede ser más o menos dilatado”⁽⁹²⁸⁾.

Ejemplos de infracciones de carácter instantáneo con efectos permanentes son la construcción sin licencia de edificación o la instalación de carteles publicitarios sin autorización⁽⁹²⁹⁾, por mencionar algunos.

Por otro lado, en cuanto a las infracciones permanentes, estas han sido definidas por la doctrina como aquellas que se producen a través de:

“(...) una única acción que tiene la virtualidad de prorrogar sus efectos en el tiempo y, con ello, de poner de manifiesto la voluntad infractora del sujeto sin solución de continuidad, lo cual resulta diversificable en dos fases: una, que se pone en marcha en el momento de realizar los elementos del tipo, y otra, la que se pone de manifiesto al no ponerle fin eliminando los efectos contrarios a Derecho”⁽⁹³⁰⁾.

En la misma línea, se ha definido a las infracciones permanentes como aquellas figuras en las que la acción provoca la creación de una situación antijurídica duradera que el sujeto mantiene a lo largo del tiempo dolosa o imprudentemente⁽⁹³¹⁾.

(928) GÓMEZ TOMILLO, Manuel y SANZ RUBIALES, Iñigo. *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo*. 2ª edición, Aranzadi, Pamplona, 2010, p. 646.

(929) *Ibidem*.

(930) GALLARDO CASTILLO, María Jesús. *Ob. cit.*, p. 238.

(931) GÓMEZ TOMILLO, Manuel y SANZ RUBIALES, Iñigo. *Ob. cit.*, p. 652.

Las infracciones permanentes consisten, por lo tanto, en la realización de un acto ilícito que se configura en un momento determinado y que se consuma a través de los efectos que se prolongan durante el tiempo. La particularidad de este tipo de infracciones, que las diferencia de las categorías desarrolladas previamente, es su vocación de ilicitud luego de consumada la acción ilícita. Dicha vocación de continuidad permanece durante el desarrollo de dichos efectos, los cuales no cesan en tanto se mantiene la voluntad infractora del sujeto.

Ejemplos de infracciones permanentes son los acuerdos colusorios o el desarrollo de actividades económicas sobre zonas prohibidas. En estos casos, si bien la conducta infractora se configura a través de un acto ilícito que se produce en un momento determinado, la misma se consuma a lo largo de sus efectos que perduran en el tiempo, siendo que la voluntad infractora persiste hasta que cesan dichos efectos.

Es importante señalar que las infracciones permanentes son distinguibles de las infracciones instantáneas con efectos permanentes, puesto que en estas últimas “la infracción crea un *statu quo* antijurídico duradero pero que se consuma cuando se produce la situación antijurídica”⁽⁹³²⁾. Así, la diferencia esencial entre ambas categorías es la extensión de la voluntad infractora durante los efectos de la acción que dio inicio a la conducta infractora, la cual permanece solo en el caso de las infracciones permanentes.

Por otro lado, en cuanto a las infracciones continuadas, la doctrina las ha definido como aquellas en las que “(...) el autor comete una pluralidad de acciones o de omisiones que infringen uno o semejantes preceptos administrativos, de igual o semejante naturaleza, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión”⁽⁹³³⁾.

En esa línea, si bien en el caso de las infracciones continuadas se identifica la comisión de una pluralidad de acciones constantes y sucesivas que constituyen un mismo tipo infractor, la voluntad infractora es una sola y se despliega desde la primera hasta la última acción:

“Así pues, en el caso de la infracción continuada esta se perpetúa y mantiene en el tiempo, no se consume con una sola acción, sino que exige varias acciones interrumpidas o intermitentes en el tiempo.

(...)

Lo propio y característico de esta clase de infracción es que la acción trasgresora persiste mientras formalmente no se ponga término a ella, ya que lo que la conforma no es un acto aislado y concreto, sino una

(932) GALLARDO CASTILLO, María Jesús. Ob. cit., p. 239.

(933) GÓMEZ TOMILLO, Manuel y SANZ RUBIALES, Iñigo. Ob. cit., p. 652.

actividad perdurable y constante (...), o, dicho en otros términos: se trata de una conducta reiterada por una voluntad duradera, en la que se da situación concursal alguna, sino una progresión unitaria con repetición de actos”^{(934) (935)}.

La finalidad de la creación de esta categoría, como la infracción continuada, es que se evita la imposición de tantas sanciones como conductas infractoras en las que se hubiere incurrido, lo cual favorece al sujeto infractor y, asimismo, se evita que se produzca la prescripción de las infracciones, pues estas no son individuales y forman parte de una unidad⁽⁹³⁶⁾.

Es necesario señalar que la diferencia entre las infracciones continuadas y las infracciones permanentes, es la existencia en la primera de una serie de acciones que poseen una sola voluntad infractora y que responden a un determinado plan del sujeto infractor, comportándose de una manera u otra como una unidad de acciones. Estos elementos no se encuentran presentes en las infracciones permanentes, puesto que su rasgo distintivo no es la ejecución de acciones de manera continua y sucesiva, sino la prolongación de los efectos de un único acto ilícito y la extensión de la voluntad infractora a través de ellos.

Son infracciones continuadas, por ejemplo, la venta de comestibles expirados. En estos casos, la conducta infractora se presenta cada vez que se realiza la venta, lo cual debe producirse de manera constante y reiterada. Todas esas acciones coinciden en una misma voluntad infractora: comercializar productos que no resultan aptos para el consumo humano.

Ahora bien, de acuerdo a la calificación de la infracción o conducta infractora en alguna de las categorías señaladas, el numeral 252.2 del artículo 252 del TUO de la LPAG establece tres (3) reglas para el cómputo del plazo de prescripción:

- i) Para el caso de las infracciones instantáneas o infracciones instantáneas de efectos permanentes, el cómputo del plazo de prescripción inicia a partir del día en que la infracción se hubiera cometido.
- ii) Para el caso de las infracciones continuadas, el cómputo del plazo de prescripción inicia desde el día en que se realizó la última acción constitutiva de la infracción.

(934) GALLARDO CASTILLO, María Jesús. Ob. cit., pp. 149-240.

(935) En el mismo sentido, mediante el acuerdo plenario llevado a cabo en la ciudad de Ica en 1998, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República señaló que, en el caso del Derecho Penal, los delitos continuados tenían como principal característica la comisión de varias infracciones con una única voluntad ilícita:

“(...) Debe estimarse el hecho como delito continuado si él consiste en varias infracciones a la ley que responden a una única resolución criminal fraccionada en su ejecución (...)”.

(936) GALLARDO CASTILLO, María Jesús. Ob. cit., p. 247.

iii) Para el caso de las infracciones permanentes, el cómputo del plazo de prescripción inicia desde el día en que la acción cesó.

En el primer supuesto, el de las infracciones instantáneas e infracciones instantáneas de efectos permanentes, la conducta infractora se consuma con el acto inicial y en un determinado momento, independientemente de la extensión de los efectos de dicho acto. La voluntad infractora, en estos casos, no se manifiesta en la duración de los efectos de la conducta infractora, sino que se consuma en la acción inicial, por lo que la norma ha dispuesto que el plazo de prescripción de la facultad para sancionar dicho tipo de conductas se compute desde el instante en que inició su comisión.

En el caso de las infracciones continuadas, por otro lado, el cómputo del plazo de prescripción no comienza a contarse sino hasta el momento en que deja de realizarse la última acción infractora⁽⁹³⁷⁾ o, dicho de otro modo, desde el momento en que se comete la última acción integrante de esa unidad jurídica⁽⁹³⁸⁾.

Finalmente, la regla de inicio del cómputo del plazo de prescripción para las infracciones permanentes está determinada por la duración de los efectos de la conducta inicial que dio lugar a la infracción. De esta manera, hasta que no se realice una conducta contraria por parte del autor de la infracción que ponga fin a la situación ilícita, el plazo de prescripción no comenzará a contarse⁽⁹³⁹⁾.

(937) *Ibidem*, p. 246.

(938) GÓMEZ TOMILO, Manuel y SANZ RUBIALES, Iñigo. *Ob. cit.*, p. 651.

(939) GALLARDO CASTILLO, María Jesús. *Ob. cit.*, p. 246.

Artículo 253

Prescripción de la exigibilidad de las multas impuestas

1. *La facultad de la autoridad para exigir por la vía de ejecución forzosa el pago de las multas impuestas por la comisión de una infracción administrativa prescribe en el plazo que establezcan las leyes especiales. En caso de no estar determinado, la prescripción se produce al término de dos (2) años computados a partir de la fecha en que se produzca cualquiera de las siguientes circunstancias:*
 - a) *Que el acto administrativo mediante el cual se impuso la multa, o aquel que puso fin a la vía administrativa, quedó firme.*
 - b) *Que el proceso contencioso administrativo destinado a la impugnación del acto mediante el cual se impuso la multa haya concluido con carácter de cosa juzgada en forma desfavorable para el administrado.*
2. *El cómputo del plazo de prescripción se suspende en los siguientes supuestos:*
 - a) *Con la iniciación del procedimiento de ejecución forzosa, conforme a los mecanismos contemplados en el artículo 207, según corresponda. Dicho cómputo debe reanudarse inmediatamente en caso que se configure alguno de los supuestos de suspensión del procedimiento de ejecución forzosa que contemple el ordenamiento vigente y/o se produzca cualquier causal que determine la paralización del procedimiento por más de veinticinco (25) días hábiles.*
 - b) *Con la presentación de la demanda de revisión judicial del procedimiento de ejecución forzosa o cualquier otra disposición judicial que suspenda la ejecución forzosa, conforme al ordenamiento vigente. La suspensión del cómputo opera hasta la notificación de la resolución que declara concluido el proceso con calidad de cosa juzgada en forma desfavorable al administrado.*

(Texto modificado según el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1452)
3. *Los administrados pueden deducir la prescripción como parte de la aplicación de los mecanismos de defensa previstos dentro del procedimiento de ejecución forzosa. La autoridad competente debe resolverla sin más trámite que la constatación de los plazos, pudiendo en los casos de estimarla fundada, disponer el inicio de las acciones de responsabilidad para dilucidar las causales de la inacción administrativa, solo cuando se advierta se hayan producido situaciones de negligencia. En caso que la prescripción sea deducida en sede administrativa, el plazo máximo para resolver sobre la solicitud de suspensión de la ejecución forzosa por prescripción es de ocho (8) días hábiles contados a partir de la presentación de dicha solicitud por el administrado. Vencido dicho plazo sin que exista pronunciamiento expreso, se entiende concedida la solicitud, por aplicación del silencio administrativo positivo.*

(Artículo incorporado por el artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1272)

**CONCORDANCIAS INTERNAS**

- Art. 205: Ejecución forzosa.
- Art. 207: Medios de ejecución forzosa.
- Art. 236.2: Aplicación de normas sobre ejecución forzosa si no se cumple con medida cautelar.
- Art. 252: Prescripción.

 **Comentario**

La modificación a la LPAG dispuesta por el Decreto Legislativo N° 1272 introdujo una regla particular en cuanto al plazo para que opere la exigibilidad de las multas impuestas, esto es, el tiempo con el que la Administración Pública cuenta para exigir el cumplimiento de las sanciones de tipo pecuniario que impone. Cabe recordar que la LPAG no hacía referencia a plazo alguno para considerar prescrita la exigencia del pago de las multas, por lo que, ante una inacción prolongada de la Administración Pública para hacer efectivo el cobro de la multa, no existía consecuencia jurídica alguna. En la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1272 se sustenta la incorporación de esta figura, afirmando que: “En un Estado constitucional de derecho, las multas están para cumplirse, pero esa decisión, en cuanto limita el ejercicio de ciertos derechos, o la libre disposición de determinados bienes, no puede estar eternamente sin materializarse, máxime cuando dentro de ella van generándose una serie de situaciones y relaciones jurídicas, muchas de buena fe, y otras que hoy han devenido en irreversibles. De allí la innegable relevancia de contar con estas importantes disposiciones dentro del texto de la LPAG”.

Ahora bien, es importante señalar que esta figura se distingue de la prescripción de infracciones, puesto que esta última se refiere al plazo con el que cuenta la Administración Pública para hacer ejercicio de la potestad sancionadora respecto a la determinación de responsabilidad por la comisión de una infracción, aplicándose las reglas de acuerdo a su calificación en infracción instantánea, infracción instantánea con efectos permanentes, infracción permanente o infracción continuada. En ese sentido, la consecuencia de la prescripción de sanciones es la incompetencia en razón del tiempo de la autoridad sancionadora para iniciar o seguir con el trámite del procedimiento administrativo sancionador.

En cambio, la prescripción de sanciones o, en particular, de la exigibilidad de multas, implica que transcurrido el plazo establecido en las leyes especiales o, en su defecto, en la LPAG, la autoridad administrativa pierde la posibilidad de exigir el pago de la multa a través de los mecanismos de ejecución forzosa.

Tanto la prescripción de infracciones como la prescripción de sanciones encuentran sustento en razones de seguridad jurídica, lo cual implica la necesidad

de no prolongar de manera indefinida situaciones expectantes de posible sanción o de recurrir a la vía de ejecución forzosa para hacer efectivo el pago de las multas impuestas como resultados de la comisión de una infracción administrativa, respectivamente. Asimismo, ambas figuras se sustentan también en razones de oportunidad, puesto que el tiempo modifica las circunstancias concurrentes y desaparece la adecuación entre el hecho y la sanción que se impone. En ese sentido, tanto la prescripción de infracciones como la prescripción de sanciones o también llamada la prescripción de exigibilidad de multas aparecen ante aquellos escenarios que suponen una renuncia del Estado al derecho de castigar aunados por el transcurso del tiempo, que inciden en que aquel considere extinguida la responsabilidad y, por consiguiente, el delito y la pena⁽⁹⁴⁰⁾.

En esta materia, el Tribunal Constitucional, a través de la sentencia recaída en el Expediente N° 00603-2010-PA/TC, señaló que la prescripción constituye un remedio ante la inacción, en este caso de la Administración Pública. En esa línea, AGUADO I CUDOLA ha señalado que la prescripción representa un límite y, a su vez, una garantía frente a la atribución de potestades y facultades de la Administración Pública y al ejercicio de estas de manera unilateral hacia los ciudadanos. En ese sentido, a fin de asegurar esos límites y garantías es necesario que el sujeto que los aplica, la Administración Pública no pueda disponer libremente de los mismos. Así, entre dichas limitaciones se encuentra la prescripción, la cual toma como base la ausencia de una actividad administrativa eficaz durante un cierto tiempo⁽⁹⁴¹⁾.

Ahora bien, la doctrina vinculada al artículo bajo análisis sostiene que, en la línea de lo dispuesto por el TUO de la LPAG, tanto las infracciones como las sanciones prescriben. La norma ha establecido para cada una de dichas figuras un plazo de prescripción distinto, así como diferentes causales de suspensión del cómputo del plazo y otros tipos de circunstancias que, en atención a su naturaleza, no correspondían ser reguladas de la misma manera.

La prescripción de sanciones, figura que se encuentra prevista desde la entrada en vigencia del TUO de la LPAG, encuentra su fundamento, como se señaló, en evitar que el administrado permanezca en la incertidumbre de que la Administración Pública haga efectiva la sanción a través de alguno de los mecanismos de ejecución forzosa de los que dispone.

El plazo que establece el artículo 253 del TUO de la LPAG para la prescripción de la exigibilidad de las multas a través de los mecanismos de ejecución

(940) PEÑA SOLÍS, José. *La potestad sancionatoria de la Administración Pública venezolana*. Colección de Estudios Jurídicos. Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2005, p. 246.

(941) AGUADO I CUDOLA, Vincenc. *Prescripción y caducidad en el ejercicio de potestades administrativas*. Editorial Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 28 y 29.

forzosa es el que señalen las leyes especiales. En su defecto, en caso de que el plazo de prescripción de la exigibilidad de multas no estuviese determinado en la normativa especial, se aplicará un término de dos (2) años. Es decir, dentro de dicho periodo de tiempo la Administración Pública deberá llevar a cabo todas las acciones que correspondan para que el administrado haga efectivo el pago de la multa.

En este punto, es importante señalar que durante este plazo de dos (2) años o el que establezca la norma especial, la Administración Pública deberá haber actuado a través de la vía de ejecución forzosa a fin de lograr el pago de la multa que está contenida en la resolución que impone la sanción. Cabe recordar que los procedimientos de ejecución buscan concretar el contenido de la decisión antecedente que debe materializarse a través de un acto administrativo válido, que determine la materia adeudada y que sea notificado al administrado.

En ese sentido, conforme al artículo 205 del TUO de la LPAG, la normativa exige determinados presupuestos indispensables a fin de proceder con la ejecución forzosa de los actos administrativos. Dichos presupuestos se refieren principalmente a lo siguiente: que lo que se exige se trate de una obligación de dar, hacer o no hacer establecida a favor de la entidad; sea determinada por escrito de modo claro e íntegro; se derive del ejercicio de una atribución de imperio de la entidad o provenga de una relación de derecho público sostenida con la entidad; y que se haya requerido al administrado el cumplimiento espontáneo de la prestación, bajo apercibimiento de recurrir al medio coercitivo que corresponda, entre otros.

El artículo 207 del TUO de la LPAG establece una serie de medios de ejecución forzosa a fin de asegurar que el administrado cumpla de manera voluntaria y espontánea lo ordenado por la autoridad administrativa. Estos medios, a su vez, habilitan a las autoridades administrativas a actuar bien sea sobre el propio administrado o sobre sus bienes. Los medios de ejecución desarrollados en el mencionado artículo son la ejecución coactiva, la ejecución subsidiaria, multa coercitiva y compulsión sobre las personas.

Atendiendo a la naturaleza de las multas, las cuales constituyen sanciones pecuniarias que gravan la esfera patrimonial del administrado que es declarado responsable por la comisión de infracciones, el medio de ejecución forzosa idóneo al que puede recurrir la autoridad administrativa para hacerlas exigibles es, en primer lugar, la ejecución coactiva. Mediante este medio la Administración Pública está facultada a detraer bienes muebles o inmuebles o derechos del patrimonio del administrado deudor en cantidad suficiente hasta satisfacer la deuda.

En segundo lugar, otro medio compatible con la imposición de multas es la multa coercitiva o pena ejecutiva, la cual constituye el ejercicio de potestades administrativas de ejecución y no de potestades sancionadoras. A través de

este medio, la autoridad administrativa realiza una compulsión económica al administrado, a fin de forzarlo a cumplir la conducta exigida por la Administración Pública.

Ahora bien, para el cómputo del plazo que tiene la autoridad administrativa para hacer exigibles las multas a través de alguno de los medios de ejecución forzosa mencionados, la normativa ha establecido dos (2) supuestos. El primero se refiere a la regla según la cual el inicio del cómputo del plazo de prescripción se da una vez que la sanción queda firme. Evidentemente, el acto administrativo que adquiere firmeza deberá ser aquel que contiene la imposición de una multa. Al respecto, resulta necesario señalar que de acuerdo a lo establecido en el artículo 222 del TUO de la LPAG, un acto administrativo queda firme cuando quedan vencidos los plazos para interponer los recursos administrativos. En esa línea, un acto se tendrá por firme en vía administrativa cuando sea posible su impugnación a través de alguno de los recursos administrativos.

En el Derecho Administrativo nos referimos a la firmeza de las decisiones de las autoridades administrativas en el mismo sentido al que se refiere el Derecho Procesal a la cosa juzgada. En esta especialidad, la cosa juzgada es la autoridad que adquieren las sentencias, por lo que se tornan en inimpugnables, inmutables y susceptibles de ejecución.

Como correlato, en sede administrativa el acto adquiere firmeza o se convierte en “cosa decidida” cuando contra él no procede ningún recurso impugnativo, ni tampoco la interposición de una demanda contencioso-administrativa. En esa misma línea, se ha señalado que en sentido técnico habría que entender como acto firme aquel contra el cual no es posible interponer ningún tipo de recurso, ya sea administrativo o jurisdiccional⁽⁹⁴²⁾.

De esta manera, la lógica detrás de esta regla es que la sanción no es ejecutable sino hasta que es firme, por lo que de haber una decisión jurisdiccional, esta no da un carácter ejecutivo al acto administrativo, sino que declara que el mismo está adecuado al ordenamiento jurídico⁽⁹⁴³⁾, lo que se tiene por dado en virtud de la presunción de validez de los actos administrativos.

De ello se desprende el segundo supuesto. El plazo de prescripción de la exigibilidad de las multas iniciará su cómputo cuando el proceso

(942) TRAYTER JIMÉNEZ, J.M.; AGUADO I CUDOLA, Vincenc. *Derecho Administrativo Sancionador*. Materiales. Barcelona, 1995, p. 114. Citado en: GÓMEZ TOMILLO, Manuel y SANZ RUBIALES, Iñigo. *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría general y práctica del Derecho Penal Administrativo*. 2ª edición, Thomson Reuters, Pamplona, 2010, p. 673.

(943) GÓMEZ TOMILLO, Manuel y SANZ RUBIALES, Iñigo. *Derecho Administrativo Sancionador. Parte general. Teoría general y práctica del Derecho Penal Administrativo*. 2ª edición, Thomson Reuters, Pamplona, 2010, p. 674.

contencioso-administrativo destinado a la impugnación del acto mediante el cual se impuso la multa haya concluido con carácter de cosa juzgada, en forma desfavorable para el administrado.

Esto último se refiere al supuesto en el que agotada la vía administrativa queda habilitada la vía judicial para cuestionar la resolución que impone la sanción. En este caso, el administrado, dentro del plazo concedido por la norma, interpone la respectiva demanda contencioso-administrativa, siendo que el acto administrativo durante este término aún no ha adquirido firmeza. En esa línea, cuando se interpone una acción a través de la vía contencioso-administrativa se debe tener por agotada la vía administrativa, por lo que dicho recurso (demanda contencioso-administrativa) no tiene virtualidad interruptiva de la prescripción de las resoluciones sancionadoras⁽⁹⁴⁴⁾.

En atención a ello, y bajo la misma lógica del primer supuesto, dado que aún está siendo discutida la validez del acto administrativo que contiene la sanción en la vía judicial, no corresponde el inicio del cómputo del plazo para exigir el pago de las multas. Por ello, solo una vez que una sentencia desfavorable para el administrado, es decir, aquella que declare la validez del acto administrativo que impone la sanción, adquiera calidad de cosa juzgada —que sea inimpugnable—, se iniciará el cómputo del plazo de prescripción de la exigibilidad de la multa impuesta.

Por otro lado, la norma también hace referencia a la posibilidad de suspender el cómputo del plazo de prescripción para la exigibilidad de multas. El numeral 253.2 del artículo 253 del TUO de la LPAG contempla un único supuesto de suspensión, el cual es, naturalmente, el inicio del procedimiento de ejecución forzosa a través de alguno de los medios o mecanismos mencionados en los párrafos anteriores.

En el caso de la ejecución coactiva, la suspensión se verifica con la notificación del acto que da inicio al procedimiento de ejecución coactiva. Por su parte, la multa coercitiva producirá la suspensión del plazo de prescripción de exigibilidad de multas cuando se notifique el acto de la autoridad administrativa que compele al administrado a cumplir su pago.

El plazo de prescripción de exigibilidad se reinicia en caso se produzca la suspensión del procedimiento de ejecución forzosa. Por ejemplo, el artículo 16 del Texto Único Ordenado de la Ley de Ejecución Coactiva contempla los supuestos de suspensión del procedimiento de ejecución coactiva⁽⁹⁴⁵⁾.

(944) GALLARDO CASTILLO, María Jesús. *Los principios de la potestad sancionadora. Teoría y práctica*. Iustel, Madrid, 2008, p. 252.

(945) Texto Único Ordenado de la Ley de Ejecución Coactiva, Decreto Supremo N° 018-2008-JUS Artículo 16.- Suspensión del procedimiento
16.1 Ninguna autoridad administrativa o política podrá suspender el Procedimiento, con excepción del ejecutor que deberá hacerlo, bajo responsabilidad, cuando:

Del mismo modo que en el caso de la prescripción para la determinación de existencia de infracciones administrativas, la paralización del procedimiento de ejecución forzosa por más de veinticinco (25) días hábiles producirá el reinicio del cómputo del plazo de prescripción para la exigibilidad de multas, en la medida en que dicha situación alude a un nuevo periodo de inacción de los mecanismos para lograr que el administrado cumpla con el pago de la deuda.

Por último, y de acuerdo a la propia naturaleza de las acciones de la Administración Pública, la prescripción de la exigibilidad de las multas no puede ser planteada de oficio por ninguna autoridad, en el mismo sentido que no puede fundar sus decisiones en su propia desidia o inacción. Por ello, la prescripción puede ser alegada por el administrado como medio de defensa en el procedimiento

-
- a) La deuda haya quedado extinguida o la obligación haya sido cumplida;
 - b) La deuda u obligación esté prescrita;
 - c) La acción se siga contra persona distinta al Obligado;
 - d) Se haya omitido la notificación al Obligado, del acto administrativo que sirve de título para la ejecución;
 - e) Se encuentre en trámite o pendiente de vencimiento el plazo para la presentación del recurso administrativo de reconsideración, apelación, revisión o demanda contencioso-administrativa presentada dentro del plazo establecido por ley contra el acto administrativo que sirve de título para la ejecución, o contra el acto administrativo que determine la responsabilidad solidaria en el supuesto contemplado en el artículo 18, numeral 18.3, de la presente Ley;
 - f) Exista convenio de liquidación judicial o extrajudicial o acuerdo de acreedores, de conformidad con las normas legales pertinentes o cuando el Obligado haya sido declarado en quiebra;
 - g) Exista resolución concediendo aplazamiento y/o fraccionamiento de pago;
 - h) Cuando se trate de empresas en proceso de reestructuración patrimonial al amparo de lo establecido en la Ley N° 27809, Ley General del Sistema Concursal, o norma que la sustituya o reemplace, o se encuentren comprendidas dentro de los alcances del Decreto Ley N° 25604; y,
 - i) Cuando se acredita que se ha cumplido con el pago de la obligación no tributaria en cuestión ante otra Municipalidad que se atribuye la misma competencia territorial por conflicto de límites. Dilucidado el conflicto de competencia, si la Municipalidad que inició el procedimiento de cobranza coactiva es la competente territorialmente tendrá expedito su derecho de repetir contra la Municipalidad que efectuó el cobro de la obligación no tributaria.

16.2 Adicionalmente, el procedimiento de ejecución coactiva deberá suspenderse, bajo responsabilidad, cuando exista mandato emitido por el Poder Judicial en el curso de un proceso de amparo o contencioso administrativo, o cuando se dicte medida cautelar dentro o fuera del proceso contencioso administrativo. En tales casos, la suspensión del procedimiento deberá producirse dentro del día hábil siguiente a la notificación del mandato judicial y/o medida cautelar o de la puesta en conocimiento de la misma por el ejecutado o por tercero encargado de la retención, en este último caso, mediante escrito adjuntando copia del mandato o medida cautelar y sin perjuicio de lo establecido en el artículo 23 de la presente Ley en lo referido a la demanda de revisión judicial.

16.3 El Obligado podrá solicitar la suspensión del Procedimiento siempre que se fundamente en alguna de las causales previstas en el presente artículo, presentando al Ejecutor las pruebas correspondientes.

(...)

de ejecución forzosa, ante lo cual no corresponderá que la autoridad administrativa recurra a una etapa probatoria, forme incidentes o pida un acto de instrucción; bastará con la sola verificación del vencimiento del plazo de prescripción para que la autoridad se pronuncie estimando o desestimando lo alegado por el administrado.

En este escenario, la modificatoria realizada por el Decreto Legislativo N° 1272, en un sentido más garantista a los derechos del administrado, ha dispuesto que la autoridad administrativa se pronuncie en un plazo máximo de ocho (8) días hábiles contados desde que es presentada la solicitud de dar por concluido el procedimiento de ejecución forzosa a causa del vencimiento del plazo de prescripción. Cumplido dicho término, se aplicará silencio administrativo positivo, dándose por aceptada la solicitud del administrado.

Estos casos, en tanto son producidos por la inacción de la Administración Pública y, en particular, por el incumplimiento de funciones de los servidores públicos a cargo de los procedimientos de ejecución forzosa, conllevan el inicio de las acciones de responsabilidad a fin de determinar las causales de inacción, cuando se advierta que ello se produjo por una falta de diligencia. En estos casos podrá recurrirse a acciones disciplinarias o de responsabilidad funcional contra los servidores correspondientes.

La reforma realizada mediante el Decreto Legislativo N° 1452 modificó el párrafo segundo referido a las causales de suspensión del cómputo del plazo de esta prescripción. En la Exposición de Motivos de la reforma se explican estos cambios afirmando: "Sobre este punto consideramos necesario modificar el inciso 2, desagregando lo referido a que el cómputo debe reanudarse inmediatamente en caso que se configure alguno de los supuestos de suspensión del procedimiento de ejecución forzosa que contemple el ordenamiento vigente y/o se produzca cualquier causal que determine la paralización del procedimiento por más de veinticinco (25) días hábiles; y agregar un supuesto adicional por el cual se suspende el cómputo del plazo de prescripción con la presentación de la demanda de revisión judicial del procedimiento de ejecución forzosa, siendo que dicha suspensión se mantendría hasta la notificación de la resolución que declara concluido el proceso con calidad de cosa juzgada en forma desfavorable al administrado".

Esta reforma plantea una necesaria concordancia entre esta figura con el proceso de revisión de la legalidad y el Procedimiento de Ejecución Coactiva seguido por la Administración Pública. Conforme a ello, la norma incluye que el cómputo del plazo de prescripción se suspende en dos supuestos. El primero con la iniciación del procedimiento de ejecución forzosa, y en ese caso, el cómputo debe reanudarse inmediatamente en caso de que se configure alguno de los supuestos de suspensión del procedimiento de ejecución forzosa que contemple el ordenamiento vigente y/o se produzca cualquier causal que determine

la paralización del procedimiento por más de veinticinco (25) días hábiles. La segunda causal de suspensión será con la presentación de la demanda de revisión judicial del procedimiento de ejecución forzosa o cualquier otra disposición judicial que suspenda la ejecución forzosa, conforme al ordenamiento vigente. En este caso, la suspensión del cómputo opera hasta la notificación de la resolución que declara concluido el proceso con calidad de cosa juzgada en forma desfavorable al administrado.

Artículo 254

Caracteres del procedimiento sancionador⁽⁹⁴⁶⁾

254.1 *Para el ejercicio de la potestad sancionadora se requiere obligatoriamente haber seguido el procedimiento legal o reglamentariamente establecido caracterizado por:*

1. *Diferenciar en su estructura entre la autoridad que conduce la fase instructora y la que decide la aplicación de la sanción.*
2. *Considerar que los hechos probados por resoluciones judiciales firmes vinculan a las entidades en sus procedimientos sancionadores.*
3. *Notificar a los administrados los hechos que se le imputen a título de cargo, la calificación de las infracciones que tales hechos pueden constituir y la expresión de las sanciones que, en su caso, se le pudiera imponer, así como la autoridad competente para imponer la sanción y la norma que atribuya tal competencia.*
4. *Otorgar al administrado un plazo de cinco días para formular sus alegaciones y utilizar los medios de defensa admitidos por el ordenamiento jurídico conforme al numeral 173.2 del artículo 173, sin que la abstención del ejercicio de este derecho pueda considerarse elemento de juicio en contrario a su situación.*

252.2 *La Administración revisa de oficio las resoluciones administrativas fundadas en hechos contradictorios con los probados en las resoluciones judiciales con calidad de cosa juzgada, de acuerdo con las normas que regulan los procedimientos de revisión de oficio.*

(Texto según el artículo 234 de la Ley N° 27444, modificado según el artículo 2 Decreto Legislativo N° 1272)

**CONCORDANCIA EXTERNA**

- D.S. N° 043-2003-PCM: TUO de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública (art. 17, inc. 3, confidencialidad de la información del procedimiento sancionador durante 6 meses).

**CONCORDANCIAS INTERNAS**

- Art. 66, 5: Información obligatoria en procedimientos de oficio.
- Art. 172.2: Presentación de alegaciones.
- Art. 215: Irrevisibilidad de actos judicialmente confirmados.
- Art. 248: Principios de la potestad sancionadora administrativa.
- Art. 256: Medidas de carácter provisional.
- Art. 258: Resolución del procedimiento sancionador.

(946) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 234 de la Ley N° 27444.

Comentario

Sin llegar a establecer un diseño acabado y uniforme para el procedimiento administrativo sancionador este artículo fija cuatro reglas fundamentales que no pueden ser incumplidas en cualquier procedimiento de este tipo: i) la diferencia estructural entre la autoridad instructora y la autoridad que impone la sanción; ii) la notificación de cargos al administrado con información suficiente para ejercer su derecho de defensa; iii) el derecho al plazo para ejercer su defensa; y, iv) la sujeción de la Administración Pública a los hechos comprobados por la autoridad jurisdiccional, aun cuando el procedimiento sancionador hubiere concluido. Veamos el análisis correspondiente:

I. LA NOTIFICACIÓN DE CARGOS Y EL DERECHO A LA COMUNICACIÓN PREVIA Y DETALLADA DE LA ACUSACIÓN

Como ha manifestó nuestro Tribunal Constitucional⁽⁹⁴⁷⁾, de conformidad con el artículo 8.2.b) de la Convención Americana de Derechos Humanos, una vez que se formula una acusación, esta debe ser comunicada de manera “previa y detallada” al inculpado. Al respecto, precisa que en la sentencia del Caso *Barreto Leiva vs. Venezuela*, de fecha 17 de noviembre de 2009, la Corte Interamericana ha precisado que el ejercicio de este derecho se satisface cuando:

- a. Se le informa al interesado no solamente de la causa de la acusación, esto es, las acciones u omisiones que se le imputan (tiempo, lugar y circunstancias), sino también las razones que llevan al Estado a formular la imputación, los fundamentos probatorios de esta y la caracterización legal que se da a esos hechos.
- b. La información es expresa, clara, integral y suficientemente detallada para permitir que el acusado ejerza plenamente su derecho a la defensa y muestre al juez su versión de los hechos. Esto quiere decir que la acusación no puede ser ambigua o genérica.

En sentido similar, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en lo sucesivo, el Tribunal Europeo) en la sentencia del Caso *Aygooban y otros c. Turquía*, de fecha 22 de diciembre de 2005, precisó que toda persona acusada tiene derecho a ser informada de los motivos de la acusación, entendiendo por ellos, tanto los actos en los cuales se sustenta, como su naturaleza, esto es, la calificación legal de tales actos. Además, la información sobre los motivos y la naturaleza de la acusación debe ser adecuada para permitirle al acusado preparar su defensa.

A decir de la Corte Interamericana, este derecho “rige incluso antes de que se formule una ‘acusación’ en sentido estricto”. Para que se satisfaga los fines que le son inherentes, es “necesario que la notificación ocurra previamente a que el

(947) STC Exp. N° 00156-2012-PHC/TC, Lima. César Humberto Tineo Cabrera.

inculpado rinda su primera declaración ante cualquier autoridad pública”. Evidentemente, el “contenido de la notificación variará de acuerdo al avance de las investigaciones, llegando a su punto máximo (...) cuando se produce la presentación formal y definitiva de cargos. Antes de ello y como mínimo, el investigado deberá conocer con el mayor detalle posible los hechos que se le atribuyen”.

Y es que la transición entre “investigado” y “acusado” –y en ocasiones incluso “condenado”– puede producirse de un momento a otro. Por ello, la Corte Interamericana ha subrayado que no “puede esperarse a que la persona sea formalmente acusada o que (...) se encuentre privada de la libertad para proporcionarle la información [expresa, clara, integral y suficientemente detallada] de la que depende el oportuno ejercicio del derecho a la defensa”.

Ahora bien, el hecho de que el inculpado pudiese conocer por los medios de comunicación respecto del tema de la investigación, ello no le exime al Estado de su obligación de informarle previa y detalladamente el contenido de la acusación. Tomando en cuenta dicha circunstancia, la Corte Interamericana ha enfatizado que “[e]l investigado, antes de declarar, tiene que conocer de manera oficial cuáles son los hechos que se le imputan, no solo deducirlos de la información pública o de las preguntas que se le formulan” (Caso *Barreto Leiva vs. Venezuela*).

En buena cuenta, la finalidad de este derecho es brindarle al acusado en forma oportuna todos los elementos de hecho y de derecho, así como los medios probatorios que fundamentan la acusación con el fin de que este pueda ejercer en forma adecuada y razonable su derecho a la defensa.

Ahora bien, frente al ejercicio de la potestad sancionadora por las entidades, el trámite de formulación de cargos es esencialísimo en el procedimiento sancionador, por cuanto es este acto procedimental que permite al administrado informarse cabalmente de los hechos imputados calificados como ilícitos y de una serie de información indispensable (calificación de los hechos, posibles sanciones, autoridad competente, etc.) a efecto de poder articular todas las garantías que su derecho al debido procedimiento le facultan.

De alguna manera se puede decir que la estructura de defensa de los administrados reposa en la confianza en la notificación preventiva de los cargos, que a estos efectos deben reunir los requisitos de:

- a. **Precisión.** Debe contener todos los elementos enunciados en este artículo para permitir la defensa de los imputados, incluyendo el señalamiento de los hechos que se le imputen, la calificación de las infracciones que tales hechos pueden construir, la expresión de las sanciones que se le pudiera imponer así como la autoridad competente para imponer la sanción con la norma que atribuya tal competencia. Estos elementos deben ser precisos y no sujetos a inferencias o deducciones por parte de los imputados como, por ejemplo, si se pretendiera reemplazar la calificación de los hechos o la

sanción aplicable con la referencia a la norma legal que tipifica la conducta o la indicación de la autoridad que resuelve el procedimiento con la mención al nombre del entidad en el membrete del oficio.

- b. **Claridad.** Posibilidad real de entender los hechos y la calificación que ameritan sea susceptible de conllevar la calificación de ilícitos por la Administración Pública.
- c. **Inmutabilidad.** No puede ser variado por la autoridad en virtud de la doctrina de los actos propios inmersa en el principio de conducta procedimental.
- d. **Suficiencia.** Debe contener toda la información necesaria para que el administrado la pueda contestar, tales como los informes o documentación que sirven de sustentó al cargo⁽⁹⁴⁸⁾.

Se infringe, por lo tanto, esta regla en cualquiera de los siguientes casos:

- i. Cuando la Administración Pública omite totalmente la previa formulación de los cargos (bien de los hechos o de su respectiva calificación legal).
- ii. Cuando la Administración Pública formula cargos pero con información incompleta, imprecisa o poco clara.

(948) El Tribunal Constitucional ha establecido la necesidad de la plenitud del cargo en los términos siguientes:

"El derecho de defensa constituye un derecho fundamental de naturaleza procesal que conforma el ámbito del debido proceso. En cuanto derecho fundamental se proyecta como principio de interdicción de ocasionarse indefensión y como principio de contradicción de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de algunas de las partes de un proceso o de un tercero con interés.

En el presente caso, el Tribunal Constitucional estima que se ha lesionado el derecho de defensa en la medida en que la omisión de proveer el informe de la comisión que sustentaba la sanción propuesta no permitió que el demandante conociera los exactos términos de la forma en que el órgano investigador había analizado los cargos atribuidos y su responsabilidad en las infracciones imputadas. Solo conociendo estos aspectos, el demandante podía ejercer su derecho de defensa de manera idónea y eficaz. Idónea en cuanto era la forma apropiada o indicada, no existiendo otra a través de la cual podía ilustrar al órgano que debía imponer la sanción y, así, controvertir o contradecir ante aquel —en cuanto órgano decisorio— los cargos efectuados por el órgano que se hizo del procedimiento de investigación. Y, eficaz, por cuanto el propósito de impedir indefensión frente al criterio asumido por el órgano investigador (Comisión y Jefe de la Oficina General de Control Interno del Poder Judicial) se alcanzaba solo conociendo la conclusión final que aquel asumía en el citado informe.

Debe destacarse singularmente este extremo, dado que no es lo mismo que el procesado controverta y ejerza su derecho de defensa ante el órgano investigador, como efectivamente ocurrió en este caso, que si efectúa el descargo respecto a la acusación no ante el referido órgano, sino ante el órgano que ha de aplicar o resolver la sanción. Esto crearía, además una situación de desigualdad de fondo incompatible con el debido proceso, porque el procesado está en desventaja respecto a la Administración, puesto que no puede ilustrar o controvertir, directamente, frente al órgano sancionador los cargos del informe. El órgano resolutor solo conoce la apreciación de los hechos por parte del órgano investigador, sin que, respecto a ello, el procesado haya podido ejercer su derecho de defensa" (STC Exp. N° 1003-1998-AA/TC, confirmada luego en la STC Exp. N° 649-2002-AA).

- iii. Cuando la Administración Pública formula cargos, pero otorga un plazo reducido para poder ejercer adecuadamente el derecho de defensa. En este sentido, la garantía preventiva del cargo se justifica en el respeto al derecho de defensa del administrado concernido, dado que este derecho "(...) consiste en la facultad de toda persona de contar con el tiempo y los medios necesarios para ejercerlo en todo tipo de procesos, incluidos los administrativos, lo cual implica, entre otras cosas, que sea informada con anticipación de las actuaciones iniciadas en su contra"⁽⁹⁴⁹⁾.
- iv. Cuando la Administración Pública formula cargos por unas razones y luego basa su decisión definitiva en hechos distintos o en una nueva calificación legal de los hechos a los que sirvieron de base a la formulación previa de los cargos. No es legítimo que la Administración Pública pueda, producto de la instrucción, sancionar al administrado respecto de hechos que no se ha defendido, ni por cargos que no han sido los advertidos con anterioridad⁽⁹⁵⁰⁾.

II. EL DERECHO A LA CONCESIÓN DEL TIEMPO Y LOS MEDIOS ADECUADOS PARA PREPARAR LA DEFENSA⁽⁹⁵¹⁾

El Tribunal Constitucional ha caracterizado este derecho como un derecho constitucional a partir de la regla por la que se tiene "El derecho a contar con el tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa" previsto en el artículo 8.2.c) de la Convención Americana de Derechos Humanos. A decir de la Corte Interamericana, este derecho "obliga al Estado a permitir el acceso del inculgado al conocimiento del expediente llevado en su contra" y le exige que se respete el "principio del contradictorio, que garantiza la intervención de aquél en el análisis de la prueba" (Caso *Barreto Leiva vs. Venezuela*).

(949) Tesis del Tribunal Constitucional sustentada en sus STC Exps. N°s 1003-98-AA/TC, 0649-2002-AA/TC y 2659-2004-AA.

(950) Tesis del Tribunal Constitucional sustentada en su STC Exp. N° 618-2000-AA/TC. Ahí estableció: "(...) Que, en el caso de autos, conforme se ha dejado anotado en el fundamento jurídico tercero, si bien la demandante fue sometida a un proceso disciplinario, donde se le procesó por 'irregularidad en el ejercicio de sus funciones'; sin embargo, no sucedió lo mismo con la otra falta que también se ha considerado como relevante al momento de sancionársele; privándose de este modo, y en lo que a este aspecto concreto se refiere, de su legítimo derecho de poder formular los descargos y ofrecer las pruebas pertinentes destinadas a desvirtuarlas. Que, en consecuencia, y según es una doctrina consolidada por este Tribunal Constitucional en diversos precedentes, cuando un órgano administrativo se encuentra autorizado por la ley para ejercer potestades sancionatorias, es absolutamente imprescindible que en tal ejercicio de la atribución conferida se tenga que respetar inexorablemente los derechos fundamentales de los individuos, de tal modo que, en caso de que no se garantice su pleno ejercicio o simplemente se opte por desconocerlos, ello en sí mismo supone que las atribuciones ejercidas tengan que entenderse como viciadas de arbitrariedad y, por tanto, susceptibles de ser reparadas a través del proceso constitucional del amparo".

(951) STC Exp. N° 00156-2012-PHC/TC, Lima. César Humberto Tineo Cabrera.

En el Caso *Tribunal Constitucional vs. Perú*, la Corte Interamericana concluyó que el Estado peruano había violado el derecho al debido proceso porque “[e]l plazo otorgado [por el Congreso de la República a los magistrados] para ejercer su defensa fue extremadamente corto, considerando la necesidad del examen de la causa y la revisión del acervo probatorio a que tiene derecho cualquier imputado”.

Igualmente, en la sentencia del Caso *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, de fecha 30 de mayo de 1999, la Corte Interamericana consideró que el Estado peruano había violado este derecho, puesto que de acuerdo al Código de Justicia Militar, una vez producida la acusación fiscal se concedía a la defensa doce horas para conocer los autos, tiempo a todas luces insuficiente y muy reducido para poder prepararla adecuadamente.

En esa misma línea, el Tribunal Constitucional⁽⁹⁵²⁾ recuerda que: “En el Caso *Barreto Leiva vs. Venezuela*, la Corte Interamericana ha precisado que el derecho a la defensa debe necesariamente poder ejercerse desde que se señala a una persona como posible autor o partícipe de un hecho punible y solo culmina cuando finaliza el proceso, incluyendo, en su caso, la etapa de ejecución de la pena. Sostener lo opuesto implicaría supeditar las garantías convencionales que protegen el derecho a la defensa (...) a que el investigado encuentre en determinada fase procesal, dejando abierta la posibilidad de que con anterioridad se afecte un ámbito de sus derechos a través de actos de autoridad que desconoce o a los que no puede controlar u oponerse con eficacia, lo cual es evidentemente contrario a la Convención Americana”.

En efecto, impedir que la persona ejerza su derecho a la defensa desde que se inicia la investigación en su contra y el hecho que la autoridad disponga o ejecute actos que implican afectación de derechos es potenciar los poderes investigativos del Estado en desmedro de los derechos fundamentales de la persona investigada. El derecho a la defensa obliga al Estado a tratar al individuo en todo momento como un verdadero sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como objeto del mismo. Por dicha razón, en la sentencia del Caso *Fermín Ramírez vs. Guatemala*, la Corte Interamericana subrayó que: “[l]a descripción material de la conducta imputada” recogida en la acusación constituye “la referencia indispensable para el ejercicio de la defensa del imputado y la consecuente consideración del juzgador en la sentencia. De ahí que el imputado tenga derecho a conocer, a través de una descripción clara, detallada y precisa, los hechos que se le imputan. La calificación jurídica de estos puede ser modificada durante el proceso por el órgano acusador o por el juzgador, sin que ello atente contra el derecho de defensa, cuando se mantengan sin variación los hechos mismos y se observen las garantías procesales previstas en la ley para llevar a cabo la nueva calificación”.

(952) Ídem.

Como se ha sostenido en la STC Exp. N° 00090-2004-AA/TC, el derecho a la defensa protege el derecho a no quedar en estado de indefensión en cualquier etapa del proceso judicial o del procedimiento administrativo sancionatorio. Este estado de indefensión no solo es evidente cuando, pese a atribuírsele la comisión de un acto u omisión antijurídico, se sanciona a un justiciable o a un particular sin permitirle ser oído o formular sus descargos, con las debidas garantías, sino también a lo largo de todas las etapas del proceso o procedimiento y frente a cualquier tipo de articulaciones que se puedan promover.

Este derecho se ejerce a través de otros derechos, tales como el derecho a ejercer su autodefensa material; el derecho a intervenir, en igualdad de condiciones, en la actividad probatoria; el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes; el derecho a guardar silencio o abstenerse de declarar; el derecho a no autoincriminarse; el derecho a la defensa técnica; el derecho a traductor o intérprete; el derecho a ser oído, entre otros.

III. LA SUJECIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN SANCIONADORA A LO QUE SE RESUELVA EN VÍA JURISDICCIONAL

La preocupación en la necesaria coherencia entre la vía jurisdiccional, que posee carácter cosa juzgada, y la administrativa, que únicamente alcanza cosa decidida, se hace patente en este artículo comentado. Por un lado se contempla como condición natural de cualquier procedimiento sancionador “considerar que los hechos probados por resoluciones judiciales firmes vinculan a las entidades en sus procedimientos sancionadores”, estableciendo un parámetro que debe cumplir toda autoridad sancionadora e instructora, respecto a lo que haya sido establecido en sede jurisdiccional o arbitral. No podría darse una discordancia tan preocupante como se produzcan decisiones contradictorias respecto a los mismos hechos. Pero, por otro lado, la reforma acoge una figura interesante por la que las entidades de la Administración Pública revisan de oficio cualquier resolución administrativa, aunque se encuentren firmes, en caso se encuentren fundadas en hechos contradictorios con los probados en las resoluciones judiciales con calidad de cosa juzgada. De este modo, no podría mantenerse resultados distintos entre la vía judicial y administrativa.

Artículo 255

Procedimiento sancionador⁽⁹⁵³⁾

Las entidades en el ejercicio de su potestad sancionadora se ciñen a las siguientes disposiciones:

1. *El procedimiento sancionador se inicia siempre de oficio, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, petición motivada de otros órganos o entidades o por denuncia.*
2. *Con anterioridad a la iniciación formal del procedimiento se podrán realizar actuaciones previas de investigación, averiguación e inspección con el objeto de determinar con carácter preliminar si concurren circunstancias que justifiquen su iniciación.*
3. *Decidida la iniciación del procedimiento sancionador, la autoridad instructora del procedimiento formula la respectiva notificación de cargo al posible sancionado, la que debe contener los datos a que se refiere el numeral 3 del artículo precedente para que presente sus descargos por escrito en un plazo que no podrá ser inferior a cinco días hábiles contados a partir de la fecha de notificación.*
4. *Vencido dicho plazo y con el respectivo descargo o sin él, la autoridad que instruye el procedimiento realizará de oficio todas las actuaciones necesarias para el examen de los hechos, recabando los datos e informaciones que sean relevantes para determinar, en su caso, la existencia de responsabilidad susceptible de sanción.*
5. *Concluida, de ser el caso, la recolección de pruebas, la autoridad instructora del procedimiento concluye determinando la existencia de una infracción y, por ende, la imposición de una sanción; o la no existencia de infracción. La autoridad instructora formula un informe final de instrucción en el que se determina, de manera motivada, las conductas que se consideren probadas constitutivas de infracción, la norma que prevé la imposición de sanción; y, la sanción propuesta o la declaración de no existencia de infracción, según corresponda.
*Recibido el informe final, el órgano competente para decidir la aplicación de la sanción puede disponer la realización de actuaciones complementarias, siempre que las considere indispensables para resolver el procedimiento. El informe final de instrucción debe ser notificado al administrado para que formule sus descargos en un plazo no menor de cinco (5) días hábiles.**
6. *La resolución que aplique la sanción o la decisión de archivar el procedimiento será notificada tanto al administrado como al órgano u entidad que formuló la solicitud o a quién denunció la infracción, de ser el caso.*

(Texto según el artículo 235 de la Ley N° 27444, modificado según el artículo 2 Decreto Legislativo N° 1272)

(953) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 235 de la Ley N° 27444.



CONCORDANCIAS INTERNAS

- Art. 115: Inicio del procedimiento de oficio.
- Art. 116: Derecho a formular denuncias.
- Art. 172.2: Plazo para descargos y alegaciones.
- Art. 191: Proyecto de resolución.
- Art. 254: Caracteres del procedimiento sancionador.
- Art. 256: Medidas de carácter provisional.

Comentario

I. INSTRUCCIÓN PREVENTIVA

Con la finalidad única de determinar, con carácter preliminar, la existencia de circunstancias justificativas del inicio formal del procedimiento administrativo sancionador, las autoridades con competencia para investigar los presuntos actos indebidos, están facultadas para la apertura de una actuación previa a la incoación formal del procedimiento.

Estas actuaciones de instrucción estarán orientadas a actuar la evidencia necesaria a efectos de precisar con mayor exactitud los hechos susceptibles de motivar el procedimiento, la identificación de los presuntos involucrados, las circunstancias relevantes del caso, y la evidencia que será necesario actuar dentro del procedimiento sancionador en sí. No se trata de una instrucción completa del caso y de sus responsables, sino solo una indagación con efecto de delimitar mejor los contornos del caso y que la sustanciación del procedimiento en sí, sean más breves.

Si no llegase a identificar materia investigable, produce el archivamiento de la instrucción preliminar mediante acto expreso y motivado, que vincula a la autoridad administrativa, por lo que debe notificarse lo así decidido a quien motivara su apertura (superior jerárquico, denunciante, etc.).

Como su propia naturaleza lo hace evidente, estas actuaciones previas no forman parte del procedimiento administrativo sancionador, poseyendo la calidad de antecedente que no interrumpe el plazo prescriptorio.

II. ACTO DE INICIACIÓN

La iniciación del procedimiento se conforma en un acto administrativo bajo forma de resolución que sirve de la delimitación de la potestad sancionadora que se activa. Cualquier ampliación posterior, de administrados, de hechos o de calificación jurídica, debe ser materia de un nuevo procesamiento.

Por lo general este acto debe contener la identificación de los antecedentes que motivan la apertura (denuncia, orden superior, cumplimiento de un deber legal, etc.), de los administrados objeto de la posible sanción administrativa, la exposición breve de los hechos que puedan corresponder, la norma legal que

ampara el inicio del procedimiento, la adopción de las medidas provisionales que fueran del caso apreciar. Adicionalmente deben tenerse en cuenta el cumplimiento de la entrega de la información a que alude el numeral 66.5 del artículo 66 del TUO de la LPAG, por el cual debe informarse en la notificación además, el plazo estimado de duración, derechos y obligaciones en el procedimiento, etc.

III. NOTIFICACIÓN DEL CARGO

Conjuntamente con la notificación del acto de apertura debe hacerse conocer al administrado el cargo que se solicita absuelva, como forma de imputación provisional. El plazo mínimo para la absolución de cargos es de cinco (05) días hábiles desde el día siguiente de realizada la notificación personal del cargo. Con lo que se busca proteger el derecho de los administrados o contar con el tiempo necesario para la preparación de la defensa. En lo demás se sigue por lo comentado en el artículo 254.

IV. INSTRUCCIÓN DEL PROCEDIMIENTO

El instructor del procedimiento debe practicar de oficio toda la evidencia que sea necesaria para llegar a la verdad material del caso, siguiendo para ello las disposiciones de la LPAG.

V. LA PROPUESTA DE SANCIÓN

Concluida la actuación probatoria, el instructor elabora la propuesta de resolución, en la que deberá hacer constar los siguientes aspectos: i) la relación circunstanciada de los hechos investigados; ii) la(s) persona(s) autores del ilícito investigado; iii) la norma legal que tipifica como ilícito el o los hechos a sancionar; iv) el análisis de los elementos de prueba acumulados en el procedimiento, con énfasis en aquellas que le formen convicción sobre la autoría; v) las condiciones personales del instruido que puedan tener influencia para determinar la gravedad de los hechos; vi) las razones por las cuales desestiman los descargos presentados por los instruidos; y, vii) la sanción elegida (justificando la elección realizada) o la absolución. La autoridad instructora formula un informe final de instrucción en el que se determina, de manera motivada, las conductas que se consideren probadas constitutivas de infracción, la norma que prevé la imposición de sanción; y, la sanción propuesta o la declaración de no existencia de infracción, según corresponda.

Recibido el informe final, el órgano competente para decidir la aplicación de la sanción puede disponer la realización de las actuaciones complementarias, siempre que las considere indispensables para resolver el procedimiento. El informe final de instrucción debe ser notificado al administrado para que formule sus descargos en un plazo no menor de cinco (5) días hábiles.

VI. DECISIÓN ADMINISTRATIVA

La decisión importa la acusación definitiva y la aplicación de la sanción específica que la legislación considera aplicable al caso. En particular, cobra interés el requisito de la motivación, por cuanto esta debe ser suficiente para sustentar todo el contenido, incluyendo la prueba actuada, la convicción que ellas forman, la forma en que se ha elegido la sanción a aplicar, etc.

En cuanto a los hechos, se deben argumentar la fijación de hechos sancionables, la evidencia que existe en cada caso y la calificación jurídica de tales hechos.

Artículo 256 **Medidas de carácter provisional**⁽⁹⁵⁴⁾

- 256.1 *La autoridad que tramita el procedimiento puede disponer, en cualquier momento, la adopción de medidas de carácter provisional que aseguren la eficacia de la resolución final que pudiera recaer, con sujeción a lo previsto por el artículo 157.*
- 256.2 *Las medidas que se adopten deberán ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidad de los objetivos que se pretende garantizar en cada supuesto concreto.*
- 256.3 *No se puede dictar medidas de carácter provisional que puedan causar perjuicio de difícil o imposible reparación a los interesados o que impliquen violación de sus derechos.*
- 256.4 *Las medidas de carácter provisional no pueden extenderse más allá de lo que resulte indispensable para cumplir los objetivos cautelares concurrentes en el caso concreto.*
- 256.5 *Durante la tramitación, la autoridad competente que hubiese ordenado las medidas de carácter provisional las revoca, de oficio o a instancia de parte, cuando compruebe que ya no son indispensables para cumplir los objetivos cautelares concurrentes en el caso concreto.*
- 256.6 *Cuando la autoridad constate, de oficio o a instancia de parte, que se ha producido un cambio de la situación que tuvo en cuenta al tomar la decisión provisional, esta debe ser cambiada, modificando las medidas provisionales acordadas o sustituyéndolas por otras, según requiera la nueva medida.*
- 256.7 *El cumplimiento o ejecución de las medidas de carácter provisional que en su caso se adopten, se compensan, en cuanto sea posible, con la sanción impuesta.*
- 256.8 *Las medidas de carácter provisional se extinguen por las siguientes causas:*
- 1. Por la resolución que pone fin al procedimiento en que se hubiesen ordenado. La autoridad competente para resolver el recurso administrativo de que se trate puede, motivadamente, mantener las medidas acordadas o adoptar otras hasta que dicte el acto de resolución del recurso.*
 - 2. Por la caducidad del procedimiento sancionador.*

(Texto según el artículo 236 de la Ley N° 27444, modificado según el artículo 2 Decreto Legislativo N° 1272)

**CONCORDANCIAS INTERNAS**

- Art. 66, 10: Derechos de los administrados a que las actuaciones que los afecten sean lo menos gravosas.
- Art. 92.2: Impedimento de los órganos inferiores de sostener competencia con un órgano superior.

(954) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 236 de la Ley N° 27444.

- Art. 157: Medidas cautelares.
- Art. 226.4: Suspensión de la ejecución de un acto. Establecimientos de medidas cautelares.
- Art. 236: Procedimiento trilateral. Medidas cautelares.
- Art. 258.2: Resolución del procedimiento sancionador. Medidas cautelares.

Comentario

El presente artículo faculta, habilita y autoriza a todas las autoridades competentes para instruir un procedimiento sancionador para dictar, a su interior, medidas provisionales con el objetivo de asegurar la eficacia de la resolución final que pudiera recaer, y, en cuanto a su contenido, deberán ajustarse, entre otros aspectos, a los objetivos que se pretende garantizar en cada supuesto en concreto.

La medida provisional constituye una decisión administrativa (acto administrativo) exorbitante e instrumental adoptada de manera unilateral y discrecional por la autoridad instructora del procedimiento con el objeto de asegurar la eficacia de la acción administrativa a su cargo. No constituye una sanción administrativa, sino una medida provisional que trata de impedir que continúe una actividad ilícita detectada. Puede consistir en una multiplicidad de contenidos: desde la típica suspensión de los efectos de actos administrativos impugnados por los administrados hasta la suspensión de obras, permisos, licencias, concesiones, de funcionarios y servidores públicos, cesación de actos denunciados, derechos *antidumping* provisionales, retención de productos o bienes, inmovilización e internamiento de vehículos, incautación de documentos o decomiso de bienes, entre otras.

Es importante advertir que si bien la concepción jurídica de las medidas provisionales administrativas ha tomado como referencia la concepción procesal de las medidas cautelares, presentan singularidades que las individualizan, por lo que no cabe extrapolar conceptos y reglas entre ellas. La más importante singularidad, es que la medida cautelar judicial se organiza sobre la base de la noción del derecho a la tutela judicial efectiva, que hace la concepción de tutela cautelar, mientras que la medida provisional del procedimiento administrativo, constituye una potestad administrativa que no se establece ni en favor del administrado, ni en garantía de sus derechos, sino precisamente a la inversa, en favor del interés general que le corresponde tutelar a la Administración Pública, por lo que estas medidas contienen restricciones a los derechos e intereses de los administrados.

En este orden de ideas, las medidas provisionales administrativas participan de los presupuestos de las medidas cautelares, pero con algunos matices indispensables para una mejor concordancia con el cambio de fundamento ya señalado. Participan de los presupuestos comunes de peligro en la demora y adecuación, más el requisito de la apariencia de buen derecho es sustituido por la apariencia de fundamento de la pretensión sancionadora sobre la base de la conciencia de

la ilegalidad de la acción que se pretende afectar con la medida provisional. Por ello, mientras para la procedencia de la medida cautelar es indispensable satisfacer el requisito de la apariencia del buen derecho de quien lo solicita, en el procedimiento administrativo no se aplica este requisito, sino más bien el de la verosimilitud del carácter ilegal de aquella conducta del particular que se pretende alterar precisamente con la medida provisional.

En cuanto a las características de las medidas provisionales, como se ha podido apreciar antes, las medidas de carácter provisional tienen un carácter instrumental notable: asegurar la eficacia de la resolución final que pudiera recaer. Con ello, el legislador ha querido resaltar que la medida provisional está dirigida a asegurar el valor de eficacia de la acción administrativa, de modo que la medida provisional proceda cuando sea necesario para asegurar la eficacia de la acción administrativa en curso en dos dimensiones: i) la eficacia de la ejecución de la decisión final a emitirse (peligro abstracto del transcurso del tiempo); y, ii) la eficacia en el logro del interés público confiado a las entidades, evitando el mantenimiento de los efectos de la conducta antijurídica (por ejemplo, suspensión de permisos de vuelos, clausura temporal de instalaciones, suspensión de licencias o autorizaciones de todo tipo, etc.).

Es importante tener en cuenta que una lectura conjunta de los artículos 256 y 157 del TUO de la LPAG, nos permiten afirmar que la decisión que se adopte como medida provisional debe satisfacer la exigencia de tipicidad⁽⁹⁵⁵⁾, esto es, que la medida provisional a adoptarse debe estar establecida en la LPAG o en otras disposiciones aplicables. Esta disposición, en la doctrina⁽⁹⁵⁶⁾ ha sido entendida desde dos perspectivas: por la primera, la norma exige que las normas prevean la atribución o competencia de adoptar las medidas provisionales en el seno de los procedimientos sancionadores (exigencia de una cobertura legal de la potestad de disponer medidas provisionales). En esta hipótesis, con los alcances del artículo 256 del TUO de la LPAG, en cuanto atribuye a las autoridades sancionadoras la posibilidad de adoptar medidas provisionales, la condición estaría cumplida.

La segunda interpretación posible de la norma, exige que las normas administrativas predeterminen las medidas concretas a adoptarse como disposiciones provisionales, de modo que la Administración Pública no posea discrecionalidad para dotar de contenido a la potestad de adoptar medidas provisionales,

(955) Contenido en el artículo 157 del TUO de la LPAG, cuando dispone que: "(...) puede adoptar, provisoriamente bajo su responsabilidad, las medidas cautelares establecidas en esta ley u otras disposiciones jurídicas aplicables".

(956) PONS CÁNOVAS, Ferran. *Las medidas provisionales en el procedimiento administrativo sancionador*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2001, p. 131 y ss.

sino que solo sería el aplicador de aquellas medidas provisionales previstas ya en alguna norma administrativa. Para quienes siguen esta tesis, cada medida provisional debería haber sido previamente explicitada en alguna norma aplicable, esto es, que no puede ser creada directamente mediante un acto administrativo sino que necesita de norma previa, de modo que estemos frente a la aplicación al caso concreto de una hipótesis normativa ya configurada. Nótese que esta exigencia tampoco constituye una reserva de ley, desde que no pide que la medida provisional haya sido contemplada con una norma con rango de ley, sino que simplemente sea establecida en “alguna disposición jurídica aplicable”. Lo que busca esta norma es que la autoridad no tenga la aptitud de crear o inventar medidas provisionales *ad hoc* o para cada caso, sino que se encuentren en alguna norma previa a su adopción.

La Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1272 deja constancia respecto a los cambios introducidos en este artículo, lo siguiente:

“Con la modificación a este artículo, se parte de aclarar que aquella autoridad administrativa que tramita este tipo de procedimientos puede, en cualquier momento, disponer la puesta en vigencia de medidas provisionales (lo cual implica una redacción más precisa que la del antiguo num. 236.1 del art. 236 de la LPAG) y que estas medidas deberán salvar un indispensable juicio de proporcionalidad —en ese sentido el numeral 236.2 del artículo 236 de la LPAG y el antiguo numeral 236.3 del artículo 236 de la LPAG (actualmente num. 236.7 de la LPAG)— para luego pasar a efectuar una serie de precisiones al respecto.

Se especifica, entonces, que estas medidas no podrían dictarse si causan perjuicios de difícil o imposible reparación a los interesados o que impliquen violación de derechos (el nuevo num. 236.3 del art. 236 de la LPAG) y, además, no podrán extenderse más allá de lo que resulte necesario para la obtención de los objetivos para los cuales fueron propuestos (num. 236.4 del art. 236 de la LPAG).

Se añade, en lógica consecuencia con su carácter provisional, que estas medidas pueden ser revocadas —de oficio o a pedido de parte— por aquella autoridad que las dictó, si no son consideradas necesarias para obtener los objetivos cautelares buscados (num.236.5 del art. 236 de la LPAG). Esa misma autoridad, también tomando en cuenta su carácter provisional, puede modificar estas medidas provisionales o sustituirlas por otras si considera, de oficio o a pedido de parte, que cambiaron las condiciones que tuvo en su momento cuenta para dictarlas.

La detallada regulación prevista incluye, en el numeral 236.8 del artículo 236 de la LPAG, una referencia a las causales de extinción de estas medidas provisionales. Se establece como primera causal el que se emita una

resolución que ponga fin al procedimiento dentro del cual se dictaron estas medidas provisionales. Si esta resolución es recurrida, la autoridad que conoce el recurso puede mantener las medidas dadas o adoptar otras hasta que se resuelva el recurso. La segunda causal a invocar es la de la caducidad del procedimiento sancionador, regulada luego, con detalle, en el nuevo artículo 237-A de la LPAG”.

Artículo 257

Eximentes y atenuantes de responsabilidad por infracciones⁽⁹⁵⁷⁾

1. *Constituyen condiciones eximentes de la responsabilidad por infracciones las siguientes:*
 - a) *El caso fortuito o la fuerza mayor debidamente comprobada.*
 - b) *Obrar en cumplimiento de un deber legal o el ejercicio legítimo del derecho de defensa.*
 - c) *La incapacidad mental debidamente comprobada por la autoridad competente, siempre que esta afecte la aptitud para entender la infracción.*
 - d) *La orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones.*
 - e) *El error inducido por la Administración o por disposición administrativa confusa o ilegal.*
 - f) *La subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos a que se refiere el inciso 3) del artículo 255.*
2. *Constituyen condiciones atenuantes de la responsabilidad por infracciones las siguientes:*
 - a) *Si iniciado un procedimiento administrativo sancionador el infractor reconoce su responsabilidad de forma expresa y por escrito. En los casos en que la sanción aplicable sea una multa esta se reduce hasta un monto no menor de la mitad de su importe.*
 - b) *Otros que se establezcan por norma especial.*

(Texto según el artículo 236-A de la Ley N° 27444, modificado según el artículo 2 Decreto Legislativo N° 1272)

**CONCORDANCIAS INTERNAS**

- T.P. Art. IV, 1.4: Principio de razonabilidad.
- Art. 250: Reglas sobre el ejercicio de la potestad sancionadora.

Comentario
I. LOS EXIMENTES COMUNES A TODA LA POTESTAD ADMINISTRATIVA SANCIONADORA

La modificación a la LPAG tiene como uno de sus mayores aciertos la incorporación con carácter general de circunstancias eximentes y atenuantes comunes para ponderar conforme al principio de razonabilidad la responsabilidad administrativa incurrida por los administrados. Esta es una norma de carácter

(957) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 236-A de la Ley N° 27444.

común a todos los procedimientos sancionadores por lo que en el desarrollo de los procedimientos administrativos sancionadores especiales no pueden ser omitidos, condicionados y limitados en su extensión. Solo pueden ser adicionados con otros y nuevos supuestos propios de la especialidad de su materia. Antes de esa reforma, solo los ordenamientos especiales tenían atenuantes tasadas que era necesario generalizar para un mejor juicio de adecuación de la sanción administrativa, para que sea más apropiada y ajustada a las peculiaridades del caso concreto.

Se entiende por eximentes de responsabilidad a la exculpación de responsabilidad del autor de la infracción, esto es, la exculpación del sujeto responsable de la infracción y que le correspondería responder por la comisión de esta. De acuerdo al profesor OSSA ARBELÁEZ, los supuestos de exclusión o exención de responsabilidad del sujeto infractor son aquellos "(...) casos en los cuales se consideran dentro del marco del derecho ciertas lesiones a determinados intereses protegidos. En otra forma: está ajustado al ordenamiento jurídico que se sacrifiquen algunos derechos en beneficio de otros que se reputan superiores. De allí se deduce que una acción tipificada como delito resulta de acuerdo a derecho cuando concurren causas que la justifiquen"⁽⁹⁵⁸⁾.

Corresponde recordar que la determinación de responsabilidad administrativa deriva siempre de un procedimiento administrativo sancionador, por medio del cual la Administración Pública comprueba la comisión de una infracción e individualiza a un administrado calificándolo como autor de la misma.

En ese sentido, la atribución de responsabilidad presupone aceptar la noción clásica de infracción administrativa; esto es, una acción calificada por la Administración Pública como típica, antijurídica y culpable⁽⁹⁵⁹⁾. Es importante apoyarnos en estas características de la infracción administrativa porque de esta se deriva la responsabilidad y, por lo tanto, los eximentes de la misma descritos en el TUO de la LPAG.

La acción típica supone la realización de una conducta calificada específicamente por la norma como infracción. En esta labor se efectúa una depuración de hechos que no son relevantes o no requieren de una punición por parte de la Administración Pública, detallando las que ameritan ser tipificadas. No obstante, la sola realización de esta conducta tipificada como infracción no amerita de manera automática la imposición de una sanción, pues es necesario llevar a cabo una valoración en los niveles de antijuricidad y culpabilidad. Precisamente,

(958) OSSA ARBELÁEZ, Jaime. *Derecho Administrativo Sancionador. Una aproximación dogmática*. 2ª edición, Editorial Legis, Bogotá, 2009, p. 63.

(959) GÓMEZ TOMILLO, Manuel y SANZ RUBIALES, Iñigo. *Derecho Administrativo Sancionador. Parte general. Teoría general y práctica del Derecho Penal Administrativo*. 2ª edición, Thomson Reuters, Pamplona, 2010, p. 297.

los eximentes de responsabilidad recaerán sobre la antijuricidad y la culpabilidad de la infracción. Es decir, no obstante haberse incurrido en todos los elementos del tipo infractor por acción de la política represiva prevista en este artículo, se considera que el autor no es sancionable.

La antijuricidad supone un juicio de valor por el cual se determina si el comportamiento del infractor es, en el caso concreto, conforme o no al Derecho⁽⁹⁶⁰⁾ y, por lo tanto, se subsume en el tipo infractor determinado previamente por el legislador.

Por su parte, la culpabilidad conlleva un juicio sobre las situaciones fácticas en la cual se comprueba la intencionalidad del sujeto, la imputabilidad del sujeto (la capacidad mental del sujeto), la conciencia de la antijuricidad (error de prohibición) o de la actuación determinada del sujeto (ejercicio de un derecho o cumplimiento de un deber)⁽⁹⁶¹⁾.

II. CARACTERÍSTICAS

- (i) Los eximentes de responsabilidad presuponen la realización de la conducta infractora. Existe la comisión de una infracción y la individualización del autor de dicha infracción. No obstante, en atención a determinadas circunstancias previstas en esta norma, la responsabilidad del autor es eliminada.
- (ii) La existencia de un eximente lleva a eliminar de plano la posibilidad de aplicar una sanción. Son circunstancias que niegan la responsabilidad y, por ende, imposibilitan la aplicación de la sanción correspondiente. No cabe la imposición de sanciones una vez probada alguna de las causales de eximentencia de responsabilidad.

Sin embargo, como bien sostiene la doctrina, la imposibilidad de sancionar no supone que no pueda existir alguna otra respuesta jurídica⁽⁹⁶²⁾. En ese sentido, como sucede con los supuestos de atenuación, los eximentes de responsabilidad tienen efectos sobre la sanción, mas no sobre la posibilidad de poder aplicar las medidas correctivas correspondientes, puesto que estas no tienen un fin punitivo sino de restablecimiento de la legalidad que recae sobre el estado de cosas alterado con la comisión de la conducta infractora.

- (iii) La carga de la prueba se invierte en los supuestos de eximentes de responsabilidad, recayendo en el administrado que los alega. Dicho de otro modo, la comprobación de la responsabilidad debe ser probada por la Administración Pública, no correspondiéndole acreditar la inexistencia de eximentes.

(960) *Ibidem*, p. 445.

(961) *Ibidem*, p. 463.

(962) *Ibidem*, p. 476.

En ese sentido, la Administración Pública no podría probar un elemento negativo, como lo estaría haciendo en el caso de acreditar la ausencia de un eximente de responsabilidad, lo que se configura como una imposible prueba de hechos negativos⁽⁹⁶³⁾.

Por tanto, la carga de la prueba para los casos de los eximentes se invierte: el deber de probanza recaerá sobre el administrado que lo alega como parte de su defensa, siendo que la Administración Pública valorará en la instrucción del procedimiento estas pruebas aportadas y definirá si efectivamente se presentaron supuestos de la exclusión de responsabilidad.

III. FINALIDAD

Los eximentes de responsabilidad administrativa, o también llamados por la doctrina española causas de exculpación, están dirigidos a la exculpación del autor de la infracción administrativa. La exculpación de la responsabilidad supone la realización de la infracción, por ende, existe un autor que ha cometido la conducta calificada como infractora, pero que no responderá sobre ella.

De la misma manera que los atenuantes, la incidencia final de esta figura recae sobre la sanción. En los eximentes de responsabilidad, existe una infracción cometida, una conducta que merece *a priori* una sanción; pero que al darse determinados supuestos en la comisión de esta, no puede ni debe el sujeto merecer atribuirle la responsabilidad. Por tanto, a través de esta figura existe una negación de la antijuricidad en la acción o en la capacidad del sujeto de responder por la misma.

Como bien ha señalado OSSA ARBÉLAEZ, las causales que componen o complementan el cuadro del fenómeno de la justificación, como medio idóneo eximente de la responsabilidad, tienen un subfondo de separación o eliminación en la conducta del infractor. La consecuencia de su aplicación es hacer indemne a su autor de los efectos de su propia acción, por virtud del obrar extraño, bien sea del de otro sujeto o del obrar de la misma naturaleza. Es decir, el acto ilícito subyace en un mundo diferente, en un mundo distinto de la voluntariedad y de la libertad, ajeno al dominio propio y al querer hacer una cosa de su autor. En atención a ello, se habla de exclusión de la responsabilidad, por lo que los efectos del acto que se reprocha no resisten la responsabilidad del infractor⁽⁹⁶⁴⁾.

IV. CONDICIONES EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD

De conformidad con el TUO de la LPAG, las condiciones de eximentes de la responsabilidad por infracciones son las siguientes:

(963) *Ibidem*, p. 835.

(964) OSSA ARBÉLAEZ, Jaime. *Ob. cit.*, p. 65

- **Caso fortuito o fuerza mayor debidamente acreditados**

El caso fortuito o fuerza mayor atiende siempre a circunstancias imprevisibles, extraordinarias e irresistibles, que originan la comisión de la infracción. Como bien lo ha señalado OSSA ARBELÁEZ, en el caso de la fuerza mayor, esta se circunscribe a un acontecimiento ajeno a la persona y a la voluntad de quien la invoca, de manera tal que esa relevante circunstancia constituye una traba insalvable para el cumplimiento de una obligación⁽⁹⁶⁵⁾. En ese sentido, se está ante un escenario en que el sujeto no ha desarrollado una acción propia que haya sido determinante en la configuración de la infracción. Comúnmente se señala que la fuerza mayor está vinculada a hechos de la naturaleza, ajenos a la esfera de control del sujeto involucrado.

Por su parte, el caso fortuito se caracteriza porque es un proceso causal que no es obra de la naturaleza sino del hombre, habiendo, por lo demás, un resultado imprevisible e inevitable. En el caso fortuito existe, por lo tanto, obra del hombre y presenta un nexo causal entre la acción de este y el resultado; no obstante, es un proceso que no resulta previsible. En ese sentido, se caracteriza por su imprevisibilidad, inevitabilidad y, sobre todo, por la ausencia de relación entre la voluntad del agente y el resultado⁽⁹⁶⁶⁾.

La presencia de estos sucesos elimina la responsabilidad al no haber sido deseado el resultado por el autor o no haber podido ser evitado, a pesar de actuar con diligencia debida. Debido a que la conducta del presunto infractor no ha sido determinante para la configuración de la infracción, no puede exigirse responsabilidad administrativa⁽⁹⁶⁷⁾.

La imprevisibilidad se da cuando existen hechos fuera de lo ordinario: situaciones que no pudieron preverse, mientras que la irresistibilidad está vinculada a la imposibilidad de evitar el hecho a pesar de las medidas tomadas. Ambas características, junto con la extraordinariedad, son compartidas en el caso fortuito y en la fuerza mayor. Así, ejemplos claros de caso fortuito son los accidentes imprevistos, mientras que los ejemplos de fuerza mayor son los fenómenos naturales o las graves condiciones climatológicas.

A estos elementos se le debe añadir el proceder con debida diligencia por parte del sujeto. Esto significa que debió haber adoptado las medidas necesarias para evitar los resultados infractores provenientes de los hechos fortuitos, por lo que toda producción de un resultado típico que no se deba, al menos, a

(965) OSSA ARBELÁEZ, Jaime. Ob. cit., p. 319.

(966) *Ibidem*, p. 321.

(967) DE PALMA DEL TESO, Ángeles. "Principio de culpabilidad: Causas de exclusión y atenuación". En: *Diccionario de sanciones administrativas*. Lozano Cutanda Blanca (directora). 1ª edición, Iustel, Madrid, 2010, p. 700.

un comportamiento culposo e imprudente debe considerarse como fortuita y, en consecuencia, excluirse de lo sancionadoramente relevante⁽⁹⁶⁸⁾.

Los hechos que configuran el caso fortuito o fuerza mayor y su causalidad, conforme lo establece la norma, deben estar debidamente acreditados, recayendo la carga de la prueba en el administrado. En ese sentido, debe demostrarse la notoriedad o significancia del hecho imprevisible o inevitable como causa de la conducta que se imputa.

- **Obrar en cumplimiento de un deber legal o el ejercicio legítimo del derecho de defensa**

Este eximente de responsabilidad está vinculado a la materialización de acciones infractoras que se originan en el cumplimiento de disposiciones normativas o del ejercicio de un determinado derecho. Ambas constituyen supuestos que eliminan la antijuricidad de la acción ilícita, por lo que la acción cometida no es contraria a Derecho en la circunstancia concreta, en la medida que el accionar del sujeto se encuentra amparado en el ordenamiento.

Como bien lo desarrolla el profesor REBOLLO PUIG, “el ordenamiento jurídico establece conductas obligatorias a cargo de los ciudadanos, que constituyen auténticos deberes. Del mismo modo, reconoce y consagra derechos, que son ámbitos de actuación libre y sin interferencias externas. De esta manera, cuando los ciudadanos actúan amparados en uno de estos dos últimos supuestos, es decir, cumpliendo un deber o ejercitando un derecho, impuesto o reconocido respectivamente por el ordenamiento, resulta obvio que actúan de conformidad con él, por lo que dicha actuación, aun cuando haya sido identificada como un tipo infractor no podrá ser sancionada por no ser antijurídica”⁽⁹⁶⁹⁾.

El obrar en cumplimiento de un deber legal implica que existe una acción u omisión establecida por la norma, o inclusive el acatamiento de sentencias o el cumplimiento de órdenes⁽⁹⁷⁰⁾, que amerita ser cumplida, por lo que el destinatario de dicho deber se encuentra en la obligación de cumplirlo. En tal sentido, la comisión de la acción reputada como infracción encuentra una justificación a partir de una obligación. Ejemplo de este supuesto es el cumplimiento de una obligación normativa que pudiera constituir al mismo tiempo una infracción sancionada por una entidad administrativa.

El segundo supuesto deviene del ejercicio legítimo de un derecho determinado: por ejemplo, el derecho de defensa. Cabe indicar que en la doctrina

(968) REBOLLO PUIG, Manuel, IZQUIERDO CARRASCO, Manuel y otros. *Derecho Administrativo sancionador*. Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 320.

(969) REBOLLO PUIG, Manuel. Ob. cit., pp. 230-231.

(970) REBOLLO PUIG, Manuel. Ob. cit., p. 231.

se vincula este eximente de responsabilidad con el ejercicio de cualquier derecho, como lo puede ser el derecho de tránsito, el derecho a la intimidad, entre otros⁽⁹⁷¹⁾.

En cambio, en nuestra legislación, este eximente de responsabilidad está asociado al ejercicio legítimo del derecho de defensa, o sea la defensa propia del sujeto. Así, la conducta infractora realizada provendrá de la facultad que cuenta para ejercer su defensa, razón por la cual corresponde la exclusión de responsabilidad. Este ejercicio no puede ser ilegítimo, por lo que este supuesto no ampara el abuso de derecho. Por ejemplo, el caso típico utilizado por la doctrina es el de dar muerte a un animal de una especie protegida en defensa propia. En tal supuesto, bastará con eliminar al animal que pone en peligro la vida de la persona, no pudiendo ser avalada la muerte de otros animales de la misma especie que hayan estado presentes y que no hayan puesto en peligro a la persona.

- **La incapacidad mental debidamente comprobada por la autoridad competente, siempre que esta afecte la aptitud para entender la infracción**

Este eximente de responsabilidad recae sobre la capacidad de culpabilidad del autor, pues está vinculado con la posibilidad de que pueda ser imputable por la comisión de la infracción. En ese sentido, se trata de un factor subjetivo referido a la capacidad mental del sujeto de comprender la ilicitud del hecho o para actuar conforme a esta comprensión⁽⁹⁷²⁾.

En este supuesto, el sujeto está inmerso en una causal de inimputabilidad, motivo por el cual se encuentran excluidos de responsabilidad⁽⁹⁷³⁾. En esa línea, no corresponde la aplicación de una sanción a un sujeto que no merece ser castigado por su accionar, en tanto no ha tenido la voluntad de cometer la infracción o la capacidad de poder evitarla ni poder prever actuar de modo distinto.

Es importante señalar que esta alteración debe incidir en la manera como este sujeto aprecia la realidad y, por ende, debe resultar comprobada la incapacidad de discernir sobre su comportamiento, el cual no resulta ajustado a Derecho. Esta condición eximente de responsabilidad recae, entonces, sobre la grave situación mental del infractor en el momento en que perpetra la acción u omisión que le resulta imputable y que es pasible de sanción. Es necesario que para la aplicación de esta condición, se acredite la ausencia de facultades psíquicas, referidas al discernimiento y libre determinación, que el sujeto infractor padecía

(971) DE PALMA DEL TESO, Ángeles. Ob. cit., p. 698.

(972) REBOLLO PUIG, Manuel. Ob. cit., p. 317.

(973) GÓMEZ TOMILLO, Manuel y SANZ RUBIALES, Iñigo. Ob. cit., p. 482.

al actuar. En ese sentido, asumida la imputabilidad del individuo, se requiere una comprobación objetiva y no de simple alegación. Dentro de un procedimiento administrativo sancionador, esta situación debe ser comprobada por una dependencia estatal.

Cabe precisar que al igual que en el Derecho Penal, esta alteración debe haber sido provocada por el sujeto con la finalidad de cometer la infracción. En este caso se entiende que el infractor, previamente a la incapacidad, tenía conciencia que su acción constituía una infracción y, sin embargo, se colocó en dicha situación. Asimismo, conforme lo indica la doctrina, en los casos en los cuales exista duda sobre la capacidad del sujeto, se debe optar por la exclusión de responsabilidad⁽⁹⁷⁴⁾.

- **La orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones**

Al igual que los supuestos de cumplimiento de un deber o del ejercicio legítimo del derecho de defensa, este supuesto de exclusión de responsabilidad implica la comisión de una acción que no resulta contraria a Derecho, en tanto se lleva a cabo a partir de una orden dispuesta por la autoridad competente. Aquí nos encontramos frente al supuesto de la obediencia debida, porque el autor del ilícito comete la acción u omisión en el cumplimiento de una orden impartida por una autoridad pública, a la cual tienen el deber de obedecer sus instrucciones.

Esta circunstancia excluye la responsabilidad puesto que la voluntad de cometer el ilícito no se produjo en la esfera del administrado, sino que partió de una orden –indebida– dispuesta por una autoridad administrativa.

En este caso, la eximencia alcanzará a quien cumplió la orden obligatoria expedida por la autoridad competente; sin embargo, no resultará aplicable a quien dicta la orden indebida. Para la aplicación de este supuesto deben tenerse en cuenta el cumplimiento y concurrencia de los siguientes elementos:

- i) La orden debe ser obligatoria, por lo que la misma no podrá provenir de una sugerencia sujeta a libre apreciación del administrado. Aquí hay que tener cuidado porque muchas veces los “informes” o “recomendaciones” de autoridades administrativas son verdaderas órdenes porque cuentan con el respaldo legal para sancionar o tomar medidas gravosas cuando uno no actúa conforme a ellas. Es el caso, de los informes de control.
- ii) El administrado debe encontrarse en una situación jurídica en la que le corresponda acatar las órdenes dictadas por la autoridad administrativa;

(974) *Ibidem*, p. 484.

- iii) La orden debe provenir de una autoridad competente y dentro de sus límites ordinarios (esto es, que no sea de una autoridad que actúe fuera de su ámbito de competencias funcionales o excediéndose de ellas); y,
 - iv) La orden no debe en sí misma ser un mandato claramente ilegal o de manera manifiesta.
- **El error inducido por la Administración Pública o por disposición administrativa confusa o ilegal**

Este supuesto de exclusión de responsabilidad se basa en el principio de predictibilidad o de confianza legítima reconocido por el TUO de la LPAG que, entre otras cosas, establece que la autoridad administrativa brinda a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable, de manera tal que se presume su licitud.

Así, al amparo de este principio, cuando el administrado obre de un modo determinado a partir de las expectativas que le genera las actuaciones de la Administración Pública, lo hará respaldado en la convicción de que su obrar es lícito. En tal sentido, si por este obrar incurre en una infracción, se eximirá de responsabilidad al autor por error inducido por las prácticas de la Administración Pública.

Estas actuaciones administrativas que inducen al administrado al error pueden manifestarse, por ejemplo, con el otorgamiento de información equivocada, consultas mal absueltas —como sucede cuando se consulta si se requiere o no autorización o licencia para una determinada actividad o sobre la determinación de competencia de la autoridad para emitir la autorización o licencia—, por actuaciones reiteradas en similares supuestos, por mandatos confusos o por la mera inactividad de la Administración Pública⁽⁹⁷⁵⁾.

Estas actuaciones deben ser concluyentes, lo que implica que deben ser capaces de generar en el administrado la convicción de la licitud de su actuar. El requisito para la aplicación de este eximente es que la acción infractora cometida esté estrechamente vinculada con la convicción generada por estas actuaciones; motivo por el cual esta acción, en la psiquis del administrado, se cree no contraria al Derecho, habiendo una ausencia de antijuricidad. Por ello, generada esta convicción no puede sancionarse la infracción cometida sobre la base del error inducido por la Administración Pública.

El segundo supuesto contemplado por la norma atañe a un error de derecho mediante el cual se conduce al administrado por un conjunto normativo defectuoso —que resulta impreciso en su contenido— que lo lleva a la confusión sobre si una conducta es ilícita o no. Lo mismo sucede con una disposición

(975) REBOLLO PUIG, Manuel. Ob cit., p. 345.

administrativa ilegal que induce a error al administrado o, en términos más precisos, a cometer una conducta que, si bien es conforme a Derecho, se desprende de una norma que no resulta lícita.

- **La subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos a que se refiere el inc. 3) del art. 255 del TUO de la LPAG**

Este supuesto de exclusión de responsabilidad administrativa resulta particularmente especial. Como hemos explicado, los eximentes de responsabilidad están vinculados a la ausencia de antijurídica o culpabilidad en la acción calificada como infracción cometida por el administrado. Todos los eximentes enumerados previamente por el TUO de la LPAG cumplen con esta condición. La subsanación voluntaria, en cambio, no admite un análisis vinculado a estos elementos, porque su inclusión se trata de una estrategia punitiva del Estado.

En este caso, no hay la ausencia de una actuación contraria a Derecho al momento de cometer la infracción (antijuricidad) ni de la capacidad de asumir la responsabilidad (culpabilidad), es más bien una conducta posterior a la comisión de la infracción la que genera la exclusión de la responsabilidad.

Subsanar implica tener que reparar o remediar un derecho o resarcir un daño ocasionado, en este caso, a la Administración Pública o a un tercero. La condición de la norma para que el eximente de responsabilidad se configure es que el infractor, reconociendo su ilícito, realiza el acto debido (por ejemplo, obtiene la licencia cuando habría iniciado actividades sin el título habilitante, retira un anuncio que constituye publicidad engañosa, segrega y almacena adecuadamente residuos sólidos). En ese sentido, no solo se trata de un pasivo arrepentimiento por el ilícito (como lo es el reconocimiento de responsabilidad calificado como atenuante por el TUO de la LPAG), sino que el sujeto procura de manera espontánea la reparación del mal o daño causado. Por el cambio de mentalidad que genera, suele ser no aceptado fácilmente por los funcionarios y servidores acostumbrados a multiplicar expedientes sancionadores por ilícitos ya superados en la práctica. En su contra se dice que da la oportunidad de cometer ilícitos y luego subsanarlas, incentivando la impunidad. Pero no se advierte que no existe tal impunidad porque precisamente, al considerar una eximencia de responsabilidad el autor tendrá el incentivo correcto para corregir su acción indebida, satisfaciendo el interés público alterado por su acción y evitando los costos de la Administración Pública en dedicarse a armar expedientes por temas ya superados. Pensar en contrario, es confundir el medio con el fin, el medio es la sanción y el fin inducir a la futura actuación correcta del administrado.

En ese sentido, podemos referirnos a los dos (2) requisitos que configuran esta condición de eximencia:

- (i) Un requisito temporal, que exige que la subsanación voluntaria de la conducta infractora se realice en cualquier momento antes del inicio del procedimiento administrativo sancionador, esto es, de la notificación de la imputación de cargos. Pudiendo ser incluso durante el desarrollo de una actividad inspectiva de la autoridad que produce en el administrado la convicción del ilícito ejecutado.
- (ii) Un requisito de fondo, que exige que la subsanación de la conducta infractora se produzca de manera voluntaria o espontánea, es decir, que debe ser realizada sin provenir de un mandado de la autoridad. Es decir, no sería voluntaria si ya existiera un requerimiento o medida correctiva de la autoridad u otro documento similar mediante el cual se le solicite al administrado subsanar el acto u omisión que puede ser calificado como infracción.

En el campo de los ilícitos administrativos, este eximente puede ser aplicado a ilícitos que son acciones positivas y no solo omisiones (por ejemplo realizar acciones de contaminación, competencia desleal, transgresión de derecho de autor, etc.), a infracciones menores o graves, pues la distinción de magnitud no hace a la subsanación de la infracción, a las infracciones de mera conducta o de perjuicio efectivo. Toda infracción es jurídicamente subsanable, lo que impide o dificulta la subsanabilidad es la posibilidad o no de revertir los efectos dañosos producidos. No debe perderse de vista que la subsanación implica “reparar o remediar un defecto” y “resarcir un daño”, por lo que no se subsana con solo dejar de incurrir en la práctica incorrecta, en arrepentirse de ello, sino en verdaderamente identificar el daño realmente producido al bien público protegido y revertirlo. Por otro lado, aquí no puede exigirse resarcir supuestos daños potenciales, subjetivos o abstractos, como haber puesto en riesgo al bien, la confiabilidad de la información, etc.

En estos casos la subsanación deberá contemplar no solo la regresión o la cesación de la acción indebida, sino también el resarcimiento del daño ocasionado y la disminución o desaparición de las consecuencias de la infracción a través de acciones concretas (en los ejemplos dados: el cese de contaminación y las acciones de compensación o restauración del componente ambiental afectado, mejora oportuna del ambiente dañado, la eliminación de las acciones de competencia desleal y su resarcimiento, o el retiro de la obra y el pago por los derechos de autor afectados).

El objetivo de calificar la subsanación voluntaria como una condición eximente es promover la enmienda espontánea de los administrados conscientes y evitar a la Administración Pública seguir, a su costo y distraer recursos, en

tediosos y prolongados expedientes sancionadores cuando la conducta ya no existe y los efectos están reparados: es decir el objetivo de la sanción que es la disuasión ya se ha producido. En esa línea, el sentido de la norma no es la imposición de sanciones con la finalidad última de desincentivar la comisión de ilícitos, sino buscar que el administrado, de manera absolutamente voluntaria y sin la mediación de requerimiento por parte de la autoridad administrativa, adecúe su comportamiento al ordenamiento jurídico, evitando así el uso de recursos del Estado en la determinación de la existencia de responsabilidad.

V. LOS ATENUANTES DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

En el caso del Derecho Administrativo sancionador, en principio, podemos partir del mismo supuesto que el Derecho Penal: los atenuantes de responsabilidad son circunstancias que suponen la existencia de una menor gravedad en la conducta del infractor (menor grado de antijuricidad o de culpabilidad), lo cual conlleva a atenuar la responsabilidad administrativa y determina la aplicación de una menor sanción. No obstante, desde la doctrina administrativa existe la discusión referida a si las circunstancias atenuantes son elementos que modifican la naturaleza de la infracción administrativa cometida, o si son simplemente meras técnicas de determinación de la sanción⁽⁹⁷⁶⁾.

La doctrina sostiene que la funcionalidad de las atenuantes es modular la aplicación de las fórmulas sancionadoras. En esa lógica, se ha señalado lo siguiente:

“(...) las leyes se limitan a enumerar una serie de circunstancias, sin especificar si tiene una transcendencia atenuante o agravadora, ni mucho menos el *quantum* de estas. Esto tiene como consecuencia que una misma circunstancia (el daño causado, la posición en el mercado del infractor, etc.) según los elementos que concurran en un supuesto dado, pueda tener una u otra virtualidad”⁽⁹⁷⁷⁾.

Los supuestos atenuantes de la responsabilidad administrativa previstos en el TUO de la LPAG no se circunscriben al criterio referido, puesto que no constituyen circunstancias, sino condiciones para la atenuación de la responsabilidad, entendida esta como la atribución al sujeto de la comisión de una infracción.

Es por ello que estas condiciones atenuantes recaen, según la LPAG, sobre la responsabilidad administrativa, teniendo efectos jurídicos en la disminución de la sanción a aplicar. Por ello, no nos encontramos ante los supuestos descritos

(976) IZQUIERDO CARRASCO, Manuel. “La extensión de la sanción procedente en cada caso. Proporcionalidad e Individualización de las Sanciones”. En: *Derecho Administrativo Sancionador*. Reboillo Puig, Manuel y otros (obra conjunta). Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 826.

(977) *Ibíd*em, p. 827.

por la doctrina, la cual separa las atenuantes propias de la antijuricidad y otras propias de la culpabilidad⁽⁹⁷⁸⁾, esto es, ante elementos que modifican la naturaleza de la infracción administrativa. Nos encontramos, por el contrario, ante una figura propia de nuestra legislación que incide en la graduación —en este caso, disminución— de la sanción a aplicar.

La finalidad principal de las condiciones atenuantes de responsabilidad es valorar de manera íntegra la conducta del sujeto infractor, luego de la comisión de la conducta infractora, a fin de determinar si en ella existen elementos que, por su trascendencia en el procedimiento administrativo sancionador, ameriten la disminución de la graduación de la sanción aplicable.

Como ya se mencionó, la atenuación recae sobre la responsabilidad del autor de la infracción, pero incide finalmente en el *quantum* de la sanción, ya sea por el reconocimiento de la comisión de la infracción como por incurrir en las condiciones de atenuación de responsabilidad establecidas por las leyes especiales.

En el caso del reconocimiento de la comisión de infracción, se atenúa la responsabilidad a partir de la aceptación voluntaria del autor de la infracción. Esta aceptación tiene como consecuencia una retribución positiva por parte de la Administración Pública, al establecerse la disminución de la sanción, en el caso de multas, lo cual tiene como resultado la aplicación de una sanción que equivale a un monto no menor de la mitad del importe original. Del mismo modo, para los casos de sanciones no pecuniarias, podrá corresponder también la imposición de una sanción menos gravosa, lo cual deberá ser valorado y determinado por la autoridad administrativa.

Además de esta finalidad de retribución positiva hacia el administrado, es posible señalar otra finalidad en beneficio de la Administración Pública. El procedimiento administrativo sancionador conlleva todo un movimiento del aparato estatal para dilucidar si el administrado incurrió o no en el hecho infractor, estando la carga de la prueba, por lo general, en manos de la Administración Pública. Asimismo, ejercido el derecho de defensa del administrado, la Administración Pública se aboca también a valorar los argumentos y medios probatorios presentados que buscan desvirtuar los hechos imputados.

Con la figura del reconocimiento de responsabilidad sobre la comisión de la infracción se plantea una alternativa al trámite común de procedimiento sancionador, puesto que con la aceptación del administrado, dependiendo de la etapa en que lo formule, se evita todos los actos procedimentales de instrucción, llegando a una conclusión rápida y determinando la responsabilidad a partir del reconocimiento expreso del administrado.

(978) *Ibidem*, p. 835.

El texto normativo establece una única condición atenuante de la responsabilidad, consistente en que: “Si iniciado un procedimiento administrativo sancionador el infractor reconoce su responsabilidad de forma expresa y por escrito”; condición que habilita a la autoridad administrativa a disminuir la sanción en el caso de multas, hasta un monto no menor de la mitad del importe.

La aplicación de este supuesto se encuentra condicionado al inicio del procedimiento administrativo sancionador. La finalidad de este supuesto es evitar el complejo tránsito del procedimiento administrativo sancionador y los costos horas-hombre que conlleva determinar la existencia de la responsabilidad administrativa del presunto infractor que se encuentra presto a admitir su responsabilidad.

Este reconocimiento de responsabilidad debe reunir los siguientes requisitos:

- **De oportunidad:**

El reconocimiento debe efectuarse en el marco de un procedimiento administrativo sancionador. Así, este resultará irrelevante si es formulado antes del inicio del procedimiento, por lo que solo surtirá efectos si es manifestado luego de la notificación de la imputación de cargos. La lógica de este requisito es que el administrado cuente con la certeza de las conductas infractoras que se le están imputando, a fin de que formule el reconocimiento.

En este punto es pertinente plantear si el reconocimiento solo será válido como respuesta a la imputación de cargos o puede también ser formulado en cualquier momento durante el trámite del procedimiento administrativo sancionador. En tanto la ley no lo ha precisado, limitar la oportunidad del reconocimiento a un determinado momento o etapa del procedimiento administrativo sancionador sería establecer una condición menos favorable al administrado, cuestión que se encuentra prohibida por la LPAG. En ese sentido, deberá entenderse que el administrado puede formular el reconocimiento de la responsabilidad sobre las conductas infractoras que se le imputan y surtirá efectos en el monto de la sanción hasta que el momento en que se emite la resolución de sanción.

- **De forma:**

El reconocimiento de responsabilidad sobre las conductas infractoras imputadas debe seguir la forma prevista por la LPAG, esto es, que sea escrita y expresa. En ese sentido, no será un reconocimiento válido aquel que se emita de manera verbal, por lo que se requiere una comunicación por parte del administrado en la que señale, de manera indubitable, el reconocimiento de responsabilidad sobre las imputaciones formuladas por la autoridad administrativa. En esa línea, no debe existir vaguedad ni ambigüedad en

la declaración del administrado; el reconocimiento debe ser inequívoco, sin que pueda generarse duda alguna sobre el sentido que expresa.

El reconocimiento de responsabilidad por parte del administrado importa una declaración voluntaria de la comisión de la infracción imputada. El infractor admite la realización de la conducta manifestando su voluntad de hacerse responsable por el hecho y de las consecuencias que devengan, por lo que le corresponderá cumplir con las medidas correctivas que dicte la autoridad administrativa.

En este punto, es pertinente señalar que no debe confundirse la condición atenuante del reconocimiento de la comisión de la infracción con un desconocimiento del derecho fundamental a no declarar contra sí mismo, derivado del principio de debido procedimiento y reconocido en instrumentos internacionales como en el literal g) del artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos. El derecho en mención deriva del derecho al debido procedimiento, siendo que no es posible admitir una obligación por parte del administrado, inmerso en un procedimiento sancionador, a autoinculparse por la comisión de una infracción⁽⁹⁷⁹⁾, máxime si la Administración Pública tiene el deber de presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no existan evidencia de lo contrario debido al respeto del principio de licitud.

En el Perú, este derecho ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional en los siguientes términos:

“Dicho derecho garantiza a toda persona no ser obligada a descubrirse contra sí misma (*nemo se detegere*), no ser obligada a declarar contra sí misma (*nemo tenetur edere contra se*) o, lo que es lo mismo, no ser obligada a acusarse a sí misma (*nemo tenetur se ipsum accusare*) (...)”⁽⁹⁸⁰⁾.

En tal sentido, debe entenderse que esta declaración por parte del administrado se efectúa de manera voluntaria y libre, sin ningún tipo de coacción. No obstante, ello no significa que no pueda comunicarse al administrado que puede acogerse al reconocimiento como condición atenuante.

En síntesis, este supuesto se configurará siempre que exista la voluntad del administrado de reconocer responsabilidad sobre la comisión de la infracción, por lo que es una facultad y no una obligación admitir la realización de esta.

(979) ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía. “El procedimiento administrativo sancionador”. En: *Derecho Administrativo Sancionador*. Rebollo Puig, Manuel y otros (obra conjunta). Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 595.

(980) STC Exp. N° 03-2005-PI/TC.

Finalmente, en relación con este supuesto, el TUO de la LPAG prevé que, por norma especial, entiéndase ley especial, se establezcan otras condiciones atenuantes, que resultarán aplicables, siempre que el administrado logre acreditar su cumplimiento. Cabe señalar que estas condiciones atenuantes resultan de aplicación a todo ejercicio de la potestad sancionadora, incluso si existe una regulación especial. A nivel sectorial podemos encontrar otros supuestos de condiciones atenuantes reconocidas por normas especiales.

En el sector salud encontramos atenuantes particulares y propios de ese sector, las cuales se encuentran recogidas en el artículo 33 del Reglamento de Infracciones y Sanciones de la Superintendencia Nacional de Salud - Susalud, aprobado mediante Decreto Supremo N° 031-2014-SA: i) **Para las instituciones prestadoras de servicios de salud:** acogerse al Régimen de Subsanción de Susalud, contar con certificado de acreditación de la calidad vigente emitido por Susalud o la Autoridad de Salud correspondiente, tener implementado y en funcionamiento, antes de la fecha de detección de la infracción, un sistema de seguridad del paciente y control de eventos adversos, haber cumplido con al menos 95 % del plan de mitigación de riesgo operacional informado a Susalud; y, ii) **Para la Instituciones administradoras de fondos de aseguramiento en salud:** acogerse al Régimen de Subsanción de Susalud, haber cumplido con al menos 95 % del plan de mitigación de riesgo operacional informado a Susalud, no tener observaciones en el informe de auditoría externa referido el sistema de control interno de la IAFAS, tener certificación de Buen Gobierno Corporativo por parte de Susalud.

En telecomunicaciones, el artículo 18 del Reglamento de Infracciones y Sanciones del OSIPTEL, aprobado mediante la Resolución N° 087-2013-CD-OSIPTEL, modificada por Resolución N° 056-2017-CD-OSIPTEL, establece que son factores atenuantes, en atención a su oportunidad, el reconocimiento de responsabilidad formulado por el infractor de forma expresa y por escrito, el cese de los actos u omisiones que constituyan infracción administrativa, la reversión de los efectos derivados de los actos u omisiones que constituyan infracción administrativa y, la implementación de medidas que aseguren la no repetición de la conducta infractora.

Artículo 258 Resolución⁽⁹⁸¹⁾

258.1 *En la resolución que ponga fin al procedimiento no se podrán aceptar hechos distintos de los determinados en el curso del procedimiento, con independencia de su diferente valoración jurídica.*

258.2 *La resolución será ejecutiva cuando ponga fin a la vía administrativa. La administración podrá adoptar las medidas cautelares precisas para garantizar su eficacia, en tanto no sea ejecutiva.*

258.3 *Cuando el infractor sancionado recurra o impugne la resolución adoptada, la resolución de los recursos que interponga no podrá determinar la imposición de sanciones más graves para el sancionado.*

(Texto según el artículo 237 de la Ley N° 27444)

**CONCORDANCIA EXTERNA**

- STC Exp. N° 3075-2006-PA/TC: Precedente vinculante (medidas cautelares en sede administrativa).

**CONCORDANCIAS INTERNAS**

- Art. 83.1: Delegación de firma.
- Art. 198: Contenido de la resolución.
- Art. 227: Resolución del recurso administrativo.

Comentario

I. CONGRUENCIA DE LA RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

La congruencia de la resolución de un procedimiento sancionador tiene un límite particular que la diferencia de las demás resoluciones administrativas. Se deben basar en aquello que surja de la evidencia acopiada en el expediente, pero su límite esencial es el pliego de cargos al administrado que asume el rol de título de sanción administrativa. No es legítimo que la Administración Pública pueda, producto de la instrucción, sancionar al administrado respecto de hechos que no se ha defendido, ni por cargos que no han sido los advertidos con anterioridad.

II. EJECUTIVIDAD DIFERIDA

Una de las pocas novedades que contiene el régimen de ejecución de los actos administrativos sancionadores, es la previsión que la sanción será ejecutiva cuando se agote la vía administrativa. En verdad se quiere decir que las resoluciones sancionadoras que no pongan fin a la vía administrativa, no serán ejecutivas en tanto no haya recaído la resolución del recurso que, en su caso, se habrá

(981) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 237 de la Ley N° 27444.

interpuesto contra estas, o haya transcurrido el plazo para su interposición sin que esta se haya producido.

La fórmula implica que la interposición de un recurso administrativo paraliza la ejecución de la sanción, hasta que el mismo sea resuelto, para guardar coherencia con la presunción de inocencia. Pero, la sanción recuperará ejecutividad inmediata con la resolución de este recurso, aun cuando presente demanda contencioso-administrativa. En esta última acción como la demanda no produce la suspensión, por lo que deberá pedirse en sede judicial una medida cautelar.

III. LA PROHIBICIÓN A LA REFORMA PEYORATIVA

Como se sabe, la prohibición de la *reformatio in peius* en el ámbito administrativo significa la limitación a que una condición o el estatus jurídico del recurrente resulte desmejorado o empeorado a consecuencia exclusivamente de la revisión producida por una impugnación del administrado.

En síntesis, es la reforma del acto administrativo en perjuicio del recurrente, quien ve agravada su situación o estatus obtenido por la primera resolución, que ha sido objeto de su propio recurso. La mencionada regla se fundamenta en el necesario contradictorio que debe respetarse en todo procedimiento recursal, de tal modo que de no haber este límite, el recurrente no tendría oportunidad de aducir argumentos para impedir la imposición de una sanción más grave a la recurrida.

Como se puede apreciar, para su configuración resulta necesario, de un lado, de una sanción administrativa recurrida ante la misma autoridad (reconsideración) o superior jerárquico (apelación), quien va a revisar el objeto y alcances de dicho acto de gravamen, y del otro, que el efecto de la decisión revisora perjudique al recurrente en relación con el contenido de la resolución impugnada (por ejemplo, agravando el *quantum* de la sanción, modificándola por una más grave, agregándole una sanción accesoria, etc.). Ahora bien, un supuesto particular es la denominada reforma peyorativa indirecta, que prohíbe a la autoridad instructora agravar la situación del administrado cuando su primera decisión ha sido anulada por razones estrictamente formales o procedimentales (por ejemplo, vicios en el procedimiento) y no por exceso de defecto de ponderación de los hechos o ínfima sanción.

Nótese que esta garantía estructural del procedimiento sancionador tiene como presupuesto un procedimiento lineal, donde concurre la Administración Pública y el administrado, siendo este quien únicamente ha recurrido la sanción (regla del recurrente único). En este sentido, no operará la restricción, si se trata de un procedimiento trilateral o recursal provocado por varios recursos con pretensiones diversas entre sí, dado que la controversia entre estas, sí permitirá a la Administración Pública agravar la situación del sancionado, si así correspondiere legalmente.

Si bien la *non reformatio in peius* tiene su origen en el Derecho Procesal ha sido constitucionalizada por nuestro Tribunal Constitucional. En efecto, dicho Colegiado ha establecido que: “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. 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”⁽⁹⁸²⁾.

A primera vista, y si mediando recurso la Administración Pública revisora puede y, más aún, debe resolver todas las cuestiones planteadas por el expediente y no solo la pretensión del recurrente, podría ocurrir que —por ejemplo, constatada en el expediente a revisar la existencia de un error de derecho o de hecho cuyo desconocimiento en el acto recurrido ha beneficiado al recurrente— su imperativa corrección aprovechando el recurso redundará en una segunda resolución más perjudicial para aquel que la primera recurrida.

Esta tesis tiene su apoyo en el principio de legalidad a que debe someterse la Administración Pública; y de defensa indisponible de los intereses públicos, porque constatado en segunda vuelta o por el superior un error de derecho, infracción al ordenamiento, o de hecho, debe este corregirse sin demora por imperativo de aquel principio, sea la remoción del error favorable al contribuyente o a la propia Administración Pública.

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 de 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 al recurrente o le perjudique.

(982) STC Exp. N° 1803-2004-AA.

Sin embargo, estas argumentaciones desconocen la esencia institucional y garantía 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.

Artículo 259

Caducidad administrativa del procedimiento sancionador

1. *El plazo para resolver los procedimientos sancionadores iniciados de oficio es de nueve (9) meses contado desde la fecha de notificación de la imputación de cargos. Este plazo puede ser ampliado de manera excepcional, como máximo por tres (3) meses, debiendo el órgano competente emitir una resolución debidamente sustentada, justificando la ampliación del plazo, previo a su vencimiento. La caducidad administrativa no aplica al procedimiento recursivo.*
Cuando conforme a ley las entidades cuenten con un plazo mayor para resolver la caducidad operará al vencimiento de este.
2. *Transcurrido el plazo máximo para resolver, sin que se notifique la resolución respectiva, se entiende automáticamente caducado administrativamente el procedimiento y se procederá a su archivo.*
3. *La caducidad administrativa es declarada de oficio por el órgano competente. El administrado se encuentra facultado para solicitar la caducidad administrativa del procedimiento en caso el órgano competente no la haya declarado de oficio.*
4. *En el supuesto que la infracción no hubiera prescrito, el órgano competente evaluará el inicio de un nuevo procedimiento sancionador. El procedimiento caducado administrativamente no interrumpe la prescripción.*
5. *La declaración de la caducidad administrativa no deja sin efecto las actuaciones de fiscalización, así como los medios probatorios que no puedan o no resulte necesario ser actuados nuevamente. Asimismo, las medidas preventivas, correctivas y cautelares dictadas se mantienen vigentes durante el plazo de tres (3) meses adicionales en tanto se disponga el inicio del nuevo procedimiento sancionador, luego de lo cual caducan, pudiéndose disponer nuevas medidas de la misma naturaleza en caso se inicie el procedimiento sancionador.*

(Artículo incorporado por el artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1272, modificado según el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1452)

**CONCORDANCIAS INTERNAS**

- Art. 252.2: Cómputo del plazo de prescripción se suspende con inicio del procedimiento sancionador.
- Art. 254: Caracteres del procedimiento sancionador.
- Art. 255: Procedimiento sancionador.
- Art. 256.8, 2: Medidas de carácter provisional se extinguen por caducidad del procedimiento sancionador.

I. EL DERECHO AL PLAZO RAZONABLE EN LA INVESTIGACIÓN O EN EL PROCESO COMO FUNDAMENTO DE LA CADUCIDAD DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

Con claridad el Tribunal Constitucional había establecido que los administrados teníamos el derecho al plazo razonable cuando la Administración Pública había abierto contra nosotros una investigación o un procedimiento sancionador.

Respecto a tal derecho, el propio Tribunal Constitucional nos afirmaba que tenía su basamento internacional⁽⁹⁸³⁾: “En la sentencia del Caso *Genie Lacayo vs. Nicaragua*, de fecha 29 de enero de 1997, la Corte Interamericana ha precisado que “[e]l artículo 8 de la Convención que se refiere a las garantías judiciales consagra los lineamientos del llamado ‘debido proceso legal’ o ‘derecho de defensa procesal’, que consisten en el **derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente**, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada en su contra (...)” (resaltado agregado). Conforme a esta posición del Tribunal Constitucional: “Este derecho tiene como finalidad impedir que los investigados o procesados permanezcan largo tiempo bajo investigación o proceso y asegurar que esta o este se decida dentro de un plazo razonable, ya que una demora prolongada e injustificada puede llegar a constituir, por sí misma, una violación de las garantías judiciales que consagra el debido proceso. Por dicha razón, en la RTC N° 03509-2009-PHC/TC el Tribunal Constitucional enfatizó que no solo ‘no pueden existir zonas exentas de control constitucional’, sino que ‘tampoco pueden haber **plazos ni tiempos exentos de control**’”.

En este marco, el Tribunal Constitucional caracterizó el derecho al plazo razonable con dos componentes relevantes: i) el derecho a ser investigado dentro de un plazo razonable y ii) el derecho de ser juzgado igualmente en un plazo razonable por ello del modo siguiente:

“a. § Derecho a ser investigado dentro de un plazo razonable

65. En lo que concierne a la etapa de investigación preliminar, en la STC Exp. N° 02748-2010-PHC/TC el Tribunal precisó que: ‘La investigación preliminar (policial o fiscal) en tanto manifestación del derecho al debido proceso alude a un lapso de tiempo suficiente para el esclarecimiento de los hechos objeto de investigación y la emisión de la decisión respectiva. Si bien es cierto que toda persona es susceptible de ser

(983) STC Exp. N° 00156-2012-PHC/TC, Lima, César Humberto Tineo Cabrera.

investigada, no lo es menos que para que ello ocurra, debe existir la concurrencia de una **causa probable** y la **búsqueda** de la comisión de un ilícito penal en un plazo que sea razonable’.

En esta misma sentencia, se estableció que: ‘Para determinar la razonabilidad del plazo de la investigación preliminar, se debe acudir cuando menos a dos criterios: **uno subjetivo** que está referido a la actuación del investigado y a la actuación del fiscal, y **otro objetivo** que está referido a la naturaleza de los hechos objeto de investigación’.

Sobre dicha base argumentativa, se concluyó que ‘[l]a razonabilidad del plazo de la investigación preliminar no puede ser advertida por el simple transcurso **cronológico** del tiempo, como si se tratase de una actividad mecánica, sino que más bien se trata de una actividad compleja que requiere del uso de un baremo de análisis especial que permita verificar las específicas circunstancias presentes en cada investigación (actuación del investigado, actuación del fiscal y la naturaleza de los hechos objeto de la investigación)’.

b. § Derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable

66. Para evaluar la razonabilidad del plazo del proceso, debe emplearse el ‘análisis global del procedimiento’. Esto quiere decir que el proceso termina cuando se dicta sentencia definitiva y firme en el asunto. Por ello, en materia penal, dicho plazo debe comprender todo el procedimiento, incluyendo los recursos de instancia que pudieran eventualmente presentarse.

En materia penal, el plazo comienza en la fecha de la detención del individuo. Cuando no es aplicable este criterio, pero se halla en marcha un proceso penal, dicho plazo debe contarse a partir del momento en que la autoridad judicial toma conocimiento del asunto o cuando las sospechas de las que se es objeto tengan repercusiones importantes en la situación jurídica de la persona investigada.

La finalidad perseguida del día inicial del plazo es que se produzca una distorsión mínima en la vida de la persona investigada, detenida o acusada, de manera que el proceso dure el tiempo necesario, evitando la excesiva e injustificada duración de este.

67. Para el examen del plazo razonable existen ciertos criterios a ponderar, que son: i) complejidad del asunto, ii) actividad procesal del interesado, y iii) conducta de las autoridades judiciales. A la luz de esos criterios se califica la razonabilidad del plazo cuestionado. A ello cabe agregar que en la STC Exp. N° 05350-2009-PHC/TC, el Tribunal precisó que en dicho análisis de razonabilidad se debía tomar en cuenta la

afectación que genera la demora en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso”.

II. LA INCORPORACIÓN DE LA CADUCIDAD DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

La nueva regulación agrega la figura de la caducidad al procedimiento administrativo sancionador. A pesar de la influencia española en nuestro ordenamiento jurídico administrativo, esta figura no había sido recogida por nuestra LPAG, mientras que en otros ordenamientos, como el español, goza de larga data en su regulación administrativa⁽⁹⁸⁴⁾.

No debe confundirse la caducidad prevista en el TUO de la LPAG, la cual está concebida como una figura propia del Derecho Administrativo, con la caducidad del Derecho Civil. En esta rama del Derecho la caducidad opera estableciendo plazos para ejercer un derecho. En efecto, el artículo 2003 del Código Civil dispone que la caducidad extingue tanto el derecho como la acción, esto último referido a la exigibilidad del derecho correspondiente.

En el Derecho Administrativo, en cambio, la caducidad se refiere a plazos establecidos por el ordenamiento que tienen la naturaleza de terminales, y de no ser cumplidos, conlleva a consecuencias extintivas⁽⁹⁸⁵⁾. Estos plazos “fatales”, como sostiene el profesor CABALLERO SÁNCHEZ, tienen la finalidad de establecer un lapso de tiempo para ejercer un derecho o una facultad en el marco de una situación jurídica determinada.

En la misma línea, la profesora GALLARDO CASTILLO afirma que: “(...) cuando es la Administración Pública la que ha mantenido una actitud obstaculizadora de la pronta resolución del procedimiento sobre el fondo, la caducidad se entiende como instrumento dirigido a evitar la pendencia indefinida del procedimiento sancionador por consecuencia de la paralización en alguno de sus trámites (...)”⁽⁹⁸⁶⁾.

En tal sentido, una vez transcurrido el plazo establecido por la norma y al no haber existido una actuación determinada por parte del sujeto llamado a realizarla operará la caducidad y se perderá la posibilidad de conseguir, obtener, alcanzar o llegar a una posición jurídica determinada. Luego, la declaración de esta caducidad solo tiene efectos declarativos para los intervinientes en

(984) Dicha figura jurídica aparece, por ejemplo, en la Ley 4/1999 española, artículo 44.2 en donde se contempla la caducidad de los procedimientos sancionadores.

(985) CABALLERO SÁNCHEZ, Rafael. *Prescripción y caducidad en el ordenamiento administrativo*. Editorial McGraw-Hill Interamericana, Madrid, 1999, p. 81.

(986) GALLARDO CASTILLO, María Jesús. *Los principios de la potestad sancionadora. Teoría y práctica*. Editorial Iustel, Madrid, 2008, p. 273.

la relación jurídica, puesto que basta el cumplimiento de las condiciones para que se configure la caducidad.

Estas condiciones son las siguientes:

- (i) La falta de la actuación administrativa determinada por la normativa. El sujeto puede haber realizado otro tipo de acciones, pero la norma exigirá una actuación determinada en el plazo previsto, cuya omisión configura la primera condición para que opere la caducidad. En el caso del procedimiento administrativo sancionador, la norma requiere la resolución del procedimiento antes del cumplimiento del plazo de caducidad.
- (ii) El transcurso del tiempo establecido por la norma para el ejercicio de un derecho o el elemento objetivo de la caducidad. Excedido el límite temporal, el procedimiento caduca. Cabe señalar que la acción del sujeto no interrumpe el cómputo del plazo de caducidad⁽⁹⁸⁷⁾.

Sobre la base de estos conceptos, la doctrina ha determinado la existencia de distintas clases de caducidad en el Derecho Administrativo.

Mencionaremos las más importantes, para luego establecer cuál es la que ha recogido el TUO de la LPAG con la inclusión de la caducidad del procedimiento administrativo sancionador:

- (i) **Caducidad de la acción:** En este supuesto existe un plazo determinado para que la Administración inicie un procedimiento administrativo. Este tipo de caducidad no opera respecto al plazo de culminación de un procedimiento, sino que establece un plazo para su inicio. En el ámbito del procedimiento administrativo sancionador significará, como indica la doctrina extranjera, la extinción de la responsabilidad administrativa del presunto infractor⁽⁹⁸⁸⁾.
- (ii) **Caducidad - carga:** La doctrina ha señalado que este tipo de caducidad es el de la caducidad de derechos del administrado⁽⁹⁸⁹⁾, el cual tiene una carga, traducida en un plazo, para poder alcanzar un beneficio determinado. En la norma esto se vincula con los plazos perentorios; por ejemplo, para la interposición de recursos. Al estar vinculado al ejercicio de un derecho es equiparable a la caducidad contemplada en nuestro Código Civil.
- (iii) **Caducidad - sanción:** Asociada a los supuestos de relaciones jurídicas de la Administración Pública con privados. Cuando existan incumplimientos de las obligaciones por no haberse llevado a cabo en un plazo determinado, estamos

(987) CABALLERO SÁNCHEZ, Rafael. Ob. cit., p. 83.

(988) BUENO ARMIJO, Antonio. "La caducidad del procedimiento administrativo sancionador". En: *Derecho Administrativo sancionador*. REBOLLO PUIG, Manuel y otros (obra conjunta). Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 802.

(989) CABALLERO SÁNCHEZ, Rafael. Ob. cit., p. 81.

ante este tipo de caducidad. Ejemplos de esta figura son los incumplimientos de obligaciones contenidas en contratos de concesión por parte del concesionario⁽⁹⁹⁰⁾. El incumplimiento de estas obligaciones acarrea las consecuencias jurídicas previstas, tales como la imposición de penalidades o sanciones.

- (iv) **Caducidad - perención:** Este tipo de caducidad origina la terminación anormal y anticipada de un procedimiento, debido a la inactividad prolongada en su trámite que ocasiona que el plazo establecido para su culminación se venza, adelantando el término del procedimiento por mandato de la ley.

La caducidad del procedimiento administrativo sancionador recogida en el TUO de la LPAG corresponde al último tipo de caducidad mencionado, esto es, a la caducidad - perención, puesto que el artículo 259 establece un plazo de nueve (9) meses, desde que es iniciado el procedimiento administrativo sancionador, a fin de que sea resuelto. En tal sentido, al tratarse de la tramitación de un procedimiento sujeto a un plazo legal, en el cual la autoridad administrativa debe ejercer la potestad sancionadora, nos encontramos ante un supuesto de caducidad - perención.

Identificado el tipo de caducidad que regula el TUO de la LPAG, corresponde señalar que en el ámbito del Derecho Administrativo sancionador la prescripción y la caducidad son figuras que están asociadas a la inactividad de la Administración Pública, situación que genera efectos extintivos en el ejercicio de la potestad. Inclusive, cierta parte de la doctrina afirma su homogeneidad e intercambiabilidad de acuerdo a la necesidad de la Administración⁽⁹⁹¹⁾, siendo el rasgo distintivo entre ambas figuras la posibilidad de interrupción del plazo (en nuestra legislación, la suspensión) del plazo, lo cual solamente se presenta en la prescripción.

Sin embargo, es posible encontrar, a partir del desarrollo normativo de ambas figuras, las siguientes diferencias:

- (i) El plazo de prescripción inicia por una situación material, mientras que la caducidad, por una formal. El plazo prescriptorio empieza a contarse desde la comisión de la infracción, siendo diferenciada por el tipo de infracción cometida (situación material); en cambio, el inicio del plazo de la caducidad coincidirá con el inicio de una actuación formal de la Administración: el inicio del procedimiento sancionador (situación formal).
- (ii) La prescripción admite la suspensión de su plazo, la cual se da por única vez con la imputación de cargos. La caducidad, por el contrario, no admite bajo ningún supuesto la interrupción o suspensión del plazo.

(990) *Ibidem*, p. 98.

(991) CABALLERO SÁNCHEZ, Rafael. *Ob. cit.*, p. 75.

- (iii) La prescripción conlleva la extinción definitiva de la potestad sancionadora. Transcurrido el plazo prescriptorio, la Administración queda impedida de ejercer su potestad sobre la infracción que es objeto de investigación. En la caducidad, en cambio, la extinción se producirá sobre el procedimiento, el cual se archivará y se tendrá como no iniciado, pudiendo iniciarse siempre que no se ha producido al no haber prescrito la infracción.

En cuanto a la finalidad de la caducidad, en líneas generales corresponde señalar que, en tanto dicha figura está asociada a la inactividad y al transcurso de un plazo, sus fundamentos son la seguridad jurídica y el derecho al plazo razonable. Ello es así, en tanto el fin de un procedimiento y la imposibilidad de ejercitar una potestad administrativa luego del cumplimiento de un plazo presuponen un desinterés por parte del sujeto llamado a actuar de determinada manera⁽⁹⁹²⁾. Así, este instituto evita la existencia de situaciones expectantes indefinidas, estableciendo un límite temporal a las actuaciones de la Administración Pública.

De este modo, la caducidad del procedimiento administrativo sancionador permite que el administrado que interactúa con la potestad sancionadora de la Administración Pública no permanezca en un estado constante de incertidumbre jurídica respecto a una posible sanción, de manera que el paso del tiempo elimina dicha situación en favor del administrado. Sucede muchas veces que la Administración, temerosa de archivar un procedimiento sancionador cuando no encuentra razón para ello, prefiere mantenerlo latente en el tiempo para no asumir responsabilidades.

Las características de la caducidad del procedimiento administrativo sancionador, según lo dispuesto en el artículo 259 del TUO de la LPAG, son las siguientes:

- El plazo de caducidad del procedimiento administrativo sancionador es de nueve (9) meses y es computado desde la fecha de notificación de la imputación de cargos, es decir, con el inicio del procedimiento administrativo sancionador. Como ya se mencionó, este plazo es ininterrumpido y no se admite su suspensión. El cómputo del plazo de caducidad de un procedimiento sancionador comienza en la fecha de iniciación del procedimiento y no en la de su notificación al administrado. Por el contrario, el día final de ese plazo no es de la fecha de la resolución sancionadora, sino el de su notificación al administrado, dado que elementales razones de garantía impiden que se conceda efecto interruptor a una resolución no comunicada aún.

(992) GÓMEZ TOMILLO, Manuel y SANZ RUBIALES, Iñigo. *Derecho Administrativo sancionador. Parte general. Teoría general y práctica del Derecho Penal Administrativo*. 2ª edición, Thomson Reuters, Pamplona, 2010, p. 772.

- No obstante, la norma admite la ampliación del plazo de caducidad por tres (3) meses, pero requiere de una resolución debidamente sustentada por parte del órgano competente, detallando las justificaciones de hecho y de derecho que conllevan a la necesidad de ampliar el plazo regular.
- La no resolución del procedimiento sancionador a tiempo se presume por inacción de la Administración derivada de causas imputables a ella, dado que aquella tiene el deber y competencias para impulsarlo por sí misma, de manera que la paralización de las actuaciones por incuria o desidia significa el mantenimiento de injustificadas situaciones de incertidumbre desencadenantes de evidentes perjuicios para los afectados. Pero si esa no resolución se debe a casos ajenos e invencibles para la autoridad, como medidas cautelares, existencia de procesos judiciales que requieran de pronunciamiento previo u obstrucción del administrado, deberá ser objeto de acreditación por la entidad.
- La norma establece que la caducidad del procedimiento administrativo sancionador se produce de manera automática, una vez concluido el plazo de nueve (9) meses desde su inicio. De esta manera, la declaración por parte de la Administración, ya sea de oficio o a solicitud del administrado, tiene únicamente efectos declarativos.
- Si bien la norma señala que el plazo de caducidad de nueve (9) meses es aplicable a los procedimientos administrativos sancionadores iniciados de oficio, es necesario precisar que este tipo de procedimientos, solo pueden ser iniciados de dicha manera, tal como lo señala el artículo 255 del TUO de la LPAG⁽⁹⁹³⁾.
- Cumplido el plazo de caducidad para resolver el procedimiento administrativo sancionador, este deviene en caduco y deberá ser archivado por la autoridad. Esto significa que producida la declaración de caducidad, debe entenderse como no efectuado el procedimiento administrativo sancionador, por lo que de emitirse una resolución en el marco del mismo, esta no producirá efecto alguno.
- En el mismo sentido, de iniciarse un nuevo procedimiento administrativo sancionador y siempre que la infracción no hubiera prescrito, no será posible tener como realizadas las actuaciones que se llevaron a cabo en el procedimiento

(993) TUO de la Ley de Procedimiento Administrativo General:

Artículo 255.- Procedimiento sancionador

Las entidades en el ejercicio de su potestad sancionadora se ciñen a las siguientes disposiciones:

1. El procedimiento sancionador se inicia siempre de oficio, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, petición motivada de otros órganos o entidades o por denuncia. (...).

archivado, puesto que producida la caducidad de este quedan extinguidas todas las actuaciones que se efectuaron. De la misma manera, la caducidad extingue las medidas previsionales dispuestas en el procedimiento.

- La caducidad no aplica para los procedimientos recursivos de la sanción impuesta, por lo que el plazo de nueve (9) meses solo tiene efectos para los procedimientos en primera instancia. En estos casos la primera instancia de la Administración ya ha culminado el procedimiento sancionador mediante la imposición de la medida correspondiente, pues el recurso no es una prolongación del expediente administrativo, sino como un plano superior encaminado a la revisión de la sanción ya declarada. No obstante, los recursos de apelación deben resolverse en un plazo de treinta (30) días hábiles contados desde el día siguiente hábil de su presentación o los establecidos en norma especial, no siendo este un plazo de caducidad.

La reforma introducida por el Decreto Legislativo N° 1452 de este artículo incluye dos aspectos relevantes: i) cambio de nombre de la figura a la de “caducidad administrativa”; y ii) introducir excepciones a los efectos de la caducidad administrativa

Respecto del primer cambio la exposición de motivos de la mencionada norma indica que: “De acuerdo a la regulación contenida en el artículo 237-A de la LPAG, transcurrido el plazo de 9 (nueve) meses de iniciado el procedimiento administrativo sancionador, el titular de la situación jurídica (la entidad pública) no pierde ni la facultad de volver a iniciar el procedimiento administrativo sancionador, ni mucho menos la facultad de sancionar al infractor, por lo que no se cumplen con los requisitos esenciales de la caducidad de acuerdo a lo establecido como figura procesal. Es por ello, que se propone adecuar el término mediante la modificación del citado artículo, reemplazando toda mención de ‘caducidad’ por ‘caducidad administrativa’, lo que no afecta la aplicación del artículo cuya modificación se propone puesto que la única consecuencia que se regula es, justamente, el archivamiento del procedimiento, y sin embargo esta distinción sirve para marcar una diferencia sustantiva con el término procesal”.

El segundo cambio es más relevante y a la par carece de fundamento teórico ni cuenta con referente en el Derecho comparado. Por esta reforma se ha establecido que pese a la declaración de la caducidad administrativa, las medidas preventivas, correctivas y cautelares dictadas se mantienen vigentes durante el plazo de tres (3) meses adicionales en tanto se disponga el inicio del nuevo procedimiento sancionador. Evidentemente se trata de un intento de debilitar los efectos de la caducidad como un instrumento útil para garantizar el derecho al plazo razonable y una innecesaria tolerancia a la pereza administrativa. Carece de ningún sentido dogmático afirmar que un procedimiento administrativo

sancionador ha caducado pero queden vigentes sus resoluciones incidentales, como son las medidas correctivas, las preventivas y las cautelares dictadas durante su vigencia. Es una ficción legal dispuesta por la norma, que se agrava además porque se les da un plazo de supervivencia anómalo por tres meses adicionales.

La misma norma indica que la caducidad no deja sin efecto las actuaciones de fiscalización realizadas con anterioridad, así como los medios probatorios que no puedan o no resulte necesario ser actuados nuevamente. Esta regla mantiene coherencia con la naturaleza procesal de la caducidad, ya que si bien ha concluido el procedimiento, este es renovable y lo actuado a su interior propiamente no ha sido invalidado.

TÍTULO V

**DE LA RESPONSABILIDAD
DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
Y DEL PERSONAL A SU SERVICIO**

LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La responsabilidad que aborda este Capítulo es la de contenido patrimonial o económico, que asume la Administración Pública para indemnizar a los administrados individualizados por los perjuicios ocasionados a causa del ejercicio de la función o servicio público que se le ha confiado.

Conforme se aprecia, la decisión legislativa –siguiendo los modelos modernos en el Derecho comparado– establece una responsabilidad directa en la Administración Pública para responder económicamente por las acciones u omisiones dañosas de las personas físicas a su servicio, y solo una vez indemnizados los perjudicados corresponde repetir contra las autoridades a su servicio que realizaron u omitieron las actuaciones lesivas. La salvedad a la regla estará constituida por los actos que sean reconocibles como actuaciones separadas del ejercicio de la función pública y, por ende, califiquen solo como actuaciones personales de las autoridades comprometiendo su responsabilidad personal que será exigible por medio de procesos judiciales comunes. La decisión legislativa constituye una medida lógica, ya que la Administración Pública siempre actúa por medio de personas físicas a las cuales elige y dota de funciones públicas y resultan siendo los autores del daño, pero a la vez es una opción favorable para los administrados, en la medida que su reclamo se entenderá con una persona jurídica presuntamente más solvente que el patrimonio de cada funcionario. La situación no excluye que la Administración Pública exija a determinadas autoridades, o tome para sí, medidas preventivas complementarias como garantías o seguros de responsabilidad frente a terceros.

CAPÍTULO I

RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Artículo 260 Disposiciones generales⁽⁹⁹⁴⁾

- 260.1 *Sin perjuicio de las responsabilidades previstas en el derecho común y en las leyes especiales, las entidades son patrimonialmente responsables frente a los administrados por los daños directos e inmediatos causados por los actos de la administración o los servicios públicos directamente prestados por aquéllas.*
- 260.2 *En los casos del numeral anterior, no hay lugar a la reparación por parte de la Administración, cuando el daño fuera consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante del administrado damnificado o de tercero.*
Tampoco hay lugar a reparación cuando la entidad hubiere actuado razonable y proporcionalmente en defensa de la vida, integridad o los bienes de las personas o en salvaguarda de los bienes públicos o cuando se trate de daños que el administrado tiene el deber jurídico de soportar de acuerdo con el ordenamiento jurídico y las circunstancias.
- 260.3 *La declaratoria de nulidad de un acto administrativo en sede administrativa o por resolución judicial no presupone necesariamente derecho a la indemnización.*
- 260.4 *El daño alegado debe ser efectivo, valuable económicamente e individualizado con relación a un administrado o grupo de ellos.*
- 260.5 *La indemnización comprende el daño directo e inmediato y las demás consecuencias que se deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral.*
- 260.6 *Cuando la entidad indemnice a los administrados, podrá repetir judicialmente de autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido, tomando en cuenta la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional del personal involucrado y su relación con la producción del perjuicio. Sin embargo, la entidad podrá acordar con el responsable el reembolso de lo indemnizado, aprobando dicho acuerdo mediante resolución.*

(Texto según el artículo 238 de la Ley N° 27444)



CONCORDANCIAS EXTERNAS

- D.S. N° 013-2008-JUS: TUO de la Ley de Proceso Contencioso Administrativo (art. 5, inc. 5, pretensión indemnizatoria).

(994) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 238 de la Ley N° 27444.

- D.Leg. N° 295: Código Civil (art. 1969, responsabilidad subjetiva; art. 1981, responsabilidad por subordinados).



CONCORDANCIAS INTERNAS

- T.P. Art. IV, 1.4: Principio de razonabilidad.
- Art. 11: Instancia competente para declarar la nulidad.
- Art. 66, 14: Derechos de los administrados.
- Art. 213: Nulidad de oficio.
- Art. 261: Faltas administrativas.

Comentario

I. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL ESTATAL COMO INSTRUMENTO DE CONTROL SOBRE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Un síntoma de que nuestro Estado de Derecho aún es incipiente, es el escaso funcionamiento de la responsabilidad patrimonial del Estado por las afectaciones que produce a los ciudadanos. Por ello, cuando se incluyó en la LPAG una norma sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública se buscaba promover su funcionamiento, a partir de un tratamiento desde la perspectiva netamente administrativa separándola de la responsabilidad civil ordinaria.

De este modo, este artículo consagra un instrumento esencial de prevención y de control sobre la Administración Pública: el deber de responder y reparar económicamente por los daños y perjuicios que produzca en el patrimonio y derechos de los ciudadanos por los actos de la Administración Pública o en los servicios públicos directamente prestados por sus entidades. Pero a la vez, se trata de una garantía esencial de los ciudadanos frente a las autoridades administrativas: la inviolabilidad del patrimonio y de sus derechos, salvo por las vías y formas legales en un plano de igualdad entre todos los ciudadanos. En este orden de ideas, la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública entraña una forma de aportar a la eficacia y al orden de la gestión pública y no a su parálisis, puesto que —en la medida que los procesos contenciosos sobre responsabilidad funcionen de manera presta y pública— se enseña a la autoridad como no debe actuar la gestión gubernamental.

Las notas características de esta responsabilidad estatal es que es externa (debida a los administrados), de contenido económico o patrimonial de la Administración Pública, en vía directa, extracontractual (al margen de cualquier relación jurídica que pudiera establecerse entre ambos), objetiva (es un mecanismo objetivo de reparación de perjuicios y no una sanción por determinados comportamientos indebidos culposos, por lo que es independiente de la existencia de culpa, negligencia o dolo en los funcionarios), y que demanda su determinación en vía judicial (la cuantificación e imposición del mandato de indemnización corresponde a las autoridades jurisdiccionales).

II. RESPONSABILIDAD ESTATAL POR ACTOS LÍCITOS Y POR ACTOS ILÍCITOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Una de las particularidades básicas de la responsabilidad patrimonial del Estado, es que no solo responde por actos antijurídicos, sino también por los compatibles con el orden jurídico, siempre que ocasione perjuicios a los ciudadanos en un nivel que no sea exigible soportarlos.

- **Responsabilidad estatal por actos ilícitos**

Una de las particularidades de la responsabilidad estatal es que desde el punto de vista de su causa podemos tener una responsabilidad por el accionar ilícito del Estado, pero también el deber de responder funciona en casos de acciones lícitas que generan perjuicio a los ciudadanos. En la responsabilidad por sus actos ilícitos, el Estado indemniza los daños y perjuicios causados por una actividad antijurídica o contraria a derecho de la entidad, como por ejemplo: las lesiones y homicidios por la represión estatal, daños producidos en dependencias públicas como cárceles u hospitales, faltas a los deberes de prestar seguridad en vías y lugares públicos, errores en los registros de información pública, demoras en trámites o procedimientos, daños por las deficiencias en la realización de las obras públicas, perjuicios por defectos de señalización en las vías públicas, daños patrimoniales por decomiso de mercadería regularmente adquirida, daños económicos por multas ilegales, perjuicios directos y lucro cesante por inhabilitaciones aplicadas para ejercer una actividad con violación al debido proceso.

- **Responsabilidad estatal por actos lícitos**

En este caso, el Estado asume el deber de indemnizar pese a que su actuación sea legal porque produce un daño injusto a administrados individualizados superando las condiciones normales de exigencia de solidaridad en sociedad y, por ende, no se encuentran sujetos al deber jurídico de soportarlo. Este es un sacrificio especial o irrazonable que los administrados no están obligados a aceptar dentro de un concepto de igualdad esencial en la comunidad.

Si bien todo ciudadano está obligado a cumplir con las cargas públicas inherentes a la convivencia en sociedad que menoscaba su patrimonio o sus derechos, existen circunstancias que exceden ese deber de soportar perjuicios provenientes de actos legales como, por ejemplo, derivados de la revocación o nulidad de un acto administrativo, la disminución de valor producida por realización de obras públicas, los perjuicios que apareja el empleo de la fuerza pública, imposición de régimen de distribución de cuotas para comercialización o exportación de bienes, prohibición de exportación o comercialización de bienes, cambios de regulaciones urbanísticas que implican pérdidas patrimoniales significativas o limitaciones a la propiedad por razón de patrimonio histórico (denominadas desde la perspectiva anglosajona las “expropiaciones regulatorias”).

El fundamento principal de esta responsabilidad estatal no es el simple daño producido, sino el quebrantamiento al principio de la igualdad de cargas públicas a través del sacrificio especial e injusto que la Administración Pública le infiere al ciudadano. Como sabemos, la regla esencial contemplada en el artículo 29 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos es que toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que solo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad, por lo que en el ejercicio de sus derechos y libertades, toda persona estará sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática. Por ello, para alcanzar la satisfacción de los intereses colectivos contemplados en la Constitución (la convivencia social, prestación de servicios públicos, sostenimiento financiero a las actividades del Estado, etc.) es innegable la necesidad de sacrificios o contribuciones de la colectividad, pero distribuidos equitativamente entre los miembros de la comunidad o no asumidos por uno o dos. Indudablemente, los detrimentos al patrimonio o afectaciones al ejercicio de algunos derechos ciudadanos que corresponden a una carga pública exigida en plano de igualdad con todos deben ser soportados por la colectividad como sucede, por ejemplo, con los deberes electorales, los aportes reglamentarios por urbanismo, las limitaciones habituales a la propiedad por reglas de zonificación, asignación de usos, retiros obligatorios, la erradicación de cultivos privados nocivos, extinción de animales riesgosos, los perjuicios derivados de riesgos comunes inherentes a la acción estatal (ruidos por construcción de obras públicas, alteraciones del tráfico por actividades públicas, etc.). En estos casos, no corresponde obligación estatal de indemnizar.

III. PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

Los presupuestos para que pueda establecerse la responsabilidad patrimonial del Estado son los siguientes:

1. **Actividad perjudicial: acto de la Administración Pública o servicios públicos directamente prestados por aquellas**

El obrar lesivo debe provenir de personas jurídicas estatales integradas en la organización administrativa ejerciendo atribuciones públicas. Por ello, en principio, debe tratarse de una actuación realizada por alguna de las personas jurídicas comprendidas en esta ley bajo el término general de entidades del Estado. Pueden ser ministerios, organismos reguladores, municipalidades, regiones, organismos públicos descentralizados o similares, en ejercicio de sus actividades administrativas (normativas, ordenadoras, inspectivas, sancionadoras, etc.). No podrán ser objeto de este régimen de responsabilidad estatal los actos personales de las autoridades del Estado, los colaboradores del Estado no integrados a

la organización estatal, como los contratistas, concesionarios o las personas privadas que ejercen funciones públicas indirectas (por ejemplo, notarios).

Desde la perspectiva material debemos entender como “acto de la Administración Pública” en general, actos administrativos, hechos, comportamientos materiales, vías de hecho, inactividad de deberes de actuación de la Administración Pública, declaraciones, regulaciones, etc. Cuando la norma nos refiere a actos de los servicios públicos directamente prestados por aquellas, entendemos que la norma pretende diferenciar los niveles de responsabilidad del Estado por los daños ocasionados por los servicios públicos a su cargo, de los daños y perjuicios que puedan producir los concesionarios privados de servicios públicos. En esa línea, el Estado solo responderá por las deficiencias de los servicios públicos que ella misma gerencia.

2. Relación de causalidad adecuada entre la actividad estatal con el daño que se ha de indemnizar

Establecer si las consecuencias perniciosas sobre el estatuto del administrado (perjuicio, menoscabo o detrimento) se derivan de manera directa e inmediata de la actividad del Estado, sin intervención extraña de otras causas (caso fortuito o fuerza mayor) o pluralidad de conductas concurrentes o interferentes que fracturen la relación causal (hecho determinante del propio administrado o de un tercero). Por ejemplo, para acreditar la relación de causalidad entre la omisión estatal y el menoscabo, es necesario demostrar que si la entidad hubiese realizado el deber incumplido, se hubiera evitado el daño producido.

En el Derecho comparado se discute si para la responsabilidad estatal es necesaria que su acción u omisión determine en forma exclusiva el evento dañoso, o si también este deber subsiste cuando su actividad concurre con otras causas en la producción del evento. Las consecuencias son distintas, porque en la primera posición nos encontraríamos frente a un caso de exclusión de la responsabilidad estatal, pero en el segundo estaremos en un supuesto de atenuación de la indemnización a cargo del Estado. Lo que sí queda claro, conforme al tenor del numeral 260.2 del artículo 260 del TUO de la LPAG es que si el hecho de tercero o del propio damnificado es la causa exclusiva del perjuicio, queda excluido el deber resarcitorio del Estado. A este último supuesto se refiere la norma nacional cuando indica que: “(...) no hay lugar a la reparación por parte de la Administración Pública, cuando el daño fuera consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante del administrado damnificado o de tercero”. Sin embargo, no aborda el supuesto de concurrencia de causas en las que la conducta de la víctima o el hecho de tercero son solo coadyuvantes del resultado, pero no incidencia causal. Por ejemplo, si en una mala praxis médica en un hospital público concurren la acción del médico al servicio del Estado con una acción imprudente de la víctima. Aquí, deberá ser analizado prudentemente por la jurisprudencia, a partir de dilucidar cuál entre esos

eventos lleve consigo la mayor probabilidad de producir la consecuencia dañosa siendo su causa adecuada.

3. Factibilidad jurídica de asignar el daño a la Administración Pública

Está referida a contar con un factor de atribución objetivo o fundamento jurídicamente relevante que permita asignar el deber de compensación al Estado, ocupando el papel que en la responsabilidad patrimonial tiene la imputabilidad (culpa y el dolo), que es inaplicable en la responsabilidad estatal. Los factores de atribución normalmente usados son el funcionamiento anormal, defectuoso, tardío o incorrecto de la actividad de la Administración Pública en relación con sus estándares admisibles técnica o legalmente (comúnmente denominada la falta del servicio) y el riesgo creado por la acción estatal (responsabilidad por riesgo o por enriquecimiento sin causa). Son ejemplos típicos de factores de atribución por funcionamiento anormal del servicio la ausencia de servicio público prestado por el Estado, mala señalización de una vía pública, fugas en las redes de servicios públicos de agua, embargo y disposición de caudales o recursos cuando no existe deuda, etc. Actuaciones desproporcionadas de la fuerza pública que causan daños a la propiedad privada, demolición mal efectuada que daña construcciones vecinas, etc.

Como se puede apreciar, la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública se genera de manera objetiva, sin que sea indispensable requerir que medie dolo o culpa en la acción u omisión de sus autoridades; estos son factores a considerar para efectos de la cuantificación de la compensación.

4. Perjuicio indemnizable

Sin daño injusto o lesión antijurídica y efectiva, al patrimonio o derechos de los administrados individualizados, no existe deber de indemnizar o responsabilidad patrimonial a cargo del Estado. La antijuridicidad o carácter resarcible del daño no viene dado por el autor del acto lesivo sino por la situación particular del afectado, quien no debe tener el deber jurídico de soportar las consecuencias negativas del hecho sobre su ámbito patrimonial. Si así lo fuera, no cabe hablar de posibilidad de resarcimiento económico, pues sería un sacrificio económico admitido y legitimado por el sistema jurídico. Por ejemplo, si tiene el deber de soportar una multa legítimamente impuesta.

Pero además, el artículo se refiere a otras particularidades del daño inferido cuando afirma que: "El daño alegado debe ser efectivo, valuable económicamente e individualizado con relación a un administrado o grupo de ellos", reconociendo como presupuestos para la responsabilidad estatal la efectividad del daño, su valuación económica y su individualización. Para que el detrimento o menoscabo patrimonial sea efectivo, es necesario que sea cierto, constatable e inmediato y no meramente hipotético, posible o especulativo sobre pérdidas

contingentes. Incluso el daño futuro o la pérdida de chance pueden ser resarcibles en la medida en que el menoscabo inferido sea de inmediato y de necesario acaecimiento y no meramente probable o eventual. Por la valoración económica del daño, este necesita ser posible de determinar en dinero, lo cual se hace necesario analizar prudentemente ya que en el numeral 260.5 se ha incluido la posibilidad de resarcir el daño moral y el daño a la persona.

Finalmente, la norma exige que el daño sea perfectamente individualizado, es decir, concretado o particularizado en el sujeto de derecho o grupo de ellos que plantean la demanda (persona individual o colectivo perfectamente individualizado por un criterio específico y que hayan visto menoscabado su patrimonio o sus derechos). La idea es excluir de la posibilidad de calificar como daño indemnizable aquellos que sean cargas colectivas comunes de la sociedad o parte de ella.

IV. CONTENIDO O ALCANCE DE LA INDEMNIZACIÓN

La noción básica es que el deber indemnizatorio debe ser integral comprendiendo todos los daños y perjuicios inferidos a las víctimas de modo que su patrimonio resulte inalterado. Como es común, en este caso, la obligación de resarcir es una obligación dineraria y no en especie (salvo pacto en contrario). Por ello, para la cuantificación de la indemnización que el Estado debe entregar al administrado, los jueces deben apreciar que la indemnización comprende tanto la compensación por el daño directo e inmediato producido, como las demás consecuencias derivadas del acto, incluyendo el lucro cesante (pérdida de la ganancia legítima o de utilidad económica como consecuencia del daño), como el daño a la persona y el daño moral. La reforma contenida en el Decreto Legislativo N° 1029 suprimió la cláusula que precisaba que la cuantía de la indemnización incluirá los intereses legales y se calculará con referencia al día en que el perjuicio se produjo, por lo que ahora la autoridad judicial deberá definir en cada caso —concordantemente con la pretensión que se plantee— si la indemnización debe fijarse con los valores vigentes en el momento del pronunciamiento definitivo o a la fecha del perjuicio.

V. CASOS DE EXCLUSIÓN CALIFICADOS EN ESTA NORMA

Como el Estado (es decir, toda la sociedad) no es el asegurador universal de todos los daños producidos a los ciudadanos, solo responde por aquellos que le sean imputables en atención a lo dispuesto por este artículo. Por ello, es importante tener en cuenta que existen razones que legalmente han sido consideradas como causales de exclusión de la responsabilidad. Son supuestos de exclusión del vínculo causal, el caso fortuito y la fuerza mayor. Por otro lado, son causales excluyentes de responsabilidad si el evento deriva causalmente de un hecho

determinante del propio damnificado o de tercero. Pero a estas causales tradicionales, la norma incluyó un factor de exención de responsabilidad absolutamente inusual en el Derecho comparado, cuando indica que no hay lugar a reparación cuando la entidad hubiere actuado razonable y proporcionalmente en defensa de la vida, integridad o los bienes de las personas o en salvaguarda de los bienes públicos. Con ello, la intención legislativa es que los ciudadanos tengamos el deber de soportar los daños y perjuicios ocasionados a nuestros derechos y patrimonios por las entidades estatales solo porque los actos lesivos inferidos hayan perseguido la defensa de la vida, integridad o los bienes de las personas o bienes públicos. En la práctica será de competencia de los jueces esclarecer cuando estas acciones han sido desarrolladas de manera razonable y proporcional, y no arbitraria y desproporcionada.

VI. LA VÍA PARA LA EXIGENCIA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Conforme a las reglas establecidas en el Texto Único Ordenado de la Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 013-2008-JUS, la exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública se realiza en sede judicial a través de la demanda contencioso administrativa (art. 5, inc. 5) y se tramita bajo las reglas del proceso especial. Lo curioso es que esta norma no la establece como pretensión principal sino como acumulable con alguna otra procedente (por ejemplo, declaración de nulidad de acto administrativo o declaración de ilegalidad de la actuación material) y se le otorga al ciudadano un plazo de caducidad de tres (3) meses a contar desde el conocimiento o notificación de la actuación impugnada.

Lamentablemente, la mencionada regulación resulta deficiente por cuanto no esclarece determinadas situaciones que resultan claves para su efectividad. En nuestra opinión, no se ha previsto solución normativa para los siguientes problemas: ¿debe ser considerado como demandado en el proceso el funcionario o servidor público autor del acto lesivo, teniendo en cuenta que la Administración Pública repetirá contra él, en caso de ser condenada finalmente en el proceso?; ¿hay obligación de agotar la vía administrativa con el reclamo indemnizatorio para plantear esta demanda?; ¿cómo se computa el plazo de caducidad de la demanda en caso acumularla con una pretensión contra el silencio negativo, dado que si bien es posible demandar acumulativamente pretensiones indemnizatorias en estos casos, la ley exige que esta pretensión tiene un plazo único de caducidad de tres (3) meses y no hay tal plazo para demandar por la inactividad material?; ¿es posible presentar la pretensión indemnizatoria en vía principal fuera del proceso contencioso administrativo? Y, finalmente, ¿cómo se demanda la pretensión indemnizatoria por acto lícito dado que esta norma solo se pone en la hipótesis de la actuación ilegal como supuesto generador del daño?

VII. EL DEBER DE REPETIR CONTRA LAS ACTIVIDADES CAUSANTES DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS

El numeral 260.6 del artículo comentado establece un instrumento común en el Derecho comparado, establecido por el Derecho francés a través de la sentencia *Laurelle* de 1951⁽⁹⁹⁵⁾, repetido en muchos ordenamientos en los que incluso ha alcanzado nivel constitucional como en Colombia, Uruguay, Brasil, Paraguay y Honduras⁽⁹⁹⁶⁾⁽⁹⁹⁷⁾ destinado a habilitar el reparto o distribución definitiva interna

(995) Fallo Consejo de Estado del 28 de julio de 1951. Véase en: *Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Administrativa Francesa*, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, Colombia, 2000, p. 329.

(996) La Constitución Política de Colombia de 1991 consagra esta institución como postulado esencial del estado del derecho, en los siguientes términos:

Artículo 90.- "El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra este".

La Constitución Política de Honduras de 1982 también la contempla de la siguiente manera:

Artículo 324.- "Si el servidor público en el ejercicio de su cargo, infringe la ley en perjuicio de particulares, será civil y solidariamente responsable junto con el Estado o con la institución estatal a cuyo servicio se encuentre, sin perjuicio de la acción de repetición que estos pueden ejercitar contra el servidor responsable, en los casos de culpa o dolo".

La responsabilidad civil no excluye la deducción de las responsabilidades administrativa y penal contra el infractor.

La Constitución Política de Uruguay de 1997 también mantiene la misma posición, estableciendo que:

Artículo 24.- "El Estado, los Gobiernos Departamentales, los Entes Autónomos, los Servicios Descentralizados y, en general, todo órgano del Estado, serán civilmente responsables del daño causado a terceros, en la ejecución de los servicios públicos, confiados a su gestión o dirección.

Artículo 25.- Cuando el daño haya sido causado por sus funcionarios, en el ejercicio de sus funciones o en ocasión de ese ejercicio, en caso de haber obrado con culpa grave o dolo, el órgano público correspondiente podrá repetir contra ellos, lo que hubiere pagado en reparación".

La Constitución Política de Paraguay de 1992

Artículo 106.- De la responsabilidad del funcionario y del empleado público

"Ningún funcionario o empleado público está exento de responsabilidad. En los casos de transgresiones, delitos o faltas que cometiesen en el desempeño de sus funciones, son personalmente responsables, sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria del Estado, con derecho de este a repetir el pago de lo que llegase a abandonar en tal concepto".

La Constitución Política de Brasil de 1988

Artículo 37.- "La Administración pública, directa, indirecta o institucional de cualquiera de los Poderes de la Unión, de los Estados, del Distrito Federal y de los Municipio obedecerá a los principios de legalidad, impersonalidad, moralidad, y también a lo siguiente: (...)

6. Las personas jurídicas de derecho público y las de derecho privado prestadoras de servicios públicos responderán por los daños que sus agentes, en esa calidad, causen a terceros, asegurando el derecho de repetir contra el responsable en los casos de dolo o culpa".

(997) Algunos otros ordenamientos positivos que lo regulan expresamente, son España, México, Chile y Costa Rica, del modo siguiente:

España (*Ley 30/1992*, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).

Artículo 145. "Exigencia de la responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas.

1. Para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a que se refiere el Capítulo 1 de este Título, los particulares exigirán directamente a la Administración Pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio.

2. La Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves, previa instrucción del procedimiento que reglamentariamente se establezca.

Para la exigencia de dicha responsabilidad se ponderarán, entre otros, los siguientes criterios: el resultado dañoso producido, la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones públicas y su relación con la producción del resultado dañoso.

3. Asimismo, la Administración instruirá igual procedimiento a las autoridades y demás personal a su servicio por los daños y perjuicios causados en sus bienes o derechos cuando hubiera concurrido dolo, o culpa o negligencia graves.

4. La resolución declaratoria de responsabilidad pondrá fin a la vía administrativa.

5. Lo dispuesto en los párrafos anteriores, se entenderá sin perjuicio de pasar, si procede, el tanto de culpa a los Tribunales competentes”.

México: Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos

Artículo 77-BIS.- “Cuando en el procedimiento administrativo disciplinario se haya determinado la responsabilidad del servidor público y que la falta administrativa haya causado daños y perjuicios a particulares, estos podrán acudir a las dependencias, entidades o a la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo, para que ellas directamente reconozcan la responsabilidad de indemnizar la reparación del daño en cantidad líquida y, en consecuencia, ordenar el pago correspondiente, sin necesidad de que los particulares acudan a la instancia judicial o cualquier otra.

El Estado podrá repetir de los servidores públicos el pago de la indemnización hecha a los particulares.

Si el órgano del Estado niega la indemnización, o si el monto no satisface al reclamante, se tendrán expeditas, a su elección, la vía administrativa o judicial”.

Chile: Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, N° 18.575

Artículo 44.- “Los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio. No obstante, el Estado tendrá derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal”.

Costa Rica: (Ley General de la Administración Pública, N° 6227)

SECCIÓN SEGUNDA : De la Distribución Interna de Responsabilidades

Artículo 203.

“1. La Administración deberá recobrar plenariamente lo pagado por ella para reparar los daños causados a un tercero por dolo o culpa grave de su servidor, tomando en cuenta la participación de ella en la producción del daño, si la hubiere.

2. La recuperación deberá incluir también los daños y perjuicios causados a la Administración por la erogación respectiva.

Artículo 204.

1. La acción de la Administración contra el servidor culpable en los anteriores términos será ejecutiva y podrá darse lo mismo si el pago hecho a la víctima es voluntario que si es ejecución de un fallo.

2. En ambos casos servirá como título ejecutivo contra el servidor culpable la certificación o constancia del adeudo que expida la Administración, pero cuando haya sentencia por suma líquida la certificación deberá coincidir so pena de perder su valor ejecutivo.

de la carga indemnizatoria, a través de la acción de repetición o de regreso que la Administración Pública realiza contra las autoridades y demás personal a su servicio por la responsabilidad personal en que hubiesen incurrido.

Pongamos como ejemplos casos de desaparición o desplazamiento forzado, herida o muerte por manejo inadecuado de armamento, tortura, contratos ejecutados sin disponibilidad presupuestal, incumplimiento de derechos laborales de empleados estatales, mala praxis en hospitales estatales, indebida liquidación o intervenciones en empresas privadas, etc., supuestos todos en los que existen responsabilidades personales suficientemente individualizadas separadas del ejercicio correcto del servicio pero en conexión con él, y que, en principio, la Administración Pública asume su compensación frente a los ciudadanos.

No se trata de hacer efectiva las responsabilidades administrativas o penales que estos hechos pudieran provocar a los autores personales de los actos y que se siguen por su propia vía. Se trata de hacer efectivo el deber de resarcimiento (carácter resarcitorio) que los servidores y funcionarios públicos tienen, por sus acciones u omisiones funcionales, cuando ocasionan dolosa o culposamente un daño económico en vía directa a los ciudadanos, pero en vía indirecta, al patrimonio público, porque es este quien afronta su resarcimiento. De lo contrario, se propiciaría la impunidad funcional, ya que todos estaríamos asumiendo el costo de actuaciones ilegales producidas por autoridades, pese a que están causadas por sus propias acciones deliberadas o culposas.

- Objetivos perseguidos por la acción de repetición

Es importante tener en cuenta que la acción de regreso no importa el traslado automático a la autoridad de la indemnización condenada por sentencia judicial, pues en verdad la indemnización por la actuación indebida ya la sufragó la Administración Pública. Lo que la acción pretende es otorgar a la Administración Pública un mecanismo jurídico para obtener el reintegro del monto de la indemnización que ha debido reconocer a los particulares por daños antijurídicos ocasionados, activando la responsabilidad interna que tienen los servidores frente a la Administración Pública por su actuar doloso, culposo o negligente y siempre que no existieran fallas del servicio o causales personales de eximencia de responsabilidades.

Resulta obvio que existirán casos en que no se puede trasladar a algún servidor por no habersele individualizado o no serle imputable al tratarse de fallas del servicio. Pero cuando sea individualizada, personal e imputable la autoría de

Artículo 205.

1. Cuando el daño haya sido producido por la Administración y el servidor culpable, o por varios servidores, deberán distribuirse las responsabilidades entre ellos de acuerdo con el grado de participación de cada uno, aun cuando no todos sean parte en el juicio.
2. Para este efecto deberá citarse, a título de parte, a todo el que aparezca de los autos como responsable por el daño causado”.

la acción u omisión indebida generadora de la condena, corresponderá el traslado total o parcial del monto de la indemnización. La Administración Pública no es la aseguradora integral de las acciones de sus funcionarios, ni estos son irresponsables en nuestro ordenamiento.

Por esta acción autónoma, sucesiva y de contenido patrimonial corresponde que cualquier entidad estatal condenada en un proceso por la responsabilidad incurrida por sus agentes, repita judicialmente contra el servidor o funcionario autor personal de la acción u omisión, aunque haya dejado de pertenecer al servicio, por el monto indemnizatorio ya pagado, si constata que la causa de la responsabilidad que se le imputó sea una conducta incurrida por este agente, en ejercicio de sus funciones.

Es una acción autónoma porque tiene independencia respecto del proceso de responsabilidad en la que el Estado fue condenado, siendo la sentencia condenatoria obtenida en este proceso, solo un presupuesto para su inicio. No es la acción subrogatoria de la Administración Pública sobre los derechos que la víctima tenía frente a la autoridad al servicio de la entidad porque no pretende la indemnización del afectado, sino pretende de manera autónoma y directa la reparación del menoscabo sufrido por tener que afrontar esta condena.

Es una acción sucesiva o secundaria porque constituye un proceso que se inicia justamente cuando ya existe una condena judicial o extrajudicial previa (por ejemplo, conciliación o arreglo amistoso) y la entidad ha honrado la deuda, buscando reequilibrar la situación patrimonial cargando el perjuicio a quien por acción deliberada o mediante actuar culposo lo produjo.

- ¿Cuándo está expedita la Administración Pública para interponer la acción de repetición?

Para su procedencia se requiere la existencia de:

- i) Una condena firme contra la entidad estatal emitida por un tribunal nacional o internacional, en vía contencioso-administrativa o en vía ordinaria o un reconocimiento indemnizatorio formalmente realizado, que crean el título obligacional de deudor en determinada entidad pública.
- ii) Una necesaria conexión causal entre la condena contra la entidad y la conducta personal de la autoridad o ex autoridad que la origina. Por ende, no aplica, si fuera un supuesto de responsabilidad estatal por acto lícito o por alguna falla del servicio, o, aun existiendo una conducta personal causal de la responsabilidad, ella fuere eximible por caso fortuito, fuerza mayor o la conducta de un tercero. Es necesario recordar que conforme a lo previsto en la novena disposición final de la Ley N° 27785, el funcionario o servidor público no solo es responsable frente a la Administración Pública por su actuar doloso o mediando culpa grave, sino que también incluso por la

culpa leve⁽⁹⁹⁸⁾. En este último punto, esta medida parece ciertamente desproporcionada por el riesgo inherente a la actividad profesional de muchas labores burocráticas.

- iii) Haber realizado el pago íntegro de la condena al afectado, dado que de acuerdo al esquema nacional quien responde frente al particular por los actos funcionales, en principio es el Estado y, el agente público solo de modo indirecto, a través de esta vía.

Una vez cancelada la obligación, la propia entidad cuyo presupuesto financia el pago de la deuda debe iniciar un procedimiento administrativo interno tendente a determinar si corresponde en el caso concreto promover la acción de repetición contra el funcionario o los funcionarios responsables del daño causado. Para ello, bastará un informe legal sobre la existencia de los elementos de conexión referidos en el ítem ii), el mismo que una vez concluya favorablemente respecto a esta acción, produce la vista al funcionario o funcionarios responsables del daño causado para que se puedan venir al reembolso. En caso de resistencia, rechazo o inasistencia, se procederá a disponer el inicio de la acción judicial respectiva. Sin duda, también esta acción puede producirse —como sucede en otros países, mediante la exigencia de los órganos de control externo e interno en vía de seguimiento de la acción gubernativa—.

A tal efecto, la Administración Pública adoptará la decisión de plantear la acción de repetición en la vía judicial, aunque también es posible, acordar previamente o dentro del proceso judicial, el reembolso de lo indemnizado, aprobando dicho acuerdo mediante resolución.

Una duda que suele tenerse con este instrumento es si su realización constituye una actividad discrecional u obligatoria de la autoridad⁽⁹⁹⁹⁾, entendiéndose

(998) Responsabilidad Civil.- Es aquella en la que incurren los servidores y funcionarios públicos, que por su acción u omisión, en el ejercicio de sus funciones, hayan ocasionado un daño económico a su entidad o al Estado. Es necesario que el daño económico sea ocasionado incumpliendo el funcionario o servidor público sus funciones, por dolo o culpa, sea ésta inexcusable o leve. La obligación del resarcimiento a la entidad o al Estado es de carácter contractual y solidaria, y la acción correspondiente prescribe a los diez (10) años de ocurridos los hechos que generan el daño económico.

(999) Este debate no es solo nacional sino también internacional, como lo podemos confirmar de la lectura de los siguientes trabajos: SÁNCHEZ MILITAO, Joao BruN^o "El poder-dever do estado no exercício do directo de regreso por força do seu fundamento ético e jurídico" <<http://jus2.uol.com.br/doctrina/>>; REBOLLO, Luis Martín. "La acción de regreso contra los profesionales sanitarios (algunas reflexiones sobre la responsabilidad pública y la responsabilidad personal de los empleados públicos) en <<http://www.ajs.es/downloads/vol09012.pdf>>; DOMENECH PASCUAL, Gabriel. "¿Por qué la administración nunca ejerce la acción de regreso contra el personal a su servicio?". En: Revista *INDRET*, Revista para el análisis del derecho, Barcelona, abril 2008; BARCELONA LLOP, Javier. "La acción de regreso en la Ley de régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común". En: *Revista Española de Derecho Administrativo*, N^o 105, España, 2000, p. 37 y ss.; y DÍEZ SÁNCHEZ, Juan José. "Las acciones de regreso contra

por tales alternativas que la interposición de la acción de regreso sea un deber de las autoridades superiores o una acción posible, potestativa, facultativa o meramente probable, sin admitirse cuestionamiento por su no ejercicio. En principio, parecería de una lectura sencilla de la norma, que nos encontramos frente a un acto discrecional, en la medida que el numeral 260.6 del artículo 260 del TUO de la LPAG dice que cuando la entidad indemnice a los administrados “podrá” repetir judicialmente de autoridades y demás personal a su servicio. Pero tan igual como la interpretación literal o gramatical no es la más adecuada para entender preceptos administrativos, el sentido discrecional de esta norma tampoco es un sentido adecuado de entender su alcance.

A nuestro entender, si concurren los elementos previstos para la imputación del daño al autor personal, y que describimos en el punto III de este comentario, ninguna autoridad tendría fundamento alguno para no ejercer esta atribución⁽¹⁰⁰⁰⁾, pues la norma no establece una posibilidad, sino una potestad que la Administración Pública no posee antes de la norma. En efecto, si alguna entidad es condenada a pagar una indemnización a un administrado, la causa de ese daño ha sido un actuar imputable a un servidor o funcionario público perfectamente individualizado sin que exista circunstancia alguna de eximencia de responsabilidad y ya ha pagado la indemnización, ¿por qué no habría de interponer, la acción de regreso?; ¿qué consideración legal haría que por oportunidad, mérito, conveniencia o mero arbitrio no recupere ese menoscabo al patrimonio público? De su lado, la interposición de la acción tiene los principios básicos de moralidad administrativa, de la indisponibilidad de las competencias administrativas, de tratamiento igualitario a todos los funcionarios en la misma situación y sobre el deber de preservar el patrimonio público puesto a su administración.

En nuestra opinión, cuando una autoridad honre la condena judicial o arbitral de pago de la indemnización por la actuación administrativa, deberá analizar si en la gestación y producción del perjuicio es posible identificar como causa un comportamiento imputable a alguno de sus funcionarios y servidores, en los términos a que se refiere el numeral 260.6 en mención. Si existe esta causalidad, como principio estará sujeta al deber, inherente a toda autoridad, de agotar los medios existentes a su alcance para resarcir el patrimonio público.

autoridades y funcionarios públicos”. En: *La responsabilidad civil y su problemática actual*. Coord. Juan Antonio Moreno Martínez, Dykinson, Madrid, 2007.

(1000) La norma nacional es receptora de precepto similar contenido en el artículo 145.2 de la Ley 30/1992 de España (previa a la reforma operada por la Ley 4/1999) y como tal hacemos nuestra la interpretación que sobre ella hacía el maestro Jesús GONZÁLEZ PÉREZ en su *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*. Thomson Reuters, Madrid, 2000, p. 521, posición que también comparte REBOLLO, Luis Martín en su “La acción de regreso contra los profesionales sanitarios (algunas reflexiones sobre la responsabilidad pública y la responsabilidad personal de los empleados públicos)”.

Ahora bien, como la propia norma habilita a la autoridad a cargo de este análisis, deberá confirmar la constatación de esos elementos externos con la apreciación de los elementos personales que indica el numeral 260.6, para determinar el inicio de la acción y, en su caso, la ponderación del monto a demandar. Nos referimos a la necesidad de apreciar aspectos personales del responsable, como son: la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad del profesional involucrado y su relación con la producción del perjuicio. Con ello, la autoridad concluirá el indispensable análisis para decidir el inicio de la acción y, en su caso, modular la pretensión económica a plantear. Por ejemplo, si no hubiera habido intencionalidad en la acción, el funcionario o servidor no tuviera relación con la producción del perjuicio o su responsabilidad profesional no estuviere conectado con el evento dañoso, obviamente no prosperaría la acción, porque precisamente se carecía de algunos de los presupuestos ya señalados en el punto III.

- ¿Cuánto se puede reclamar en vía de repetición?

No debe olvidarse que esta acción tiene como una finalidad esencial mantener la indemnidad del patrimonio público que se ve afectado por tener que indemnizar, anteladamente, a terceros por faltas personales de sus funcionarios o servidores. Por ello, la acción de repetición es una acción de interés público que sirve para defender el patrimonio público que se conforma para la satisfacción de necesidades colectivas.

Por ello, en principio la vía de repetición debería comprender el monto de la indemnización pagada por el Estado a los damnificados más las costas y costos del proceso. Esa sería una indemnización integral que los contribuyentes deberíamos esperar. Pero también pudiera apreciarse que parte del daño hubiera sido imputable personalmente a la actividad del servidor o funcionario y parte a otra autoridad, en cuyo caso la pretensión debería distribuirse. También puede suceder que parte del daño pueda ser imputable a una falla del servicio, en cuyo caso la imputación sería por el monto personal de la responsabilidad. Y, finalmente, puede suceder que el perjuicio pagado pudiera haber sido resarcido al Estado por algún mecanismo de seguro que pudiera haberse tomado, en cuyo caso no cabría reclamar la repetición por el daño ya resarcido al patrimonio público. De no ponderar estos elementos y persistir en la indemnización integral se incurre en el riesgo de inducir a las autoridades a la inacción o ausencia de iniciativa y omitir asumir los riesgos que son propios de todo proceso de administración. No obstante, una tolerancia extrema llega a cohonestar la impunidad en la gestión pública.

Lo que no está autorizado es determinar el monto a repetir —y menos decidir no iniciar la acción— en consideración a elementos personales del funcionario o servidor como, por ejemplo, su exíguo patrimonio o el monto de remuneraciones percibidas. En todo caso, estas serán consideraciones que deben ser materia de probanza y apreciación en sede judicial.

CAPÍTULO II

RESPONSABILIDAD DE LAS AUTORIDADES Y PERSONAL AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Artículo 261

Faltas administrativas⁽¹⁰⁰¹⁾

261.1 *Las autoridades y personal al servicio de las entidades, independientemente de su régimen laboral o contractual, incurrir en falta administrativa en el trámite de los procedimientos administrativos a su cargo y, por ende, son susceptibles de ser sancionados administrativamente suspensión, cese o destitución atendiendo a la gravedad de la falta, la reincidencia, el daño causado y la intencionalidad con que hayan actuado, en caso de:*

1. *Negarse a recibir injustificadamente solicitudes, recursos, declaraciones, informaciones o expedir constancia sobre ellas.*
2. *No entregar, dentro del término legal, los documentos recibidos a la autoridad que deba decidir u opinar sobre ellos.*
3. *Demorar injustificadamente la remisión de datos, actuados o expedientes solicitados para resolver un procedimiento o la producción de un acto procesal sujeto a plazo determinado dentro del procedimiento administrativo.*
4. *Resolver sin motivación algún asunto sometido a su competencia.*
5. *Ejecutar un acto que no se encuentre expedito para ello.*
6. *No comunicar dentro del término legal la causal de abstención en la cual se encuentra incurso.*
7. *Dilatar el cumplimiento de mandatos superiores o administrativo o contradecir sus decisiones.*
8. *Intimidar de alguna manera a quien desee plantear queja administrativa o contradecir sus decisiones.*
9. *Incurrir en ilegalidad manifiesta.*
10. *Difundir de cualquier modo o permitir el acceso a la información confidencial a que se refiere el numeral 171.1 de este TUO⁽¹⁰⁰²⁾.*
11. *No resolver dentro del plazo establecido para cada procedimiento administrativo de manera negligente o injustificada.*
12. *Desconocer de cualquier modo la aplicación de la aprobación automática o silencio positivo obtenido por el administrado ante la propia u otra entidad administrativa.*

(1001) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 239 de la Ley N° 27444.

(1002) Texto según fe de erratas publicada el 02/02/2019.

13. *Incumplir con los criterios, procedimientos y metodologías para la determinación de los costos de los procedimientos y servicios administrativos.*
 14. *Cobrar montos de derecho de tramitación por encima de una (1) UIT, sin contar con autorización previa.*
 15. *No aplicar el procedimiento estandarizado aprobado.*
 16. *Cobrar montos de derecho de tramitación superiores al establecido para los procedimientos estandarizados.*
 17. *Proponer, aprobar o exigir procedimientos, requisitos o tasas en contravención a los dispuestos en esta ley y demás normas de simplificación, aunque consten en normas internas de las entidades o Texto Único de Procedimientos Administrativos.*
 18. *Exigir a los administrados la presentación de documentos prohibidos de solicitar o no admitir los sucedáneos documentales considerados en la presente ley, aun cuando su exigencia se base en alguna norma interna de la entidad o en su Texto Único de Procedimientos Administrativos.*
 19. *Suspender la admisión a trámite de solicitudes de los administrados por cualquier razón.*
 20. *Negarse a recibir los escritos, declaraciones o formularios presentados por los administrados, o a expedir constancia de su recepción, lo que no impide que pueda formular las observaciones en los términos a que se refiere el artículo 136.*
 21. *Exigir la presentación personal de peticiones, recursos o documentos cuando la normativa no lo exija.*
 22. *Otros incumplimientos que sean tipificados por Decreto Supremo refrendado por Presidencia del Consejo de Ministros.*
- 261.2 *Las correspondientes sanciones deben ser impuestas previo proceso administrativo disciplinario que, se ceñirá a las disposiciones legales vigentes sobre la materia, debiendo aplicarse para los demás casos el procedimiento establecido en el artículo 255, en lo que fuere pertinente.*

(Texto según el artículo 239 de la Ley N° 27444, modificado según el artículo 2 Decreto Legislativo N° 1272)



ANTECEDENTE

- Arts. 27, 28: LNGPA.



CONCORDANCIAS EXTERNAS

- Ley N° 30057: Ley del Servicio Civil (art. 85, lit. h, faltas disciplinarias: el abuso de autoridad).
- D.S. N° 040-2014-PCM: Reglamento de la Ley del Servicio Civil (arts. 98, 99 y 100, faltas disciplinarias e incumplimiento de la LPAG).
- D.Leg. N° 276: Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público (art. 26, sanciones aplicables por faltas disciplinarias; art. 27, criterios

para graduar sanciones aplicables; art. 28, faltas de carácter disciplinario).

- D.S. N° 043-2003-PCM: TUO de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública (arts. 4 y 14, responsabilidad por acceso a información).
- Ley N° 27815: Ley del código de Ética de la Función Pública.
- D.S. N° 033-2005-PCM: Reglamento de la Ley N° 27815, Ley del código de Ética de la Función Pública.
- D.Leg. N° 1256: Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas (art. 35, responsabilidad por conductas infractoras de entidades por aplicación de barreras burocráticas ilegales).



CONCORDANCIAS INTERNAS

- Art. 6.4: Decisiones irrelevantes y que no agravan a los administrados.
- Art. 7: Régimen de los actos de administración interna.
- Art. 55.2, 9: Facultades de la Presidencia del Consejo de Ministros.
- Art. 66, 14: Derechos de administrados de exigir responsabilidad de autoridades.
- Art. 99: Causales de abstención.
- Art. 102: Consecuencias de la no abstención.
- Art. 120: Facultad de contradicción administrativa.
- Art. 135: Obligaciones de unidades de recepción.
- Art. 136: Observaciones a la documentación presentada.
- Art. 143, 1: Plazo máximo para realizar actos procedimentales.
- Art. 169: Queja por defectos de tramitación.
- Art. 171: Acceso al expediente.
- Art. 174: Actuación probatoria.
- Art. 179: Presentación de documentos entre autoridades.
- Art. 203: Ejecutoriedad del acto administrativo.
- Art. 217: Facultad de contradicción.
- Art. 255: Procedimiento sancionador.

Comentario

I. ¿POR QUÉ EL TEMA DE RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS EN UNA LEY DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS?

A primera vista puede parecer extraño al contenido de una ley de procedimientos administrativos abordar el tema de la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos; y, sobre todo, comprendiendo únicamente el aspecto de la responsabilidad administrativa. Es verdad, no se trata de una Ley General de la Administración Pública, ni menos una Ley de Responsabilidad Administrativa. Sin embargo, siguiendo las pautas de la legislación comparada y doctrina administrativa la Comisión acordó incluirlo como un apartado, al reconocer que la responsabilidad de la autoridad administrativa es la cláusula de garantía de su real cumplimiento, para inducir a la efectividad de las normas de la LPAG de manera compulsiva. Sabido es que la consecuencia jurídica sancionadora en el ámbito administrativo es la más importante, en la medida que implica un forzamiento hacia el cumplimiento. No bastaba que a lo largo de la

norma se hayan establecido cláusulas de control social sobre la Administración Pública ni comparativos de actuación, si ello no pudiera trasuntarse en exigencias de responsabilidades concretas.

II. CUESTIÓN TERMINOLÓGICA: AUTORIDADES Y PERSONAL AL SERVICIO DE LAS ENTIDADES

En este contexto, la Comisión partió de la comprobación que no podría tender a regular integralmente la responsabilidad de las autoridades a partir de las categorías existentes, donde no existía consenso sobre quiénes están comprendidos en la noción de funcionarios y servidores públicos. Problemas de la dispersión en carreras públicas, sistemas de retribución, carácter de las entidades a las cuales sirven, modalidades de tercerización, son algunos de los fenómenos que contribuyen a la erosión de los conceptos empleados tradicionalmente en la Administración Pública. Por ello la Comisión inicia creando sus propias categorías a las cuales dota de contenido para comprender a los fenómenos que aspira.

En cuanto al término “autoridad”, ya quedó definido en la LPAG y como tal no reviste mayor problema. Pero, adicionalmente, se acuñó la frase “personal al servicio de las entidades”, con la cual se comprende a todo aquel que bajo cualquier modalidad contractual o régimen legal, prestan servicios a cualquiera de las entidades públicas. De tal suerte, quedan comprendidos en esta sección los que prestan servicios a las entidades en forma *ad honorem*, bajo contratos de consultoría, locación de servicios, servicios no personales, cuando por su celebración distorsionada conlleva el ejercicio de potestades administrativas. Ello no implica que *a priori* la norma está laboralizando las relaciones jurídicas, sino simplemente que si están prestando un servicio a una entidad, ello les puede conllevar frente a la entidad una responsabilidad en caso de incumplimiento a sus deberes legales, como a cualquier otro ciudadano.

La norma también tiene por objetivo señalar caminos, instituciones, procedimientos y reglas uniformemente aplicadas a todas las autoridades y personal al servicio, pero no por ello desplaza a la normativa preexistente propia de cada estatuto normativo. En cuanto al catálogo de faltas incluidas en el artículo comentado, no deroga las que serán aplicables en los respectivos regímenes de carrera sino que se les agrega técnicamente, con un cariz especial: son las faltas en que puede incurrirse en la gestión de los procedimientos administrativos vinculados a los ciudadanos, y en la actuación administrativa.

III. ELEMENTOS DE ESTA RESPONSABILIDAD: FALTA, SANCIONES Y CRITERIOS DE GRADUACIÓN

Esta norma también tiene que homogeneizar las infracciones comunes a las normas de la LPAG, en particular aquellas derivadas de la simplificación administrativas, las sanciones que corresponden ser aplicadas y los factores por medio de los cuales se graduará la sanción a aplicar. Así, por la comisión de cualquiera

de los hechos enumerados en este artículo, las sanciones serán suspensión, cese o destitución y la elección de una de estas medidas se realizará en función de la reincidencia, el daño causado y la intencionalidad con que hayan actuado, en caso de:

Catálogo de las infracciones administrativas sancionables

La norma también fija las conductas sancionables estándar para toda entidad, que tienen de común ser incumplimientos a los deberes funcionales fundamentales contenidos en la LPAG. Estas infracciones comprenden diversos supuestos que podemos diferenciar en su modo de comisión (por acción u omisión), por su duración (permanente, continuada e instantánea), por su efecto (infracciones de daño o de peligro), y por su elemento subjetivo (doloso u culposo),

Las conductas señaladas son:

- **Negarse a recibir injustificadamente solicitudes, recursos, declaraciones, informaciones o expedir constancia sobre ellas**

La primera conducta sancionable está constituida por el incumplimiento de las autoridades al deber de recibir los escritos de los administrados y de dar constancias sobre ellos. Esta falta respalda el cumplimiento del deber de las autoridades de dar ingreso a trámite solicitudes, recursos, declaraciones o cualquier tipo de solicitud de los administrados, así como el deber de extender las constancias que los administrados requieran sobre el expediente, algún documento o escrito. Como se recuerda, no son excusas para negarse a recibir un pedido, que este tenga defectos, omisiones, destinatarios equivocados, falta de anexos, firmas o pagos; pues en todos los casos es deber de la autoridad recibirlos, anotar el defecto y/o calificar el escrito para encausarlo de oficio. Tampoco son excusas para no recibir el pedido, la falta de funcionamiento del sistema informático, carecer de un TUPA vigente, la carencia de sustento del pedido, entre otros. La infracción se consuma con la sola acción de negar a trámite el pedido o la certificación requerida.

La presencia del término “injustificadamente” podría hacer incurrir en el error de apreciación que basta que la autoridad “justifique” con algún argumento su negativa, para no ser sancionable. Pero ello no es así, porque la negativa para ser justificada debe fundarse en alguna norma legal que lo faculte, pues como hemos visto prevalece el deber de oficialidad e informalismo en favor del administrado. Podría pensarse en un supuesto justificado de rechazo de solicitudes si se tratara de una oficina distinta a la mesa de partes ante la cual el administrado quisiera ingresar el pedido.

- **No entregar dentro del término legal, los documentos recibidos a la autoridad que deba decidir u opinar sobre ellos**

Esta infracción respalda el deber legal que tiene el personal al servicio de la entidad que habiendo recibido un documento no cumple con transferirlo directamente a la autoridad que tiene competencia para instruirlo o resolverlo. Es el caso del personal de mesa de partes o secretarial que habiendo recibido escritos

opta por guardarlos, archivarlos, demorar su entrega al personal competente e incluso si lo transfiere a quien no posee competencia para conocerlo. Al efecto de esta infracción no es relevante diferenciar si el documento recibido es un escrito inicial de los administrados, recursos complementarios, subsanaciones o quejas, o si se trate de documentos interadministrativos de una autoridad a otra como informes internos, reportes, pedidos de información, etc.

- **Demorar injustificadamente la remisión de datos, actuados o expedientes solicitados para resolver un procedimiento o la producción de un acto procesal sujeto a plazo determinado dentro del procedimiento administrativo**

Como se manifestara cuando comentábamos en su oportunidad, constituye elemento esencial del deber de colaboración entre entidades públicas la entrega de información y documentación recíprocamente a quien lo necesite para instruir algún expediente. Como correlato a este deber, es que este artículo prevé la sanción a quien demore injustificadamente proporcionar a otra autoridad los datos, actuados o expedientes para resolver un procedimiento administrativo. También puede aplicarse, en el caso que el requerimiento de la información y documentación proviene de una autoridad administrativa interna, externa o, incluso, el Poder Judicial.

- **Resolver sin motivación algún asunto sometido a su competencia**

La exigencia de motivar las decisiones públicas conforma el derecho al debido proceso que protege el estatuto jurídico del administrado, es un elemento esencial de validez del acto administrativos y uno de los principales elementos para el control de la discrecionalidad de la Administración Pública, por lo que la ley es constante en exigir que constituye un deber esencial motivar debidamente, que solo se puede admitir exceptuado en los casos expresamente señalados en el numeral 6.4. (decisiones irrelevantes y no agravian a los administrados) del artículo 6 y artículo 7 (actos de administración interna) del TUO de la LPAG.

Esta infracción precisamente respalda, este deber de motivar correctamente las resoluciones administrativas. Por ello, esta infracción es cometida por omisión (dejar de motivar la decisión en grado absoluto o parcialmente), como también por acción (motivando a través de fórmulas oscuras o vacías de fundamentación para el caso concreto o mediante fórmulas que por su oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras para la motivación del acto). Se consuma con la notificación de la resolución con estos vicios.

- **Ejecutar un acto que no se encuentre expedito para ello**

Esta infracción respalda el deber de las autoridades de ejecutar las decisiones administrativas oportunamente, pero a partir que se hayan cumplido con los requisitos de tiempo, lugar y modo para ellos. En particular esta falta sanciona la ejecución prematura o precipitada de las decisiones administrativas, cuando

no se encuentran en el momento apto para ello. Se trata del ejercicio indebido de la autotutela ejecutiva cuando no ha surgido aún. Como, por ejemplo, si la autoridad intenta ejecutar una resolución recurrida o no ha sido debidamente notificada al administrado.

Como última medida preventiva, la LPAG contempla como sancionable la conducta activa de cualquier autoridad dirigida a la ejecución material de un acto que aún no adquiere firmeza, o ejecutoriedad, y si habiéndola alcanzado no ha seguido los pasos previos para iniciar las acciones operativas de fuerza. Es una infracción que se comete por acción y se consuma con cualquier conducta positiva que evidencie el intento de forzamiento prematuro de una decisión administrativa.

- **No comunicar la causal de abstención en la que se encuentra incurso dentro del término legal**

Constituye conducta sancionable relevante, la falta de comunicación de la circunstancia personal u objetiva en que se encuentre la autoridad y le hagan incurrir en el deber legal de dejar de conocer un expediente. Si bien los artículos 99 y siguientes del TUO de la LPAG establecen que la no abstención no afecta directamente la validez del acto expedido, salvo que se demuestre la parcialidad o afectación al debido proceso, en cuanto al imperativo ético de la abstención, la norma es precisa y rígida: incurre en responsabilidad quien no comunica esta circunstancia al superior para promover de oficio su apartamiento. La autoridad excluye su eventual responsabilidad con la comunicación oficial al superior si este conociéndola no dispone el apartamiento y lo confirma en el conocimiento del expediente.

Por otra parte, si bien este inciso no prevé la sanción a la autoridad que promueve indebidamente su abstención, por ejemplo, para evitar asumir casos complicados o riesgosos, tal acción deberá ser analizada casuísticamente por la autoridad superior y, en todo caso, por también constituir una acción indebida.

- **Dilatar el cumplimiento de mandatos superiores o administrativos o contradecir sus decisiones**

La norma contiene dos supuestos de responsabilidad próximos que guardan en común atentar contra la jerarquía administrativa, al interior de las entidades: i) la autoridad atente contra la celeridad administrativa dilatando el cumplimiento de las disposiciones emanadas de sus superiores jerárquicos; y, ii) la autoridad contradiga las decisiones de otra autoridad jerárquicamente superior mediante cuestionamientos, impugnaciones, pedidos de revisión, etc.

El respeto a la relación jerárquica entre las autoridades importa una de las condiciones básicas para la unidad de la acción administrativa y la celeridad en la toma de decisiones, por lo que es objeto de protección a través de esta infracción. No obstante la imperfecta redacción del inciso 7 del artículo comentado, es bastante claro que la norma se refiere a mandatos superiores, incluyendo

tanto mandatos provenientes de autoridades administrativas como de autoridades judiciales.

Los dos supuestos mencionados deben ser entendidos en su recto sentido, esto es, garantizar la jerarquía de la autoridad superior cuando dentro de su competencia, imparte directrices generales o específicas encaminadas a acelerar el procedimiento, garantizar el debido proceso, y en general cualquier otra instrucción que se sitúe dentro de los principios y reglas del procedimiento administrativo. No constituye un mecanismo de coerción para forzar a los servidores subalternos a cumplir mandatos superiores ilegítimos por contradecir las reglas del procedimiento, indebidos o abiertamente ilegales.

- **Intimidar de alguna manera a quien desee plantear queja administrativa o contradecir sus decisiones**

El derecho a la contradicción administrativa que la LPAG reconoce a los administrados en cualquiera de sus manifestaciones (desde la simple crítica a sus actuaciones hasta las quejas y denuncias administrativas) encuentran amplia protección. Precisamente, una de las manifestaciones de esta clara intención de protección a este derecho es configurar como falta administrativa cualquier acción constitutiva de amenaza o intimidación que la autoridad realice contra los administrados que precisamente pretendan ejercer su derecho a la contradicción o a manifestar la disconformidad con las decisiones públicas.

La intimidación puede constituirse en expresiones verbales, personales, documentarias o simplemente poder colegirse de alguna manera por la forma en la que se gestiona el expediente (dilaciones indebidas, retardo en las actuaciones, inadmisión de reclamos, desestimación de recursos, etc.). En todos estos casos, es claro que la autoridad administrativa manifiesta una actitud autoritaria que busca desalentar a un administrado alegoso o recurrente, que como tal debiera ser sancionada.

- **Incurrir en ilegalidad manifiesta**

La versión original del proyecto de la norma decía:

“Incurrir en ilegalidad manifiesta al apartarse, sin motivación expresa, de dictámenes u opiniones consultivas”⁽¹⁰⁰³⁾.

Como se puede apreciar, el cambio introducido por la Comisión Revisora del Proyecto en el Congreso de la República recortó el sentido de la intención de la Comisión, produciendo el riesgo latente que se pueda ser arbitrariamente empleado, al carecer propiamente de una descripción taxativa de la conducta sancionable, permitiendo inferir que podría estar sujeto a esta infracción cualquier acción administrativa que sea ilegal, únicamente que esta sea apreciable

(1003) Esta norma pretendía crear un nivel de sujeción mínimo de las autoridades resolutorias a los dictámenes e informes previos, de modo que el nivel político debería, cuando menos, atender y

porque transgrede de modo descubierto, patente, claro ostensible, palmario, o notorio una norma superior; y, no de manera confusa, inducido por oscuridad normativa, existiendo contradicción entre normas, entre otras circunstancias que suelen presentarse.

- **Difundir de cualquier modo o permitir el acceso a la información confidencial a que se refiere el numeral 180.1 del TUO de la LPAG**

Del mismo modo como se ha consagrado la apertura de la Administración Pública mediante diversos mecanismos conceptuales e instrumentales a lo largo de la LPAG, ha sido objetivo de la Comisión equilibrar la balanza de la regulación estableciendo que resulta sancionable la exposición o difusión de la información calificada expresamente como reservada. Nada de este artículo autoriza a interpretar ampliamente las excepciones de confidencialidad o a limitar el acceso de los administrados a la información o documentación no restringida. Esta infracción se puede cometer mediante acciones positivas de entrega de información a terceros, insertar en páginas web, permitir su lectura en el expediente, entre otros, pero también mediante omisiones, como cuando deja de hacer las acciones necesarias para que dicha información no sea de dominio público.

- **No resolver dentro del plazo establecido para cada procedimiento administrativo de manera negligente o injustificada**

Esta infracción respalda el deber de resolver (incluyendo el deber de notificar esa resolución) los pedidos de los administrados dentro del plazo establecido para ello. Pero esta infracción contiene dos elementos: la falta de resolución dentro del plazo y hacerlo de manera negligente o injustificada, de modo que para ser sancionable debe tratarse de un procedimiento que cuente con todos los elementos para pronunciarse. Así, para sancionar a la autoridad debe haberse producido una falta de resolución, pero ella debe haber estado en posibilidad real de resolverlo en ese término legal. Será una situación justificada, por ejemplo, la recarga de trabajo debidamente comprobada, la actitud renuente del administrado en colaborar con el avance del procedimiento, entre otros.

- **Desconocer de cualquier modo la aplicación de la aprobación automática o silencio positivo obtenido por el administrado ante la propia u otra entidad administrativa**

Esta infracción respalda la obtención correcta de derechos por la aprobación automática del pedido o por silencio administrativo, de modo que cualquier

considerar las opiniones técnicas del caso. No cancelaba la discrecionalidad de la autoridad, sino que la sometía a un mínimo control de razonabilidad.

acción u omisión de los funcionarios dirigida a desconocer esos derechos estará sancionado por este ilícito. Es claro que esta infracción no comprende el caso del ejercicio legítimo de la potestad anulatoria del silencio o aprobación automática si se comprueba algún vicio. Por el contrario, sí comprende casos como la negativa a reconocer el derecho así adquirido, la aplicación de sanciones por actuar supuestamente sin un título habilitante expreso, exigir para reconocer el silencio que se haya expedido una certificación o que se haya presentado una declaración jurada especial, entre otros.

- **Incumplir con los criterios, procedimientos y metodologías para la determinación de los costos de los procedimientos y servicios administrativos**

Esta infracción respalda la exigencia que todas las entidades administrativas cuantifiquen sus tasas por procedimientos y sus precios por servicios administrativos siguiendo los criterios, procedimientos y metodologías para la determinación de los costos aprobados por la PCM para su aplicación uniforme por todas las entidades. La acción comprendida en esta infracción exige una acción positiva de cálculo, al margen de la metodología aprobada por parte de las instancias que proponen su aprobación como quien lo aprueba en esos términos.

- **Cobrar montos de derecho de tramitación por encima de una (1) UIT, sin contar con autorización previa**

Esta infracción respalda la exigencia que ninguna de las entidades administrativas puedan cobrar por derechos de tramitación montos superiores a la Unidad Impositiva Tributaria. Esta conducta es de comisión por acción, esto es mediante la realización de los actos de cobros de esos montos ilegales, sin que sea indispensable que ese pago se produzca porque es una infracción de mera conducta que no exige producir daño o perjuicio a alguien en particular.

- **No aplicar el procedimiento estandarizado aprobado**

Esta infracción respalda la exigencia que ninguna de las entidades administrativas puede dejar de aplicar los procedimientos estandarizados una vez aprobados de manera centralizada por la PCM. Esta conducta se puede incurrir por omisión, mediante la resistencia a aplicar los procedimientos una vez estandarizados, o por acción, si lo que se realiza es aprobar otros requisitos o reglas en su TUPA, diferentes a los procedimientos estandarizados.

- **Cobrar montos de derecho de tramitación superiores al establecido para los procedimientos estandarizados**

Al igual que el anterior, esta infracción protege el deber de funcional de cobrar únicamente las tasas administrativas aprobadas, pero ahora en relación con los procedimientos estandarizados.

- **Proponer, aprobar o exigir procedimientos, requisitos o tasas en contravención a los dispuestos en la LPAG y demás normas de simplificación, aunque consten en normas internas de las entidades o TUPA**

Esta infracción respalda la exigencia que ninguna de las entidades puedan afectar la simplificación administrativa mediante una de tres acciones conexas: proponer procedimientos, requisitos o tasas ilegalmente, aprobar procedimientos, requisitos o tasas ilegalmente, o una vez aprobadas así mediante normas internas, exigirlos a los ciudadanos. Así quedan comprendidos en esta infracción los órganos que proponen la medida ilegal, la autoridad que la aprueba y el personal que lo exige en concreto. En este último caso, cabe notar que esta norma se refiere al control de legalidad que las autoridades deben hacer entre la norma interna vigente pero ilegal y las disposiciones del TUO de la LPAG.

- **Exigir a los administrados la presentación de documentos prohibidos de solicitar o no admitir los sucedáneos documentales considerados en la LPAG, aun cuando su exigencia se base en alguna norma interna de la entidad o en su TUPA**

Esta infracción respalda el deber de las autoridades de abstenerse de exigir a los administrados la presentación de documentos prohibidos de solicitar o no admitir los sucedáneos documentales considerados en el TUO de la LPAG, aun cuando su exigencia se base en alguna norma interna de la entidad o incluso en su TUPA. En este último caso, cabe notar que, al igual que en el anterior inciso esta norma se refiere al control de legalidad que las autoridades deben hacer entre la norma interna vigente pero ilegal que exige ese requisito prohibido y las disposiciones del TUO de la LPAG que lo hacen inexigibles. De modo que la autoridad no podrá usar como excusa que está cumpliendo la directiva interna o su TUPA, aunque sea ilegal la exigencia.

- **Suspender la admisión a trámite de solicitudes de los administrados por cualquier razón**

Esta infracción respalda la exigencia de continuidad de los procedimientos y la imposibilidad de poder suspender la admisión a trámite de solicitudes, por cualquier razón. Las acciones incorrectas de suspender la admisión de procedimientos por días festivos institucionales, por reorganización, camino de autoridades, vacaciones del personal, no tienen justificación alguna.

- **Negarse a recibir los escritos, declaraciones o formularios presentados por los administrados, o a expedir constancia de su recepción, lo que no impide que puedan formular las observaciones en los términos del artículo 136**

La conducta sancionable en este inciso es convergente con el primero de este artículo, al estar referido al incumplimiento de las autoridades al deber de recibir todos los escritos de los administrados y de dar constancias sobre ellos.

Esta falta respalda el cumplimiento del deber de las autoridades de dar ingreso a trámite solicitudes, recursos, declaraciones o cualquier tipo de solicitud de los administrados, así como el deber de extender las constancias que los administrados requieran sobre el expediente, algún documento o escrito. Como se recuerda no son excusas para negarse a recibir un pedido, que este tenga defectos, omisiones, destinatarios equivocados, falta de anexos, firmas o pagos, pues en todos los casos es deber de la autoridad recibirlos, anotar el defecto y/o calificar el escrito para encausarlo de oficio. Tampoco son excusas para no recibir, el no funcionamiento del sistema informático, carecer de un TUPA vigente, la carencia de sustento del pedido, entre otros. La infracción se consume con la sola acción de negar a trámite el pedido o la certificación requerida.

- **Exigir la presentación personal de peticiones, recursos o documentos cuando la normativa no lo exija**

Esta infracción respalda una regla no escrita del procedimiento nacional que es la preferente actividad no presencial del administrado. Este tiene la posibilidad de hacer conocer a la autoridad su planteamiento mediante cualquiera de las modalidades que permita la norma, mediante representante, por correo electrónico, o mensajería. En ese sentido, es infracción sancionable que las entidades requieran al administrado acudir físicamente a la entidad para presentar un escrito o recurso.

IV. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINARIO APLICABLE

Una de las novedades de la última parte de la norma ha sido darle cauces homogéneos para el procesamiento de la responsabilidad administrativa de las autoridades. En aplicación de este artículo las autoridades sujetas al régimen laboral público (incluyendo tanto la carrera pública en sentido estricto como las carreras públicas especiales: profesores, médicos, Fuerzas Armadas, Policía Nacional, etc.) deberán seguir con el procedimiento administrativo disciplinario previsto en el Decreto Legislativo N° 276 y concordantes.

La LPAG para los demás casos de autoridades administrativas no sujetos a los regímenes de la carrera pública ha creado un procedimiento sancionador estándar que le servirá de cauce de procesamiento para todas las demás entidades, en recemplazo de las normas internas, los regímenes laborales privados, etc. Ahora bien, la creación de este procedimiento y la aplicación de su régimen procesal al sancionador disciplinario en casos distintos, no implica trasladar los principios y las reglas sustantivas de lo sancionador ordinario, ya que mantienen diferencias importantes con lo disciplinario.

Artículo 262 Restricciones a ex autoridades de las entidades⁽¹⁰⁰⁴⁾

262.1 Ninguna ex autoridad de las entidades podrá realizar durante el año siguiente a su cese alguna de las siguientes acciones con respecto a la entidad a la cual perteneció:

262.1.1 Representar o asistir a un administrado en algún procedimiento respecto del cual tuvo algún grado de participación durante su actividad en la entidad.

262.1.2 Asesorar a cualquier administrado en algún asunto que estaba pendiente de decisión durante su relación con la entidad.

262.1.3 Realizar cualquier contrato, de modo directo o indirecto, con algún administrado apersonado a un procedimiento resuelto con su participación.

262.2 La transgresión a estas restricciones será objeto de procedimiento investigatorio y, de comprobarse, el responsable será sancionado con la prohibición de ingresar a cualquier entidad por cinco años, e inscrita en el Registro respectivo.

(Texto según el artículo 241 de la Ley N° 27444)



CONCORDANCIAS EXTERNAS

- D.S. N° 017-85-JUS: Incompatibilidades de abogado - funcionario público.
- Ley N° 27588: Ley que establece prohibiciones e incompatibilidades de funcionarios y servidores públicos (art. 2, impedimentos).
- D.S. N° 019-2002-PCM: Reglamentan Ley que estableció prohibiciones e incompatibilidades de funcionarios y servidores públicos.
- Ley N° 30057: Ley del Servicio Civil (art. 86, régimen de los exservidores de las entidades).
- D.S. N° 040-2014-PCM: Reglamento de la Ley del Servicio Civil (art. 99, falta disciplinaria por incumplimiento restricciones a exautoridades; art. 102, sanciones para exfuncionarios; art. 159, incompatibilidades por competencia funcional directa a exfuncionarios).



CONCORDANCIA INTERNA

- Art. 97 y ss.: Causales de abstención

Comentario

Esta norma establece el régimen específico de conflicto de interés en que las exautoridades pueden incurrir *a posteriori* de su labor en el servicio público. Los supuestos aquí regulados se orientan a establecer una consecuencia jurídica

(1004) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 241 de la Ley N° 27444.

para aquellas conductas en las cuales se puede inferir razonablemente la existencia de un conflicto de interés objetivo para quienes han gerenciado o han asesorado procedimientos administrativos durante su servicio público.

Aquí, el conflicto de interés consiste simplemente en una situación de incompatibilidad entre la condición de exautoridad de una entidad pública y luego, durante el año siguiente, ejercer cualquiera de las actividades enumeradas respecto a los procedimientos o administrados con procedimientos en curso en su anterior entidad. Si bien *a priori* constituiría una restricción a la libertad de oficio a las exautoridades, presenta indudable sustento razonable en la necesidad de mantener la credibilidad en la probidad de los servicios públicos y evitar que se obtenga ventaja ilícitamente a partir del conocimiento de información privilegiada, se ejerzan influencias indebidas sobre la Administración Pública o se compensen favores incorrectos.

Las causales o conductas incompatibles son las siguientes:

- a. Ser representante convencional o ser asesor de un administrado en algún procedimiento administrativo en que tuvo participación como informante, dictaminador, instructor o instancia resolutive durante su actividad en la entidad.
- b. Prestar asesoramiento a cualquier administrado en algún asunto que esté en proceso durante su relación con la entidad, sin que sea necesario que haya participado como instancia resolutive o vinculada al expediente en sí.
- c. Celebrar contrato, de modo personal, asociado o por interpósita persona con algún administrado apersonado a un procedimiento resuelto con su participación.

Tales conductas son incompatibles con la condición de exautoridad de una entidad, durante el lapso de un año desde la fecha de cese en la entidad pública.

La comprobación y sanción de estas inconductas queda a cargo de las propias entidades administrativas en las que laboró la exautoridad y respecto de la cual se apersona o asesora dicha persona. El procedimiento se ciñe por la vía del procedimiento sancionador previsto en la LPAG, previa denuncia o de oficio y como tal se concluye con una resolución institucional e inscribe en el registro de sanciones que el próximo artículo aborda.

Artículo 263 Registro Nacional de Sanciones contra Servidores Civiles⁽¹⁰⁰⁵⁾

El Registro Nacional de Sanciones contra Servidores Civiles consolida toda la información relativa al ejercicio de la potestad administrativa sancionadora disciplinaria y funcional ejercida por las entidades de la Administración Pública, así como aquellas sanciones penales impuestas de conformidad con los artículos 296, 296-A primer, segundo y cuarto párrafo; 296-B, 297, 382, 383, 384, 387, 388, 389, 393, 393-A, 394, 395, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400 y 401 del Código Penal, así como el artículo 4-A del Decreto Ley 25475 y los delitos previstos en los artículos 1, 2 y 3 del Decreto Legislativo 1106.

(Artículo modificado por el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1367)



ANTECEDENTE

- Art. 31: LNGPA.



CONCORDANCIAS EXTERNAS

- Ley N° 30057: Ley del Servicio Civil (art. 98, Registro de sanciones incluye plazo de sanción y la inscripción es de carácter permanente).
- D.S. N° 040-2014-PCM: Reglamento general de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil.



CONCORDANCIAS INTERNAS

- Art. 86, 6: Deber de resolver explícitamente todas las solicitudes presentadas.
- Art. 154: Responsabilidad por incumplimiento de plazos.
- Art. 261: Faltas administrativas.
- Art. 264: Autonomía de responsabilidades.

Comentario

Una de las aspiraciones más constantemente desoídas por la Administración Pública ha sido la instauración de un mecanismo por el cual se pueda ordenar y dar a conocer la cartera de personal sancionado inhabilitado para el ejercicio de la función pública, alertando sobre los impedimentos para el ejercicio de la función pública. El Registro Nacional de Sanciones contra Servidores Civiles alerta a las entidades sobre las inhabilitaciones impuestas a los servidores civiles conforme a la directiva de SERVIR.

(1005) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 242 de la Ley N° 27444.

La necesidad de esta garantía de probidad del personal ingresante al servicio público es patente desde que es el único mecanismo para asegurar que realmente una sanción de destitución sea aplicada en el ámbito administrativo.

La frondosidad de la Administración Pública y su desorden documental hacen prácticamente imposible que se conozca si una persona propuesta a un cargo está jurídicamente hábil para contratar con el Estado. Como se comprenderá, en esto reposa en buena parte la eficacia de la medida de destitución, como mecanismo de veto para el personal que ha incurrido en las conductas sancionables más graves en el ordenamiento administrativo. No obstante su importancia, su establecimiento formal en muchas normas ha sido persistentemente incumplido, primero por el Instituto Nacional de Administración Pública y luego por la Presidencia del Consejo de Ministros.

Conforme a las disposiciones vigentes, la Autoridad Nacional del Servicio Civil, en su condición de organismo responsable y administrador del registro, tiene a cargo el diseño, desarrollo, implementación y mantenimiento de los sistemas informáticos que permitan su existencia y operatividad, pudiendo organizarlo de acuerdo a sus propias directivas. Para cumplir con sus fines, este instrumento debe responder a las nociones siguientes:

- Integridad (incluir personal despedido o destituido bajo el régimen laboral privado y público, sea funcionario, servidor u obrero; y provenga la sanción de una autoridad administrativa o judicial).
- Mantener el objetivo de tener un efecto impeditivo (reingreso a cualquier entidad por cinco años).
- Publicidad y accesibilidad al público y a las demás entidades para verificar la información.

El Registro Nacional de Sanciones contra Servidores Civiles constituye una plataforma electrónica en la que se inscriben las sanciones siguientes:

- a. Multa, suspensión, cese temporal, destitución, despido, inhabilitación a exservidor independientemente de su régimen laboral, así como otras sanciones producto de la integración de los registros a que se refiere la tercera disposición complementaria final del Decreto Legislativo N° 1295.
- b. Suspensión temporal e inhabilitación, derivadas de la responsabilidad administrativa funcional, impuestas por la Contraloría General de la República y el Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas.
- c. Las sanciones penales impuestas por el Poder Judicial mediante sentencia condenatoria consentida o ejecutoriada, por los delitos previstos en el numeral 2.2 del artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1295 y el artículo 1 de la Ley N° 29988.

- d. Las inhabilitaciones impuestas por el Poder Judicial mediante sentencia condenatoria consentida o ejecutoriada, en los supuestos de los numerales 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal.
- e. Otras determinadas mediante ley expresa.

De este modo, cabe tener presente que la inscripción de alguna de las mencionadas sanciones tiene efectos declarativos y no constitutivos; es decir, lo que se registra constituye el efecto de lo resuelto en un procedimiento administrativo o judicial y su propósito es dar publicidad. Por lo tanto, no supone una nueva sanción sino simplemente difundir la sanción impuesta por una entidad pública o el Poder Judicial.

Conforme a las reglas establecidas en el Decreto Legislativo N° 1295, es obligación de las oficinas de recursos humanos, o la que haga sus veces, de las entidades comprendidas en el ámbito del TUO de la LPAG inscribir las sanciones así como sus modificaciones y rectificaciones, tramitadas de acuerdo al procedimiento correspondiente dentro de los plazos y formas que indique el reglamento. Las sentencias consentidas y/o ejecutoriadas por alguno de los delitos previstos en los artículos 382, 383, 384, 387, 388, 389, 393, 393-A, 394, 395, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400 y 401 del Código Penal, deberán ser notificadas por el Poder Judicial a la Autoridad Nacional del Servicio Civil para que esta proceda a realizar la inscripción en el Registro Nacional de Sanciones contra Servidores Civiles, en el plazo que establezca el reglamento.

Por su lado, en todo proceso de incorporación de personas al Estado, sea cual fuere la modalidad, es obligación de los titulares de las oficinas de recursos humanos, o la que haga sus veces, de las entidades públicas verificar de modo previo a la vinculación, que la persona no se encuentre inhabilitada para ejercer función pública conforme al Registro Nacional de Sanciones contra Servidores Civiles. La no verificación de la información contenida en el mencionado registro, así como la contratación de una persona inscrita en este, son consideradas faltas administrativas disciplinarias.

Artículo 264 Autonomía de responsabilidades⁽¹⁰⁰⁶⁾

264.1 *Las consecuencias civiles, administrativas o penales de la responsabilidad de las autoridades son independientes y se exigen de acuerdo a lo previsto en su respectiva legislación.*

264.2 *Los procedimientos para la exigencia de la responsabilidad penal o civil no afectan la potestad de las entidades para instruir y decidir sobre la responsabilidad administrativa, salvo disposición judicial expresa en contrario.*

(Texto según el artículo 243 de la Ley N° 27444)



CONCORDANCIAS EXTERNAS

- D.Leg N° 276: Ley de la Carrera Administrativa (art. 25 y ss., responsabilidad de los servidores públicos).
- Acuerdo Plenario N° 1-2007/ESV.22 contenido y elementos del *ne bis in idem* material. Relaciones entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador.
- D.S. N° 040-2014-PCM: Reglamento de la Ley del Servicio Civil (art. 91, responsabilidad administrativa disciplinaria).



CONCORDANCIAS INTERNAS

- Art. 86, 6: Deber de resolver expresamente todas las solicitudes presentadas.
- Art. 154: Responsabilidad por incumplimiento de plazos.
- Art. 261: Faltas administrativas.
- Art. 263: Registro de sanciones.

Comentario

I. LA AUTONOMÍA DE LAS RESPONSABILIDADES: LA RELACIÓN ENTRE LOS ORDENAMIENTOS SANCIONADORES EXISTENTES (PENAL, CIVIL Y ADMINISTRATIVO) COMO PREMISA

Uno de los problemas más comunes que se presenta en las entidades administrativas cuando se procesan responsabilidades funcionales es la concurrencia en la tipificación, procesamiento y resolución de los ordenamientos jurídicos penales y administrativos. Para ejemplificar esta situación, podemos mencionar la concurrencia de tipificaciones penales y administrativas para los núcleos centrales de las siguientes conductas cometidas por funcionarios o servidores públicos:

- Utilización o disposición de bienes públicos en beneficio propio o de terceros [art. 28, lit. f) del Decreto Legislativo N° 276 y los artículos 387 y ss. del Código Penal].

(1006) El texto original de este artículo fue contemplado en el artículo 243 de la Ley N° 27444.

- El abuso de autoridad [art. 28, lit. h) del Decreto Legislativo N° 276 y los arts. 376 a 381 del Código Penal].
- La percepción de retribución de terceros para realizar u omitir actos del servicio [arts. 23 b) y 28 a) del Decreto Legislativo N° 276 y el artículo 382 del Código Penal].
- La celebración, por sí o por terceras personas, o intervenir directa o indirectamente, en los contratos de su entidad, en los cuales tengan intereses el propio servidor o familiares [art. 23 e) del Decreto Legislativo N° 276 y el art. 397 del Código Penal].

En estos casos, ¿cómo debe proceder la Administración Pública instructora? ¿Darle prioridad a la vía penal, por sobre la administrativa, para la investigación y el deslindamiento respectivo? O por el contrario ¿darle prioridad a la vía administrativa para los mismos fines? Este es el dilema que pretendemos solucionar con este artículo.

La premisa necesaria por la cual aparece el problema de la concurrencia de regímenes de responsabilidades en simultáneo para disciplinar la conducta de los funcionarios y servidores públicos es el debate acerca de la independencia o no del Derecho Administrativo sancionador respecto del otro régimen de mayor trayectoria en el Derecho, que es el Derecho Penal.

Para aquellos que sostengan la necesaria subordinación del Derecho Administrativo sancionador al Derecho Penal, obviamente le conducirá a la consecuencia que la concurrencia aparente de consecuencias jurídicas para la responsabilidad, se resolverá por la regla de la preferencia judicial penal. Por su parte para aquellos que sostengan la autonomía de ambos, le conducirán a la consecuencia de la independencia de criterios, valoraciones posibles, consecuencias, y sanciones⁽¹⁰⁰⁷⁾.

Como es obvio, este artículo se afilia a la primera de las teorías, lo cual no solo es una opción legislativa válida sino que recibe como fuente directa a la jurisprudencia constitucional que en vía de interpretación en casos concretos ha sentado una doctrina uniforme en el mismo sentido.

El único atisbo de antecedente de reconocimiento de esta regla en el Derecho positivo, era aquella frase incluida constantemente en las normas administrativas sancionadoras que tipifican diversas conductas punibles, refiriendo que tales tipificaciones existen “sin perjuicio de las responsabilidades penales o civiles que los mismos hechos puedan generar”⁽¹⁰⁰⁸⁾.

(1007) Sobre este debate, puede leerse con provecho la obra LORENZO, Susana. *Sanciones administrativas*. Editorial Julio César Faira Editor, Uruguay.

(1008) Esta disposición la encontraremos en el artículo 25 del Decreto Legislativo N° 276 (“Los servidores públicos son responsables civil, penal y administrativamente por el cumplimiento de las normas legales y administrativas en el ejercicio del servicio público, sin perjuicio de las sanciones de carácter disciplinario por las faltas que cometan”, y el artículo 91 del Reglamento General de

El principio de la autonomía de las responsabilidades lo podemos definir como el régimen jurídico en el cual cada una de estas que concurren sobre la conducta de los funcionarios y servidores públicos, mantienen recíproca autonomía técnica, de regulación, de valoración, de calificación y de resolución, a cargo de las autoridades a las cuales se les ha confiado la potestad sancionadora.

Los fundamentos de la tipificación administrativa de las conductas punibles, son: las finalidades distintas que tienen los ordenamientos administrativos, civiles y penales, aun cuando concurren en la necesidad de proscribir determinadas actitudes y la necesaria ejecutoriedad administrativa que demanda que los asuntos de interés público sean resueltos de manera diligente y aleccionadora, a diferencia de los plazos extendidos que brinda el proceso judicial.

En los términos lúcidos de BREWER-CARIÁS, este principio implica para el Derecho Administrativo sancionador admitir el concurso de sanciones administrativas, civiles y penales por un mismo hecho, que a su vez, configura ilícito penal, civil y administrativo. Nuestro autor afirma:

“(...) Se admite, por tanto, el concurso de sanciones administrativas y penales derivado del concurso de transgresiones administrativas (ilícito administrativo) y penales (ilícito penal) producidas por un mismo hecho. En consecuencia, en principio, si una conducta está regulada en la Ley de Salvaguarda como ilícito administrativo, con su sanción administrativa y también como ilícito penal, con su pena, puede decirse que el concurso de sanciones es perfectamente admisible. Para ello, sin embargo, es necesario que la conducta esté expresamente sancionada en la ley, con sanción administrativa y sanción penal”⁽¹⁰⁰⁹⁾.

La existencia de este principio había sido reconocida reiteradamente por el Tribunal Constitucional, que frente a las acciones de garantías planteadas por quienes se consideraban afectados de sus derechos constitucionales, el procesamiento, la investigación o la sanción en los órdenes civil, penal o administrativo, respectivamente.

Por otra parte, el Derecho Administrativo sancionador de la región nos muestra también una consecuencia clara con el principio de autonomía de responsabilidades, como veremos en la siguiente relación:

En Chile, el estatuto administrativo establece:

“Artículo 115.- La sanción administrativa es independiente de la responsabilidad civil y penal, y, en consecuencia, la condena, el sobreseimiento

la Ley del Servicio Civil, que indica que “(...) la instrucción o decisión sobre la responsabilidad administrativa disciplinaria de los servidores civiles no enerva las consecuencias funcionales, civiles y/o penales de su actuación, las mismas que se exigen conforme a la normativa de la materia”.

(1009) BREWER-CARIÁS, Allan. *La responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1997, p. 50.

o la absolución judicial no excluyen la posibilidad de aplicar al funcionario una medida disciplinaria en razón de los mismos hechos”.

En Uruguay, las Normas Generales de Actuación Administrativa en la Administración Pública Central, establecen:

“Artículo 231.- Las disposiciones que anteceden no obstan al necesario ejercicio de la competencia administrativa, independiente de la judicial, para instruir sumarios y disponer las cesantías que correspondan, con arreglo a derecho y mediante el procedimiento debido, sin esperar fallos judiciales, en los casos claros de conducta incompatible con la calidad de funcionario público, la que será juzgada como grave falta disciplinaria. En tales casos, la autoridad administrativa podrá requerir de la magistratura actuante, los datos que necesite y cuya revelación no afecte el secreto de los procedimientos en curso de ejecución”.

II. CONSECUENCIAS DE LA AUTONOMÍA DE LAS RESPONSABILIDADES

Sostiene LORENZO que: “la recíproca autonomía de la infracción y sanción disciplinaria respecto del delito y la sanción penal, (...) tiene lugar en tres aspectos: independencia en los procedimientos, en la calificación de los hechos y en las decisiones”⁽¹⁰¹⁰⁾.

En tal sentido, se desprende que para nuestra autora las consecuencias fundamentales del acogimiento del principio de autonomía de responsabilidades, se encuentran en la viabilidad del procesamiento de ambas investigaciones, en la potestad de apreciar, calificar y ponderar conductas, y en la determinación de acción a seguir respecto de ella, por parte de cada de una de las autoridades administrativas y jurisdiccionales.

Por nuestra parte, el reconocimiento del principio de autonomía de responsabilidades determina las siguientes consecuencias:

- Resulta compatible con el ordenamiento jurídico que concurren una o más responsabilidades por una sola conducta indebida cometida por un funcionario o servidor público.
- Los procesamientos administrativos y judiciales pueden ser continuados en forma autónoma hasta su conclusión, sin perjuicio de la colaboración de la Administración Pública con el Poder Judicial (salvo mandato expreso en contrario del Poder Judicial). En tal sentido pueden darse los siguientes supuestos:
 - a. Que preceda la investigación administrativa y, consciente que los hechos sean constitutivos de delito, lo comunique al Ministerio Público y

(1010) LORENZO, Susana. Ob. cit., p. 136.

continuará el procesamiento administrativo (independientemente del grado de pena administrativa que aplicare).

- b. Que preceda la investigación judicial e informada la autoridad administrativa competente, proceda a ordenar el procesamiento administrativo de la conducta.
- La calificación acerca de la existencia o no de responsabilidad de los agentes es potestad privativa de las autoridades administrativas (la responsabilidad administrativa) y de las autoridades jurisdiccionales (las responsabilidades penal y civil).
 - Las decisiones (sean de condena, sobreseimiento o de absolución) en alguna de ellas, no excluyen la posibilidad que en otra se pueda aplicar una sanción distinta, en razón de la misma conducta.
 - El principio *non bis in idem*, se aplica respecto de cada régimen de responsabilidad (administrativo, civil o penal, respectivamente) y no entre ellos mismos.
 - No existe prejudicialidad ni vía administrativa previa en el análisis de responsabilidad que cada jurisdicción puede conducir (salvo disposición expresa de la ley).

Además de estas consecuencias, la jurisprudencia nacional ha sentado doctrina concordante con estas directrices, como las que a continuación citamos:

- **El procesamiento penal por la misma conducta no conlleva suspensión del proceso o sanción administrativa**

“(…) Que se debe tener presente que la imposición de una sanción administrativa a un servidor público es ajena y distinta a la responsabilidad penal que este pudiera tener, conforme se infiere del artículo 25 del Decreto Legislativo N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público. En consecuencia, la existencia de un proceso penal no conlleva a que la sanción administrativa sea suspendida; más aún cuando de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto Supremo N° 02-94-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, concordante con el artículo 13 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la obligación de la Administración Pública de abstenerse de seguir conociendo un proceso, y en consecuencia, remitirlo al Poder Judicial, únicamente se da siempre que se susciten cuestiones litigiosas entre dos particulares sobre determinadas relaciones de Derecho Privado que deban ser esclarecidas; situación que no es aplicable al presente caso” (STC Exp. N° 885-98-AA/TC, Huánuco, Demandante: Alejandro Cox Vera)⁽¹⁰¹¹⁾.

(1011) En idéntico sentido se pronunció el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 515-99-AA/TC-Junín, Jorge Edwin Kohler Vivanco.

- **La aplicación de una sanción administrativa por una conducta punible penalmente no implica penalizar el ilícito penal, sino solo la falta administrativa**

“Que, asimismo, debemos resaltar que con la imposición de la sanción administrativa no se ha sancionado al demandante por el presunto ilícito penal en que hubiera cometido, sino por las faltas administrativas en que incurrió al haber cumplido sus obligaciones en el desempeño del cargo” (STC Exp. N° 885-98-AA/TC, Huánuco, Demandante: Alejandro Cox Vera)⁽¹⁰¹²⁾.

- **El archivamiento de un proceso penal no afecta el procesamiento administrativo de la conducta**

“(…) Que en cuanto al argumento del demandante en el sentido que el proceso penal abierto contra él, por los mismos hechos, ha sido archivado y que por tanto no cabría aplicar la sanción administrativa, no tiene asidero legal, por cuanto en virtud a lo establecido en el artículo 25 del Decreto Legislativo N° 276 concordante con el artículo 153 de su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 005-90-PCM, los servidores públicos pueden ser sancionados administrativamente por el incumplimiento de normas legales y administrativas en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades civil y/o penal en que pudieran incurrir” (STC Exp. N° 719-96-AA/TC, Tacna, Basilio Agustín Castro Copa).

“(…) Que, el demandante, al estar comprendido en la carrera pública del profesorado y como tal, ser un servidor público, tiene responsabilidad civil, penal y administrativa por el cumplimiento de las normas legales y administrativas en el ejercicio del servicio público, de conformidad con lo establecido en el artículo 25 del Decreto Legislativo N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público. Que, en tal sentido, la expedición de la Resolución Directoral N° 03104 en virtud de la cual se instaura proceso administrativo al demandante, no vulnera derecho constitucional alguno del mismo, toda vez que en dicho proceso se decidirá si tiene o no responsabilidad luego de merituar sus descargos y las pruebas que considere conveniente presentar, de conformidad con lo establecido en el artículo 168 del Decreto Supremo N° 005-90-PCM, Reglamento de la Carrera Administrativa” (STC Exp. N° 535-96-AA/TC La Libertad, Julio Bermildo Polo Huacacolqui)⁽¹⁰¹³⁾.

(1012) Ídem.

(1013) En este proceso constitucional el demandante sostenía la tesis de que la apertura de procedimiento administrativo investigador afectaba su derecho al debido proceso porque los hechos materia de imputación habían sido investigados por el Poder Judicial y archivados, tanto por la primera como por la segunda instancia. La demanda fue finalmente declarada improcedente por el Tribunal Constitucional.

III. EXCEPCIONES A LA REGLA

La aplicación del principio de autonomía de responsabilidad debe ser permanentemente armonizada con criterios de razonabilidad, de tal suerte que no nos conduzca a situaciones adversas a los propósitos que la inspiran. Por ello, la doctrina y la jurisprudencia coinciden en que la rigidez del principio se atempera en dos situaciones excepcionales en aras no solo de la razonabilidad sino de la necesaria subordinación de la Administración Pública a los criterios concurrentes y definitivos del Poder Judicial:

- a. Si el Poder Judicial comprueba fehacientemente la inexistencia de los hechos imputados al funcionario, lo cual origina el archivamiento del expediente administrativo o la revisión de lo ya ejecutado. No se trata que el Poder Judicial emita un fallo simplemente no condenatorio (por prescripción, archivamiento por falta de evidencia, aplicación de algún eximente de punibilidad de conducta, etc.), sino que declare probadamente que los hechos constitutivos de la falta administrativa no han existido.

A esta excepción se refiere el Estatuto Administrativo chileno, cuando establece que: "(...) Si se le sancionare con la medida de destitución como consecuencia exclusiva de hechos que revisten caracteres de delito y en el proceso criminal hubiere sido absuelto o sobreesido definitivamente por no constituir delito los hechos denunciados, el funcionario deberá ser reincorporado a la institución en el cargo que desempeñaba a la fecha de la destitución o en otro de igual jerarquía" (art. 115).

Esta posición ha sido la asumida por el Tribunal Constitucional en el caso de un miembro de la Policía Nacional del Perú que fuera sometido simultáneamente a un proceso penal por hurto agravado, y a un procedimiento administrativo por los mismos hechos, habiendo concluido el proceso penal en el archivamiento por absolución, y el procedimiento administrativo en su pase al retiro. Ante dicha situación el intérprete de la Constitución Política calificó como inconstitucional por arbitrario la pervivencia de la sanción administrativa frente a la absolución de la judicatura, argumentando que:

"(...) si bien el objeto del proceso penal es distinto del objeto del procedimiento administrativo, que concluyó con el pase a la situación de disponibilidad del demandante, es evidente que en el presente caso existe entre ambos una relación de causalidad, dando que el demandante fue sancionado administrativamente por los mismos hechos que se investigaron en sede judicial, lo que supone que, habiéndose determinado la inexistencia de responsabilidad penal por idénticos hechos a los que motivaron la sanción administrativa, el pase a la situación de disponibilidad dispuesta por la resolución jefatural cuestionada haya devenido en arbitraria.

Que, en tal virtud, no puede argüirse, en el presente caso, como lo ha sostenido la Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, que exista una relación de independencia entre la sanción administrativa, impuesta al demandante respecto de su responsabilidad penal, conforme a lo previsto por el artículo 40 del Decreto Legislativo N° 745, puesto que, como aparece de autos, especialmente de la Resolución Jefatural N° 010-JFPSM-HCO/F1 y de la Ejecutoria Suprema expedida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República, fueron los mismos hechos los que se ventilaron en ambas vías, negándose judicialmente las conclusiones a las que se llegó en la vía administrativa.

Que, una interpretación distinta del artículo 40 del Decreto Legislativo N° 745, en casos análogos como el presente, llevaría al absurdo de considerar que la inocencia, no ya presunta, sino judicialmente declarada, se tornase en una declaración lírica para su beneficiario, puesto que poco o nada le serviría a este para enervar los efectos de una sanción administrativa, cuya responsabilidad, judicialmente, después ha sido declarada inexistente.

Que, lo expresado en los fundamentos jurídicos anteriores no significa que este Tribunal Constitucional pretenda enervar la validez, de los alcances previstos en el artículo 40 del Decreto Legislativo N° 745 y, concretamente, el de la distinción de la responsabilidad administrativa y la que pueda constituir una de naturaleza judicial, puesto que, como se ha indicado, en el presente caso, el pase a la situación de disponibilidad del demandante se debió a un hecho que, simultáneamente a la consideración de una falta grave en el orden administrativo, fue considerado como delito, no alegándose para la determinación de tal grave sanción administrativa, ningún otro hecho adicional que pudiera importar una falta⁽¹⁰¹⁴⁾.

- b. Si el Poder Judicial comprueba la existencia de hechos imputados al funcionario o servidor público, que no han sido probados o sancionados en la vía administrativa.

Por ello, la normativa laboral pública tiene la previsión de establecer que la condena penal privativa de la libertad por delito doloso cometido por un servidor público lleva consigo la destitución automática (art. 49 lit. g de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil); además de aplicar la pena accesoria de inhabilitación para ejercer cargos públicos, en los casos que así lo determine la sentencia judicial.

(1014) STC Exp. N° 44-98-AA/TC-La Libertad, Wilmer Rojas Ruiz.

Artículo 265 Denuncia por delito de omisión o retardo de función

El Ministerio Público, a efectos de decidir el ejercicio de la acción penal en los casos referidos a delitos de omisión o retardo de función, deberá determinar la presencia de las siguientes situaciones:

- a) *Si el plazo previsto por ley para que el funcionario actúe o se pronuncie de manera expresa no ha sido excedido.*
- b) *Si el administrado ha consentido de manera expresa en lo resuelto por el funcionario público.*

(Texto según el artículo 244 de la Ley N° 27444)



CONCORDANCIA EXTERNA

- D.Leg. N° 635: Código Penal (art. 13, delito de comisión por omisión; art. 377, omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales; art. 422 y ss., negativa al cumplimiento de obligaciones).



CONCORDANCIAS INTERNAS

- Art. 39: Plazo máximo en procedimiento administrativo de evaluación previa.
- Art. 86, 6: Deber de resolver expresamente todas las solicitudes presentadas.
- Art. 142.2: Deber de cumplir con los plazos y términos legales.
- Art. 143: Plazo máximo para realizar actos procedimentales.
- Art. 153: Plazo máximo del procedimiento administrativo.
- Art. 154: Responsabilidad por incumplimiento de plazos.
- Art. 261: Faltas administrativas.
- Art. 264: Autonomía de responsabilidades.

Comentario

La Ley N° 28187 incorporó este artículo a la LPAG con evidente propósito de introducir dos elementos a considerar por el Ministerio Público, a efectos de decidir por la interposición de denuncias contra funcionarios y servidores públicos por delitos omisivos en el cumplimiento de sus cometidos estatales.

Tuvo influencia en la propuesta normativa, presentada por el Poder Ejecutivo, la existencia de cuantiosas denuncias formalizadas por el Ministerio Público ante denuncias de ciudadanos, como una estrategia de presión sobre las autoridades y funcionarios a cargo de la resolución de sus expedientes para obtener su decisión favorable, sin haber transitado previamente la vía administrativa. Ante esta distorsión, generadora de sobrecostos judiciales y administrativos, con distracción de los recursos financieros de las entidades y desaliento de quienes ocupan la función pública, el artículo comentado busca que para interponer una denuncia en la vía penal por retardo u omisión en el cumplimiento de una función, solo procede si previamente no se ha agotado la vía administrativa, o si el administrado no hubiere consentido el acto administrativo.

Es claro que el objetivo de la norma es que el fiscal competente necesariamente analice y decida la formalización de la denuncia, incluyendo necesariamente su opinión sobre dos elementos de relevancia penal: i) el cumplimiento en exceso del plazo para la resolución; y, ii) el consentimiento que hubiere prestado el administrado.

Por el primer inciso, el Ministerio Público debe determinar si el plazo previsto por la ley para que el funcionario actúe o se pronuncie de manera expresa no ha sido excedido, entendiéndose que si el plazo no estuviere vencido no procederá la denuncia penal. Es importante anotar que la norma no hace referencia a que el administrado deba agotar la vía administrativa, sino que simplemente haya vencido el plazo para que el funcionario actúe a su nivel, sin distinguir la instancia en que se encuentre el procedimiento, por tanto cabría la denuncia –por igual– tratándose de una omisión o retardo por el vencimiento en exceso del plazo en resolver el expediente, en cualquier instancia. Por ejemplo, el funcionario que es renuente a otorgar una pensión de sobrevivencia excediendo el plazo para emitir la decisión en primera instancia.

Este inciso nos presenta las siguientes dificultades para su aplicación: i) suponer que las conductas constitutivas de delitos de omisión o retardo de función se dan siempre en el marco de un procedimiento administrativo a instancia de parte. Por el contrario, los incumplimientos se presentan también en actuaciones no procedimentalizables, por ejemplo, la renuencia a realizar una inspección técnica, a abrir una investigación administrativa o ejecutar una clausura de local; y, ii) suponer que el ordenamiento contiene siempre un plazo expreso para que el funcionario emita pronunciamiento, lo cual no ocurre en los procedimientos seguidos de oficio (por ejemplo, un procedimiento sancionador en el que la autoridad sea renuente a emitir una decisión final absolutoria).

Por el segundo inciso, el Ministerio Público debe determinar si el administrado ha consentido de manera expresa lo resuelto por el funcionario público, entendiéndose que si así hubiese acontecido no procederá la denuncia. Pero un análisis de este inciso nos muestra su virtual inoperatividad: i) en primer lugar el inciso se refiere a un consentimiento expreso de parte del administrado, que solo puede ser documentado por escrito, y no de un consentimiento implícito o presunto, en función de derivarlo, por ejemplo, de la falta de impugnación por parte del administrado; y, ii) el inciso presupone que la autoridad ha resuelto el expediente (que es seguido por el asentimiento del administrado); sin embargo, ello es incompatible con los delitos de omisión o retardo de función, que precisamente penalizan un no hacer doloso del agente.

Finalmente, no podemos dejar de establecer que la norma se sustenta en una desconfianza abierta en el criterio del Ministerio Público para dilucidar la pertinencia o no de interponer las denuncias contra funcionarios y servidores. Si bien esta desconfianza puede basarse en experiencias puntuales, mucho más

sensato sería optimizar la calidad y competencia del Ministerio Público, antes que adoptar estas medidas de autoprotección de los propios funcionarios. Ante ello, este instinto de autoprotección promueve un imperfecto filtro, pero —cabe preguntarse— ¿en qué condición quedan los demás ciudadanos pasibles de ser denunciados cuando no cuentan con estos filtros legales, sino generamos confianza en la capacidad y competencia del Ministerio Público?

**DISPOSICIONES
COMPLEMENTARIAS FINALES**

Primera

Referencias a esta Ley

Las referencias a las normas de la presente Ley se efectuarán indicando el número del artículo seguido de la mención “de la Ley del Procedimiento Administrativo General”.

(Texto según la sección de las Disposiciones Complementarias y Finales de la Ley N° 27444)



CONCORDANCIAS EXTERNAS

- Ley N° 26889: Ley Marco para la Producción y Sistematización Legislativa (art. 3, denominación de las leyes; art. 4, identificación normativa).
- D.S. N° 008-2006-JUS: Reglamento de la Ley Marco para la Producción y Sistematización Legislativa (art. 7, identificación y nominación).

 **Comentario**

Esta primera disposición complementaria y final contiene una regla de técnica legislativa de singular importancia para el mantenimiento de la coherencia y la identidad del sistema normativo administrativo.

En efecto, esta norma dispone que cualquier operador del Derecho Administrativo (autoridades, docentes, usuarios, etc.) cuando se refiera a Ley N° 27444, sea en documentos oficiales o no, deberán hacerlo de la siguiente manera: “Artículo ... de la Ley del Procedimiento Administrativo General”.

Tal disposición tiene como objetivo evitar cualquier desorden que pudiera surgir en el futuro cuando se tenga que referir al articulado de la norma general, lo que incluso será aplicable a las propias autoridades administrativas cuando tengan que emitir normativa subordinada y quieran vincular sus disposiciones a los de la LPAG.

Segunda

Prohibición de reiterar contenidos normativos

Las disposiciones legales posteriores no pueden reiterar el contenido de las normas de la presente Ley, debiendo sólo referirse al artículo respectivo o concretarse a regular aquello no previsto.

(Texto según la sección de las Disposiciones Complementarias y Finales de la Ley N° 27444)

**CONCORDANCIA EXTERNA**

- D.S. N° 008-2006-JUS: Reglamento de la Ley Marco para la Producción y Sistematización Legislativa (art. 8, cita de la denominación oficial de leyes).

Comentario

Esta disposición complementaria y final contiene también una segunda regla de técnica legislativa para mantener la coherencia y simplicidad del Derecho Administrativo nacional que a partir de la LPAG se instituye.

El objetivo es claro: evitar que la normativa administrativa posterior reitere el error sistemáticamente incurrido durante la vigencia del anterior régimen procedimental de tender a reproducir en los procedimientos especiales o en normas reglamentarias, el contenido de las disposiciones de esta norma junto con las disposiciones propias de la normativa especializada o reglamentaria.

El mensaje debe entenderse en el siguiente sentido: ninguna autoridad puede en sus proyectos de normas en temas administrativos, reiterar aquellas normas establecidas en la Ley N° 27444 y ahora en su respectivo TUO, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS. A fin de mantener la simplicidad del sistema y evitar las confusiones aplicativas, las autoridades cuando planteen sus proyectos de normativa deben tener en cuenta lo siguiente:

- Si se trata de un proyecto de normativa subalterna (reglamento interno, manuales, regular un trámite), debe atenerse a la prohibición, sin incluir los mismos contenidos normativos que ya existen en la LPAG (por ejemplo, normas sobre notificaciones, plazos, recursos, etc.). En dicho caso, sólo podrá hacer referencias a aquella norma que la contenga.
- Si se trata de un proyecto de normativa al amparo de un procedimiento administrativo especial, lo que podrá hacer es regular aquello que sea particular de su procedimiento conforme a su naturaleza, sin reiterar lo ya establecido en esta norma, en aquello que no se justifique la divergencia.

La expectativa de la Comisión era que mediante esta técnica se tienda a la simplificación de las regulaciones, pues ya no habría tanta normativa del procedimiento con idénticos contenidos como existía bajo el régimen legal de la LNGPA. En esa misma línea de pensamiento, se espera que se limite la proliferación de procedimientos “pseudo” especiales, que se tratan solamente de casos del procedimiento administrativo general.

Tercera

Vigencia de la presente Ley⁽¹⁰¹⁵⁾

1. *Esta Ley entrará en vigor a los seis meses de su publicación en el Diario Oficial El Peruano*
2. *La falta de reglamentación de alguna de las disposiciones de esta Ley no será impedimento para su vigencia y exigibilidad.*

(Texto según la sección de las Disposiciones Complementarias y Finales de la Ley N° 27444)

**CONCORDANCIA EXTERNA**

- Constitución: Art. 109, vigencia y obligatoriedad de la Ley; art. 118, inc. 8, potestad del Presidente de la República de reglamentar leyes.

**CONCORDANCIAS INTERNAS**

- Art. 55.2.4: Facultad de la Presidencia del Consejo de Ministros para supervisar y fiscalizar el cumplimiento de la ley.
- Art. 55.2.8: Facultad de la Presidencia del Consejo de Ministros para detectar incumplimientos a la presente ley.

Comentario

La primera parte de la norma contiene la regla de la *vacatio legis* para el ingreso en vigencia de las disposiciones de la LPAG. Con ella, se buscó generar la necesaria adaptación y preparación del personal, procesos y actividades internas de la Administración Pública para que una inmediata vigencia no generara disfunciones a ella ni expectativas insatisfechas en los administrados. Habiendo sido publicada la ley el día 11 de abril de 2001, resulta que entró en vigencia el día 11 de octubre del mismo año.

Por otro lado, la misma norma tiene una prevención importante para la cabal y uniforme aplicación de las disposiciones, derechos, obligaciones y exigencias establecidos: precisar su inmediata ejecutividad.

La LPAG entró en vigencia, completa y de inmediato en la fecha indicada. Resultando exigibles desde esa fecha los derechos de los administrados y los deberes de la Administración Pública. Ninguna de sus disposiciones puede entenderse de tipo programático, sujeta a la necesidad de reglamentación complementaria, o condicionada a alguna acción adicional posterior⁽¹⁰¹⁶⁾. Siendo una norma del Poder Legislativo que intenta disciplinar mejor a la Administración Pública, ha sido prudente establecer una norma como la LPAG, a fin de evitar convertir en ilusorias las garantías establecidas a favor de los administrados.

(1015) El texto original de esta disposición fue contemplado en la cuarta disposición complementaria y final de la Ley N° 27444.

(1016) Este grado de exigibilidad es igual para todas las disposiciones de la ley, incluso para aquellas que piden en su texto normativa complementaria, tal como sucede en los artículos 53.6, 57, 138, 148.1 del TUO de la LPAG.

Cuarta

Las ordenanzas expedidas por las Municipalidades Distritales que aprueban el monto de los derechos de tramitación de los procedimientos contenidos en su Texto Único de Procedimientos Administrativos que deben ser materia de ratificación por parte de las Municipalidades Provinciales de su circunscripción según lo establecido en el artículo 40 de la Ley N° 27972- Ley Orgánica de Municipalidades, deben ser ratificadas en un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, salvo las tasas por arbitrios en cuyo caso el plazo es de sesenta (60) días hábiles.

(Texto modificado según la Única Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Legislativo N° 1452)

La ordenanza se considera ratificada si, vencido el plazo establecido como máximo para pronunciarse la Municipalidad Provincial no hubiera emitido la ratificación correspondiente, no siendo necesario pronunciamiento expreso adicional.

La vigencia de la ordenanza así ratificada, requiere su publicación en el diario oficial El Peruano o en el diario encargado de los avisos judiciales en la capital del departamento o provincia, por parte de la municipalidad distrital respectiva.

La ratificación a que se refiere la presente disposición no es de aplicación a los derechos de tramitación de los procedimientos administrativos estandarizados obligatorios aprobados por la Presidencia del Consejo de Ministros.

(Texto según la sección de las Disposiciones Complementarias Finales del Decreto Legislativo N° 1272)

**CONCORDANCIA EXTERNA**

- Ley N° 27972: Ley Orgánica de Municipalidades (art. 40, ordenanzas en materia tributaria de municipalidades distritales deben ser ratificadas por su municipalidad provincial.

**CONCORDANCIAS INTERNAS**

- Art. 32: Procedimientos administrativos en el TUPA.
- Art. 41.1: Procedimientos administrativos, requisitos y costos se aprueban mediante Ordenanza Municipal.
- Art. 43: Contenido del Texto Único de Procedimientos Administrativos.
- Art. 44.1: El TUPA es aprobado por Ordenanza Municipal.

Quinta

Las competencias otorgadas a la Presidencia del Consejo de Ministros por medio del artículo 48 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, son también aplicables al Sistema Único de Trámites (SUT) para la simplificación de procedimientos y servicios prestados en exclusividad, creado por Decreto Legislativo N° 1203.

(Texto según la sección de las Disposiciones Complementarias Finales del Decreto Legislativo N° 1272)



CONCORDANCIA EXTERNA

- D.Leg. N° 1203: Crea el Sistema Único de Trámites (SUT) para la simplificación de procedimientos administrativos y servicios prestados en exclusividad.



CONCORDANCIA INTERNA

- Art. 57.1: Competencia de la Presidencia del Consejo de Ministros para garantizar el cumplimiento de las normas del procedimiento administrativo.

Sexta

Aprobación de Textos Únicos Ordenados

Las entidades del Poder Ejecutivo se encuentran facultadas a compilar en el respectivo Texto Único Ordenado las modificaciones efectuadas a disposiciones legales o reglamentarias de alcance general correspondientes al sector al que pertenecen con la finalidad de compilar toda la normativa en un solo texto. Su aprobación se produce mediante decreto supremo del sector correspondiente, debiendo contar con la opinión previa favorable del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

(Texto según la sección de las Disposiciones Complementarias Finales del Decreto Legislativo N° 1452)

 **Comentario****I. RELEVANCIA DE ESTA DISPOSICIÓN**

El Texto Único Ordenado es un instrumento de técnica legislativa nacional a cargo del Poder Ejecutivo, pero que carecía de una cláusula general de apoderamiento para que pudiera ser empleada por la Administración Pública. Precisamente la virtud de la disposición es regular de manera general la competencia de la Administración Pública para aprobar estos instrumentos sin necesidad de que exista en cada caso una ley habilitante para ello.

Conforme a esta norma, a partir de su vigencia, las entidades del Poder Ejecutivo se encuentran facultadas a compilar en el respectivo Texto Único Ordenado las modificaciones efectuadas a disposiciones legales o reglamentarias de alcance general correspondientes al sector al que pertenecen con la finalidad de compilar toda la normativa en un solo texto. El nivel aprobatorio de dicho instrumento será un decreto supremo del sector correspondiente, previa opinión favorable del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

II. LA EVOLUCIÓN DE LOS TEXTOS ÚNICOS ORDENADOS

Los operadores del Derecho nacional estamos habituados a aplicar cotidianamente los denominados genéricamente como textos únicos ordenados, textos ordenados o simplemente “tuos”, pues prácticamente involucran las más diversas materias y contenidos temáticos. Actualmente, son objeto de textos únicos ordenados las materias de acceso a la información, protección al consumidor, publicidad, contrataciones y adquisiciones del Estado, mercado de valores, minería, productividad y competencia laboral, formación y promoción laboral, concesiones, telecomunicaciones y aspectos tributarios importantes, como los regímenes del Impuesto General a las Ventas, Impuesto Selectivo al Consumo, y el propio Código Tributario. Por si fuera poco, también nuestros recorridos Código Procesal Civil y la Ley Orgánica del Poder Judicial se encuentran contenidos en sendos textos únicos ordenados aprobados por el Poder Ejecutivo.

A esta prolífica forma de participación del Poder Ejecutivo en la normativa nacional le corresponde una serie de peculiaridades. La primera es que no obstante ser dictados por el Poder Ejecutivo, les reconocemos rango de ley a sus normas, sin haber sido dictados mediante un decreto legislativo o un decreto de urgencia. De otro lado, todos estamos conformes en señalar que la vigencia de las normas contenidas en un texto único ordenado no proviene de la fecha de la aprobación de este, sino que preexisten a su aprobación. Finalmente, resulta opinable el alcance de esta competencia del Poder Ejecutivo. ¿Deben sujetarse a los textos de las normas que ordenan? ¿Pueden interpretarlas para darles coherencia? ¿Está facultado el operador para innovar el ordenamiento, para dar la unidad al texto, asumiendo el papel que tendría el legislador? ¿Una vez aprobado un texto único ordenado, el Poder Ejecutivo conserva la competencia para seguir actualizándolo o perfeccionándolo? Son algunas de las peculiaridades que nos presentan estos documentos.

El profesor argentino VILLEGAS BASIVILBASO incluye entre las fuentes jurídicas del Derecho Administrativo al texto único, al cual define como “un acto del Poder Ejecutivo que reúne y coordina en un único texto las disposiciones de varias leyes sucesivas sobre un mismo argumento”⁽¹⁰¹⁷⁾.

Para GONZÁLEZ BAILÓN, “(...) se llama texto ordenado de una norma a aquel que contiene –con las naturales alteraciones gramaticales que haya sido indispensable efectuar– y los eventuales cambios de numeración del articulado– todas las modificaciones introducidas en la misma, con eliminación de los artículos derogados, transitorios o que ya hubiesen cumplido su objeto”⁽¹⁰¹⁸⁾.

Por su parte, para JIMÉNEZ APARICIO, el texto único ordenado es la “reedición de las leyes después de su primera publicación en el periódico oficial, recopilando y codificando los varios textos que de cada una se hayan producido y estén en vigor, señalando a la par la evolución o sucesión que los mismos hubieren experimentado. Se trata, en definitiva, de hacer textos legales revisados, corregidos y sobre todo puestos al día”⁽¹⁰¹⁹⁾.

En una perspectiva más concreta tenemos la definición de MEEHAN, para quien los textos únicos ordenados “consignan el texto legislativo originario, tal como ha quedado con los cambios, agregados o supresiones, puestos al día”⁽¹⁰²⁰⁾.

Podemos extraer de esta breve relación de conceptos algunas ideas fundamentales acerca del texto único ordenado.

(1017) VILLEGAS BASIVILBASO, Benjamín. *Derecho Administrativo*. Tomo I, p. 281.

(1018) GONZÁLEZ BAILÓN, Eduardo M. “Textos ordenados”. En: *Revista de Derecho Parlamentario*. N° 01. Congreso de la Nación, Buenos Aires, p. 49.

(1019) JIMÉNEZ APARICIO, Emilio. “Actualización de textos”. En: *La calidad de las leyes*. Parlamento Vasco, Ed. Vitoria-Gasteiz, 1989, p. 1297.

(1020) MEEHAN, José Héctor. *Teoría y técnica legislativa*. Editorial Depalma, Buenos Aires, p. 91.

En primer lugar, se trata de una medida de técnica legislativa dirigida a afrontar el problema de la sucesión desordenada de normas jurídicas mediante derogaciones o abrogaciones parciales, derogaciones tácitas o la aprobación de normas incompatibles con un texto base preexistente. Dicha técnica enfrenta el desordenado movimiento acumulativo de inflación legislativa, que se exterioriza en la fragmentación de la normativa, las antinomias, las ambigüedades, las redundancias, estratificaciones, abrogaciones innominadas. Todos ellos vicios atentatorios contra la previsibilidad ciudadana frente al Derecho.

La consolidación, o simplemente la unificación y ordenación que este proceso procura, constituye una operación de limpieza, reorganización y consolidación de la normativa preexistente, pero sin alteraciones regulatorias. Por ejemplo, reclaman la necesidad de aprobar textos únicos ordenados en los casos de modificaciones extensas o reiteradas a una norma base⁽¹⁰²¹⁾.

En este sentido, el aporte del texto único ordenado es facilitar la reconocibilidad de las normas jurídicas vigentes, consolidando las normas en vigor a partir del texto básico, separándolas de toda contaminación normativa. Conjuntamente con otras técnicas legislativas, como la recopilación⁽¹⁰²²⁾, la codificación⁽¹⁰²³⁾ y la conformación de un Digesto normativo⁽¹⁰²⁴⁾, que se encuentran dirigidas al mismo fin, pero poseen distintos alcances.

En segundo orden, la noción del texto único ordenado constituye el texto original reexpresado o actualizado, implicando necesariamente una presentación sistemática de las normas imperantes con la eliminación de las que han sido abrogadas, aquellas partes que han sido derogadas y la inserción de las modificaciones sufridas en sus textos. Por tanto, los textos únicos ordenados permiten el correcto, simplificado y oficial conocimiento de la normativa vigente.

III. CARACTERÍSTICAS JURÍDICAS

Jurídicamente hablando, los textos únicos ordenados poseen las siguientes particularidades que deben ser realizadas:

(1021) LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. *Fundamentos de técnica legislativa*. Ediciones La Ley, Buenos Aires, 1999, p. 246.

(1022) La recopilación es una reunión inalterada de normas vigentes, de diversas épocas, desprovistas de unidad interna, referidas a una pluralidad inorgánica de supuestos concretos, conservando cada una su valor y eficacia, sin formar un verdadero cuerpo y conservando su fisonomía peculiar, de acuerdo con su carácter y con la época de procedencia, efectuada bien por orden cronológico o por orden de materias.

(1023) La codificación es caracterizada por la unificación de las normas relacionadas a una materia determinada, con una reforma sustancial del contenido normativo previo, innovando el ordenamiento jurídico, para dotarle de una sistematicidad que antes carecía.

(1024) El Digesto es la técnica máxima de ordenamiento jurídico que busca la codificación integral del sistema jurídico de un país.

- **El texto único ordenado no constituye fuente de producción jurídica o normativa, sino una fuente informativa**

Como se sabe, la doctrina distingue entre fuentes de producción y fuentes de conocimiento, señalando como las primeras aquellas mediante las cuales las normas son formadas y adquieren eficacia y, también, los actos formales por los cuales la voluntad de esos órganos se manifiesta y concreta en la mayor parte de oportunidades (leyes, reglamentos, directivas, etc.). Por el contrario, las fuentes de información o de conocimiento son “aquellos documentos que hacen conocer la ley, informan sobre su contenido, pero como no emanan de los órganos legislativos, no constituyen la declaración de voluntad, sino su mera reproducción”⁽¹⁰²⁵⁾.

Como fuente informativa, los textos únicos ordenados no poseen carácter legislativo por sí mismos, sino que sus normas extraen fuerza jurídica del cuerpo legal al cual se ordena y unifican. En tal sentido, la producción de un texto único ordenado no constituye un acto legislativo, sino un acto técnico, producto del proceso administrativo de sistematización, organización y selección, que concluye con la publicación de un resultado con valor oficial.

Este último valor, su oficialidad, es el que le permite ser considerado fuente informativa formal, a diferencia de las publicaciones privadas efectuadas con frecuencia por las editoriales.

Como bien establece VILLEGAS BASAVILBASO: “El texto único, en realidad, no introduce ninguna norma nueva en el ordenamiento positivo; las disposiciones en él contenidas no adquieren por el solo hecho de su coordinación y sistematización un valor distinto del que anteriormente tenía; no amplían la legislación existente. El acto del Poder Ejecutivo que exterioriza el texto único no es un acto normativo (...)”⁽¹⁰²⁶⁾.

- **El texto único ordenado es una colaboración de la función administrativa con la cognoscibilidad y certeza de las normas jurídicas vigentes**

Cuando a la Administración Pública le es encomendada la elaboración de un texto único ordenado, se le está solicitando su colaboración para que, de manera técnica y pronta, proceda a la reexpresión del material normativo ya aprobado, manteniendo solamente las disposiciones en vigor y elimine las modificadas y abrogadas, con el objeto de facilitar su reconocimiento y aplicación.

Lo ideal sería, que en cada oportunidad el legislador dicte íntegramente la norma, incluyendo los textos anteriores y los que desea actualizar, compilándola

(1025) ZANOBINI, Guido. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I, Ediciones Arayú, Buenos Aires, 1954, p. 87.

(1026) VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín. Ob. cit., p. 281.

en un solo texto⁽¹⁰²⁷⁾. Sin embargo, los Congresos concedores que esta acción demanda mayor tiempo y extensa deliberación en sede parlamentaria, coinciden –en gran medida– en encomendar esta tarea a otra instancia que la ejecute con criterio técnico.

La Administración Pública colabora con la función legislativa, tratando de darle mayor nivel de seguridad jurídica a su aplicación, favoreciendo su conocimiento entre los operadores, y actualiza el texto, tal como ha quedado a una determinada fecha. La Administración Pública colabora dando a los operadores un texto jurídico purificado, excluyendo las normas derogadas, incluyendo las normas sustitutorias y adicionando los textos normativos complementarios que se hubiesen aprobado para conformar la misma ley. En suma, excluye todos los restos normativos sin vigor que contaminaban y dificultaban el conocimiento de la normativa vigente. La Administración Pública no actúa innovando el ordenamiento, no aporta criterios de normación a los textos a ordenar, sino solo los reexpresa, por lo que no asume una función normativa o legiferante. La unificación y ordenación del texto buscan afrontar la crisis de información jurídica o de conocimiento del Derecho, que afecta a fundamentales piezas del ordenamiento jurídico.

En verdad, la técnica de la unificación y ordenación de normas puede ser empleada no solo por el Poder Ejecutivo para purificar las normas legales, sino también por el propio Poder Legislativo en relación con sus normas reglamentarias⁽¹⁰²⁸⁾ y también por el Poder Ejecutivo para ordenar sus propias normas reglamentarias⁽¹⁰²⁹⁾. Entre ellas, la ordenación y unificación de normas legales por el

(1027) Esta posibilidad fue ensayada sin éxito por el Congreso de la República, cuando aprobó la Ley N° 26221 (Ley Orgánica que norma las actividades de hidrocarburos en el territorio nacional), cuya tercera disposición final contempla que: “En caso de modificarse la presente ley, se publicará el íntegro de la Ley, resaltándose la parte modificada, igual procedimiento se seguirá para sus reglamentos, de modo que siempre se encuentren actualizados sus Textos Únicos”. Lamentablemente, el propio Congreso incumplió esta regla de técnica legislativa.

(1028) El Congreso de la República publicó el Texto Único Ordenado de su Reglamento con fecha 30 de mayo de 1998 en separata especial del diario oficial *El Peruano*.

(1029) Son ejemplos de estos: el Texto Único Ordenado del Reglamento Nacional de Responsabilidad Civil y Seguros Obligatorios por Accidentes de Tránsito, aprobado por Decreto Supremo N° 024-2002-MTC; el Texto Único Actualizado del Reglamento de la Ley de Reestructuración Empresarial de las empresas agrarias, aprobado por Decreto Supremo N° 107-98 EF; el Texto Único Ordenado del Reglamento del Cultivo del Algodonero para los Valles de la Costa Peruana, aprobado mediante R. M. N° 251-94-AG del 26 de mayo de 1994; el Texto Único Ordenado del Reglamento de la Ley General de Habilitaciones Urbanas, aprobado por Decreto Supremo N° 010-2005-VIVIENDA del 12 de mayo de 2005; el Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones a través de las Series 80C, aprobado por Resolución de Presidencia N° 024-97-PD/Osiptel, Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión, aprobado por el Osiptel mediante Resolución del Consejo Directivo N° 134-2012-CD/Osiptel, unificando diversas normas que el mismo organismo había dictado durante el transcurso del tiempo, además de infinidad de textos únicos de reglamentos de organización y funciones de diversas entidades.

Poder Ejecutivo es el supuesto más interesante para la fenomenología jurídica por tratarse de una relación entre poderes.

Como bien establece LEIVA, “cualquier autoridad puede dictar una norma ordenando las de similar jerarquía dentro del ámbito de su competencia, v.g., el Congreso de la Nación puede dictar una ley ordenando leyes, el Poder Ejecutivo, un decreto ordenando decretos, o un Ministerio, una resolución ordenando sus resoluciones. También pueden ordenarse normas de jerarquía inferior si —desde luego— se actúa en el ámbito de su competencia. (...) Pero, para ordenar normas de jerarquía superior a la de la norma organizante, se requiere de una autorización en virtud de la cual se delega el dictado de la norma”⁽¹⁰³⁰⁾

- **El texto único ordenado no posee valor normativo *per se*, sino que sus normas las poseen a partir de las disposiciones jurídicas que ordena.**

Como consecuencia de las características antes mencionadas, tenemos que las normas contenidas en el texto único ordenado no adquieren valor ni eficacia jurídica por el acto de aprobación del TUO. Por el contrario, su valor, eficacia y jerarquía jurídica preexiste al TUO, pues la han obtenido de las leyes previas que se ordenan y unifican en este documento. Como expresa ZANOBINI, “(...) Sus disposiciones extraen eficacia de las fuentes preexistentes de las cuales fueron tomadas, y si, son distintas de estas, no pueden tener aplicación”⁽¹⁰³¹⁾.

La categoría del acto de la Administración Pública que las aprueba, por lo general, un decreto supremo⁽¹⁰³²⁾, no atribuye ningún valor jurídico o jerarquía a dichas normas, pues ya la tienen y son incluso de superior orden al de dicho decreto. Es más, la Administración no actúa aquí ejerciendo una función legislativa (la que carece originariamente tampoco le hubiere sido delegada en la forma constitucionalmente establecida). El decreto supremo —o cualquier forma de expresión externa a usarse— no tiene contenido normativo, pues simplemente confiere carácter oficial al texto unificado y declara su ordenación a una determinada fecha. No tiene otro valor. Ni le otorga, cuando las incluye, ni las priva, si acaso se omitiera su inclusión en el texto único ordenado^{(1033) (1034)}.

(1030) LEIVA FERNÁNDEZ, Luis. Ob. cit., p. 248.

(1031) ZANOBINI, Guido. Ob. cit., p. 98.

(1032) En la muestra tomada para el presente artículo solo hemos identificado el caso de TUO del CPC aprobado por R.M. 10-93-JUS, en que el Poder Legislativo autorizó al Poder Ejecutivo a dictar este texto solo por resolución ministerial y no por decreto supremo, como sucedió en los demás casos.

(1033) La disociación entre la categoría decreto supremo con un contenido normativo (estamos frente a un decreto supremo no normativo) no se produce únicamente en el caso de los textos únicos ordenados, puesto que también puede contener un acto de administración, como sucede cuando el decreto supremo aprueba una exoneración a licitaciones o concursos, o aprueba una modificatoria presupuestal.

(1034) Por esta razón resulta contrario a la técnica legislativa emplear la aprobación de un TUO (acto no normativo) para adicionalmente ejercer la potestad reglamentaria. Por ejemplo, así sucedió con la aprobación del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Archivo General de la Nación reali-

Lo que hace el Poder Ejecutivo cuando aprueba un texto único ordenado es fijar —a una determinada fecha— la determinación oficial de la actualización de una Norma legal preexistente, por lo que la forma correcta de citar un TUO es: “*Artículo 15 de la Ley de ..., según su texto único ordenado aprobado por D.S. N° ...*”. Por tanto, es equívoco citar un TUO como si fuera el decreto supremo la fuente jurígena de la norma a citar, por ejemplo, si se dice: “*El artículo ... del D.S. ...*”, o “*el artículo ... del TUO de la Ley de ... aprobado por Decreto Supremo N° ...*”.

Sin embargo, hacemos la salvedad de que la autoridad sí podría innovar la norma jurídica preexistente, cuando apruebe textos únicos ordenados de normas aprobadas por ella misma, y mediante el mismo nivel de resolución. Por ejemplo, si fuere el Poder Ejecutivo el que aprueba el texto ordenado de sus normas reglamentarias. En estos casos, converge el mismo órgano: la competencia normativa y la aptitud ordenadora, por lo que —de suyo— en estos casos los textos únicos ordenados podrían contener innovaciones normativas, sin ningún cuestionamiento. Es bueno advertir, como lo hace LEIVA, que “si (el texto único ordenado) es realizado por propia autoridad, no es inválido, pues el mismo imperio utilizado para ordenarlas puede ser utilizado para modificarlas. Pero, para evitar que exista una discordancia entre lo que enuncia la norma —ser un texto ordenado de determinadas normas— y en la realidad, lo que puede llevar a algún planteo de invalidez en los estrados judiciales, lo conveniente es directamente sustituir la norma o normas anteriores por la que se dicta, o lisa y llanamente derogar las anteriores al dictar la nueva. Pero llamar texto ordenado es de incorrecta técnica legislativa”⁽¹⁰³⁵⁾.

IV. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS TEXTOS ÚNICOS ORDENADOS APROBADOS POR EL PODER EJECUTIVO EN EL DERECHO COMPARADO

Para explicar la naturaleza jurídica de los textos únicos ordenados, en el Derecho comparado encontramos dos tendencias predominantes: aquellas que consideran que estamos frente a una forma de reglamentos delegados expedidos por el Poder Ejecutivo (Argentina) y la que sostiene que nos encontramos frente a una forma de delegación legislativa, denominada delegación recepticia (España e Italia). Veamos cada una de ellas.

a) Los reglamentos delegados

En la doctrina administrativa se emplea la controvertida categoría de los reglamentos delegados para referirse a normas generales aprobadas por algún

zada por el artículo 1 del D.S. N° 013-90-JUS, que fue aprovechado para modificar en el artículo segundo la estructura orgánica de la misma entidad. Aquí se produce una antitécnica mixtura de decreto supremo no normativo, en el artículo primero, y de decreto supremo reglamentario, en el segundo artículo, que debe ser evitado.

(1035) LEIVA, Luis F. Ob. cit., p. 250.

órgano administrativo, previa autorización o habilitación del Poder Legislativo, regulando materias de competencias del legislador, pero con rango y categoría de ley formal. Por cierto que esta categoría no es de uniforme aceptación en la doctrina, puesto que subsiste en aquellos países en los cuales no se ha recibido constitucionalmente la figura de la delegación legislativa formal (por ejemplo, en Argentina).

Precisamente, los autores argentinos consideran que los textos únicos ordenados participan de esta naturaleza, ya que encuentran que estamos frente a normas emitidas bajo la forma de reglamentos, pero poseen fuerza de ley y además requieren una previa habilitación del Poder Legislativo. En ese sentido, podemos apreciar la tesis de CASSAGNE⁽¹⁰³⁶⁾ y BIANCHI⁽¹⁰³⁷⁾.

b) Los textos refundidos (España) y los *testi unici* (Italia)

Contrariamente a la tesis anterior, en España⁽¹⁰³⁸⁾ e Italia la función que cumplen nuestros textos únicos ordenados es ocupada por la figura de los textos refundidos y los *testi unici*, que son aprobados por el Poder Ejecutivo mediante decretos legislativos, previa delegación de facultades por parte del Congreso de la República.

En tales sistemas jurídicos la delegación legislativa tiene una pluralidad de significados con un núcleo común: la autorización o habilitación para que una ley del Congreso otorgue al Gobierno competencia para dictar normas con rango de ley, que puedan regularizar, aclarar o armonizar diversos textos legales ya emitidos. En efecto, la Constitución española (art. 82) contempla esta situación del modo siguiente:

“Artículo 82.

1. Las Cortes Generales podrán delegar en el Gobierno la potestad de dictar normas con rango de Ley sobre materias determinadas no incluidas en el artículo anterior.
2. La delegación legislativa deberá otorgarse mediante una Ley de bases cuando su objeto sea la formación de textos articulados o por una Ley ordinaria cuando se trate de *refundir varios textos legales en uno solo*.

(1036) CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo*. Tomo I. Abeledo. Perrot, Buenos Aires, 1974, p. 147-148.

(1037) BIANCHI, Alberto B. *La delegación legislativa*. Buenos Aires, Abaco, 1990.

(1038) Para revisar esta materia en la doctrina española, pueden revisarse: SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Fundamentos de Derecho Administrativo*. Tomo I. Ediciones Arecas, Madrid, 1988, p. 644 y ss; DE LA QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás. “La delegación legislativa en la Constitución”. En: *Estudios sobre la Constitución Española*. Tomo I, El ordenamiento jurídico, Sebastián Martín - Retortillo Baquer (coord.), Civitas, Madrid, 1991.

3. La delegación legislativa habrá de otorgarse el Gobierno de forma expresa para materia concreta y con fijación del plazo para su ejercicio. La delegación se agota por el uso que de ella haga al Gobierno mediante la publicación de la norma correspondiente. No podrá entenderse concedida de modo implícito o por tiempo indeterminado. Tampoco podrá permitir la subdelegación a autoridades distintas del propio Gobierno.
4. Las Leyes de bases delimitarán con precisión el objeto y alcance de la delegación legislativa y los principios y criterios que han de seguirse en su ejercicio.
5. La autorización para refundir textos legales determinará el ámbito normativo a que se refiere el contenido de la delegación, especificando si se circunscribe a la mera formulación de un texto único o si se incluye la de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos.
6. Sin perjuicio de la competencia propia de los Tribunales, las Leyes de delegación podrán establecer en cada caso fórmulas adicionales de control”.

Como se puede apreciar, la delegación efectuada a favor del Poder Ejecutivo le permite desde hacer un texto refundido meramente actualizando una determinada norma hasta realizar la integración innovativa de varias leyes vigentes simultáneamente y acumulativamente sobre determinada materia. De este modo, pueden existir textos refundidos meramente recopilativos o compilativos (en cuyo caso desempeñan el mismo rol que nuestros textos únicos ordenados), o, ir más allá, reordenando el contenido de las diversas normas vigentes, innovando, normando, aportando eventualmente modificaciones o ajustes necesarios para su mejor coordinación.

En ilustrativa síntesis, MORELL OCAÑA afirma que los textos refundidos españoles pueden tener un contenido mínimo y un contenido máximo. “El contenido mínimo estriba en las refundiciones puras y simples, en ellas, el Gobierno se limita a la producción literal de los preceptos, sin introducir más variaciones que las exigidas por las erratas o por consideración de orden gramatical derivadas de la hilación lógica... pero pudiendo introducir cambios de ordenación para lograr una mayor unidad sistemática. El contenido máximo lo alcanza cuando se habilita al Gobierno para regularizar, aclarar o armonizar las normas que se refunden; el Texto refundido, en tal caso, se fundamenta en un juicio de valor, realizado por el Gobierno en uso de la habilitación sobre cada uno de los preceptos que ha de reunir en el texto unitario, salvando posibles contradicciones hasta lograr un sistema”⁽¹⁰³⁹⁾.

(1039) MORELL OCAÑA, Luis. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 93.

Esta misma situación se presenta en el Derecho italiano, donde existen textos únicos meramente compilativos, de reconocimiento, y eventualmente interpretativos de disposiciones primigenias, y textos únicos innovativos, normativos o legislativos, pero ambos son aprobados por normas con rango de ley, previa delegación de parte del Congreso de la República⁽¹⁰⁴⁰⁾.

Como se puede apreciar, los textos refundidos y los *testi unici* constituyen una figura sustantiva y formalmente más amplia que nuestros textos únicos ordenados, que se trasuntan en las siguientes notas:

- i) Habilitan a la Administración Pública mayores potestades para operar sobre la normativa que revisa y ordena, a diferencia de la labor infralegal que de ordinario le corresponde.
- ii) Implican el ejercicio de una atribución legislativa al operar sobre normas preexistentes, interpretarlas, resolver antinomias, suplir defectos, integrar vacíos, etc. No estamos frente al ejercicio de una competencia administrativa, como sucede en nuestro caso.
- iii) Manifestarse externamente por medio de decretos legislativos (actos legislativos) y no por actos administrativos.
- iv) El texto refundido implica la dación de una norma –de raíz– que sustituye a las normas dispersas refundidas, una vez ajustadas a una sistemática unitaria y depurada de incoherencias y contradicciones.
- v) En caso de producirse alguna contradicción entre el texto refundido y las disposiciones refundidas, prevalecerá el texto refundido.
- vi) El texto refundido tiene carácter sustitutivo de cada norma consolidada, a diferencia del carácter meramente declarativo de los textos únicos ordenados aprobados por el Poder Ejecutivo.

Ninguno de los dos enfoques de la naturaleza jurídica expuestos por la doctrina puede ser asumidos por nuestro sistema de fuentes de Derecho, en la medida en que, de un lado, los decretos supremos que aprueban un texto único ordenado carecen de fuerza legal *per se*, ni la ley habilitante se lo puede otorgar anticipadamente, lo cual excluye la admisibilidad de la tesis de los reglamentos delegados dentro de nuestro ordenamiento. Además que su función dentro de nuestro sistema de fuentes se encuentra ocupada por los decretos legislativos, por los que el Poder Legislativo encarga al Poder Ejecutivo la confección de

(1040) Para analizar la situación de los textos únicos ordenados en Italia, pueden revisarse los siguientes textos: GUASTINI, Riccardo. *Teoria e dogmatica delle fonti*. Giuffrè, Milano, 1998, p. 544, y *Le fonti del diritto e l'interpretazione*. Giuffrè, *Trattato di diritto privato*, Milano, 1993, 171; PALADIN, Livio. *Le fonti del diritto italiano*. Il Mulino, Bologna, 2000, p. 221; ZAGREBELSKY, Gustavo. *Manuale di Diritto Costituzionale*. Tomo I, *Il Sistema delle fonti del diritto*. UTET, Torino, 1987, p. 171.

determinadas normas con límites, procedimientos y controles constitucionales, que aquí no se presentan.

Por otro lado, dentro de nuestro sistema jurídico, la delegación legislativa contemplada por nuestra Constitución se expresa formalmente mediante decretos legislativos expedidos por el Poder Ejecutivo, y están limitados de abordar materias restringidas (leyes orgánicas, aspectos presupuestales, entre otras), requieren además aprobación del Consejo de Ministros, y están sujetos a explícitos controles políticos por parte del Congreso. Ninguna de las exigencias es aplicable para la dación de los decretos supremos que aprueban los textos únicos ordenados.

La técnica de los TUO no deslegaliza la materia normada

Con claridad GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ sostienen que la deslegalización consiste en la “operación que efectúa una Ley que, sin entrar en la regulación material de un tema, hasta entonces regulado por Ley anterior, abre dicho tema a la disponibilidad de la potestad reglamentaria de la Administración”, por lo que en concreto esta figura constituye una degradación del rango normativo y, a su vez, una ampliación del ámbito de la potestad reglamentaria⁽¹⁰⁴¹⁾.

La ley de deslegalización opera como un acto contrario a la ley anterior de regulación de contenido material de una determinada situación jurídica, dirigida a degradar formalmente el rango de la misma de modo que pueda ser modificada en adelante por simples reglamentos. A partir de ella, los reglamentos comunes posteriores podrán innovar los contenidos normativos previamente aprobados mediante leyes formales. Un ejemplo de la deslegalización lo podemos encontrar en la segunda disposición transitoria de la Ley N° 27444, en cuanto habilitaba durante el plazo de seis meses a las entidades públicas para que pudieran adaptar a la nueva Ley del Procedimiento Administrativo General sus normas de procedimientos administrativos, cualquiera que haya sido su rango, mediante normas reglamentarias.

Las diferencias fundamentales con la norma legal que autoriza la elaboración de los textos únicos ordenados son las siguientes: a) la norma que autoriza el texto único no degrada la jerarquía de las normas preexistentes, sino que las mantiene; b) la potestad de la Administración, en los casos de los TUO, no es normativa, por lo que no puede innovar su contenido, sino solo ordenarlo a futuro; c) la elaboración del TUO agota la habilitación otorgada, mientras que en la deslegalización, la Administración asume competencia continuada para seguir normando, en lo futuro, la materia.

(1041) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I, p. 273.

V. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LAS LEYES QUE AUTORIZAN LA ELABORACIÓN DE TEXTOS ÚNICOS ORDENADOS⁽¹⁰⁴²⁾

Para nuestro sistema jurídico, la participación de la Administración en la dación de un texto único ordenado de normas con rango legal requiere previamente del empoderamiento o habilitación expresa otorgada por el Congreso de la República. Por lo general, dicha habilitación se otorga mediante un artículo ubicado al final de una ley que introduce modificaciones extensas a una ley base.

Estos artículos que habilitan al Poder Ejecutivo la atribución de ordenar y unificar normas con rango legal poseen las siguientes notas características: i) su destinatario es exclusivamente el Gobierno, al que habilita de una potestad que antes carecía, por lo que se dirige a regular la conducta de las autoridades aplicadoras del ordenamiento. En ningún caso, su contenido normativo obliga a los ciudadanos, los jueces o terceros (son normas de segundo orden); ii) son disposiciones que pierden eficacia una vez que han cumplido su cometido (por vencimiento del plazo, o ejercicio de la atribución por el Poder Ejecutivo); iii) su objeto es el contenido normativo mismo, existen en vinculación con las demás normas de la materia, por lo que carecen de autonomía.

(1042) Para el análisis de esta parte se han tomado en cuenta como muestra los siguientes textos únicos ordenados:

TUO de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información (D.S. N° 43-2003-PCM).

TUO de las Leyes de Protección al Consumidor de Represión de la Competencia Desleal y de Normas de Publicidad en Defensa del Consumidor (D.S. N° 039-2000-ITINCI). (*Derogado*)

TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (D.S. N° 012-2001-PCM). (*Derogado*)

TUO de la Ley del Mercado de Valores (D.S. N° 093-2002-EF).

TUO de la Ley General de Minería (D.S. N° 014-92-EM).

TUO del Código Procesal Civil (R.M. N° 10-93-JUS).

TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial (D.S. N° 017-93-JUS).

TUO de la Ley de Promoción del Acceso a la Propiedad Formal (D.S. N° 009-99-MTC).

TUO de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos (D.S. N° 002-94-JUS). (*Derogado*)

TUO del Código Tributario (D.S. N° 135-99-EF). (*Derogado*)

TUO de la Ley de Formación y Promoción Laboral (D.S. N° 002-97-TR).

TUO de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo (D.S. N° 07-2002-TR).

TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (D.S. N° 03-97-TR).

TUO de las Normas con rango de ley que regulan la entrega en concesión al Sector Privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos (D.S. N° 059-96-PCM).

TUO de la Ley de Telecomunicaciones (D.S. N° 013-93-TCC).

TUO de Ley del Impuesto General a las Ventas e Impuesto Selectivo al Consumo (D.S. N° 055-99-EF).

TUO de la Ley de Reestructuración Patrimonial (D.S. N° 014-99-ITINCI). (*Derogado*)

TUO de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones (D.S. N° 054-97-EF).

TUO de las normas con rango de ley sobre los Centros de Exportación, Transformación, Industria, Comercialización y Servicios - CETICOS (D.S. N° 112-97-EF).

En suma, podemos inferir que la disposición legal de este tipo pertenece a la categoría de normas transitorias, es decir, que cumple una función, en principio, temporal y sirve para regular los procesos de cambio en el sistema jurídico⁽¹⁰⁴³⁾.

Nos encontramos frente a textos únicos autorizados y no espontáneos, ya que no se entiende dentro de las potestades naturales de la Administración la de unificar, ordenar normas legales dispersas, y ni siquiera republicar su texto actualizado de modo oficial. De este modo, la aptitud para formular y aprobar un TUO, se obtiene casuísticamente por la Administración, proveniente de la autoridad legislativa. Es así, que, en nuestro país, al momento de aprobarse una ley modificatoria importante o extensa a determinado régimen legal, es que se autoriza o encomienda al Poder Ejecutivo redactar y aprobar su texto único ordenado, dándole un determinado plazo para el efecto^{(1044) (1045)}.

Con motivo de esta autorización, podemos identificar tres aspectos que resultan relevantes para caracterizar el régimen de la norma legal que encomienda al Poder Ejecutivo la preparación de un texto único ordenado.

1. Aspectos de orden subjetivo

Los principales aspectos de orden subjetivo se concentran en identificar cuál es medio idóneo para que el Congreso autorice al Poder Ejecutivo la formulación de un texto único ordenado, y, luego, quién puede ser receptor del mencionado encargo.

El sujeto activo de la autorización solo puede serlo el Congreso de la República y su instrumento idóneo, debe ser una ley formal. A través del acto legislativo, es el Congreso mismo quien pondera la necesidad o no de la ordenación, el alcance de las atribuciones a conferirse al ordenador, el plazo para otorgarle, etc.

De este modo, no consideramos adecuado que pueda darse la autorización mediante una norma con rango de ley proveniente del mismo Poder Ejecutivo (por ejemplo, decreto de urgencia, decretos leyes y decretos legislativos), por

(1043) En la muestra de normas habilitadoras seleccionadas encontramos que el legislador ha sido poco prolijo en darle la denominación adecuada a estas disposiciones, pues los ha ubicado indistintamente, bajo el epígrafe de disposiciones complementarias, transitorias, o finales.

(1044) En el Derecho argentino se ha otorgado al Poder Ejecutivo una autorización permanente y genérica para dictar textos únicos ordenados, a través de la Ley N° 20004 de diciembre de 1972.

(1045) No obstante tal exigencia jurídica de requerirse una autorización previa del Poder Legislativo, para formular un TUO, hemos identificado el caso del "TUO de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobre tiempo" (D.S. N° 007-2002-TR) que ha sido realizado espontáneamente a sola iniciativa del Poder Ejecutivo, sin tener una autorización legal previa en la Ley N° 27671 que modificó el D. Leg. N° 854. Para el efecto, se sustenta simplemente en el artículo 118, inciso 8 de la Constitución, que atribuye la potestad reglamentaria, supuesto que como hemos visto es distinto al que nos ocupa.

constituir un caso de autoautorización que resulta contradictorio con la lógica de esta figura⁽¹⁰⁴⁶⁾.

También es conveniente explicitar que nada obsta que la habilitación pueda provenir del Cuerpo Constituyente. En efecto, podría suceder –como por ejemplo, sucedió en el Derecho Constitucional panameño⁽¹⁰⁴⁷⁾, y en algunas Constituciones provinciales argentinas⁽¹⁰⁴⁸⁾– que sea el Poder Constituyente, con ocasión de aprobar alguna reforma constitucional más o menos extensa, el que autorice al Poder Ejecutivo a preparar un texto único ordenado del texto constitucional resultante.

Por su parte, respecto del sujeto habilitado, la tradición parlamentaria ha hecho recaer la responsabilidad para su aprobación en el presidente, conjuntamente con un ministro determinado por la competencia material sobre el tema (aunque también hay casos de exigencia adicional de la suscripción de dos ministros) y a través de la dación de un decreto supremo. Han sido marginales las autorizaciones para que un TUO sea aprobado solo por un ministro mediante resolución ministerial como, por ejemplo, contempló el artículo 8 del Decreto Ley N° 25940, que autorizó solo al ministro de Justicia aprobar el TUO del Código Procesal Civil mediante resolución ministerial de su sector.

Nuestra tradición jurídica no ha creído conveniente, como sí lo hacen otros regímenes legales, exigir una aprobación corporativa del Consejo de Ministros, una aprobación del Consejo de Estado (por ejemplo, Italia y España) adicionales a la aprobación ministerial, y previa al refrendo presidencial al decreto supremo. Del mismo modo, la tradición nacional no registra habilitación a organismos autónomos constitucionales, a organismos públicos descentralizados, a gobiernos locales o regionales, para preparar y aprobar los textos únicos ordenados, dentro de su ámbito de competencia material o territorial. Ni siquiera tratándose de la ley orgánica de otro poder del Estado, como el Poder Judicial, se le habilitó para su formulación, sino que la autorización recayó en el Ministerio de Justicia para que por D.S. N° 017-93-JUS lo apruebe. Ello no impide que en la práctica los proyectos de TUO sean formulados por las instancias técnicas llamadas a aplicar las normas y propuestas para su trámite y aprobación ante los

(1046) En nuestra práctica, la autoautorización por parte del propio Poder Ejecutivo no ha sido infrecuente. Por ejemplo, los Decretos Legislativos N°s 708 (en materia minera), 855 (en materia laboral), 839 (en materia de concesiones) y sendos decretos leyes dieron lugar a textos únicos ordinarios, en su oportunidad.

(1047) Con ocasión de la reforma constitucional panameña aprobada por el Acto Legislativo N° 01 del 27 de diciembre de 1993, se autoriza al Poder Ejecutivo para que elabore una ordenación sistemática, conteniendo las disposiciones de la Constitución Política del 1972 que no han sido modificadas, los artículos adicionados, y los artículos reformados posteriormente. Dicho texto único fue adoptado por Resolución N° 40 del Ministerio de Gobierno y Justicia del 26 de mayo de 1995.

(1048) Hay TUO de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires sancionado por la propia Convención reformadora de la Constitución.

despachos ministeriales respectivos. Pero en ningún caso se tratará de una delegación de la competencia para aprobar un texto único ordenado del órgano a quien el Congreso encomendó esta labor (*delagata potestas non potest delagari*)⁽¹⁰⁴⁹⁾.

Excepcionalmente las normas autoritativas se han cuidado de introducir algún mecanismo de control interno adicional para cautelar un procedimiento más prolijo y consensual de unificación y ordenación, que finalmente ha de aprobar el Poder Ejecutivo⁽¹⁰⁵⁰⁾.

La ventaja de la tradición parlamentaria seguida en esta materia radica en hacer recaer en el ministro la responsabilidad política que le vincula con el Poder Legislativo, en caso de tergiversación o empleo inadecuado de la autorización otorgada.

2. Aspectos de orden objetivo

Un segundo aspecto de interés para el estudio de la norma autoritativa se relaciona con el carácter expreso de la habilitación, el señalamiento del ámbito material de la habilitación y su duración temporal.

En principio, la autorización para la formulación de un texto único ordenado debe provenir expresa e inequívocamente de una norma proveniente del Congreso de la República. Cuando se menciona inequívocamente, se quiere indicar que debe existir un precepto legal explícito que tenga por objeto apoderar al Poder Ejecutivo de esta atribución, pues este no podría inferirlo de una simple referencia a la competencia reglamentaria, ni del encargo de elaborar reglamentos complementarios que la ley pudiera contemplar. De este modo, no solo el Poder Ejecutivo está impedido de preparar espontáneamente textos únicos ordenados de leyes, sino que también está prohibido de sentirse facultado a partir de términos ambiguos, genéricos o multifuncionales. Ahora bien, la calidad expresa de la atribución puede provenir del empleo de frases comunes como “autorízase”, “facúltese”, o alguna fórmula más imperativa, como “(...) dentro del plazo de ... días, el Poder Ejecutivo publicará el texto único ordenado de la ley ...”.

(1049) En el Derecho comparado existen ejemplos de autorización otorgada por el legislador directamente a la entidad pública a cargo de la publicación de las leyes (gacetas o diarios oficiales), sin ningún acto aprobatorio formal de otra instancia. Así sucede en Bolivia y en Venezuela. En este último país, la Ley de Publicaciones Oficiales (art. 5) contiene una habilitación genérica a la Gaceta Oficial para esta acción, en los siguientes términos: “La Ley que sufra una reforma parcial deberá publicarse íntegramente con las modificaciones que hubiere sufrido, las cuales se insertarán en su texto suprimiendo los artículos reformados de manera de conservar su unidad. Esta publicación deberá estar precedida por la de la Ley que hace la reforma”.

(1050) Así aconteció con el Decreto Ley N° 18290, que además de autorizar la expedición de un texto único ordenado sobre la Ley de Reforma Agraria, creó una comisión multisectorial conformada por representantes del Tribunal Agrario y de diversas direcciones de los ministerios para su formulación.

En cualquiera de estos casos, la autorización se encuentra presente, teniendo en cuenta al ministro respectivo como el destinatario de dicho encargo.

El ámbito material de la autorización se refiere al señalamiento que debe tener la norma habilitante sobre la o las materias que deben versar la ordenación que se le encarga. Lo más común es que como la norma autoritativa está contenida en una ley modificatoria a una norma base, se entienda que la materia a unificar sea precisamente aquella norma base actualizada.

Por ello, las normas autoritativas generalmente indican que el texto único a publicarse será el de determinada ley (ley base a actualizar). Sin embargo, existen casos en los que la materia aparece singularmente más amplia que lo ordinario, pues la tarea la refieren a “las normas con rango de ley sobre determinada materia”⁽¹⁰⁵¹⁾ o la habilitan a preparar “textos únicos concordados”⁽¹⁰⁵²⁾. Sobre este tema volveremos más adelante.

Sobre las materias objeto de autorización, cabe preguntarse si existen materias exentas de la posibilidad de ser objeto de un texto único ordenado como, por ejemplo, sucede con las materias susceptibles de delegación legislativa en el Poder Ejecutivo (arts. 101 *in fine* y 104). Consideramos que estas reservas no son aplicables a la técnica del texto único, puesto que se trata de una labor meramente técnica, subordinadas a las leyes y sin aspirar a convertirse en una fuente innovativa de disposiciones legales.

Finalmente, la norma autorizante también sujeta la aprobación del texto ordenado a un determinado término final que oscila según la especialidad o complejidad de la materia. La duración temporal de la autorización constituye la fijación de un plazo para su inicio a partir de la vigencia de la norma autorizante. Durante dicho lapso, las normas de la ley que autorizan el texto único ordenado se encuentran en pleno vigor y son plenamente exigibles, incluso como parámetro para apreciar la corrección de la ordenación realizada. El otorgamiento de un plazo para dictar un texto único ordenado no supone la *vacatio legis* de las normas legales sobre la materia. Por otro lado, el cumplimiento tardío de la publicación del TEO por parte del Poder Ejecutivo⁽¹⁰⁵³⁾, a diferencia de lo que sucede con los plazos otorgados para la aprobación de normas reglamentarias, implica un vicio de incompetencia temporal en la emisión del acto, ya que la unificación de normas legales no corresponde al ejercicio de una

(1051) Así sucedió en la Ley N° 26831 y el Decreto Legislativo N° 839, que autorizaron al Poder Ejecutivo a aprobar el texto único ordenado de las normas con rango de ley sobre Ceticos y concesiones.

(1052) Así sucedió en el Decreto Ley N° 18196 que autorizó “al Poder Ejecutivo a publicar un Texto Único Concordado del Decreto Ley N° 17716, ampliatorias y conexas”.

(1053) Afirmamos que el término final contemplado en las leyes autorizó de TEO se refiere a la fecha hasta la cual el Poder Ejecutivo puede cumplir con publicar la versión aprobada del TEO, y no solo para aprobarlo, ya que la publicación es el acto terminal del procedimiento de generación de este documento oficial.

función administrativa ordinaria o natural del Poder Ejecutivo, sino una atribución excepcional que el legislador concede para que pueda “organizar materia normativa” que de suyo excede su ámbito de acción ordinaria. En ese mismo orden de ideas, el vencimiento del plazo otorgado impide al Poder Ejecutivo ejercer la autorización. Así sucedió en los casos de la Ley N° 27377 (única disposición transitoria), que encargó al Ministerio de Energía y Minas - MEM elaborar el TUO de la Ley N° 26221 (Ley Orgánica de Hidrocarburos), y la Ley N° 26734 (décima disposición complementaria) que encargó al MEM aprobar el TUO del Decreto Ley N° 25844 (Ley de Concesiones Eléctricas) con un plazo de 160 días calendarios.

Del mismo modo, la fijación de un plazo para la dación de un texto único ordenado no impide al Congreso realizar –durante el interregno entre la autorización y la aprobación del TUO– nuevas modificaciones del cuerpo legal base. Por el contrario, si así sucediese, el texto único ordenado deberá comprenderlas.

VI. ALCANCE DE LAS COMPETENCIAS DEL PODER EJECUTIVO AL FORMULAR TEXTOS ÚNICOS ORDENADOS APROBADOS POR EL PODER EJECUTIVO

Cuando analizamos los aspectos de orden objetivo de las leyes que autorizan la elaboración de los textos ordenados, afirmábamos que les correspondía señalar el ámbito material de la habilitación. Lo más usual es que la ley modificadora de un régimen jurídico preexistente autorice al Poder Ejecutivo a aprobar el TUO, para lo cual se entiende que a la norma primera (ley base) se le agregarán las modificaciones, sustituciones y adiciones de la(s) siguiente(s), y se aprobará la reexpresión o reedición de la norma bajo la forma de un decreto supremo. Incluso este planteamiento se recoge en el texto del TUO mismo, cuando califican al decreto supremo aprobado como el texto único ordenado de determinada ley (refiriéndose a la ley base).

No obstante se presenta el problema cuando la ley delegante no precisa nominativamente las normas sobre las cuales debe actuar la ordenación, sino emplea conceptos más o menos genéricos o indeterminados, como por ejemplo referirse a “las normas con rango de ley” de determinada materia (es decir no identifica una ley base a la cual adicionar sus modificaciones), o si, habiendo diversas normas modificadoras posteriores (incluso algunas de dudoso alcance por ser precisamente modificaciones tácitas), no precisaren cuáles son las fuentes de las normas a ser agregadas al texto base⁽¹⁰⁵⁴⁾.

(1054) Un ejemplo de las primeras son las normas autoritativas para dictar los TUO aprobados por D.S. N° 059-96-PCM (en materia de concesiones) y por D.S. N° 039-2000-ITINCI (sobre protección al consumidor).

En el primer caso se presenta una indeterminación de la norma base, que resulta altamente inconveniente para la rigurosidad de la labor de la Administración, ya que le habilita de una amplia posibilidad de apreciación, que puede desbordar lo meramente administrativo e introducirle al ámbito legiferante, sin tener competencia material. Así sucederá si procede la Administración por ejemplo a crear y sistematizar preceptos de distintas normas, ordenándolas tal cual si fuera legislador, lo cual solo podría realizar por decreto legislativo y bajo el régimen de delegación legislativa formal. Dentro de nuestro sistema constitucional el Poder Legislativo no puede habilitar al Poder Ejecutivo, por medio de esta técnica, a manipular las normas legales vigentes para “aclararlas”, “armonizarlas”, “dar coherencia”. Estas son labores de competencia legislativa, no administrativa.

Particularmente, consideramos que si la situación normativa preexistente no es la de una norma base, con modificaciones puntuales posteriores, el camino de la técnica del texto único ordenado resultaría inadecuado. Más bien, en caso de normas superpuestas en una misma materia, que demandan una coordinación y sistematización, se requiere un decreto legislativo y no un mero decreto supremo. Así lo exige la naturaleza de la operación o manipulación a realizar con la normativa vigente.

Cuando el presidente de la República opera al amparo de esta habilitación, procede a reunir en un mismo cuerpo legal disposiciones que se encuentran dispersas, tomar decisiones sobre la sistemática, redacción, ubicación, para darle un sentido coherente que la normativa carece. Participa de un activismo normativo, que solo puede suponer el ejercicio de atribuciones legislativas previas. En tal sentido, la utilización para estos casos de la técnica de los textos únicos ordenados desnaturaliza su alcance esencial, pues la hace ingresar subrepticamente en la refundición de normas con rango de ley, que no es posible ejecutar mediante el ejercicio de una función meramente administrativa, de suyo, *subordinada* a las normas legales, sino actuando *sobre* las normas con rango de ley⁽¹⁰⁵⁵⁾.

Compartimos por ello las atinadas expresiones del profesor ENTREÑA CUESTA, para quien “(...) en ocasiones se aprovecha la autorización para refundir varios textos para facultar al Poder Ejecutivo a que los modifique. En tal caso, naturalmente, deberán observarse los requisitos propios de la delegación legislativa en sentido estricto; pues, en la medida en que la actuación de aquel se concrete en actos innovadores de las disposiciones preexistentes con rango de ley, estaremos en presencia de un decreto legislativo”⁽¹⁰⁵⁶⁾.

(1055) Este tratamiento podemos encontrarlo nítidamente en el ordenamiento jurídico chileno, en el que el Congreso autoriza al Poder Ejecutivo a dictar textos refundidos, coordinados y sistematizados en los más diversos temas, mediante decretos con fuerza de ley (D.F.L.).

(1056) ENTREÑA CUESTA, Rafael. *Curso de Derecho Administrativo*. Volumen I. Editorial Tecnos, Madrid, 1988, p. 140.

La situación de la indeterminación del universo de normas modificadoras de una norma base resulta una preocupación también para la seguridad jurídica de los ciudadanos, pero fundamentalmente para el operador administrativo que desarrollará su labor dentro de dudas e incertidumbres. Lo adecuado es que el legislador, al momento de autorizar el texto ordenado, le indique a la Administración cuáles son las fuentes jurídicas de donde extraerá las modificaciones a introducir de modo enumerativo, aunque fueran plurales. Por ejemplo, este camino fue el recorrido por el artículo tercero de la Ley N° 26096 que facultó al Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción “para que mediante decreto supremo apruebe el texto único concordado (sic) de las normas contenidas en el Decreto Legislativo N° 702 modificado por el Decreto Legislativo N° 766, por la Ley N° 25399, por el Decreto Ley N° 26095 y el presente Decreto Ley, dispositivo al que en adelante se denominará ‘Ley de telecomunicaciones’. Adecuándose, asimismo, al Decreto Ley N° 25491”.

Cuando así no sucede en la ley autoritativa, pueden producirse dos problemas en la confección del texto ordenado. El primero es que la Administración, frente a la extensión y ambigüedad, considere que existe alguna norma del ordenamiento legal que implique una modificación o derogación tácita en la ley, y que la plasme en su texto ordenado. Tal situación resulta antitécnica, por cuanto implica invadir el ámbito legiferante y, como tal, conducirá a la nulidad del texto único ordenado en este extremo⁽¹⁰⁵⁷⁾.

Sin embargo, otro problema –ciertamente menor, pero no por ello inexistente– que ocasiona esta situación antitécnica, es que el operador administrativo desconozca las diversas modificaciones expresas, sucedidas a lo largo del tiempo en determinada materia, y pueda incurrir en algún error por omisión al preparar su TUO. Así aconteció recientemente con la dación del TUO de la Ley de Mercado de Valores, aprobada por Decreto Supremo N° 093-2002-EF, que omitió considerar una modificación expresa a la undécima disposición final de la ley base producida por una ley distinta, y aprobó el texto originario de la norma sin considerarla. Evidentemente se trataba de un error producido por desconocimiento de los textos superpuestos que se sucedieron a la norma a

(1057) Esta posición ha sido sostenida por la Corte Suprema de Justicia en el Exp. N° 1893-93 (Acción Popular interpuesta por la Asociación de Radio y Televisión del Perú contra el Estado). En este caso el Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción, al preparar el Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, consideró, además de las normas enumeradas en la ley autoritativa, como modificatorias y ampliaciones de la ley base, al Decreto Legislativo N° 757, lo cual implicaba entender como derogado –por ende excluido del TUO– un artículo de la ley originaria. La Corte Suprema concluyó anulando este extremo del TUO y, por ende, declaró la vigencia del artículo omitido por el Poder Ejecutivo, por considerar que al no haber sido incluido como modificatorio, ampliatorio o derogatorio por la ley habilitante por el legislador, mal ha procedido el Poder Ejecutivo al realizar una interpretación que no le ha sido autorizada.

concordar, que hubiese sido solucionado si la propia ley autoritativa le indicara al Ejecutivo el universo de fuentes legal a incorporar en su TUO.

Por eso debe tenerse presente la sentencia de BIELSA sobre las responsabilidades del legislador para la cabal formulación de los textos únicos ordenados: “Cuando sobre una materia o rama de legislación existen varias leyes, deben ordenarse en un texto único, y si se delega esa tarea en el Poder Ejecutivo, se le deben indicar a éste las limitaciones que la tarea de unificación y uniformidad le imponga”⁽¹⁰⁵⁸⁾

Operaciones posibles en la preparación de un texto único ordenado

Habiendo quedado investida la Administración de competencia para preparar el texto ordenado, el ordenamiento jurídico vincula a la Administración para su formulación de la misma manera que para cualquier otro acto administrativo. En tal sentido, aun cuando no existe un camino predeterminado para la formulación del texto, la Administración queda sujeta al deber de motivar sus decisiones, seguir el debido procedimiento, actuar con razonabilidad, etc. Pero fundamentalmente sigue vinculada al principio de legalidad, por el cual su actividad debe contar con una habilitación legal expresa, sin que la ausencia de disposición legal puede considerarse como discrecionalidad.

Las operaciones materiales posibles de realizar por la autoridad administrativa durante el proceso de elaboración de un texto único ordenado son ciertamente diversas según el tipo de ámbito normativo sobre el cual actúen. Indudablemente si hablamos de una ley base, a la cual han sido realizadas puntuales y concretas modificaciones, la tarea es bastante sencilla. Aquí se ceñirá a una mera actualización regular del texto, tal cual ha quedado con sus modificatorias. En este caso, la labor podría ser realizada incluso por un simple ordenador de textos, sin mayor controversia o labor jurídica, por su carácter meramente mecánico.

Pero la consolidación es un método que presenta dificultades importantes a su autor o autores, dado que exige una gran versación jurídica, un fino criterio y conocimientos que le permitan, por ejemplo, determinar con justeza cuándo una disposición ha quedado derogada o abrogada por otra sancionada con posterioridad, o la incompatibilidad lógica entre las disposiciones de ambas. La complejidad normativa y la inapropiada técnica legislativa que se emplea en nuestras normas nos conducen a caminos insospechados de detalles y pruebas de fuego al análisis e imaginación del operador.

En principio, tiene razón VILLEGAS BASABILBASO⁽¹⁰⁵⁹⁾ cuando afirma que existen limitaciones inmanentes a esta actividad de la Administración. En

(1058) BIELSA, Rafael. *Metodología jurídica*. Editorial Castellui, Santa Fe, 1961, p. 341.

(1059) VILLEGAS BASABILBASO, Benjamín. Ob. cit., p. 281.

efecto, el autor expresa que, “La autorización legislativa de que hace uso el Poder Ejecutivo para dictar el texto único tiene expresas limitaciones, que pueden concretarse en los siguientes principios: le está prohibido al Poder Ejecutivo abrogar normas que no hayan sido abrogadas, alterar la redacción de las mismas, salvo que se tratara de meras correcciones idiomáticas, adicionar disposiciones aunque sean de carácter doctrinal”.

Desde la perspectiva de las operaciones a que habilita la técnica de los textos únicos ordenados, debemos identificar algunas que derivan de su propia esencia natural, por lo que consideramos repetitivo contemplarlas expresamente en las normas de autorización. No debemos olvidar que la formulación de un texto único ordenado apunta a facilitar el conocimiento de la normativa, y como tal supone algo más que la operación textual de reemplazo de normas derogadas por sus actualizaciones. Pero también supone el límite de no operar sobre las normas aprobadas, sino de modo subalterno, como toda actuación administrativa. El justo medio se encuentra en lo que la doctrina llama la interpretación primaria de las normas a ordenar. Como bien afirma ROSATTI, “Somos partidarios de asignar activa participación al ordenador dentro del marco estricto de la interpretación primaria, considerando por tal a aquella que surge de un análisis lógico y objetivo de las abscisas espacio-tiempo-jerarquía”⁽¹⁰⁶⁰⁾.

Podemos individualizar tres categorías de operaciones en la consolidación de textos: la sistemática, el lenguaje (aspectos morfológicos, sintácticos y semánticos) y las relaciones entre las normas⁽¹⁰⁶¹⁾. A nuestro entender, las operaciones que válidamente puede realizar la Administración en la preparación de un texto único ordenado son las siguientes:

- i) **La supresión o alteración de textos normativos de la ley base.** Ello solo puede deberse a: a) expresa supresión o alteración expresa por alguna norma legal posterior o por fe de erratas⁽¹⁰⁶²⁾; b) incorporación de artículos o incisos adicionales previstos en las normas posteriores; c) modificación tácita proveniente de alguna de las normas legales mencionadas en la ley habilitante como modificadoras, y siempre que exista algún nivel de consenso doctrinario o académico para ello. Esta es la principal acción que admite esta técnica, pues la finalidad perseguida por la aplicación de este método es la de lograr eliminar una cantidad de textos de leyes o de otras normas que poseen fuerza de ley, sobreabundantes y mal coordinadas entre

(1060) ROSATTI, Horacio. *Fisiología de la Ley*. Universidad Nacional del Litoral. Santa Fe, 1987, p. 53.

(1061) Véase: BRENNAN, Ramón Gerónimo. “El ordenamiento de las leyes”. En: <http://www.salvador.edu.ar/ui2-35-sptp1.htm>.

(1062) La consideración de la fecha de erratas para la preparación de un TUO fue tomada en cuenta en el Decreto Ley N° 25940, que autorizó a preparar el Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil.

- sí, o en clara contradicción en sus contenidos, o superpuestas en el tiempo, que han perdido vigencia⁽¹⁰⁶³⁾.
- ii) **La alteración gramatical de los términos y denominaciones** que han sido dejados de lado por las normas posteriores, sustituyéndolos por las nuevas. La acción debe suponer una necesidad impuesta por la corrección del lenguaje normativo, la homogeneización de términos empleados a lo largo de la ley. Por ejemplo, suelen ser alteradas las denominaciones de las normas de dependencias administrativas o normas legales a las cuales se hacía referencia en la ley base⁽¹⁰⁶⁴⁾.
- iii) **La reenumeración de los artículos de la ley base**, en función de las modificaciones introducidas posteriormente⁽¹⁰⁶⁵⁾. Ello resulta adecuado cuando las leyes modificatorias han incorporado artículos o incisos complementarios a la ley base, bajo la técnica de artículos 1B, 1C, 1D, o cuando adiciona artículos sin darles ubicación orgánica en el texto base. No obstante, la operación mencionada debe hacerse con particular detalle, para evitar que las normas legales que hicieren referencias a determinados artículos no pierdan el sentido de la remisión, tanto por mantener la anterior numeración como por una inapropiada reenumeración.
- iv) **La reordenación de los artículos de la norma base**, en función de los contenidos o estructuras de las modificaciones posteriores⁽¹⁰⁶⁶⁾.
- v) Una operación extrema que también ha sido autorizada en nuestra práctica, a título de texto único ordenado, ha sido la de **redistribuir el material normativo de la ley base**, una vez modificada por otras normas posteriores, en una sistemática diferente a la original. Así sucedió con el Decreto Legislativo N° 855 en materia laboral, cuya disposición transitoria contempló que “La Ley de Fomento del Empleo será separada en dos textos normativos denominados Ley de Formación Laboral y Ley de Productividad y Competitividad laboral. El Ministerio de Trabajo y Promoción Social queda facultado a distribuir y reordenar el articulado vigente, incorporando las modificaciones que introduce el presente dispositivo y modificar las remisiones a la Constitución de 1979, que deberán adecuarse a la Carta vigente, textos que serán aprobados por sendos decretos supremos”.

(1063) La práctica aconseja que los textos derogados o modificados no sean suprimidos sin más del texto, sino incluirlos con la nota correspondiente sobre la fecha de la pérdida de vigencia.

(1064) Por ejemplo, la Ley N° 27330 –que autorizó la aprobación del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado– previó que podría “(...) adecuando la nueva denominación de los títulos y capítulos de acuerdo a su naturaleza”.

(1065) Esta operación ha sido expresamente habilitada, por ejemplo, en algunas leyes autoritativas como el Decreto Ley N° 25869 que autorizó a “renumerar correlativamente los artículos de la ley”.

(1066) Esta operación fue autorizada expresamente por el legislador, en el caso de la anterior Ley de Protección frente a la Violencia Familiar, a través de la segunda disposición final de la Ley N° 26763.

Esta disposición facultativa habilitó al Poder Ejecutivo para realizar las operaciones de distribuir y reordenar el articulado vigente sobre esta ley en dos documentos legales, a partir de un solo texto legal base. La situación nos conduce a una paradoja de difícil resolución: ¿puede válidamente la técnica del texto único ordenado ser empleada para desdoblarse una norma única? Parecería ser una *contradictio in terminis*, que habiendo una ley base unitaria, a la cual se han realizado modificaciones expresas, mediante la actuación de la técnica de los textos únicos ordenados se pueda pasar de la unidad a la división de normas⁽¹⁰⁶⁷⁾.

- vi) **Corrección de antinomias** que surgen de los textos contradictorios, según el sentido de la norma legal posterior.
- vii) **Eliminación de disposiciones declaradas inconstitucionales** con carácter general por el Tribunal Constitucional.
- viii) **Reformar los enunciados normativos** para adecuarlos a las disposiciones de las llamadas leyes aclaratorias o interpretativas posteriores.

En todos estos casos, las operaciones realizadas deben fundamentarse en las siguientes premisas necesarias: a) constituir el efecto directo del cambio normativo producido por otra norma con rango de ley, posterior a la ley básica, b) ser una acción expresamente contemplada en la ley autoritativa del TUO; c) no alterar el sentido de las disposiciones legislativas, independientemente de la valoración subjetiva que estas puedan merecer para el Poder Ejecutivo; d) el cambio debe ser indispensable para mantener la unidad y ordenamiento del texto.

En ningún caso puede implicar la innovación del ordenamiento vigente. El autor de una consolidación no debe introducir una nueva regla con un nuevo enunciado normativo y no puede modificar el significado (la regla) expresa del enunciado aun cuando el texto sea el mismo.

Finalmente, debemos recordar que como operaciones habilitadas dentro de la elaboración de un texto único ordenado, no se encuentran aquellas que actúan sobre las normas, sino solo dentro y subordinadas a ellas. Estas operaciones son propias de la actuación de la función legislativa, y corresponderán ser actuadas por el legislador mismo o por el Poder Ejecutivo investido de potestad delegada, tal como sucede en otros ordenamientos con los textos refundidos (España) o textos únicos de coordinación (Italia) que se expresan en una institución mayor: los decretos legislativos.

(1067) Aunque refiriéndose a los textos refundidos, compartimos la opinión de SANTAMARÍA PASTOR para quien la finalidad de estos documentos solo se cumple verdaderamente mediante la aprobación y publicación de un solo texto unitario, "dada la finalidad institucional de estos de conseguir la unidad textual de regulación de una materia, que se vería subvertida si dicha regulación se dividiese en dos o más disposiciones independientes, sobre partes distintas de la materia a normar". SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Ob. cit., p. 676

Como ya podemos dejar entrever, existen por descarte una serie de operaciones que de realizarlas –bajo la autorización de ordenación– desnaturalizarían los límites naturales de la técnica. De realizarlas, el Poder Ejecutivo estaría invadiendo competencias legislativas que no le han sido autorizadas. Por ejemplo, tenemos las siguientes:

- Introducción de eventuales nuevas divisiones del texto legal base, que no deriven de las leyes posteriores modificadoras, sino de la mera conveniencia de expresión.
- La diferente colocación y numeración de los artículos consolidados, que no deriven de las leyes posteriores modificadoras.
- Fusión de disposiciones repetitivas o de valor normativo idéntico.
- Eliminación de ambigüedades del lenguaje.
- Dotar de homogeneidad de terminologías al texto, que no pueden ser superadas por el criterio de la ley posterior.
- Adecuación de disposiciones legales a las interpretaciones dadas por el Poder Judicial o Tribunal Constitucional –sin carácter vinculante– o por el propio Poder Ejecutivo.
- Introducir eventuales nuevas particiones de nivel superior al artículo (sección, capítulo, títulos, partes), según sea la complejidad y amplitud de la materia tratada.
- Eliminar disposiciones consideradas repetitivas o redundantes por tener igual valor normativo.
- Explicitar, donde corresponda, el significado de las siglas empleadas en las leyes.
- La eliminación de disposiciones anteriores que se consideren hubieran agotado su objeto⁽¹⁰⁶⁸⁾.

Los vicios más frecuentes en la formulación de textos únicos ordenados y su control

El ejercicio de la técnica de ordenación y unificación de normas legales por el Poder Ejecutivo no se encuentra exento de problemas y contrariedades. La mayoría de ellas se produce por la exacerbada intención legiferante del aparato administrativo orientada a introducir modificaciones al ordenamiento legal que debe aplicar, sin transitar por las vías regulares para su obtención: presentación de una iniciativa legislativa o solicitud de delegación de facultades.

(1068) Las normas que se consideran han perdido sus efectos (por ejemplo, normas transitorias) deben permanecer en el texto, por el efecto intemporal y además histórico que la norma puede tener para casos producidos durante su vigencia.

Tales desviaciones pueden presentarse en dos formas esenciales: las infracciones a los límites extrínsecos y las infracciones a los límites intrínsecos. Las primeras son infracciones al ordenamiento jurídico general como, por ejemplo, cuando el Poder Ejecutivo dicta un texto único ordenado sin contar con una norma autoritativa previa, o si lo dicta luego de expirado el plazo para su publicación. Las segundas, de contenido mucho más variado, se producen durante la operación misma de ordenación y unificación, transgrediendo la norma autoritativa.

Las infracciones a los límites intrínsecos se presentan cuando el texto unificado presenta contradicción con las normas legales vigentes (por ejemplo, si la norma incluida en el TUO pretende modificar alguna de las disposiciones a ordenar), es excesivo con las normas legales vigentes (por ejemplo, si incluye una norma reglamentaria no contenida en las normas a ordenar) o por defecto (por ejemplo, si omite normas de la ley base o de las leyes modificadoras que no han sido derogadas).

Obviamente el tratamiento a estos vicios es diferente. Para los casos de excesos materiales o por trasgresión a los límites extrínsecos, la sanción adecuada es la nulidad del acto. Siendo actuaciones administrativas contrarias a normas expresas, corresponde su descalificación del ordenamiento, sin más⁽¹⁰⁶⁹⁾.

Es conveniente anotar que estas acciones de la Administración contradictorias con la legislación previa no afectan la validez y vigencia de las normas legales incompatibles u omitidas y no otorgan mayor rango a las normas reglamentarias que pretendieron ser incorporadas en el TUO. Como bien establece VILLEGAS BASABILBASO⁽¹⁰⁷⁰⁾ al respecto:

“La eficacia jurídica de tal autorización no significa que el Poder Ejecutivo prive de validez jurídica a las normas que por error u omisión no figuren en el texto único, ni tampoco dar validez jurídica, cualquiera sea su contenido, a las que figuren en el mencionado texto, por cuanto puede haber incluido normas no sancionadas por el Poder Legislativo”.

Finalmente, el control sobre la actuación administrativa indebida en el ejercicio de los textos únicos ordenados se lleva a cabo en dos escenarios.

(1069) En doctrina se menciona la “degradación de rango” como un posible tratamiento a estos defectos. Según esta tesis, las normas excesivas contenidas en un TUO conservarían rango reglamentario y no estarían sujetas a nulidad directa. Por nuestra parte consideramos injustificado este tratamiento, pues implica una suerte de conservación del acto, cuando el defecto es trascendente y no meramente formal.

(1070) VILLEGAS BASABILBASO, Benjamín. Ob. cit., p. 281.

El Congreso, que habiendo autorizado la acción, corresponde enjuiciarla y, eventualmente, descalificar la acción mediante su derogatoria, y hacer efectiva la responsabilidad política de sus autores.

Por otro lado, el escenario natural que tenemos los ciudadanos para cuestionar jurídicamente una actuación indebida del Poder Ejecutivo en esta actividad es la vía judicial, a la cual se accede a través de la acción popular, contemplada en el artículo 200 inciso 5 de la Constitución Política del Estado y la Ley N° 24968. Pese a que en puridad no se trata de una actuación reglamentaria del Poder Ejecutivo⁽¹⁰⁷¹⁾, el Poder Judicial ha interpretado que esta vía es la competente para conocer de estas demandas, atendiendo más a la forma que al fondo, ya que son aprobadas por decreto supremo⁽¹⁰⁷²⁾.

(1071) Como se sabe, procede la acción popular ante el Poder Judicial por infracción de la Constitución o la ley, contra los reglamentos y normas administrativas y contra las resoluciones y decretos de carácter general que expiden el Poder Ejecutivo, los gobiernos regionales y locales y demás personas de Derecho Público.

(1072) La Corte Suprema afirmó la idoneidad de la vía de acción popular a través de su Ejecutoria recaída en el Exp. N° 1893-93-LIMA, del 30 de agosto de 1994, en el proceso seguido por la Asociación de Radio y Televisión del Perú contra el Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción, que declaró nulo un artículo del Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, aprobada por el D.S. N° 013-93-TCC.

Sétima

Elaboración de Guía para la elaboración de proyectos de normas reglamentarias

El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, en un plazo no mayor a 120 (ciento veinte) días hábiles de publicado el presente Decreto Legislativo, emite una Guía para la elaboración de proyectos de normas reglamentarias, de obligatorio cumplimiento para todas las entidades de la Administración Pública.

(Texto según la sección de las Disposiciones Complementarias Finales del Decreto Legislativo N° 1452)

**CONCORDANCIAS EXTERNAS**

- Ley N° 29158: Ley Órgánica del Poder Ejecutivo (art. 23.1, inc. b).
- 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.
- D.S. N° 008-2006-JUS: Reglamento de la Ley Marco para la Producción y Sistematización Legislativa.
- D.Leg. N° 1310: Medidas adicionales de simplificación administrativa (art. 2, Análisis de Calidad Regulatoria (ACR) de procedimientos administrativos).
- D.S. N° 075-2017-PCM: Reglamento para la aplicación del Análisis de Calidad Regulatoria de procedimientos administrativos establecido en el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1310.
- R.M. N° 196-2017-PCM: Manual para la Aplicación del Análisis de Calidad Regulatoria.
- R.D. N° 002-2018-JUS/DGDNCR: Guía de técnica legislativa para la elaboración de proyectos normativos de las entidades del Poder Ejecutivo (cuarta edición).

Comentario

La presente norma marca la pauta para que sea el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos el que asuma la directriz de la formulación de las normas de alcance general o reglamentos por parte de las autoridades administrativas. Recordemos que denominamos “procedimiento reglamentario” al referido a la secuencia de actos y etapas sucesivas para la aprobación de una norma obligatoria, general y abstracta vinculante para los administrados. Lamentablemente, nuestro ordenamiento no ha dispensado una secuencia ordenada y previsible para tal procedimiento, sujetándose a unas pocas y aisladas normas sobre la materia como, por ejemplo, las siguientes: i) la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, aprobada por Ley N° 29158 (art. 13); ii) el Reglamento que establece disposiciones relativas a la publicidad, publicación de proyectos normativos y difusión de normas legales de carácter general, aprobado mediante Decreto Supremo

Nº 001-2009-JUS, que exige la prepublicación del proyecto antes de aprobarlo, y iii) las normas sobre análisis de impacto regulatorio que se han venido aprobando en los últimos años. Indubitablemente, mediante esta disposición se asigna un rol al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, y es el de orientador sobre las demás autoridades administrativas con capacidad normativa, mas no de control previo para sus aprobaciones.

Octava

Adecuación del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General

El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, en un plazo no mayor a 60 (sesenta) días hábiles de publicado el presente Decreto Legislativo, incorpora las modificaciones contenidas en la presente norma al Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS.

(Texto según la sección de las Disposiciones Complementarias Finales del Decreto Legislativo N° 1452)

Novena

Fundamentación del silencio administrativo negativo

La obligación de fundamentar en una disposición sustantiva la calificación del silencio administrativo negativo en un procedimiento administrativo prevista en el numeral 34.1 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, resulta aplicable para las regulaciones que se aprueben a partir de la entrada en vigencia del presente Decreto Legislativo.

(Texto según la sección de las Disposiciones Complementarias Finales del Decreto Legislativo N° 1452)

Décima

Proceso de tránsito

Al 31 de diciembre del 2018 culmina la transferencia de la Presidencia del Consejo de Ministros a la entidad competente, del acervo documentario e instrumentos relacionados a la Metodología para la determinación de los derechos de tramitación de los procedimientos administrativos y servicios prestados en exclusividad.

(Texto según la sección de las Disposiciones Complementarias Finales del Decreto Legislativo N° 1452)

**DISPOSICIONES
COMPLEMENTARIAS TRANSITORIAS**

Primera

Regulación transitoria

1. *Los procedimientos administrativos iniciados antes de la entrada en vigor de la presente Ley, se registrarán por la normativa anterior hasta su conclusión.*
2. *No obstante, son aplicables a los procedimientos en trámite, las disposiciones de la presente Ley que reconozcan derechos o facultades a los administrados frente a la administración, así como su Título Preliminar.*
3. *Los procedimientos especiales iniciados durante el plazo de adecuación contemplado en la tercera disposición transitoria se registrarán por lo dispuesto en la normativa anterior que les sea de aplicación, hasta la aprobación de la modificación correspondiente, en cuyo caso los procedimientos iniciados con posterioridad a su entrada en vigor, se regularán por la citada normativa de adecuación.*

(Texto según la sección de las Disposiciones Complementarias Transitorias de la Ley N° 27444)

**CONCORDANCIA EXTERNA**

- D.Leg. N° 295: Código Civil (Título Preliminar, Art. III, aplicación de la ley en el tiempo).

Segunda

Plazo para la adecuación de procedimientos especiales

Reglamentariamente, en el plazo de seis meses a partir de la publicación de esta Ley, se llevará a efecto la adecuación de las normas de los entes reguladores de los distintos procedimientos administrativos, cualquiera que sea su rango, con el fin de lograr una integración de las normas generales supletoriamente aplicables.

(Texto según la sección de las Disposiciones Complementarias Transitorias de la Ley N° 27444)

**CONCORDANCIAS INTERNAS**

- T.P. Art. II.1: Contenido de la regulación de la ley.
- 4ª D.C. F.: Derogación genérica.
- 1ª D.T. num. 3: Aplicación ultraactiva de la ley anterior.

Tercera

Plazo para la aprobación del TUPA

Las entidades deberán aprobar su TUPA conforme a las normas de la presente Ley, en un plazo máximo de cuatro meses contados a partir de la vigencia de la misma.

(Texto según la sección de las Disposiciones Complementarias Transitorias de la Ley N° 27444)

**CONCORDANCIAS INTERNAS**

- Art. 32: Calificación de procedimientos administrativos.
- Art. 33: Régimen del procedimiento de aprobación automática.
- Art. 35: Procedimiento de evaluación previa con silencio positivo.
- Art. 38: Procedimiento de evaluación previa con silencio negativo.
- Art. 40: Legalidad del procedimiento.
- Art. 43: Contenido del TUPA.
- Art. 45: Consideraciones para estructurar el procedimiento.
- Art. 48: Documentación prohibida de solicitar.
- Art. 53: Derecho de tramitación.
- Art. 58: Régimen de entidades sin TUPA.

Cuarta

Régimen de fedatarios

Para efectos de lo dispuesto en el artículo 136 del presente Texto Único Ordenado, cada entidad podrá elaborar un reglamento interno en el cual se establecerá los requisitos, atribuciones y demás normas relacionadas con el desempeño de las funciones de fedatario.

(Texto según la sección de las Disposiciones Complementarias Transitorias de la Ley N° 27444)

**CONCORDANCIAS INTERNAS**

- Art. 49.1.1: Obligación de recepción de copias simples o autenticadas por fedatario.
- Art. 52.3: Validez plena del documento privado certificado por un fedatario.
- Art. 138: Régimen de fedatarios.

Quinta

Difusión de la presente Ley

Las entidades, bajo responsabilidad de su titular, deberán realizar acciones de difusión, información y capacitación del contenido y alcances de la presente Ley a favor de su personal y del público usuario. Dichas acciones podrán ejecutarse a través de Internet, impresos, charlas, afiches u otros medios que aseguren la adecuada difusión de la misma. El costo de las acciones de información, difusión y capacitación no deberá ser trasladado al público usuario.

Las entidades en un plazo no mayor a los 6 (seis) meses de publicada la presente Ley, deberán informar a la Presidencia del Consejo de Ministros sobre las acciones realizadas para el cumplimiento de lo dispuesto en el párrafo anterior.

(Texto según la sección de las Disposiciones Complementarias Transitorias de la Ley N° 27444)

Sexta

Las entidades tendrán un plazo de sesenta (60) días, contado desde la vigencia del presente Decreto Legislativo, para adecuar sus procedimientos especiales según lo previsto en el numeral 2 del artículo II del Título Preliminar del presente Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444.

(Texto según la sección de las Disposiciones Complementarias Transitorias del Decreto Legislativo N° 1272)

Sétima

En un plazo de ciento veinte (120) días, contado desde la vigencia del presente Decreto Legislativo, las entidades deben justificar ante la Presidencia del Consejo de Ministros los procedimientos que requieren la aplicación de silencio negativo, previsto en el artículo 38 del presente Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444.

(Texto según la sección de las Disposiciones Complementarias Transitorias del Decreto Legislativo N° 1272)

Octava

En un plazo de ciento veinte (120) días, contado desde la vigencia del presente Decreto Legislativo, las entidades deberán adecuar los costos de sus procedimientos administrativos y servicios prestados en exclusividad, de acuerdo a lo previsto en el numeral 53.6 del artículo 53 del presente Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444.

(Texto según la sección de las Disposiciones Complementarias Transitorias del Decreto Legislativo N° 1272)

Novena

Para la aplicación de la pérdida de efectividad y ejecutoriedad del acto administrativo prevista en el numeral 204.1.2 del artículo 204 del presente Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, se establece un plazo de seis (6) meses, contado desde la vigencia del presente Decreto Legislativo, para aquellos actos que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto legislativo hayan transcurrido más de dos (2) años de haber adquirido firmeza.

(Texto según la sección de las Disposiciones Complementarias Transitorias del Decreto Legislativo N° 1272)

Décima

Para la aplicación de la caducidad prevista en el artículo 259 del presente Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, se establece un plazo de un (1) año, contado desde la vigencia del Decreto Legislativo N° 1272, para aquellos procedimientos sancionadores que a la fecha se encuentran en trámite.

(Texto según la sección de las Disposiciones Complementarias Transitorias del Decreto Legislativo N° 1272)

**Décimo
Primera**

En un plazo de sesenta (60) días hábiles, contados desde la vigencia del presente Decreto Legislativo, se aprobará el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, por Decreto Supremo refrendado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

(Texto según la sección de las Disposiciones Complementarias Transitorias del Decreto Legislativo N° 1272)

**Décimo
Segunda**

Los documentos prohibidos de solicitar a los administrados o usuarios a los que hace referencia el artículo 5 del Decreto Legislativo 1246, Decreto Legislativo que aprueba diversas medidas de simplificación administrativa, y aquellos que se determinen mediante Decreto Supremo, conforme a lo establecido en el numeral 5.3 del referido artículo, son difundidos a través del Portal del Estado Peruano (<http://www.peru.gob.pe/>) y del Portal de Servicios al Ciudadano y Empresas (<http://www.serviciosalciudadano.gob.pe/>).

(Texto según la sección de las Disposiciones Complementarias Transitorias del Decreto Legislativo N° 1272)

Décimo
Tercera

Casillas electrónicas o sistemas informáticos existentes o en proceso de implementación

Lo dispuesto para la notificación en casillas electrónicas o sistemas informáticos existentes o en proceso de implementación a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto legislativo continúan operando, y en lo que resulte compatible a su funcionamiento, se adecuan a lo dispuesto por el Decreto Supremo de la Presidencia del Consejo de Ministros que apruebe los criterios, condiciones, mecanismos y plazos para la implementación gradual en las entidades públicas de la casilla única electrónica.

Asimismo, lo previsto en el quinto párrafo del numeral 20.4 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, no resulta aplicable para las casillas electrónicas cuya obligatoriedad fue establecida con anterioridad al presente decreto legislativo.

(Texto según la Única Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo N° 1452)

Comentario

Esta disposición contiene una explícita excepción a las reglas comunes exigidas por el artículo 20.4. del TUO de la LPAG para el empleo de las casillas electrónicas por parte de las entidades estatales, en favor de un número indeterminable de entidades singulares.

Concretamente, aquellas casillas electrónicas o sistemas informáticos existentes o en proceso de implementación (nótese lo indeterminado y poco probable de este término) a la fecha de entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1452 continúan operando bajo sus propias reglas, sin serle aplicables las normas del artículo 20.4 del TUO de la LPAG para las demás entidades públicas. Esta situación crea un privilegio para algunas entidades e incluso se proyecta en el futuro porque aun cuando se dicte un decreto supremo de la Presidencia del Consejo de Ministros que contenga criterios, condiciones, mecanismos y plazos para la implementación gradual en las entidades públicas de la casilla única electrónica, a ellas les serán aplicables estas normas “en lo que resulte compatible a su funcionamiento”.

Esta disposición complementaria transitoria resulta explicada en la Exposición de Motivos, afirmándose que “(...) considerando que en la actualidad algunas entidades públicas cuentan o vienen implementando plataformas tecnológicas o sistemas informáticos para notificar a determinados administrados, se incluye en la única disposición complementaria transitoria del presente decreto legislativo [Decreto Legislativo N° 1452] una disposición que reconoce esta situación convalidando que los actos administrativos notificados bajo las

citadas plataformas o sistemas conserven su eficacia de acuerdo al marco legal específico que los regula”. Lo curioso es que la fórmula legislativa empleada va más allá de la simple convalidación de lo ya realizado, sino que dispone que continúen operando bajo sus propias reglas especiales (sin alinearse con el régimen común aprobado), lo cual se patentiza más cuando el mismo texto normativo indica que “lo previsto en el quinto párrafo del numeral 20.4 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, no resulta aplicable para las casillas electrónicas cuya obligatoriedad fue establecida con anterioridad al presente decreto legislativo”.

**DISPOSICIONES
COMPLEMENTARIAS DEROGATORIAS**

Primera

Derogación genérica

Esta Ley es de orden público y deroga todas las disposiciones legales o administrativas, de igual o inferior rango, que se le opongan o contradigan, regulando procedimientos administrativos de índole general, aquellos cuya especialidad no resulte justificada por la materia que rijan, así como por absorción aquellas disposiciones que presentan idéntico contenido que algún precepto de esta Ley.

(Texto según la sección de las Disposiciones Complementarias y Finales de la Ley N° 27444)

 **Comentario**

Esta disposición normativa se encuentra conforme con la doctrina que nos informa respecto al eventual conflicto entre una nueva norma general y normas especiales preexistentes, que "(...) si la regla reciente que es general y la más antigua es especial, se puede raciocinar de dos maneras: o bien se considera la regla nueva como suprimiendo todo lo que le es contrario; o bien se sobreentiende la fórmula —frecuentemente expresada— ‘bajo reserva de las excepciones ya consagradas’; *generalia specialibus non derogant*. Entre estas dos interpretaciones opuestas es el estudio de las dos leyes que deberá inspirar la respuesta: el fin perseguido por el legislador cuando ha dictado la ley nueva suministra la clave”⁽¹⁰⁷³⁾.

El fin derogatorio explícito que el legislador ha perseguido con esta norma general y común para la tramitación de los procedimientos en la Administración Pública, resulta de aplicación en tres hipótesis diferentes de contradicciones u oposiciones a alguna de las disposiciones de la LPAG:

- a. Derogación de disposiciones legales y/o administrativas de procedimientos comunes con especialidades de tramitación cuyo contenido es contradicho por las disposiciones de la nueva ley. En este caso se trata de procedimientos administrativos dentro de los linderos de la antigua LNGPA, cuyas reglas sobrevienen en opuestas a las disposiciones de la LPAG, y que probablemente no eran ilegales bajo el marco anterior.

Un ejemplo de esta derogatoria lo podemos identificar en todas aquellas disposiciones legales o administrativas que para obtener una licencia o autorización requerían documentos originales, certificaciones originales, traducciones oficiales, que como sabemos contravienen las previsiones contenidas

(1073) DU PASQUIER, Claude. *Introducción al Derecho*. Traducción de Julio Ayasta Gonzáles, 4ª edición, EDINAF, Lima, 1990, pp. 102 y 103. En el mismo sentido, se pronuncia CÁRDENAS QUIROZ, Carlos. "Límite temporal de las normas jurídicas: cesación de su vigencia". En: *Tratado de Derecho Civil*, Tomo I. Título Preliminar, Universidad de Lima, 1990, p. 33.

en el artículo 41 de la LPAG (hoy art. 49 del TUO de la LPAG). En este caso, todas estas disposiciones se encuentran derogadas por virtud de la clara vigencia de la LPAG⁽¹⁰⁷⁴⁾.

- b. Derogación de disposiciones legales y/o administrativas de procedimientos administrativos especiales cuya regla o institución diferenciada no encuentre justificación en la esencia de la materia especial que se trate, sino que configuraba una dispersión inmotivada técnicamente. Un ejemplo de derogatoria de norma especial, por imperio de las normas generales, lo encontramos en el derogado artículo 161 de la Ley General de Minería, que establecía que la autoridad de minería debía efectuar las notificaciones por correo certificado, salvo los casos en que el interesado las hubiere recabado directamente, y que los términos comenzaban a correr, *ope legis*, e independientemente de su recepción o no, a partir del sexto día después de la fecha de la expedición de la notificación por la vía postal.

Como se puede apreciar, tal régimen singular no obedecía a la singularidad de la materia minera, sino a un privilegio de la autoridad administrativa que devenía en incompatible con el régimen garantista que la LPAG establece en sus artículos 21 y 25, tanto sobre el deber de la autoridad de asegurar la notificación personal de oficio, la prelación de los modos de notificación de los actos públicos y, que en caso se emplee correo, su vigencia es a partir de cuando se afirme la constancia de la recepción.

- c. Derogación de disposiciones legales o administrativas contenidas en procedimientos administrativos (especiales o no) cuyo contenido haya sido asumido por la nueva ley. En este caso, se trata de un supuesto particular de derogación no por contradicción sino por absorción de norma, es decir, que la regla de Derecho desaparece de las normas especiales que lo contenían, por haber sido incorporada como norma común para todos los procedimientos de la Administración Pública. Con esta regla de técnica jurídica se busca simplificar los procedimientos diferenciados, concentrar las reglas en esta norma general y común, a la vez que evitar las reiteraciones confusas, tales como aquellas normas consignadas en casi todos los reglamentos administrativos por los cuales se repiten los requisitos del acto jurídico, las causales de nulidad de resoluciones, la naturaleza de los recursos comunes, el cómputo de los plazos por días hábiles, etc.

(1074) Es importante resaltar que el numeral 41.3 del artículo 41 de la LPAG (hoy num. 49.3 del artículo 49 del TUO de la LPAG) dispone que las normas de documentos sucedáneos en esta materia tienen vigencia aunque alguna norma expresa disponga la presentación de documentos originales.

1. Efecto supletorio sobre procedimientos especiales justificados

Cuando la existencia del procedimiento especial encuentre suficiencia con las reglas previstas en esta norma para su justificado mantenimiento, entonces encontraremos que el supuesto de aplicación de las normas generales admite dos posibilidades.

La primera posibilidad es que no se adviertan lagunas en el régimen procedimental, en cuyo caso queda excluida la aplicación supletoria de las normas de la LPAG⁽¹⁰⁷⁵⁾. En todo caso, la naturaleza de norma común y general de la LPAG invitará a hacer una interpretación de todas las disposiciones de los procedimientos especiales, desde la Ley N° 27444, y no en función del régimen legal vigente al momento de su dación⁽¹⁰⁷⁶⁾.

La otra posibilidad se da cuando el ordenamiento subsistente no ha previsto una o algunas de las etapas, figuras, o reglas procedimentales, en cuyo caso opera la supletoriedad activa dispuesta por el artículo II del Título Preliminar⁽¹⁰⁷⁷⁾ y la tercera disposición complementaria y final⁽¹⁰⁷⁸⁾ del TUO de la LPAG.

Cabe referir que la aplicación supletoria es *ope legis*, en virtud de esta norma misma, sin que para que opere sea necesaria la mención expresa de esta relación en la regulación del procedimiento especial de esta supletoriedad.

2. Efecto sucesorio de la Ley N° 27444 respecto a normas derogadas citadas en procedimientos especiales

Uno de los efectos más sutiles, pero no por ello menos importante es que las referencias contenidas en las normas vigentes de los procedimientos

(1075) Por lo amplio del contenido normativo de esta ley, y por la novedad regulatoria de muchos temas, esta posibilidad resulta de casi imposible concreción.

(1076) A este efecto se refería el texto original de la tercera disposición final del proyecto presentado por el Poder Ejecutivo, en los siguientes términos: "Se mantienen vigentes, pero complementarios y subordinados a esta, las leyes, reglamentos y otras normas de procedimientos existentes por su especialidad que no contradigan o se opongan a lo dispuesto en la presente ley". Lamentablemente, el Congreso retiró este articulado por considerarlo obvio.

(1077) TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General

Título Preliminar

Artículo II.- Contenido

1. La presente Ley contiene normas comunes para las actuaciones de la función administrativa del Estado y, regula todos los procedimientos administrativos desarrollados en las entidades, incluyendo los procedimientos especiales.

2. Las leyes que crean y regulan los procedimientos especiales no podrán imponer condiciones menos favorables a los administrados que las previstas en la presente Ley.

3. Las autoridades administrativas, al reglamentar los procedimientos especiales, cumplirán con seguir los principios administrativos, así como los derechos y deberes de los sujetos del procedimiento, establecidos en la presente Ley.

(1078) TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General

Tercera disposición complementaria y final.- Integración de procedimientos especiales

La presente ley es supletoria a las leyes, reglamentos y otras normas de procedimientos existentes en cuanto no la contradigan o se opongan, en cuyo caso prevalecen las disposiciones especiales.

especiales respecto a las disposiciones derogadas expresamente por la LPAG deben entenderse a partir de su vigencia, y en virtud de su supletoriedad vinculante, referidas a las disposiciones de esta nueva ley, que regulan la misma materia que aquellas.

Puesto que la LPAG cumple la misma función que las derogadas y es supletoria a todo el ordenamiento administrativo específico, carecería de lógica jurídica afirmar que aquellas normas preexistentes que hacen referencia a alguna de las normas del TUO de la LNGPA, o a la Ley de Simplificación Administrativa, quedarían con su derogatoria como remisiones al vacío.

Segunda

Derogación expresa

Particularmente quedan derogadas expresamente a partir de la vigencia de la presente Ley, las siguientes normas:

1. *El Decreto Supremo N° 006-67-SC, la Ley N° 26111, el Texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, aprobado por Decreto Supremo N° 002-94-JUS y sus normas modificatorias, complementarias, sustitutorias y reglamentarias;*
2. *Ley N° 25035, denominada Ley de Simplificación Administrativa, y sus normas modificatorias, complementarias, sustitutorias y reglamentarias;*
3. *Título IV del Decreto Legislativo N° 757, denominado Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, y sus normas modificatorias, complementarias, sustitutorias y reglamentarias;*
4. *Sexta Disposición Complementaria y Transitoria de la Ley N° 26979, denominada Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva.*

(Texto según la sección de las Disposiciones Complementarias y Finales de la Ley N° 27444)

Tercera

A partir de la vigencia de la presente Ley, quedan derogadas expresamente las siguientes normas:

- 1) *La Ley N° 29060, Ley del Silencio Administrativo.*
- 2) *Los artículos 210 y 240 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.*
- 3) *El artículo 279 del Capítulo XIX del Título Décimo Primero de la Ley General de Minería, aprobado por el Decreto Legislativo N° 109, recogido en el artículo 161 del Capítulo XVII del Título Décimo Segundo del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, aprobado por el Decreto Supremo N° 014-92-EM, siendo de aplicación las disposiciones de la presente Ley.*

(Texto según la Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo N° 1272)

Comentario

Estas disposiciones complementarias derogatorias se refieren a la derogación en bloque de los cuerpos normativos positivos que precedieron a la LPAG para regular el procedimiento administrativo peruano. Nótese que la derogación no solo comprende las leyes principales, sino a toda su organización normativa, reglamentos, modificatorias, sustitutorias y reglamentaciones de cualquier tipo que se hubiesen dictado para su diseño y aplicación adecuados.

Cabe tener presente que la derogación de las normas mencionadas no implica su pérdida inmediata de toda eficacia, dado que para resolver los casos surgidos con anterioridad a su derogación, en virtud del principio de irretroactividad, seguirán realizándose conforme a ellas, según lo prevé la primera disposición complementaria transitoria de la LPAG.

La derogación mencionada no alcanza a otras fuentes jurídicas distintas a la positiva como, por ejemplo, los precedentes judiciales que interpreten el sentido de instituciones o figuras administrativas. Solo aquellas que sean contrarias a algún nuevo contenido de la LPAG, se deberán entender privadas de su aplicabilidad.

ANEXOS

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 1246

I. ANTECEDENTES

Conforme al marco normativo vigente, los procedimientos administrativos se rigen, entre otros, por los principios de razonabilidad, que determinan que las decisiones de la autoridad administrativa que crean obligaciones, califican infracciones, imponen sanciones, o establecen restricciones a los administrados, deben adoptarse dentro de los límites de las facultades establecidas por el ordenamiento jurídico, manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que debe tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para el cumplimiento de su objetivo.

En esa línea, se debe procurar que los procedimientos administrativos sean eficaces, es decir, que logren el cumplimiento oportuno de los objetivos y metas de la Administración Pública, y a la vez resulten eficientes mediante la optimización de los recursos disponibles, procurando innovación y mejoramiento continuo. Todo ello, por supuesto, maximizando la atención y servicio al ciudadano, que es una de las finalidades prioritarias del Estado.

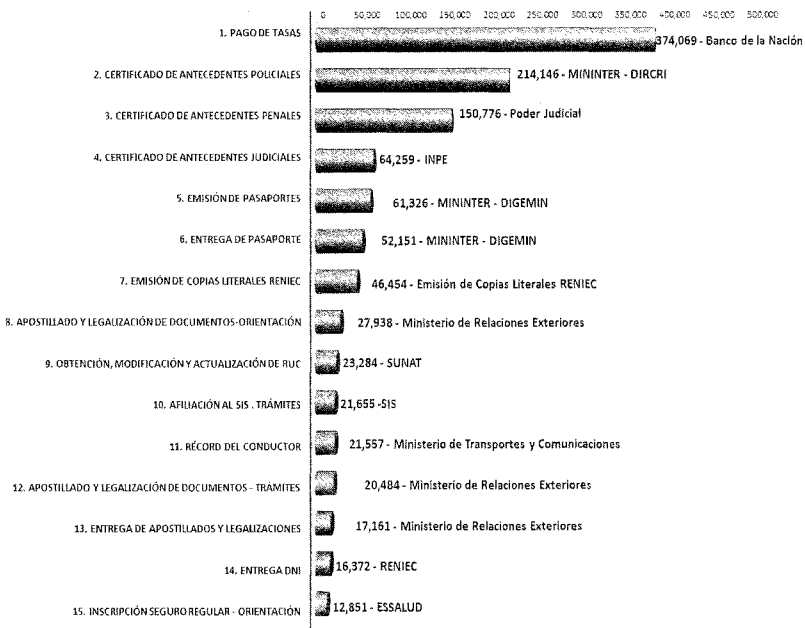
En función de ello, es deber del Estado en su conjunto promover e institucionalizar la simplificación en los procedimientos administrativos, a fin de eliminar o reducir los requisitos, exigencias, trámites, plazos, etapas, costos, que resulten innecesarios. Además de dotar a los procedimientos administrativos de una mayor racionalidad, proporcionalidad celeridad y predictibilidad, la simplificación administrativa contribuye a garantizar el debido proceso, evitando actuaciones o formalismos que lo afecten.

En consecuencia, es necesario proponer medidas que se inscriban dentro de uno de los más importantes ejes de la política general de gobierno: acercar el Estado al ciudadano. Y los ciudadanos se vinculan con el Estado a través de los trámites. Como se puede apreciar en las estadísticas de del Centro de Atención al Ciudadano (MAC) de Lima Note, más de un millón de personas acudió a ese punto de atención durante el año 2015 para pagar tasas y realizar toda clase de trámites (ver gráfico N° 1).

Debe resaltarse que los esfuerzos que se hagan por simplificar los procedimientos administrativos son acordes con los objetivos de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos - OCDE, cuya misión es promover políticas que mejoren el bienestar económico y social de las personas, lo cual cobra mayor relevancia al considerar que el 8 de diciembre de 2014 el Gobierno del Perú y la OCDE suscribieron un Acuerdo de Cooperación y un Memorándum de Entendimiento con los que formaliza el marco para el desarrollo de las relaciones entre ambas partes y establece un Programa País para el Perú.

Dicho Memorándum de Entendimiento contempló la realización de estudios para fortalecer la capacidad institucional del Estado. Este estudio recomienda al Gobierno formas de enfrentar diversos retos e identifica áreas prioritarias de acción para fortalecer la calidad y la eficacia de las instituciones públicas con el fin de mejorar sus resultados. Asimismo, resalta la necesidad de modernizar la gestión pública, sobre todo la mejora

Gráfico N° 1



de la calidad de los servicios y políticas públicas, abordando elementos indispensables para dar sostenibilidad y asegurar un desarrollo económico inclusivo así como para promover la competitividad, la innovación y la diversificación productiva.

Por tanto, debe considerarse que establecer medidas con el objeto de simplificar y optimizar los procedimientos en la Administración Pública permitirá implementar a su vez los lineamientos de la OCDE, al permitir identificar mejor las fortalezas, debilidades y retos a fin de afrontar el proceso de modernización del Estado, lo que contribuye a intensificar la relación de cooperación con la OCDE.

En función de lo expuesto, a fin de procurar el cumplimiento de los principios comentados, mediante el literal h) del numeral 1 del artículo 2 de la Ley N° 30506, Ley que delega en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia de reactivación económica y formalización, seguridad ciudadana, lucha contra la corrupción, agua y saneamiento y reorganización de Petroperú S.A., se facultó al Poder Ejecutivo para, entre otros, legislar en **materia de reactivación económica y formalización a fin de** "Modificar el marco normativo del procedimiento administrativo general con el objeto de simplificar, optimizar y eliminar procedimientos administrativos, priorizar y fortalecer las acciones de fiscalización posterior y sanción, incluyendo la capacidad operativa para llevarlas a cabo; emitir normas que regulen o faciliten el desarrollo de actividades económicas, comerciales y prestación de servicios sociales en los tres niveles de gobierno, incluyendo simplificación administrativa de los procedimientos relativos al patrimonio cultural; dictar normas generales y específicas para la estandarización de procedimientos administrativos comunes en la administración pública con la finalidad hacer predecibles sus requisitos y plazos; aprobar medidas que permitan la eliminación

de barreras burocráticas en los tres niveles de gobierno; autorizar la transferencia de programas de gobierno mediante decreto supremo; y dictar medidas para la optimización de servicios en las entidades públicas del Estado, coadyuvando al fortalecimiento institucional y la calidad en el servicio al ciudadano”.

Entre los objetivos que se espera alcanzar mediante la delegación de facultades en materia de simplificación y optimización administrativa están la incorporación y modificación de las disposiciones generales que permitan la eliminación de requisitos y trámites innecesarios, particularmente cuando puedan ser verificados por la entidad por otros medios o que correspondan a información de otras instituciones públicas, las cuales serán aplicables a todas las entidades de la Administración Pública comprendidas en el artículo I del Título Preliminar de la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General.

Para ello, se proponen las medidas que se explican a continuación, las que permitirán introducir disposiciones que sirvan a la protección del interés del ciudadano en función a la simplificación, eficacia, eficiencia, celeridad y equidad en los procedimientos administrativos, garantizando así los derechos e intereses de los administrados, con sujeción al ordenamiento constitucional y legal.

La explicación de las medidas propuestas se organiza en cinco rubros: i) Implementación de la interoperabilidad en la Administración Pública, ii) Prohibición de exigencias de información y de documentos a los administrados, iii) Otras facilidades; iv) Disposiciones sectoriales y v) Responsabilidad del funcionario.

II. PROPUESTAS

Se propone medidas de aplicación general a todas las entidades de la Administración Pública comprendidas en el artículo I del Título Preliminar de la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General. Esto significa que las medidas comprenden los tres niveles de gobierno.

1. IMPLEMENTACIÓN DE LA INTEROPERABILIDAD EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

a) Interoperabilidad entre entidades de la Administración Pública

En cumplimiento de los principios de celeridad, eficiencia y eficacia, con el fin optimizar la utilización de los recursos disponibles, procurando la innovación y el mejoramiento continuo de los servicios que brinda la Administración Pública, a través de la interoperabilidad, realicen lo siguiente:

- i) se interconecten,
- ii) pongan a disposición,
- iii) permitan el acceso, o
- iv) suministren la información o bases de datos actualizadas que administren, recaben, sistematicen, creen o posean respecto de los usuarios o administrados, que las demás entidades requieran necesariamente y de acuerdo a ley, para la tramitación de sus procedimientos administrativos y para sus actos de administración interna.

Dado que la finalidad es conseguir un óptimo aprovechamiento de los recursos disponibles, se dispone que las actuaciones mencionadas se realizan de manera gratuita.

Asimismo, con el objeto de garantizar el derecho *fundamental* a la protección de los datos personales, previsto en el artículo 2 numeral 6 de la Constitución Política del Perú que establece que toda persona tiene derecho “a que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar”, se dispone además que, en los casos en que la información o datos objeto de las actuaciones mencionadas se encuentren protegidos bajo la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales, las entidades de la Administración Pública deben obtener previamente la autorización expresa e indubitable del usuario o administrado para acceder a dicha información o datos.

b) Progresividad de interoperabilidad entre entidades de la Administración Pública en beneficio del ciudadano

A fin de implementar progresivamente la interoperabilidad entre entidades públicas para evitar afectar el normal y continuo funcionamiento del aparato estatal, se prevé que esta se inicia en las entidades del Poder Ejecutivo. En el plazo de 60 días, dichas entidades deben culminar las acciones para obtener directa y gratuitamente la siguiente información o documentación:

- Identificación y estado civil;
- Antecedentes penales;
- Antecedentes judiciales;
- Antecedentes policiales;
- Grados y títulos;
- Vigencia de poderes y designación de representantes legales;
- Titularidad o dominio sobre bienes registrados.

A fin de que esta medida en beneficio del ciudadano se aplique de inmediato se dispone que, en tanto se implemente la interoperabilidad, la información y documentos mencionados podrán ser sustituidos, a opción del administrado o usuario, por declaración jurada, conforme a lo establecido en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, lo cual resulta acorde a los principios de simplicidad y eficacia consagrados en la normatividad vigente y conforme se señaló en los Antecedentes.

En relación a la aplicación de estas medidas a las demás entidades de la Administración Pública, se establece que se hará en los plazos que se determinen mediante Decreto Supremo, refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros, con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros.

Asimismo, por Decreto Supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el sector competente se ampliará la información y documentos comprendidos en los alcances de los numerales 3.2. y 3.3. del artículo 3 del Decreto Legislativo.

Adicionalmente, se dispone que las entidades de la Administración Pública deben utilizar la Plataforma de Interoperabilidad del Estado administrada por la Presidencia del Consejo de Ministros a través de la Oficina Nacional de Gobierno Electrónico e Informática - ONGEI.

2. PROHIBICIÓN DE EXIGENCIAS A LOS ADMINISTRADOS

En el mismo sentido, se establece que para el inicio, prosecución o conclusión de un procedimiento, las entidades quedan prohibidas de solicitar a los administrados la presentación de diversos documentos que resultan innecesarios, redundantes o a los que la entidad pública pueda acceder directamente.

a) Prohibición de la exigencia de información obtenida por interoperabilidad

Como consecuencia de la interoperabilidad, se dispone que las entidades de la Administración Pública están prohibidas de exigir a los administrados o usuarios la información que puedan obtener directamente mediante la interoperabilidad a que se refieren los artículos 2 y 3 del presente Decreto Legislativo.

Dicha disposición no solo garantiza el uso eficiente de los recursos con los que cuenta la Administración Pública, sino que permite al ciudadano liberarse de la obligación de apersonarse y pagar costos innecesarios.

b) Prohibición de la exigencia de documentación

Se establece que las entidades de la Administración Pública están prohibidas de exigir a los administrados o usuarios, en el marco de un procedimiento o trámite administrativo, los siguientes documentos:

- i) Copia del Documento Nacional de Identidad.
- ii) Copia de Partida de Nacimiento o de Bautizo cuando se presente el Documento Nacional de Identidad, excepto en los procedimientos donde resulte esencial acreditar la filiación y esta no puede ser acreditada fehacientemente por otro medio.
- iii) Copia de Partida de Nacimiento o Certificado de Defunción emitidas en fecha reciente o dentro de un periodo máximo.
- iv) Legalización notarial de firmas, salvo que se exija por ley expresa.
- v) Copia de la ficha RUC o certificado de información registrada de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria - SUNAT.
- vi) Certificados o constancias de habilitación profesional o similares expedidos por los Colegios Profesionales, cuando dicha calidad pueda ser verificada a través de su portal institucional.
- vii) Cualquier otro requisito que acredite o proporcione información que conste en registros de libre acceso a través de internet u otro medio de comunicación pública.

Previendo los casos de entidades públicas ubicadas en localidades que no cuentan con cobertura de acceso de internet, se dispone que los acápite v), vi) y vii) mencionados anteriormente no les resultan aplicables, lo cual es acorde con el principio de informalismo consagrado en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, que dispone que “Las normas de procedimiento deben ser interpretadas en forma favorable a la admisión y decisión final de las pretensiones de los administrados, de modo que sus derechos e intereses no sean afectados por la exigencia de aspectos formales que puedan ser subsanados dentro del procedimiento, siempre que dicha excusa no afecte derechos de terceros o el interés público”.

c) Prohibición de la exigencia de certificados

Tal como se mencionó anteriormente, en cumplimiento de los principios de simplicidad y de eficacia, con el objetivo que el procedimiento administrativo no privilegie las formalidades no esenciales sobre la finalidad pública, se dispone la prohibición de exigencia de dos tipos de certificados que son frecuentemente solicitados a los ciudadanos.

c.1) Certificado de supervivencia u otras constancias de sobrevivencia

Se elimina la exigencia del certificado de supervivencia u otras constancias de sobrevivencia en todos los procedimientos o trámites relacionados a las pensiones bajo cualquier régimen y otras prestaciones económicas de similar naturaleza a cargo del Estado, así como para el pago periódico de estas.

Por tanto, se dispone que la verificación o constatación de la supervivencia de las personas será realizada mediante el cruce de la información de su listado de pensionistas o beneficiarios con el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil - RENIEC.

Esta disposición beneficiará a los miles de pensionistas que actualmente se encuentran obligados a presentar periódicamente pruebas de su existencia para continuar percibiendo el pago de sus pensiones. Ello, a pesar de que son las entidades correspondientes las que deberían obtener esa información, ya sea a través de la base de datos de RENIEC o de sus propios sistemas de verificación, además de la declaración jurada a que se refiere la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

c.2) Certificado de mudanza domiciliaria u otras constancias de similar naturaleza

Se prohíbe exigir el certificado de mudanza domiciliaria u otras constancias de similar naturaleza. Para el transporte de bienes muebles y enseres en mudanza, se establece que solo será exigible al transportista una declaración jurada suscrita por el usuario del servicio que indique los puntos de partida y destino y la relación de bienes a trasladar.

3. OTRAS FACILIDADES

a) Facilidades para efectuar el pago de derechos administrativos

Con la intención de facilitar el pago de los derechos y tasas de tramitación de los procedimientos administrativos es necesario establecer medidas que permitan a los administrados realizarlo de manera rápida y en el menor tiempo posible, ya sea en los locales de las instituciones financieras, o a través de las plataformas digitales de estas, o en las propias entidades públicas.

Se dispone también que el Banco de la Nación implemente el pago en línea de todos los procedimientos administrativos y tasas que recauda.

Del mismo modo, por ser un tema de competencia del Sistema Nacional de Tesorería, en concordancia con la Ley N° 28112, Ley Marco de la Administración Financiera del Sector Público y el Texto Único Ordenado de la Ley N° 28693, Ley General del Sistema Nacional de Tesorería, aprobado por el Decreto Supremo N° 035-2012-EF, se dispone que el Ministerio de Economía y Finanzas, a través de la Dirección General de Endeudamiento y Tesoro Público, establezca la normatividad complementaria necesaria para su adecuada implementación.

b) Emisión gratuita de la primera copia certificada de una denuncia policial

Considerando la necesidad de que el Estado otorgue las mayores facilidades al ciudadano, especialmente cuando este se encuentre en un situación excepcional, como haber sido víctima de un accidente o delito, se establece que la primera copia certificada de una denuncia policial es gratuita en todos los casos, y que debe ser emitida y entregada al denunciante de manera inmediata, una vez realizada la denuncia correspondiente, dejándose constancia de la entrega.

Debe resaltarse que la medida propuesta es acorde a los principios de equidad e inclusión consagrados en la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, que establece que el Poder Ejecutivo afirma los derechos fundamentales de las personas y el ejercicio de sus responsabilidades, procurando la equidad, con lo que se garantiza que las entidades públicas del Poder Ejecutivo deban promover la igualdad de todas las personas en el acceso a las oportunidades y beneficios que se derivan de la prestación de servicios públicos y de la actividad pública en general.

c) Documento Nacional de Identidad

En concordancia con el principio de simplicidad y de razonabilidad, que procura que las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones o establezcan restricciones a los administradores, entre otros, deben mantener la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, se dispone que el vencimiento de la fecha de vigencia del Documento Nacional de Identidad no lo invalida como documento de identificación, y, en consecuencia, no constituye impedimento para la participación del ciudadano en actos civiles, comerciales, administrativos, notariales, registrales, judiciales, policiales y, en general, para todos aquellos casos en que deba ser presentado para acreditar su identidad. Ello sin perjuicio de la obligación de proceder a su posterior renovación, conforme a las normas de la materia.

d) Declaración Jurada en la Ley de Tributación Municipal

Se establece que la declaración jurada a que hacen referencia los literales b) de los artículos 14 y 34 del Texto Único Ordenado de la Ley de Tributación Municipal, aprobado por Decreto Supremo N° 156-2004-EF, la presenta únicamente el adquirente bajo cualquier título.

En función de ello, se dispone que en virtud de la declaración jurada del adquirente, sustentada con el documento que acredite la propiedad, tanto de predios como de vehículos, la Municipalidad respectiva procederá al descargo automático del anterior propietario como titular del bien transferido.

Como se aprecia, esta medida garantiza el cumplimiento de los principios de simplicidad y de celeridad, garantizando que el procedimiento administrativo cumpla su objetivo evitando duplicidad de actuaciones innecesarias.

4. DISPOSICIONES SECTORIALES**a) Supervisión de las promociones comerciales**

Es conveniente modificar el numeral 5 del artículo 6 del Decreto Legislativo N° 1140, que crea la Oficina Nacional de Gobierno Interior, a fin de excluir de sus funciones lo relacionado con la realización de promociones comerciales, en la medida en que actualmente el INDECOPI, a través de la legislación que sanciona los actos

de competencia desleal (Decreto Legislativo N° 1044) como las normas de protección al consumidor (Ley N° 29571), cuenta con las facultades suficientes para realizar estas funciones.

Otro fundamento de esta modificación se encuentra el principio de privilegio de controles posteriores contenido en el Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General. Existe el marco legal suficiente que permite al INDECOPI realizar una labor de control posterior de estas actividades.

b) Simplificación del trámite de Certificado de Discapacidad

Se propone simplificar el procedimiento para la obtención del Certificado de Discapacidad en tres aspectos. En primer lugar, se amplía a que todo tipo de establecimiento de salud pública y privada a nivel nacional pueda otorgarlos, y que estará a cargo de médicos certificadores; actualmente, solo pueden ser emitidos por los hospitales del Ministerio de Salud, Defensa, Interior y EsSalud.

En segundo lugar, una modificación muy importante se refiere a que la certificación es otorgada de inmediato cuando la discapacidad es evidente o congénita.

En tercer lugar, se dispone que las “Brigadas Itinerantes Calificadoras de Discapacidad” deben atender la demanda, a nivel nacional y de manera gratuita, de las personas que no pueden acudir a los establecimientos de salud.

Estas medidas tendrán impacto en una reducción significativa de los plazos de tramitación para obtener los certificados.

c) Simplificación administrativa en materia laboral

La legislación laboral establece que las entidades empleadoras tienen que cumplir con determinados trámites administrativos para formalizar la contratación de personal contratado bajo modalidad, modalidades formativas, o con contrato de extranjero.

c.1. Derogación del primer párrafo y modificación del segundo párrafo del artículo 73, del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral

A fin de reducir trámites administrativos y costos a los usuarios, se elimina la obligación de presentar ante la Autoridad Administrativa de Trabajo los contratos de trabajo sujetos a modalidad. Ello no afecta la obligación legal de celebrar por escrito dicho contrato, entregar una versión al trabajador y exhibirlo en caso sea requerido por la Autoridad Inspectiva de Trabajo. Asimismo, siguen vigentes las obligaciones referidas a consignar en forma expresa su duración, las causas objetivas determinantes de la contratación, y las demás condiciones de la relación laboral.

La información que para fines estadísticos y de fiscalización requiere la Autoridad Administrativa de Trabajo se obtendrá de la Planilla Electrónica en la que la empresa debe registrar la información, siendo innecesaria la presentación física o virtual del texto del contrato.

c.2. Modificación del artículo 8 del Decreto Legislativo N° 689, Ley de Contratación de Extranjeros

Se elimina la obligación de presentar ante la Autoridad Administrativa de Trabajo el título profesional y certificados legalizados del trabajador extranjero, así como la fotocopia legalizada del pasaje de retorno a su país de origen. En su lugar, con el afán de reducir trámites administrativos y costos al usuario, se exige una declaración

jurada del cumplimiento de los requisitos que establece la ley y el contrato de trabajo del extranjero. Ello sin perjuicio de la fiscalización laboral que como control posterior, realice la Autoridad Inspectiva de Trabajo.

c.3. Derogación del último párrafo del artículo 46 de la Ley N° 28518, Ley sobre modalidades formativas laborales

A fin de reducir trámites administrativos y costos al usuario se elimina la obligación de presentar a la Autoridad Administrativa de Trabajo el convenio de modalidad formativa laboral. Ello no afecta la obligación legal de celebrar por escrito el convenio, entregar una versión al beneficiario y exhibir el convenio en caso sea requerido por la Autoridad Inspectiva de Trabajo. La información que para fines estadísticos y de fiscalización requiere la Autoridad Administrativa de Trabajo se obtendrá de la Planilla Electrónica en la que la empresa debe registrar la información, siendo innecesaria la presentación física o virtual del texto del convenio.

c.4. Modificación del artículo 48 de la Ley N° 28518, Ley sobre modalidades formativas laborales

A fin de reducir trámites administrativos y costos al usuario se elimina la obligación de contar con un libro especial de registro de convenios, a cargo de la empresa y autorizado por la Autoridad Administrativa de Trabajo, así como la obligación de inscribir los convenios ante la Autoridad Administrativa de Trabajo. Ello no afecta la obligación legal de celebrar por escrito el convenio, entregar una versión al beneficiario y exhibirlo en caso sea requerido por la Autoridad Administrativa de Trabajo. Ello no afecta la obligación legal de celebrar por escrito el convenio, entregar una versión al beneficiario y exhibirlo en caso sea requerido por la Autoridad Inspectiva de Trabajo. La información que para fines estadísticos y de fiscalización requiere la Autoridad Administrativa de Trabajo se obtendrá de la Planilla Electrónica en la que la empresa debe registrar la información, siendo innecesaria la presentación física o virtual del texto del convenio.

c.5. Derogación de los incisos 2 y 3 del artículo 52 de la Ley N° 28518, Ley sobre modalidades formativas laborales

En atención a las modificaciones y derogaciones efectuadas, se hace necesario eliminar los incisos 2 y 3 del artículo 52 de la Ley N° 28518, referidos a considerar como infracción el “No contar con el Libro de Registro de Convenio”, y el “Incumplimiento de la presentación del convenio”. Por ello se establece una nueva redacción del mencionado artículo.

c.6. Derogación de los artículos 18, 19, 34, 35 y el inciso 1 del artículo 42 de la Ley N° 28518, Ley sobre modalidades formativas laborales

A fin de reducir trámites administrativos y costos al usuario se elimina la obligación de elaborar los instrumentos denominados “Programa Anual de Capacitación Laboral Juvenil” y “Plan de Entrenamiento y Actualización para la Reinserción Laboral”, respecto de los cuales se exigía su presentación ante la Autoridad Administrativa de Trabajo, por lo que se deroga las normas que hacen referencia a dichos programas y planes.

5. RESPONSABILIDAD DEL FUNCIONARIO

La propuesta normativa establece que constituye falta de carácter disciplinario del directivo o servidor bajo cualquier régimen y modalidad contractual con la entidad de la Administración Pública el incumplimiento de las disposiciones y plazos establecidos

en los artículos 2, 3, 4, 5, 7, 8, 9, 10, 11 y 12 en el Decreto Legislativo propuesto. La falta será sancionada según su gravedad, previo proceso administrativo.

El procedimiento administrativo disciplinario, la graduación y determinación de la sanción se rige por las normas del régimen disciplinario y sancionador de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 040-2014-PC, siendo el titular de la entidad el responsable del cumplimiento de dicha disposición.

Esta disposición tiene por objeto asegurar el cumplimiento de las medidas simplificadoras.

Esta disposición es razonable, objetiva y proporcional por cuanto dispone una consecuencia al incumplimiento expreso a una norma con rango legal.

III. ANÁLISIS COSTO - BENEFICIO

La presente norma busca coadyuvar al cumplimiento íntegro de las metas y objetivos trazados por el Poder Ejecutivo para optimizar y simplificar los procedimientos administrativos en favor del ciudadano, así como facilitar y promover la formalización laboral. Algunos de los beneficios que se obtendría con la implementación de las medidas propuestas por el presente Decreto Legislativo serían los siguientes:

- Con la emisión gratuita de la primera copia certificada de denuncia policial se estarían beneficiando aproximadamente a **un millón cuatrocientos mil ciudadano**, que podrían obtener inmediatamente dicho documento sin efectuar pago alguno.
- Con la eliminación del certificado de mudanza domiciliaria, se estarían beneficiando más de **veintinueve mil ciudadanos**.
- Con la eliminación del certificado de sobrevivencia, se beneficiarían más de **medio millón de pensionistas**, quienes no requerirán tramitar dicho documento para poder cobrar sus pensiones.
- Con la implementación de las Brigadas Itinerantes Calificadoras de Discapacidades, se beneficiarán los discapacitados que se encuentren imposibilitados de acudir a los establecimientos de salud, reduciendo en un 100 % el costo de traslado de estos.
- **Ahorro en tiempo y en costos** en beneficio de los ciudadanos y de las entidades de la Administración Pública en la tramitación de documentos que pueden ser obtenidos a través de la interoperabilidad.

Los recursos que se requieran para simplificar y optimizar los procedimientos a cargo de las entidades de la Administración Pública, la implementación progresiva de la interoperabilidad, así como todas las medidas establecidas por el presente Decreto Legislativo serán cubiertos por los pliegos involucrados sin requerir recursos adicionales del Tesoro Público.

IV. IMPACTO SOBRE LA LEGISLACIÓN VIGENTE

La propuesta normativa es acorde a las disposiciones y principios consagrados en la Constitución Política del Perú, de la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo y Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, al dictar medidas que enfatizan el cumplimiento de estas.

Lima, 9 de noviembre de 2016.

DECRETO LEGISLATIVO N° 1246

Decreto Legislativo que aprueba diversas medidas de simplificación administrativa (10/11/2016)

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

Que, el Congreso de la República, mediante Ley N° 30506, ha delegado en el Poder Ejecutivo, por el plazo de noventa (90) días calendario, la facultad de legislar en materia de reactivación económica y formalización, seguridad ciudadana, lucha contra la corrupción, agua y saneamiento y reorganización de Petroperú S.A.;

Que, el literal h) del numeral 1 del artículo 2 de la mencionada Ley, autoriza a legislar en materia de reactivación económica y formalización a fin de, entre otros, modificar el marco normativo del procedimiento administrativo general con el objeto de simplificar, optimizar y eliminar procedimientos administrativos, priorizar y fortalecer las acciones de fiscalización posterior y sanción, incluyendo la capacidad operativa para llevarlas a cabo; emitir normas que regulen o faciliten el desarrollo de actividades económicas, comerciales y prestación de servicios sociales en los tres niveles de gobierno; dictar normas generales y específicas para la estandarización de procedimientos administrativos comunes en la Administración Pública con la finalidad de hacer predecibles sus requisitos y plazos; así como dictar medidas para la optimización de servicios en las entidades públicas del Estado, coadyuvando al fortalecimiento institucional y la calidad en el servicio al ciudadano;

Que, la Ley N° 27444 establece entre los principios que sustentan el procedimiento administrativo, el debido procedimiento, razonabilidad, celeridad, eficacia y de simplicidad, los cuales deben aplicarse dentro de la actuación de toda entidad de la Administración Pública;

Que, el literal a.8 del numeral 1 del artículo 2 de la Ley N° 30506 faculta al Poder Ejecutivo a legislar en materia de reactivación económica y formalización a fin de perfeccionar la normativa tributaria municipal con la finalidad de mejorar la equidad y eficiencia de los tributos de los gobiernos locales;

Que, en función de ello, se propone un primer grupo de medidas que permitirán dotar al régimen jurídico que rige a la Administración Pública de disposiciones a favor del ciudadano en función a la simplificación, eficacia, eficiencia, celeridad y equidad en los procedimientos administrativos, garantizando así los derechos e intereses de los administrados, con sujeción al ordenamiento constitucional;

Que, por tanto, los principales rubros en los cuales se dictan las medidas mencionadas son: i) Implementación de la interoperabilidad en la Administración Pública, ii) Prohibición de exigencias de información y de documentos a los administrados, iii) Facilitación en los procedimientos administrativos respecto al cumplimiento de obligaciones, y iv) Responsabilidad del funcionario;

De conformidad con lo establecido en el literal h) numeral 1 del artículo 2 de la Ley N° 30506 y el artículo 104 de la Constitución Política del Perú;

Con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros; y, Con cargo a dar cuenta al Congreso de la República;

Ha dado el Decreto Legislativo siguiente:

DECRETO LEGISLATIVO QUE APRUEBA DIVERSAS MEDIDAS DE SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA

Artículo 1.- Ámbito de aplicación

El presente Decreto Legislativo es de aplicación para todas las entidades de la Administración Pública comprendidas en el artículo I del Título Preliminar de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

Artículo 2.- Interoperabilidad entre entidades de la Administración Pública

Dispóngase que las entidades de la Administración Pública de manera gratuita, a través de la interoperabilidad, interconecten, pongan a disposición, permitan el acceso o suministren la información o bases de datos actualizadas que administren, recaben, sistematicen, creen o posean respecto de los usuarios o administrados, que las demás entidades requieran necesariamente y de acuerdo a ley, para la tramitación de sus procedimientos administrativos y para sus actos de administración interna.

En los casos en los que la información o datos se encuentren protegidos bajo la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales, las entidades de la Administración Pública deben obtener la autorización expresa e indubitable del usuario o administrado para acceder a dicha información o datos.

Artículo 3.- Implementación progresiva de la interoperabilidad en beneficio del ciudadano

- 3.1 Las entidades de la Administración Pública que posean y administren la información señalada en el numeral 3.2 del presente artículo deben ponerla a disposición de manera gratuita y permanente a las entidades del Poder Ejecutivo para la interoperabilidad a que hace referencia el artículo 2 del presente Decreto Legislativo, dentro del plazo máximo de sesenta (60) días hábiles computado a partir de la publicación de la presente norma.
- 3.2 La información de los usuarios y administrados que las entidades de la Administración Pública deben proporcionar a las entidades del Poder Ejecutivo de manera gratuita es:
 - Identificación y estado civil;
 - Antecedentes penales;
 - Antecedentes judiciales;
 - Antecedentes policiales;
 - Grados y títulos;
 - Vigencia de poderes y designación de representantes legales;
 - T titularidad o dominio sobre bienes registrados.
- 3.3 En tanto se implemente la interoperabilidad, la información y documentos mencionados en el numeral 3.2 precedente podrán ser sustituidos, a opción del administrado o usuario, por declaración jurada, conforme a lo establecido en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.
- 3.4 Mediante Decreto Supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros, con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, se establecen los plazos

aplicables a las demás entidades de la Administración Pública, y cualquier otra disposición que resulte necesaria para la interoperabilidad a que hace referencia el artículo 2 del presente Decreto Legislativo⁽¹⁾.

- 3.5 Mediante Decreto Supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el sector competente se puede ampliar la información o documentación indicada en el numeral 3.2 del presente artículo⁽²⁾.
- 3.6 Las entidades de la Administración Pública deben utilizar la Plataforma de Interoperabilidad del Estado administrada por la Presidencia del Consejo de Ministros a través de la Oficina Nacional de Gobierno Electrónico e Informática - ONGEI.

Artículo 4.- Prohibición de la exigencia de información a los usuarios y administrados

Las entidades de la Administración Pública están prohibidas de exigir a los administrados o usuarios la información que puedan obtener directamente mediante la interoperabilidad a que se refieren los artículos 2 y 3 del presente Decreto Legislativo.

Artículo 5.- Prohibición de la exigencia de documentación

- 5.1 Las entidades de la Administración Pública están prohibidas de exigir a los administrados o usuarios, en el marco de un procedimiento o trámite administrativo, los siguientes documentos:
 - a) Copia del Documento Nacional de Identidad.
 - b) Copias de Partida de Nacimiento o de Bautizo cuando se presente el Documento Nacional de Identidad, excepto en los procedimientos donde resulte esencial acreditar la filiación y esta no pueda ser acreditada fehacientemente por otro medio.
 - c) Copias de Partida de Nacimiento o Certificado de Defunción emitidas en fecha reciente o dentro de un periodo máximo.
 - d) Legalización notarial de firmas, salvo que se exija por ley expresa.
 - e) Copia de la ficha RUC o certificado de información registrada en la Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria - SUNAT.
 - f) Certificados o constancias de habilitación profesional o similares expedidos por los Colegios Profesionales, cuando dicha calidad pueda ser verificadas a través del respectivo portal institucional.
 - g) Cualquier otro requisito que acredite o proporcione información que conste en registros de libre acceso a través de internet u otro medio de comunicación pública.
- 5.2. Lo dispuesto en los literales e), f) y g) del numeral anterior no es aplicable a aquellas entidades de la Administración Pública ubicadas en zonas que no cuenten con cobertura de acceso a internet.
- 5.3. Mediante Decreto Supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros se podrá ampliar la documentación indicada en el numeral 5.1 del presente artículo.

(1) Mediante Decreto Supremo N° 067-2017-PCM, publicado el 22 de junio de 2017 en el diario oficial *El Peruano*, se aprobó el Decreto Supremo que establece los plazos aplicables a las entidades de la Administración Pública para la implementación de la interoperabilidad en el marco del Decreto Legislativo N° 1246 y dicta otras disposiciones.

(2) Mediante Decreto Supremo N° 051-2017-PCM, publicado el 10 de mayo de 2017 en el diario oficial *El Peruano*, se aprobó el Decreto Supremo que amplía la información para la implementación progresiva de la interoperabilidad en beneficio del ciudadano, en el marco del Decreto Legislativo N° 1246.

Artículo 6.- Facilidades para efectuar el pago de derechos administrativos

Las entidades de la Administración Pública suscriben convenios con instituciones financieras bajo la supervisión de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP para facilitar el pago de los derechos de tramitación de los procedimientos administrativos en sus oficinas, a través de las plataformas digitales de sus clientes o de las propias entidades públicas.

El Banco de la Nación implementa el pago en línea de todos los procedimientos administrativos y tasas que recauda.

El Ministerio de Economía y Finanzas, a través de la Dirección General de Endeudamiento y Tesoro Público, establece la normatividad complementaria que sea necesaria para la adecuada implementación de lo establecido en el presente artículo.

Artículo 7.- Documento Nacional de Identidad

El vencimiento de la fecha de vigencia del Documento Nacional de Identidad no constituye impedimento para la participación del ciudadano en actos civiles, comerciales, administrativos, notariales, registrales, judiciales, policiales y, en general, para todos aquellos casos en que deba ser presentado para acreditar su identidad.

Artículo 8.- Emisión gratuita de la primera copia certificada de denuncia policial

La primera copia certificada de una denuncia policial es gratuita y debe ser emitida y entregada al denunciante de manera inmediata, una vez realizada la denuncia correspondiente, dejándose constancia de la entrega.

Artículo 9.- Eliminación de la exigencia del certificado de supervivencia u otras constancias de sobrevivencia

Elimínese la exigencia del certificado de supervivencia u otras constancias de sobrevivencia en todos los procedimientos o trámites relacionados a las pensiones bajo cualquier régimen, y otras prestaciones económicas a cargo del Estado, así como para el pago periódico de estas.

La verificación o constatación de la supervivencia de las personas será realizada mediante el cruce de información del respectivo listado de pensionistas o beneficiarios con el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil - RENIEC o de sus propios sistemas de verificación, además de la declaración jurada⁽³⁾ a que se refiere la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

Artículo 10.- Prohibición de requerir el certificado de mudanza domiciliaria u otras constancias de similar naturaleza

Se prohíbe exigir el certificado de mudanza domiciliaria u otras constancias de similar naturaleza. Para el transporte de bienes muebles y enseres en mudanza, solo es exigible al transportista una declaración jurada suscrita por el usuario del servicio que indique los puntos de partida y destino y la relación de bienes a trasladar.

Artículo 11.- Declaración Jurada en la Ley de Tributación Municipal

La declaración jurada a que hacen referencia los literales b) de los artículos 14 y 34 del Texto Único Ordenado de la Ley de Tributación Municipal, aprobado por Decreto Supremo N° 156-2004-EF, la presenta únicamente el adquirente bajo cualquier título.

(3) Declaración jurada dejada sin efecto por la cuarta disposición complementaria final del Decreto Legislativo N° 1310 publicada el 30/12/2016.

En virtud de la declaración jurada del adquirente, sustentada con el documento que acredite la propiedad, tanto de predios como de vehículos, la Municipalidad respectiva procederá al descargo automático del anterior propietario como titular del bien transferido.

Artículo 12.- Sujetos autorizados para solicitar Certificados

Los certificados de antecedentes penales, judiciales y policiales podrán ser solicitados, además del interesado, por su cónyuge, conviviente o sus parientes hasta el primer grado de consanguinidad, previa autorización expresa e indubitable del titular, mediante carta simple.

Artículo 13.- Financiamiento

La implementación de lo establecido en el presente Decreto Legislativo se financia con cargo al presupuesto institucional de las entidades involucradas, sin demandar recursos adicionales al Tesoro Público.

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA FINAL

Única.- Falta de carácter disciplinario por el incumplimiento de las disposiciones y plazos

Constituye falta de carácter disciplinario del directivo o servidor bajo cualquier régimen y modalidad contractual con la entidad de la Administración Pública, el incumplimiento de las disposiciones y plazos establecidos en los artículos 2, 3, 4, 5, 7, 8, 9, 10, 11 y 12 del presente Decreto Legislativo. La falta será sancionada según su gravedad, previo proceso administrativo.

El procedimiento administrativo disciplinario, la graduación y determinación de la sanción, se rigen por las normas del régimen disciplinario y sancionador de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 040-2014-PCM.

El titular de la entidad es el responsable del cumplimiento de la presente disposición.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS MODIFICATORIAS

Primera.- Modificación del Decreto Legislativo N° 1140

Modifíquese el numeral 5) del artículo 6 del Decreto Legislativo N° 1140, Decreto Legislativo que crea la Oficina Nacional de Gobierno Interior, en los términos siguientes:

“Artículo 6.- Funciones de la Oficina Nacional de Gobierno Interior

La ONAGI tiene las siguientes funciones:

(...)

5) Autorizar, supervisar, controlar y fiscalizar la realización de rifas con fines sociales y colectas públicas a nivel nacional;

(...)”.

Segunda.- Modificación de la Ley N° 29973

Modifíquese el artículo 76 de la Ley N° 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad, en los términos siguientes:

“Artículo 76.- Certificado de la discapacidad

El certificado de discapacidad acredita la condición de persona con discapacidad y es otorgado por médicos certificadores registrados de establecimientos

de salud pública y privada a nivel nacional. La evaluación, calificación y la certificación son gratuitas.

La certificación es inmediata cuando la discapacidad sea evidente o congénita. Las Brigadas Itinerantes Calificadoras de Discapacidad (BICAD) están a cargo del Ministerio de Salud y deberán atender la demanda de certificación de personas con discapacidad que no puedan acudir a los establecimientos de salud a nivel nacional”.

Tercera.- Modificación del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728

Modifícase el artículo 73 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, en los siguientes términos:

“Artículo 73.- La Autoridad Administrativa de Trabajo podrá ordenar la verificación de los requisitos formales a que se refiere el artículo precedente, a efectos de lo dispuesto en el inciso d) del Artículo 77, sin perjuicio de la multa que se puede imponer al empleador por el incumplimiento incurrido”.

Cuarta.- Modificación del Decreto Legislativo N° 689

Modifícase el artículo 8 del Decreto Legislativo N° 689, Ley de Contratación de Extranjeros, en los términos siguientes:

“Artículo 8.- Las solicitudes deberán ser acompañadas con los siguientes documentos:

- a) Declaración Jurada de la empresa donde se señale que la contratación del extranjero cumple las condiciones establecidas por esta ley y cuenta con la capacitación o experiencia laboral requerida por la misma.
- b) El contrato de trabajo escrito”.

Quinta.- Modificación de la Ley N° 28518

Modifíquese el artículo 48 de la Ley N° 28518, Ley sobre modalidades formativas laborales, en los términos siguientes:

“Artículo 48.- Registro

Los beneficiarios de las diferentes modalidades formativas deben ser declarados como tales en la planilla electrónica, conforme a la normativa aplicable”.

Única.- Derogatorias

Deróguense los artículos 18, 19, 34, 35, el inciso 1 del artículo 42, el último párrafo del artículo 46, y los incisos 2 y 3 del artículo 52 de la Ley N° 28518, Ley sobre modalidades formativas laborales, así como todas las disposiciones que se opongan al presente Decreto Legislativo.

POR TANTO:

Mando se publique y cumpla, dando cuenta al Congreso de la República.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los nueve días del mes de octubre del año dos mil dieciséis.

PEDRO PABLO KUCZYNSKI GODARD

Presidente de la República

FERNANDO ZAVALA LOMBARDI

Presidente del Consejo de Ministros

DECRETO LEGISLATIVO N° 1256

Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas (08/12/2016)

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

Que, mediante Ley N° 30506 el Congreso de la República ha delegado en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia de reactivación económica y formalización, seguridad ciudadana, lucha contra la corrupción, agua y saneamiento y reorganización de Petroperú S.A, por el término de noventa (90) días calendario;

Que, el literal h) del artículo 2 de la Ley N° 30506 faculta al Poder Ejecutivo para legislar en materia de la aprobación de medidas que permitan la eliminación de barreras burocráticas en los tres niveles de gobierno;

Que, dentro de este marco, resulta necesario emitir una ley que establezca el régimen jurídico para la prevención y la eliminación de barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad que restrinjan u obstaculicen el acceso o la permanencia de los agentes económicos en el mercado y/o que constituyan incumplimientos de las normas y/o principios que garantizan la simplificación administrativa;

De conformidad con lo establecido en el literal a) del artículo 2 de la Ley N° 30335 y el artículo 104 de la Constitución Política del Perú;

Con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros; y,

Con cargo de dar cuenta al Congreso de la República; Ha dado el Decreto Legislativo siguiente:

DECRETO LEGISLATIVO QUE APRUEBA LA LEY DE PREVENCIÓN Y ELIMINACIÓN DE BARRERAS BUROCRÁTICAS

TÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES Y ATRIBUCIONES DE LOS ÓRGANOS RESOLUTIVOS DEL INDECOPI

CAPÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1.- Finalidades de la ley

La presente ley tiene como finalidad supervisar el cumplimiento del marco legal que protege los derechos a la libre iniciativa privada y la libertad de empresa, en beneficio de personas naturales o jurídicas, mediante la prevención o la eliminación de barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad que restrinjan u obstaculicen el acceso o la permanencia de los agentes económicos en el mercado y/o que constituyan

incumplimientos de las normas y/o principios que garantizan la simplificación administrativa con el objeto de procurar una eficiente prestación de servicios al ciudadano por parte de las entidades de la administración pública.

Artículo 2.- Ámbito de aplicación

La presente ley es de aplicación para las entidades de la administración pública (en adelante, “entidad” o “entidades”), entendiéndose como tales a las señaladas en el artículo I del Título Preliminar de la Ley N° 27444 o la norma que la sustituya, así como para todo funcionario, servidor público o cualquier persona que ejerza funciones administrativas por delegación, bajo cualquier régimen laboral o contractual.

Artículo 3.- Definiciones

Para efectos de la presente ley, debe tenerse en cuenta las siguientes definiciones:

1. La Comisión: La Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Indecopi. Asimismo, este término se refiere a las Comisiones adscritas a las oficinas regionales del Indecopi que, por acuerdo del Consejo Directivo del Indecopi, cuenten con funciones desconcentradas en materia de eliminación de barreras burocráticas.
2. La Sala: La Sala competente del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual del Indecopi para conocer en segunda instancia los procedimientos en materia de eliminación de barreras burocráticas, salvo el supuesto de instancia única establecido en el artículo 32 de la presente ley.
3. Barrera burocrática: exigencia, requisito, limitación, prohibición y/o cobro que imponga cualquier entidad, dirigido a condicionar, restringir u obstaculizar el acceso y/o permanencia de los agentes económicos en el mercado y/o que puedan afectar a administrados en la tramitación de procedimientos administrativos sujetos a las normas y/o principios que garantizan la simplificación administrativa. La sola calidad de exigencia, requisito, limitación, prohibición y/o cobro no implica necesariamente su carácter ilegal y/o su carencia de razonabilidad.

Sin perjuicio de las responsabilidades que se deriven de la aplicación de la normativa correspondiente, no se consideran barreras burocráticas dentro del ámbito de la presente ley:

- a. Las exigencias, requisitos, limitaciones, prohibiciones y/o cobros establecidos a través de leyes u otras normas con rango de ley y alcance nacional, emitidas al amparo de la función legislativa.
- b. Las exigencias, requisitos, limitaciones, prohibiciones y/o cobros contenidos en contratos suscritos por una entidad, procesos de subasta o bases de algún tipo de concurso para contratar con el Estado.
- c. Las omisiones, inacciones o cualquier inactividad de la administración pública.
- d. Las tarifas o contraprestaciones por servicios prestados por el Estado o por empresas privadas o públicas, ajenos al ejercicio de la función administrativa.
- e. El cobro de aranceles e impuestos y, en general, cualquier tributo no vinculado, así como los criterios para su determinación.
- f. Las medidas fito y zoonosanitarias, conforme a la sexta disposición final y complementaria de la Ley General de Sanidad Agraria, aprobada por el Decreto Legislativo N° 1059.

- g. Las controversias contencioso-tributarias, en especial, aquellas vinculadas a la correcta o incorrecta determinación de un tributo en un caso concreto.
 - h. El cobro de arbitrios a personas naturales sin actividad económica.
 - i. La declaración de nulidad de un acto administrativo por motivos de debido procedimiento.
 - j. La imposición de sanciones. Sin perjuicio de ello, el acto administrativo sancionador podrá ser empleado para acreditar la existencia de una barrera burocrática cuando la sanción haya tenido como fundamento el incumplimiento de la referida barrera.
4. Formas de materialización: las barreras burocráticas se materializan a través de actos administrativos, disposiciones administrativas y/o actuaciones materiales.
 5. Acto administrativo: declaración de una entidad cuyo concepto ha sido recogido en el artículo I del Título Preliminar de la Ley N° 27444 o la norma que la reemplace, destinado a producir efectos jurídicos individuales o individualizables de modo directo en un administrado o grupo de administrados y/o agentes económicos.
 6. Disposición administrativa: todo dispositivo normativo emitido por una entidad destinado a producir efectos jurídicos abstractos y generales sobre un grupo indeterminado de administrados y/o agentes económicos.
 7. Actuación material: todo comportamiento, manifestación y/o actividad material de una entidad o un funcionario, servidor público o cualquier persona que ejerza funciones administrativas por delegación, bajo cualquier régimen laboral o contractual, que sin ser viabilizada a través de un acto y/o disposición administrativa, produce efectos jurídicos capaces de restringir u obstaculizar el acceso o la permanencia de los agentes económicos en el mercado y/o que constituyan incumplimientos de las normas y/o principios que garantizan la simplificación administrativa.
 8. Agentes económicos: personas naturales y/o jurídicas, sociedades irregulares o patrimonios autónomos, con o sin fines de lucro, que pretendan iniciar, desarrollar y/o continuar con una actividad económica.
 9. Administrados: personas naturales y/o jurídicas que pretendan tramitar o se encuentren tramitando un procedimiento administrativo sujeto a las normas y/o principios de simplificación administrativa.
 10. Inaplicación con efectos generales: efecto de una resolución que beneficia a todos los agentes económicos y administrados afectados, real o potencialmente, por una barrera burocrática contenida en una disposición administrativa, en los supuestos regulados en la presente Ley.
 11. Inaplicación al caso concreto: efecto de una resolución que beneficia únicamente al denunciante que obtiene un pronunciamiento favorable en los supuestos regulados en la presente Ley.

Artículo 4.- Principios de las autoridades a cargo de supervisar la presente ley

Además de los principios señalados en el artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, las autoridades a cargo de hacer cumplir la presente ley se rigen por los siguientes principios:

1. Principio de acción preventiva.- los órganos encargados del inicio de las acciones de oficio dentro del Indecopi privilegian las acciones de prevención y/o coordinación con el objeto de promover la eliminación voluntaria de las barreras burocráticas presuntamente ilegales y/o carentes de razonabilidad por parte de las entidades sujetas a investigación.
2. Principio de encausamiento.- los órganos de primera instancia identifican, de oficio, otros medios de materialización de una barrera burocrática distintos a los indicados en la denuncia, cuando sea evidente su existencia. Del mismo modo, los referidos órganos podrán identificar, de oficio, la barrera burocrática cuestionada del texto íntegro de la denuncia y no únicamente del petitorio.

Artículo 5.- Autoridades competentes

Las autoridades competentes para supervisar el cumplimiento de la presente ley son las siguientes:

1. La Comisión.
2. La Secretaría Técnica de la Comisión.
3. La Sala.
4. La Secretaría Técnica de la Sala.

CAPÍTULO II COMPETENCIAS

Artículo 6. - Atribuciones de las autoridades en materia de eliminación de barreras burocráticas

6.1. De la Comisión y la Sala

La Comisión y la Sala en segunda instancia, son competentes para conocer los actos administrativos, disposiciones administrativas y actuaciones materiales, incluso del ámbito municipal o regional, que impongan barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad. Asimismo, son competentes para velar por el cumplimiento de las disposiciones sobre la materia establecidas en los Decretos Legislativos N° 283, 668, 757 y el artículo 61 del Texto Único Ordenado de la Ley de Tributación Municipal, así como las normas reglamentarias pertinentes, o las normas que las sustituyan. Ninguna otra entidad podrá arrogarse estas facultades. Sus resoluciones son ejecutables cuando hayan quedado consentidas o sean confirmadas por la Sala, según corresponda de conformidad con lo establecido en el artículo 32 de la presente Ley.

La Sala es la única autoridad administrativa que puede conocer y resolver las apelaciones interpuestas contra las resoluciones emitidas por la Comisión, conforme a los supuestos señalados en el artículo 32 de la presente ley, salvo en el procedimiento sancionador por incumplimiento de mandato regulado en el artículo 34, en cuyo caso la Comisión se constituye como instancia única en sede administrativa.

Mediante resolución la Comisión o la Sala, de ser el caso, ordena la inaplicación de las barreras burocráticas a las que hace referencia la presente ley.

6.2. De la Secretaría Técnica de la Comisión

La Secretaría Técnica de la Comisión se constituye en el órgano instructor en los procedimientos de eliminación de barreras burocráticas. Es competente para

realizar todo tipo de acciones preventivas, investigaciones, inspecciones con o sin notificación previa y/o acciones de supervisión de oficio sobre la materia, así como para realizar las labores de inicio, tramitación e instrucción de los procedimientos administrativos seguidos ante la Comisión. A estas funciones se aplican supletoriamente lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 807, la Ley N° 27444 y el Decreto Legislativo N° 1033.

6.3. De la Secretaría Técnica de la Sala

La Secretaría Técnica de la Sala es competente para tramitar y realizar las labores de instrucción de los procedimientos administrativos seguidos ante la Sala, a estas funciones se aplican supletoriamente lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 807, la Ley N° 27444 y el Decreto Legislativo N° 1033.

TÍTULO II DEL PROCEDIMIENTO DE ELIMINACIÓN DE BARRERAS BUROCRÁTICAS

CAPÍTULO I TIPOS DE PROCEDIMIENTOS Y EFECTOS DE LAS RESOLUCIONES

Artículo 7.- Tipos de inicio de procedimientos en materia de eliminación de barreras burocráticas

- 7.1. El procedimiento ante la Comisión puede iniciarse a pedido de parte o de oficio.
- 7.2. El procedimiento se inicia a pedido de parte mediante la presentación de una solicitud dirigida al Secretario Técnico de la Comisión, cumpliendo con los requisitos establecidos en la presente ley.
- 7.3. El procedimiento se inicia de oficio por decisión de la Secretaría Técnica de la Comisión. La decisión de iniciar este tipo de procedimientos también se puede originar por la presentación de denuncias informativas formuladas por gremios empresariales, colegios profesionales, la Defensoría del Pueblo, entre otras instituciones, personas naturales y/o jurídicas, cuya identidad se mantendrá en reserva a solicitud del interesado.

Artículo 8.- De la inaplicación con efectos generales de barreras burocráticas ilegales contenidas en disposiciones administrativas

- 8.1. Cuando en un procedimiento iniciado a pedido de parte o de oficio, la Comisión o la Sala, declare la ilegalidad de barreras burocráticas materializadas en disposiciones administrativas, dispone su inaplicación con efectos generales.
- 8.2. En estos procedimientos, la Comisión o la Sala, de ser el caso, puede emitir medidas correctivas, ordenar la devolución de las costas y costos e imponer sanciones, cuando corresponda, de acuerdo con lo dispuesto en la presente ley.
- 8.3. La inaplicación con efectos generales opera a partir del día siguiente de publicado el extracto de la resolución emitida por la Comisión o la Sala, de ser el caso, en el diario oficial *El Peruano*. La orden de publicación será emitida por el Indecopi hasta el décimo día hábil después de notificada la resolución respectiva.

Si con posterioridad, algún funcionario, servidor público o cualquier persona que ejerza función administrativa por delegación, bajo cualquier régimen laboral o contractual, en la entidad que fuera denunciada, aplica las barreras burocráticas declaradas ilegales en la resolución objeto de publicación, puede ser sancionado de acuerdo con lo establecido en el artículo 34 de la presente ley.

- 8.4. En aquellos procedimientos iniciados de parte con posterioridad a la publicación a la que hace referencia el presente artículo, en los que se denuncie la aplicación de una barrera burocrática declarada ilegal, materializada en la misma disposición administrativa inaplicada con efectos generales, la Comisión encausa el escrito presentado como una denuncia informativa de incumplimiento de mandato.
- 8.5. En aquellos procedimientos en trámite, iniciados de parte hasta el día de la publicación a la que hace referencia el presente artículo y que versen sobre la misma barrera burocrática declarada ilegal inaplicada con efectos generales, la Comisión o la Sala, de ser el caso, resuelve el procedimiento en el mismo sentido y procederá conforme al numeral 8.2. cuando corresponda.

Artículo 9.- De la declaración de barreras burocráticas carentes de razonabilidad en procedimientos de oficio

En los procedimientos iniciados de oficio en los que se declare la carencia de razonabilidad de barreras burocráticas contenidas en disposiciones administrativas, la Comisión o la Sala, de ser el caso, ordena la publicación de un extracto de la resolución en el diario oficial *El Peruano*.

Artículo 10.- De la inaplicación al caso concreto

- 10.1. Cuando en un procedimiento iniciado a pedido de parte, la Comisión o la Sala, de ser el caso, declare la ilegalidad o carencia de razonabilidad de barreras burocráticas materializadas en disposiciones administrativas o la ilegalidad y/o carencia de razonabilidad de barreras burocráticas materializadas en actos administrativos y/o actuaciones materiales, dispone su inaplicación al caso concreto en favor del denunciante.
- 10.2. En estos procedimientos, también se procede según lo previsto en el artículo 8.2 de la Ley, cuando corresponda.

Artículo 11.- Mecanismos para lograr la derogación de las disposiciones administrativas que contienen barreras burocráticas

En los procedimientos iniciados de oficio, el Indecopi puede interponer la demanda de acción popular contra decretos supremos u otras normas de inferior jerarquía que contengan barreras burocráticas identificadas como ilegales y/o carentes de razonabilidad, a fin de lograr su derogación o nulidad. Asimismo, acudir a la Defensoría del Pueblo para que se interponga la demanda de inconstitucionalidad contra normas municipales y regionales de carácter general con rango de ley que contengan barreras burocráticas identificadas como ilegales y/o carentes de razonabilidad.

Artículo 12.- Sobre la publicación de las resoluciones

El Indecopi, a través de resolución de su Consejo Directivo, aprueba las disposiciones necesarias para la publicación del extracto de las resoluciones indicadas en el artículo 8 y 9, en el diario oficial *El Peruano* y el texto completo de las mismas en el portal al que se refiere el artículo 51 de la presente ley. La publicación de estas resoluciones en el diario oficial *El Peruano* se efectúa de manera gratuita.

CAPÍTULO II METODOLOGÍA DE ANÁLISIS DE BARRERAS BUROCRÁTICAS

Artículo 13.- Metodología de análisis

La Comisión o la Sala, de ser el caso, evalúa la legalidad y/o razonabilidad de las barreras burocráticas contenidas en disposiciones administrativas en los procedimientos de parte y de oficio, de acuerdo con la metodología desarrollada en el presente capítulo.

La evaluación de la legalidad y/o de la razonabilidad de las barreras burocráticas materializadas en actos administrativos y actuaciones materiales se efectúa de acuerdo a la metodología del presente capítulo en cuanto corresponda.

Artículo 14.- Análisis de legalidad

14.1. El análisis de legalidad de una barrera burocrática implica que la Comisión o la Sala, de ser el caso, evalúe los siguientes aspectos:

- a. Si existen o no atribuciones conferidas por ley que autoricen a la entidad a establecer y/o aplicar la barrera burocrática bajo análisis.
- b. Si la entidad siguió los procedimientos y/o formalidades que exige el marco legal vigente para la emisión y/o publicación de la disposición administrativa que materializa la barrera burocrática.
- c. Si a través de la imposición y/o aplicación de la barrera burocrática se contravienen normas y/o principios de simplificación administrativa o cualquier dispositivo legal.

14.2. Si la Comisión o la Sala, de ser el caso, determina la ilegalidad de la barrera burocrática por la razón señalada en el literal a. puede declarar fundada la denuncia o el procedimiento iniciado de oficio según sea el caso, sin que sea necesario evaluar los aspectos indicados en los literales b. y c.; y así sucesivamente.

14.3. Si se determina la ilegalidad por alguna de las razones mencionadas en el párrafo precedente, no es necesario que la Comisión o la Sala continúe con el análisis de razonabilidad. En el mismo sentido, si la Comisión o la Sala desestima que la barrera burocrática sea ilegal, procede con el análisis de razonabilidad cuando se cumpla la condición establecida en el artículo 15.

Artículo 15.- Condiciones para realizar el análisis de razonabilidad

La Comisión o la Sala, de ser el caso, realiza el análisis de razonabilidad de una barrera burocrática en los procedimientos iniciados a pedido de parte, siempre que el denunciante presente indicios suficientes respecto a la carencia de razonabilidad de la misma en la denuncia y hasta antes de que se emita la resolución que resuelve la admisión a trámite de esta. En los procedimientos iniciados de oficio, la Comisión o la Sala realiza dicho análisis en caso de que, a través de la resolución de inicio, se hubiera sustentado la existencia de indicios suficientes sobre la presunta carencia de razonabilidad de la medida.

Artículo 16.- Indicios sobre la carencia de razonabilidad

16.1 Los indicios a los que hace referencia el artículo precedente deben estar dirigidos a sustentar que la barrera burocrática califica en alguno de los siguientes supuestos:

- a. Medida arbitraria: es una medida que carece de fundamentos y/o justificación, o que teniendo una justificación no resulta adecuada o idónea para alcanzar el objetivo de la medida; y/o
- b. Medida desproporcionada: es una medida que resulta excesiva en relación con sus fines y/o respecto de la cual existe otra u otras medidas alternativas que puedan lograr el mismo objetivo de manera menos gravosa.

16.2 Sin que se considere como una lista taxativa, no se consideran indicios suficientes para realizar el análisis de razonabilidad los siguientes argumentos:

- a. Que no se encuentren referidos a la barrera burocrática cuestionada.
- b. Que tengan como finalidad cuestionar la pertinencia de una política pública.
- c. Alegaciones o afirmaciones genéricas. Se deben justificar las razones por las cuales se considera que la medida es arbitraria y/o desproporcionada.
- d. Alegar como único argumento que la medida genera costos.

Artículo 17.- Posibilidad de cuestionar los indicios sobre carencia de razonabilidad

Durante el procedimiento, la entidad puede presentar información y/o documentación que desacredite los indicios de carencia de razonabilidad de la medida.

Artículo 18.- Análisis de razonabilidad

18.1. Una vez que la Comisión o la Sala, de ser el caso, considera que han sido presentados indicios suficientes sobre la presunta carencia de razonabilidad de la barrera burocrática cuestionada, analiza la razonabilidad de la medida, verificando el cumplimiento de los siguientes elementos:

- a. Que la medida no es arbitraria, lo que implica que la entidad acredite:
 - 1. La existencia del interés público que sustentó la medida cuestionada. El interés público alegado debe encontrarse dentro del ámbito de atribuciones legales de la entidad.
 - 2. La existencia del problema que se pretendía solucionar con la medida cuestionada.
 - 3. Que la medida cuestionada resulta idónea o adecuada para lograr la solución del problema y/o para alcanzar el objetivo de la medida.
- b. Que la medida es proporcional a sus fines, lo que implica que la entidad acredite:
 - 1. Una evaluación de los beneficios y/o el impacto positivo que generaría la medida y de los costos y/o el impacto negativo de la misma para los agentes económicos obligados a cumplirla, así como para otros agentes afectados y/o para la competencia en el mercado.
 - 2. Que la referida evaluación permite concluir que la medida genera mayores beneficios que costos.
 - 3. Que otras medidas alternativas no resultarían menos costosas o no serían igualmente efectivas. Dentro de estas medidas alternativas debe considerarse la posibilidad de no emitir una nueva regulación.

18.2. En caso de que la entidad no acredite alguno de los elementos indicados en los literales precedentes, la Comisión o la Sala, de ser el caso, declara la carencia de razonabilidad de la barrera burocrática.

CAPÍTULO III REGLAS GENERALES DEL PROCEDIMIENTO

Artículo 19.- Duración del procedimiento

El procedimiento seguido ante la Comisión tiene una duración máxima de ciento veinte (120) días hábiles. El mismo plazo se aplica para el procedimiento seguido ante la Sala.

Artículo 20.- Requisitos para interponer una denuncia

Para interponer una denuncia, además del pago de la respectiva tasa, el denunciante debe identificar de manera concisa y/o presentar a través de su denuncia o anexos, los siguientes aspectos:

1. La(s) barrera(s) burocrática(s) materia de denuncia.
2. El medio de materialización: disposición administrativa, acto administrativo y/o actuación material.

En caso de denunciar una disposición administrativa, el denunciante además debe identificar el párrafo, el artículo o parte pertinente en que se encuentra materializada la barrera burocrática.

3. La entidad (o entidades) que impone(n) y/o aplica(n) la(s) barrera(s) burocrática(s) materia de denuncia.
4. Los hechos, cuando la barrera burocrática se materializa en actos administrativos y/o actuaciones materiales.
5. Los fundamentos jurídicos que sustentan que la barrera burocrática denunciada es ilegal, de ser el caso.
6. Los indicios que sustentan la presunta carencia de razonabilidad de la barrera burocrática denunciada, de ser el caso.
7. Los medios probatorios que se requieran para acreditar lo afirmado en los literales anteriores, cuando corresponda.

Artículo 21.- Representación en el procedimiento

- 21.1. En los procedimientos regulados por la presente ley no se requiere de la participación de abogados. Sin embargo, en caso de que el denunciante lo considere necesario, la participación de los abogados u otro tipo de representante legal se rige por las disposiciones previstas en la Ley N° 27444.
- 21.2. La Comisión o su Secretaría Técnica puede considerar como válido que el abogado presente escritos sin contar con la firma del denunciante durante el procedimiento, siempre que, para la acreditación correspondiente, el escrito incluya como mínimo la firma del denunciante y del abogado que lo representa.
- 21.3. Cuando las denuncias sean presentadas por una asociación, esta última debe precisar si lo hace en nombre propio o como representante de otros agentes económicos y/o administrados. De ser este último caso, la asociación actúa como representante legal, por lo que debe acreditar que cuenta con el otorgamiento de poderes de representación procesal suficientes para representar a cada uno de los asociados. La inaplicación al caso concreto a la que hace referencia el artículo 10 de la presente Ley, solo beneficia a aquellos asociados cuya representación fue acreditada

por la asociación mediante los citados poderes antes de la admisión a trámite de la denuncia.

Artículo 22.- Acreditación de actuaciones materiales

Cuando la barrera burocrática se materializa en una actuación material, el denunciante debe presentar un medio probatorio que genere convicción acerca de su existencia y/o su realización.

Artículo 23.- Medidas cautelares

23.1. En cualquier etapa del procedimiento, la Comisión, su Secretaría Técnica o la Sala, de ser el caso, puede dictar, de oficio o a pedido de quien haya presentado una denuncia de parte, una medida cautelar con el objeto de que la entidad denunciada se abstenga de aplicar o imponer la barrera burocrática presuntamente ilegal y/o carente de razonabilidad a ser evaluada, de manera previa a la emisión de la resolución final. La medida cautelar dictada por la Secretaría Técnica se otorga con cargo a dar cuenta a la Comisión.

23.2. En caso de que la medida cautelar haya sido dictada por la Comisión o su Secretaría Técnica, el efecto de la misma permanece hasta que la Sala emita pronunciamiento final o la revoque al declarar fundada una apelación en su contra.

Artículo 24.- Requisitos para dictar medidas cautelares

Para dictar una medida cautelar, la Comisión, su Secretaría Técnica o la Sala, de ser el caso, debe verificar la existencia concurrente de:

1. La barrera burocrática que se pretende inaplicar.
2. La verosimilitud del carácter ilegal o de la carencia de razonabilidad de la barrera burocrática.
3. La posibilidad de que por el transcurso del tiempo entre la interposición de la denuncia y la resolución que ponga fin al procedimiento, en primera o segunda instancia, se cause un daño que se torne en irreparable para el denunciante.

Artículo 25.- De las costas y costos

25.1. En los procedimientos iniciados a solicitud de parte, la Comisión o la Sala, de ser el caso, puede ordenar a la entidad vencida el reembolso de las costas y costos en los que haya incurrido el denunciante, siempre que este lo hubiese solicitado al inicio o durante el procedimiento.

25.2. Las reglas aplicables a los procedimientos para la liquidación de costas y costos son las dispuestas en la Directiva N° 001-2015/TRI-INDECOPI del 6 de abril de 2015 o la que la sustituya.

Artículo 26.- Resolución de admisión a trámite o de inadmisibilidad

26.1. La Secretaría Técnica de la Comisión se pronuncia sobre la admisión a trámite de la denuncia luego de verificar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 20 de la presente Ley.

26.2. Cuando la unidad de trámite documentario del Indecopi o la Secretaría Técnica de la Comisión advierta el incumplimiento de alguno de los requisitos antes mencionados, se puede hacer un único requerimiento para subsanar dentro del plazo de dos (2) días hábiles. En caso de que el requerimiento efectuado no sea respondido dentro del plazo o, habiendo sido respondido, no se cumpla con subsanar las

observaciones, la Secretaría Técnica de la Comisión puede declarar la inadmisibilidad de la denuncia y disponer la devolución de los actuados y de la tasa, a solicitud del denunciante.

Artículo 27.- Improcedencia de la denuncia de parte

- 27.1. La Comisión, su Secretaría Técnica o la Sala, de ser el caso, declara la improcedencia de la denuncia de parte de acuerdo con los supuestos establecidos en el Código Procesal Civil.
- 27.2. En primera instancia, si la Comisión o su Secretaría Técnica, estima que la denuncia es improcedente, la declara de manera liminar, finalizando así el procedimiento. Si el defecto se refiere a alguna de las pretensiones, la declaración de improcedencia se limita a aquellas que adolecen del defecto advertido por la Comisión o su Secretaría Técnica, pudiendo admitir los demás extremos.
- 27.3. Si la Comisión lo considera necesario, también puede declarar la improcedencia de la denuncia, luego de admitida a trámite y presentados los descargos.
- 27.4. La Secretaría Técnica o la Comisión pueden efectuar requerimientos de información respecto de aspectos de procedencia de la denuncia.

Artículo 28.- De la notificación en los procedimientos en materia de barreras burocráticas

En los procedimientos que se tramiten ante la Comisión y la Sala, la notificación de los actos administrativos se realiza conforme a las disposiciones sobre notificación de la Ley N° 27444 o la norma que la sustituya.

Artículo 29.- Plazo para la presentación de descargos

- 29.1. La entidad denunciada podrá formular sus descargos en un plazo de cinco (5) días hábiles, contados a partir de la notificación de la resolución que admite a trámite la denuncia o inicia el procedimiento de oficio.

Este plazo puede ser prorrogado a criterio de la Secretaría Técnica de la Comisión por una sola vez y por el término máximo de diez (10) días hábiles adicionales, contados desde el vencimiento del plazo originalmente otorgado.

- 29.2. En sus descargos, la entidad debe:
 - a. Presentar los argumentos de legalidad y/o razonabilidad, dependiendo de lo cuestionado en la denuncia o en el procedimiento de oficio, respecto de la barrera burocrática cuestionada, conforme a la metodología de análisis señalada en la presente ley.
 - b. Pronunciarse sobre cada uno de los argumentos presentados por la parte denunciante; o,
 - c. Comunicar sobre la derogación y/o modificación de la barrera burocrática cuestionada denunciada y/o la inaplicación de la misma al denunciante en caso la barrera burocrática se encuentre materializada en un acto administrativo o actuación material. Esta obligación se mantiene a lo largo de la tramitación del procedimiento. La entidad debe presentar los documentos que acrediten sus afirmaciones.
- 29.3. Cuando se presente el supuesto del literal c., la Comisión o la Sala, de ser el caso, declara la sustracción de la materia controvertida, disponiendo el archivo del expediente, incluso si se trata de un procedimiento sancionador.

Artículo 30.- Informe oral

En cualquier etapa del procedimiento, ya sea a pedido de parte o de oficio, la Comisión o la Sala, de ser el caso, puede citar a las partes a audiencia de informe oral con el objeto de contar con mayores elementos para resolver la cuestión controvertida.

Artículo 31.- Supuestos excepcionales para la suspensión de procedimientos

Solo procede la suspensión de procedimientos seguidos ante la Comisión o la Sala, de ser el caso, cuando se presente alguno de los siguientes supuestos:

1. Cuando con anterioridad al inicio del procedimiento, se haya iniciado un proceso judicial que verse sobre la misma materia. Esto último implica que en el proceso judicial la parte denunciante esté cuestionando de manera conjunta la misma disposición y/o acto administrativo y/o actuación material de la entidad denunciada, a través de los mismos argumentos de legalidad y/o razonabilidad.
2. Cuando surja una cuestión contenciosa, en sede judicial o administrativa, que, a criterio de la Comisión o la Sala, precise de un pronunciamiento previo sin el cual no pueda ser resuelto el asunto que se tramita.

Artículo 32.- Recurso de apelación

- 32.1. El único recurso impugnativo que puede interponerse durante la tramitación del procedimiento es el de apelación, contra la resolución que resuelve la suspensión de un procedimiento, contra la resolución que resuelve la liquidación de costas y costos de un procedimiento, contra la resolución que declara la improcedencia de una denuncia, contra la resolución que ordena una medida cautelar, contra la resolución que pone fin a la instancia y contra la resolución que impone multas, salvo el supuesto de incumplimiento de mandato, establecido en el artículo 34 de la presente Ley el cual es resuelto por la Comisión en instancia única. El plazo para interponer dicho recurso es de quince (15) días hábiles, contados desde el día siguiente de la notificación de la resolución.
- 32.2. La apelación de resoluciones que ponen fin a la instancia se concede con efecto suspensivo, salvo que la Comisión determine mediante resolución motivada, que procede sin efectos suspensivos.
- 32.3. La apelación de multas se concede con efecto suspensivo, pero es tramitada en cuaderno separado.

Es improcedente el recurso de apelación sustentado únicamente en el incremento en la cuantía de la multa impuesta. La apelación de medidas cautelares se concede sin efecto suspensivo, tramitándose en cuaderno separado.

TÍTULO III DEL RÉGIMEN SANCIONADOR Y CORRECTIVO

CAPÍTULO I RÉGIMEN SANCIONADOR

Artículo 33.- Ámbito de aplicación subjetivo

Las sanciones que imponga la Comisión o la Sala, de ser el caso, pueden recaer en funcionarios, servidores públicos o cualquier persona que ejerza función administrativa

por delegación, bajo cualquier régimen laboral o contractual, así como en las entidades, cuando se incurra en alguna de las infracciones previstas en el presente capítulo.

Artículo 34.- Conductas infractoras de funcionarios o servidores públicos por incumplimiento de mandato

La Comisión puede imponer multas de hasta veinte (20) Unidades Impositivas Tributarias al funcionario, servidor público o cualquier persona que ejerza función administrativa por delegación, bajo cualquier régimen laboral o contractual, en cualquiera de los siguientes supuestos:

1. Cuando incumpla el mandato de inaplicación de la barrera burocrática declarada ilegal al que se hace referencia en el artículo 8 de la presente ley.
2. Cuando incumpla el mandato de inaplicación de la barrera burocrática declarada ilegal y/o carente de razonabilidad, según sea el caso, al que se hace referencia en el artículo 10 de la presente ley.
3. Cuando, luego de publicado lo resuelto en los procedimientos de oficio a los que hace referencia el artículo 9, aplique u ordene aplicar la barrera burocrática previamente declarada carente de razonabilidad, o cuando pudiendo disponer su inaplicación, omita hacerlo.
4. Cuando, luego de publicado lo resuelto en los procedimientos de oficio iniciados con anterioridad a la presente ley, aplique u ordene aplicar la barrera burocrática previamente declarada ilegal y/o carente de razonabilidad, o cuando pudiendo disponer su inaplicación, omita hacerlo⁽¹⁾.
5. Cuando incumpla el mandato de inaplicación de la barrera burocrática declarada ilegal y/o carente de razonabilidad en un procedimiento iniciado de parte tramitados con las normas que regían la materia antes de la vigencia de la presente ley⁽²⁾.

Artículo 35.- Conductas infractoras de entidades por aplicación de barreras burocráticas ilegales

35.1. La Comisión o la Sala, de ser el caso, puede imponer multas de hasta veinte (20) Unidades Impositivas Tributarias, a la entidad cuando verifique que alguno de sus funcionarios, servidores públicos o cualquier persona que ejerza en su nombre, función administrativa por delegación, bajo cualquier régimen laboral o contractual, aplica u ordena la aplicación de barreras burocráticas que involucre alguno de los supuestos que se detallan a continuación.

- a. Exigir requisitos adicionales a la lista de requisitos máximos establecidos en las siguientes leyes y/o dispositivos normativos:
 1. Ley N° 28976, Ley Marco de Licencia de Funcionamiento.
 2. Ley N° 29090, Ley de Regulación de Habilitaciones Urbanas y de Edificaciones y su reglamento.

(1) Inciso incorporado por la segunda disposición complementaria modificatoria del Decreto Legislativo N° 1308, publicado el 30/12/2016.

(2) Inciso incorporado por la segunda disposición complementaria modificatoria del Decreto Legislativo N° 1308, publicado el 30/12/2016.

3. Ley N° 29022, Ley para el Fortalecimiento de la Expansión de Infraestructura en Telecomunicaciones y su reglamento.
 4. Ley N° 30477, Ley que regula la ejecución de obras de servicios públicos autorizadas por las municipalidades en las áreas de dominio público, y su reglamento.
 5. Aquellos dispositivos legales que sustituyan o complementen los dispositivos anteriores.
- b. Exigir requisitos que no constan en el Texto Único de Procedimientos Administrativos - TUPA de la entidad.
 - c. Exigir requisitos que, estando en el TUPA de la entidad, no cuentan con sustento normativo vigente.
 - d. Exigir documentación o información prohibida de solicitar para la tramitación de procedimientos administrativos de acuerdo a lo previsto en la Ley N° 27444, el Decreto Legislativo N° 1246 y otras normas que contengan disposiciones sobre esta materia.
 - e. Negarse a recibir la documentación o información a la cual están obligadas las entidades en reemplazo de documentación oficial para la tramitación de procedimientos administrativos, de acuerdo a lo previsto en el artículo 41 de la Ley N° 27444.
 - f. Exigir el pago de derechos de trámite incurriendo en cualquiera de los siguientes supuestos:
 1. En procedimientos iniciados de oficio.
 2. En procedimientos en los que se ejerce el derecho de petición graciable.
 3. Para la tramitación de una denuncia por infracciones funcionales de sus funcionarios.
 4. Para la tramitación de una denuncia por infracciones que deban ser conocidas por las Oficinas de Auditoría Interna.
 5. Sin que la entidad esté facultada por ley, o por norma de similar fuerza y rango, para crear el referido derecho de trámite.
 6. Que no hayan sido aprobadas por la norma que exige el marco legal vigente.
 7. No ratificados por la municipalidad provincial correspondiente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades.
 8. Que no consten en el TUPA de la entidad.
 9. Que se cobren por etapas en la tramitación de un procedimiento administrativo.
 10. Que no correspondan al importe del costo que su ejecución genera para la entidad por el servicio prestado durante toda su tramitación o que no correspondan al costo real de producción de documentos que expida la entidad.
 11. Que superen la Unidad Impositiva Tributaria (UIT) vigente, salvo que se encuentren acogidos al régimen de excepción a que se refiere el numeral

45.1 del artículo 45 de la Ley N° 27444 y/o el artículo 70 del Texto Único Ordenado de la Ley de Tributación Municipal aprobado por el Decreto Supremo N° 156-2004-EF.

12. Que sean cobrados de manera diferenciada para dar preferencia o tratamiento especial a una solicitud distinguiéndola de las demás de su mismo tipo.
 13. Que sean cobrados de manera discriminatoria, en función del tipo de administrado que siga el procedimiento administrativo.
- g. Establecer plazos mayores a los máximos establecidos en las siguientes leyes y/o dispositivos normativos:
1. Ley N° 28976, Ley Marco de Licencia de Funcionamiento;
 2. Ley N° 29090, Ley de Regulación de Habilitaciones Urbanas y de Edificaciones y su reglamento; o,
 3. Los dispositivos legales que regulan el despliegue para la ejecución, mantenimiento y/o implementación de infraestructura en servicios públicos, así como aquellos que regulan el otorgamiento de licencias, autorizaciones y/o permisos para la realización de actividades industriales, comerciales o de servicios, públicos o privados.
- h. Establecer regímenes de silencio administrativo sin observar lo dispuesto en la ley sobre la materia Ley N° 29060, Ley del Silencio Administrativo o la que la sustituya, así como en las leyes especiales que lo reconocen.
- i. Desconocimiento del efecto del silencio administrativo positivo, cuando ha operado conforme a Ley N° 29060, Ley del Silencio Administrativo, o leyes especiales.
- j. Desconocimiento de la aprobación automática, cuando ha operado respecto de solicitudes de licencias, autorizaciones y/o permisos para el despliegue, ejecución, mantenimiento y/o implementación de infraestructura en servicios públicos, así como para la realización de actividades industriales, comerciales o de servicios, públicos o privados, de acuerdo con la Ley N° 29060, Ley del Silencio Administrativo, o leyes especiales.
- k. Impedir y/o negar la presentación de solicitudes o escritos, contraviniendo las normas que garantizan el derecho de petición en sede administrativa.
- l. Suspender la tramitación de los procedimientos administrativos, sin contar con una ley o mandato judicial que autorice expresamente a ello.
- m. Imponer un plazo a la vigencia de las autorizaciones otorgadas para la realización de actividades económicas, sin que exista una ley especial que disponga expresamente tal plazo.
- n. Imponer nuevas observaciones que no fueron formuladas en una primera oportunidad, vulnerando lo establecido en el artículo 126.2 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.
- 35.2. La sanción a la que hace referencia el presente artículo puede imponerse en el mismo procedimiento iniciado de parte en el que se declare una barrera burocrática ilegal o en uno posterior.

Artículo 36.- Conductas infractoras de entidades por incumplimientos vinculados con aspectos del procedimiento

La Comisión o la Sala, de ser el caso, puede imponer una multa de hasta 20 UIT a las entidades cuando incumplan alguno de los siguientes mandatos:

1. Mandato de pago de costas y costos del procedimiento.
2. Mandato de medidas correctivas.
3. Mandato de medida cautelar.
4. Incumplir la orden de devolución del cobro declarado ilegal, más los intereses que correspondan, cuando se trate de un procedimiento iniciado de parte.

Artículo 37.- Información al órgano de control interno

La Comisión, a través de su Secretaría Técnica, puede informar al órgano de control interno de la entidad respectiva, para que este disponga las acciones que considere pertinentes y determine las responsabilidades administrativas que correspondan, en caso se verifique lo siguiente:

1. La falta de publicación de la disposición administrativa que aprueba el Texto Único de Procedimiento Administrativo de una entidad a través del medio de difusión que corresponde de acuerdo al marco legal vigente.
2. La falta de publicación del Texto Único de Procedimientos Administrativos de la entidad en el Portal de Servicios al Ciudadano y Empresas o en el portal institucional.

Artículo 38.- Graduación de sanciones

- 38.1. Las sanciones que imponga la Comisión o la Sala, de ser el caso, se sujetan a la siguiente escala:
 - a. Falta leve, desde amonestación hasta una multa de 2 Unidades Impositivas Tributarias (UIT).
 - b. Falta grave, desde una multa mayor a 2 UIT hasta 10 UIT.
 - c. Falta muy grave, desde una multa mayor a 10 UIT hasta 20 UIT.
- 38.2. Para imponer la sanción, la Comisión o la Sala, de ser el caso, puede utilizar como criterios de graduación la gravedad del daño ocasionado, la reincidencia y/o continuidad de la comisión de la infracción, la intencionalidad de la conducta y otros criterios según el caso particular.
- 38.3. La tabla de graduación de sanciones es aprobada mediante resolución de Consejo Directivo del Indecopi, sin que su aprobación sea un requisito indispensable para el ejercicio de la potestad sancionadora.

Artículo 39.- Responsabilidad administrativa

La potestad sancionadora establecida en la presente ley se ejerce sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, civil y/o de la formulación de la denuncia penal correspondiente y de la declaración de ilegalidad y/o carencia de razonabilidad de la barrera burocrática.

Las entidades, bajo responsabilidad, remiten a su respectivo órgano de control interno la siguiente información, a fin de que se tomen las acciones que estime pertinentes:

1. Resultados del procedimiento administrativo sancionador que haya agotado la vía administrativa, seguido contra alguno de sus funcionarios, servidores públicos o cualquier persona que ejerza en su nombre función administrativa por delegación, bajo cualquier régimen laboral o contractual.
2. Resultados del procedimiento administrativo sancionador seguido contra la entidad que haya agotado la vía administrativa, así como el nombre de los funcionarios involucrados en la emisión y/o imposición de la barrera burocrática ilegal cuya aplicación motivó la respectiva sanción.
3. Medidas adoptadas respecto a lo resuelto por la Comisión o, la Sala, de ser el caso, a través de sus resoluciones.

Artículo 40.- Procedimiento sancionador

En los supuestos de infracción señalados en el artículo 35 de la presente ley, la resolución que dispone la sanción también debe contener la declaración de ilegalidad de la barrera burocrática.

Artículo 41.- Beneficio por cumplimiento inmediato

El monto de la multa impuesta es rebajado en un 30% cuando el infractor efectúe el pago del monto de la misma dentro del plazo de apelación, lo cual implica su renuncia a impugnar. En este supuesto, el infractor puede solicitar al Indecopi el fraccionamiento del pago de la multa, lo que queda a criterio de éste.

Artículo 42.- Responsabilidad del procurador público o abogado defensor de la entidad denunciada

- 42.1. Es obligación del procurador público o abogado defensor de una entidad contra la que se inició un procedimiento, de parte o de oficio, en el que se haya declarado la ilegalidad y/o carencia de razonabilidad de una barrera burocrática por medio de una resolución que ha quedado firme o consentida, remitir copia de la resolución de la Comisión o la Sala, de ser el caso, al titular de la entidad y la Secretaría General o la que haga sus veces, con la finalidad de que pueda ser difundida para conocimiento de sus funcionarios y/o servidores públicos.
- 42.2. El plazo para remitir la referida resolución es de dos (2) días hábiles contados desde el día siguiente de la fecha en que quedó consentida o fue notificada la resolución que confirma la resolución de la Comisión.
- 42.3. El órgano de control interno de la entidad respectiva, dispone las acciones que considere pertinentes en caso de verificarse el incumplimiento de la obligación señalada en el presente artículo.

CAPÍTULO II MEDIDAS CORRECTIVAS

Artículo 43.- Medidas correctivas

La Comisión o la Sala, de ser el caso, puede ordenar y/o conceder las siguientes medidas correctivas:

1. Que las entidades devuelvan los derechos de trámite cobrados cuando estos derechos hayan sido declarados como barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad en el caso concreto de un denunciante.

2. Que las entidades informen a los ciudadanos acerca de las barreras burocráticas declaradas ilegales y/o carentes de razonabilidad mediante las resoluciones de la Comisión que hayan agotado la vía administrativa y/o las resoluciones de la Sala, como medida complementaria.

Artículo 44.- Forma de implementación y plazo para el cumplimiento de las medidas correctivas:

- 44.1. Para cumplir la medida correctiva señalada en el inciso 1. del artículo precedente, el plazo máximo con el que cuenta la entidad es de quince (15) días hábiles contado desde el día siguiente de la fecha del consentimiento de la resolución de la Comisión o de la fecha de notificación de la resolución de la Sala, según sea el caso.
- 44.2. En el caso de la medida correctiva señalada en el inciso 2. del artículo precedente, el plazo máximo con el que cuenta la entidad es de cinco (5) días hábiles. Las entidades pueden emplear medios de comunicación tanto físicos como virtuales que estén disponibles para todo administrado y/o agente económico que acuda al área de trámite documentario, así como el portal de la entidad.

TÍTULO IV ACTIVIDADES DE PREVENCIÓN Y PERSUASIÓN

CAPÍTULO I ACTIVIDADES DE PREVENCIÓN

Artículo 45.- Autoridad a cargo

La Comisión y su Secretaría Técnica tienen facultades para desarrollar investigaciones relacionadas con los temas de su competencia e iniciar procedimientos de oficio, las mismas que son ejercidas por los funcionarios que designen para tal fin. Las atribuciones en materia de investigaciones se rigen por lo señalado en la presente ley y por lo dispuesto en los artículos 1 al 8 del Decreto Legislativo N° 807 y supletoriamente por lo dispuesto en la Ley N° 27444, o las normas que las sustituyan.

Artículo 46.- Finalidad de las actividades de prevención

De conformidad con lo establecido por el principio de acción preventiva, los órganos encargados del inicio de las acciones de oficio dentro del Indecopi privilegian las acciones de prevención y/o coordinación con el objeto de promover la eliminación voluntaria de las barreras burocráticas presuntamente ilegales y/o carentes de razonabilidad por parte de las entidades sujetas a investigación.

Artículo 47.- Actividades de supervisión, investigación e inspección en materia de eliminación de barreras burocráticas

Las actividades de supervisión, investigación e inspección dirigidas y/o vinculadas con el inicio de procedimientos administrativos de competencia de la Comisión se rigen por el principio de acción preventiva reconocido en la presente ley, así como por las disposiciones sobre la materia establecidas en el Decreto Legislativo N° 807 y la Ley N° 27444, o las normas que las sustituyan. La Comisión y/o su Secretaría Técnica puede solicitar toda la información o documentación que consideren necesarias para el cumplimiento de las actividades descritas, a través de cartas, oficios o cualquier otro medio escrito, físico o electrónico.

CAPÍTULO II ACTIVIDADES DE PERSUASIÓN

Artículo 48.- Elaboración y difusión del Ranking de entidades en materia de barreras burocráticas

48.1. El Indecopi, previa propuesta de la Secretaría Técnica de la Comisión, puede elaborar y difundir documentos en los que incluya una relación de entidades según su nivel de cumplimiento respecto de las normas sobre eliminación de barreras burocráticas y simplificación administrativa, con la finalidad de dar a conocer esta información a los agentes económicos y administrados. De manera enunciativa y no limitativa, estos documentos pueden tratar de alguno de los siguientes supuestos:

- a. Un ranking en el que se incluya la lista de las entidades que cuentan con mayor cantidad de barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad identificadas a través de procedimientos iniciados de parte y de oficio por la Comisión durante el año, que hayan agotado la vía administrativa.
- b. Un ranking en el que se incluya la lista de las entidades que cuentan con mayor cantidad de barreras burocráticas que han sido eliminadas voluntariamente, antes del inicio de un procedimiento administrativo o antes de la emisión de una resolución final, que hayan agotado la vía administrativa.
- c. Un ranking de entidades que han implementado medidas de prevención de eliminación de barreras burocráticas.

48.2. El Indecopi, a través de su Consejo Directivo, aprueba las disposiciones necesarias para la implementación de los diferentes tipos de "rankings" a los que hace referencia el presente artículo.

Artículo 49.- Abogacía para la eliminación de barreras en leyes

Si durante la tramitación de los procedimientos, la Comisión o la Sala identifica la existencia de algún requisito, exigencia, limitación, prohibición y/o cobro dentro de una ley o en una norma emitida en ejercicio de la función legislativa, que pueda restringir o limitar el desarrollo de una actividad económica o las libertades de empresa y/o la iniciativa privada y/o que constituyan incumplimientos de las normas y/o principios que garantizan la simplificación administrativa, puede disponer que su respectiva secretaria técnica emita una opinión a través de un informe técnico, recomendando la implementación de medidas que promuevan la eliminación de tales obstáculos en resguardo de las libertades de empresa y/o la iniciativa privada y/o la simplificación administrativa. De ser el caso, el informe técnico debe ser puesto en conocimiento del Congreso de la República o el Poder Ejecutivo, según corresponda.

Artículo 50.- Reporte de acciones tomadas para la eliminación de barreras burocráticas

50.1. Las entidades que hayan sido parte denunciada en los procedimientos seguidos ante la Comisión, en los que se haya declarado la ilegalidad y/o carencia de razonabilidad de una barrera burocrática, cuyas resoluciones hayan quedado consentidas o hayan sido confirmadas por la Sala, deben comunicar al Indecopi sobre las medidas adoptadas respecto de lo resuelto por la Comisión. El órgano de control interno de la entidad respectiva, dispone las acciones que considere pertinentes

en caso de verificarse el incumplimiento de la obligación señalada en el presente artículo.

50.2. El Consejo Directivo del Indecopi aprueba las disposiciones para la implementación de la obligación antes mencionada en el caso de las entidades.

Artículo 51.- Portal sobre eliminación de barreras burocráticas

Créase el portal informativo que promueve la eliminación de barrera burocráticas, el cual es administrado por el Indecopi, teniendo como principal objetivo incluir el registro de resoluciones de la Comisión y de la Sala que declaran barreras burocráticas declaradas ilegales y/o carentes de razonabilidad, para conocimiento de los ciudadanos, agentes económicos y entidades.

Artículo 52.- Difusión de resoluciones de inicio

La Secretaría Técnica o la Comisión se encuentran facultadas para disponer la difusión de la resolución de inicio de cualquier procedimiento iniciado a pedido de parte o de oficio, siempre que lo consideren pertinente en atención a la importancia del caso.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES Y TRANSITORIAS

Primera.- Aplicación de la presente ley

La presente ley se aplica de manera inmediata a las denuncias de parte que, habiéndose iniciado ante la Comisión, aún no hayan sido admitidas a trámite.

Los procedimientos a cargo de la Comisión y la Sala que, a la fecha se encuentren en trámite, continúan siendo tramitados bajo las normas anteriores a la vigencia de esta ley.

Segunda.- Demandas contencioso-administrativas

Las entidades del Poder Ejecutivo, incluyendo los Ministerios, no pueden interponer demanda contencioso administrativa contra las resoluciones que emita la Sala en materia de eliminación de barreras burocráticas u otra actuación impugnada en vía judicial, salvo que se cumplan las siguientes condiciones de manera conjunta:

1. Que la acción judicial sea autorizada formal y expresamente por la máxima autoridad de la entidad, siendo esta facultad indelegable.
2. Que la referida autorización sea aprobada en el Consejo de Ministros.

Los procuradores públicos que no interpongan estas acciones no incurrirán en responsabilidad.

Las demandas contencioso-administrativas contra las resoluciones emitidas por la Sala en materia de eliminación de barreras burocráticas son conocidas, en primera instancia, por la Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior respectiva. En este caso, la Sala Civil de la Corte Suprema resuelve en apelación y la Sala Constitucional y Social en casación, si fuera el caso. Es competente para conocer la solicitud de medida cautelar la Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior.

Tercera.- Aplicación supletoria

Las autoridades encargadas de la supervisión de la presente ley se rigen supletoriamente por lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 807, Decreto Legislativo

N° 1033, la Ley N° 27444 y el Código Procesal Civil, o por las normas que las sustituyan, en aquello que sea aplicable.

Cuarta.- Publicación de resoluciones de procedimientos de oficio iniciados con anterioridad a la presente ley

Las resoluciones emitidas en los procedimientos de oficio iniciados con anterioridad a la vigencia de la presente ley, se rigen por las reglas de publicación establecidas en el artículo 12 de la misma⁽³⁾.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS MODIFICATORIAS Y DEROGATORIAS

Primera.- Derogación de normas que se opongan a la presente ley

Deróguese el artículo 26BIS del Decreto Ley N° 25868, los artículos 3, 4, 5 y la Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1212, el artículo 2 de la Ley N° 28996, la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 30056 y toda norma que se oponga a lo dispuesto en la presente ley.

Segunda.- Derogación de artículos del reglamento de la Ley N° 29022

Deróguese el literal b) del artículo 34, el artículo 37 y el artículo 40 del reglamento de la Ley N° 29022, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-2015-MTC.

Tercera.- Modificación del artículo 61 del Texto Único Ordenado de la Ley de Tributación Municipal

Modifíquese el artículo 61 del Texto Único Ordenado de la Ley de Tributación Municipal, aprobado por Decreto Supremo N° 156-2004-EF, del siguiente modo:

“Artículo 61.- Las Municipalidades no podrán imponer ningún tipo de tasa o contribución que grave la entrada, salida o tránsito de personas, bienes, mercadería, productos y animales en el territorio nacional o que limiten el libre acceso al mercado.

En virtud de lo establecido por el párrafo precedente, no es permitido el cobro por pesaje; fumigación; o el cargo al usuario por el uso de vías, puentes y obras de infraestructura; ni ninguna otra carga que impida el libre acceso a los mercados y la libre comercialización en el territorio nacional.

El incumplimiento de lo dispuesto en el presente artículo genera responsabilidad administrativa y penal en el Gerente de Rentas o quien haga sus veces.

Las personas que se consideren afectadas por tributos municipales que contravengan lo dispuesto en el presente artículo podrán recurrir a la Defensoría del Pueblo y al Ministerio Público. Cuando los referidos tributos limiten el acceso y/o permanencia de los agentes económicos en el mercado, por constituir barreras burocráticas, podrán ser conocidas por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi)”.

(3) Disposición incorporada por la segunda disposición complementaria modificatoria del Decreto Legislativo N° 1308, publicado el 30/12/2016.

Cuarta.- Modificación del literal a) del artículo 38.8 de la Ley N° 27444

Modifíquese el literal a) del artículo 38.8 de la Ley N° 27444, el cual queda redactado de la siguiente manera:

“38.8 (...)

a) Solicita o exige el cumplimiento de requisitos y pago de tasas que no están en el TUPA o que, estando en el TUPA, no cuentan con sustento normativo vigente”.

POR TANTO:

Mando se publique y cumpla, dando cuenta al Congreso de la República.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los siete días del mes de diciembre del año dos mil dieciséis.

PEDRO PABLO KUCZYNSKI GODARD

Presidente de la República

FERNANDO ZAVALA LOMBARDI

Presidente del Consejo de Ministros

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 1272

I. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El 11 de abril de 2001 se publicó en el diario oficial *El Peruano* la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, la “LPAG”), vigente desde el 11 de octubre de 2001, la cual buscaba, entre otros aspectos, dotar de racionalidad a la normativa sobre la materia aplicable en ese entonces en nuestro país, permitir una mejor comprensión de las instituciones propias del Derecho y del procedimiento administrativo, facilitar el acceso de los administrados a los derechos que le corresponden, encuadrar la regulación de la actuación de la Administración Pública de acuerdo con valores democráticos y constitucionales, buscando así, además, su mayor acierto y eficacia⁽¹⁾.

Ahora bien, mucho es lo que se ha avanzado en la consecución de estos objetivos luego de la dación de la LPAG, pero ello, a su vez y luego del tiempo transcurrido, ha llevado a que resulte necesario introducir algunas modificaciones a su texto –que, como obra humana que es, resulta siempre perfectible– para así seguir avanzando en la obtención de dichos objetivos. Así, esta preocupación impulsó a que, por medio de la Resolución Ministerial N° 0155-2012-JUS del 14 de junio de 2012, se constituyera un Grupo de Trabajo encargado de revisar y mejorar las disposiciones contenidas en la LPAG. El resultado de este Grupo de Trabajo fue la elaboración de un Anteproyecto de Modificación de la LPAG, el cual fue prepublicado, mediante Resolución Ministerial N° 0255-2013-JUS, el 6 de noviembre de 2013 en el diario oficial *El Peruano*.

Por otro lado, el Estado Peruano, como parte de su proceso de incorporación a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE u OECD por sus siglas en inglés), viene considerando sus lineamientos y recomendaciones, a efectos de mejorar su gestión. Así, en lo que respecta a simplificación administrativa, la OCDE señala que la iniciativa empresarial puede ser favorecida por menos cargas administrativas, liberando recursos que de otro modo eran utilizados para la burocracia⁽²⁾.

Del mismo modo, la OCDE ha realizado un análisis de la política regulatoria en el Perú, por medio del cual recomendó, entre otros, lo siguiente⁽³⁾:

- (1) En este sentido se encuentra lo señalado por MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. 9ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2011, p. 9 y ss.
- (2) OECD. “Overcoming Barriers to Administrative Simplification Strategies. Guidance for Policy Makers”. Año 2009, pp. 8-9. Link: <<http://www.oecd.org/regreform/42112628.pdf>>. Consulta: 7 de noviembre de 2016.
- (3) OECD. “Política Regulatoria en el Perú. Uniendo el marco para la calidad regulatoria”. Año 2016, p. 18.

- Garantizar la implementación efectiva de las políticas de simplificación administrativa, incluyendo la disponibilidad de recursos.
- Realizar una medición de las cargas administrativas que generan los trámites y obligaciones de información de los mismos.

De este modo, a efectos de retomar el objetivo de perfeccionar la LPAG, el Poder Ejecutivo solicitó al Congreso de la República, delegación de facultades para modificar el marco normativo del procedimiento administrativo general. En ese sentido, de acuerdo al Literal h) del Numeral 1 del Artículo 2 de la Ley que delega en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia de reactivación económica y formalización, seguridad ciudadana, lucha contra la corrupción, agua y saneamiento y reorganización de PETROPERÚ S.A., Ley N° 30506, publicada el 9 de octubre de 2016 en el diario oficial *El Peruano*, el Poder Ejecutivo está facultado, durante noventa (90) días calendario, para legislar en materia de reactivación económica y formalización a fin de lograr, entre otros, lo siguiente:

- Modificar el marco normativo del procedimiento administrativo general con el objeto de simplificar, optimizar y eliminar procedimientos administrativos, priorizar y fortalecer las acciones de fiscalización posterior y sanción, incluyendo la capacidad operativa para llevarlas a cabo; y
- Dictar normas generales y específicas para la estandarización de procedimientos administrativos comunes en la administración pública con la finalidad de hacer predecibles sus requisitos y plazos.

Posteriormente, mediante Resolución Ministerial N° 0293-2016-JUS, publicada en el 11 de octubre de 2016 en el diario oficial *El Peruano*, se creó un Grupo de Trabajo encargado de elaborar un informe técnico que contenga la revisión y propuestas de mejora respecto del Anteproyecto de la LPAG. El resultado de este Grupo de Trabajo fue la presentación de un informe que precisa diversas disposiciones del Anteproyecto de modificación a la LPAG, así como propone modificaciones adicionales a la LPAG.

Del mismo modo, la Cámara de Comercio de Lima y la Sociedad de Industrias presentaron sus propuestas de modificación de la LPAG en temas de simplificación administrativa.

Teniendo en cuenta lo señalado anteriormente, la publicación del presente Decreto Legislativo introduce cambios formales, realiza ciertas modificaciones en instituciones ya previstas, incorpora conceptos y precisiones hasta hoy no recogidas (o por lo menos, no formalmente plasmadas), y fortalece las competencias de la Presidencia del Consejo de Ministros, como rector del Sistema de Modernización de la Gestión Pública. Todas estas son las situaciones que se reseñarán a continuación, siguiendo para ello el orden previsto en la misma redacción de la LPAG.

1.1 MODIFICACIONES AL TÍTULO PRELIMINAR DE LA LPAG

1.1.1. Los ejes del cambio y lo relacionado con el ámbito subjetivo de aplicación de la LPAG (Artículo I del Título Preliminar)

Tres son los escenarios dentro del Título Preliminar de la LPAG en los que se efectúan ciertas precisiones e incorporan algunos nuevos elementos. El primero de ellos es en el del ámbito subjetivo de aplicación de la norma. El segundo, en el de las

prescripciones referidas a su contenido. Finalmente, se hará referencia a lo vinculado con los principios enunciativamente consignados en ella.

En cuanto al ámbito de aplicación de la LPAG, se incorporan determinados alcances a los Numerales 1 y 8 del Artículo I de su Título Preliminar. Así, respecto del conjunto de organismos que configuran lo que habitualmente se denomina Poder Ejecutivo, debe tenerse presente que en dicho poder del Estado no solo se encuentra la Presidencia de la República, el Consejo de Ministros y los distintos Ministerios, sino también entidades públicas como aquellos organismos públicos configurados bajo pautas de descentralización, entidades administradoras de fondos intangibles de la Seguridad Social; empresas del Estado, entre otros.

Ahora bien, en cuanto a los organismos públicos, se ha creído conveniente suprimir el término “descentralizados” que se encontraba consignado en el Numeral 1 del Artículo I del Título Preliminar de la LPAG, con el fin adecuarse a lo establecido en el Capítulo I de la Ley N° 29158 - Ley Orgánica del Poder Ejecutivo⁽⁴⁾, el cual solo hace referencia a “Organismos Públicos”.

Como es de conocimiento general, la LPAG también es aplicable a las relaciones que se establecen entre los que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa (en función de una Asociación Pública Privada, una delegación o una autorización) y los usuarios de esos servicios, a pesar de que ninguno de ellos es funcionario o servidor público. En tanto y en cuanto los alcances de lo actualmente prescrito en la LPAG podrían alterar la naturaleza privada de las personas jurídicas o entidades involucradas, ahora se incluye un segundo párrafo al Numeral 8 del Artículo I del Título Preliminar, en el cual se señala que los procedimientos aplicados por las personas aquí involucradas se rigen por lo previsto en esta Ley en lo que les fuera aplicable, y de acuerdo con su naturaleza privada.

Se refuerza así la idea de que no se está perdiendo la naturaleza privada que ya se tiene, pero que sí deben respetarse ciertas pautas, en tanto y cuanto se está ante una persona que presta una importante actividad estatal (servicio público, ejercicio de función administrativa). Se apuntala así de mejor manera el objetivo de esta disposición, el de determinar cuáles son las entidades a los que se le aplica la LPAG, no correspondiendo aquí, como algunos erróneamente han entendido, tratar de encontrar una definición de lo que debe entenderse como Administración Pública en el Perú.

I.1.2 Precisiones en lo referido al contenido de la LPAG (Artículo II del Título Preliminar)

Cabe anotar que con las modificaciones efectuadas en lo referido al ámbito de aplicación de la LPAG se busca, tomando en cuenta las experiencias vividas en nuestro país en estos últimos años, disponer que esta norma contenga disposiciones comunes para las actuaciones de la función administrativa del Estado y regule todos los procedimientos administrativos desarrollados en las entidades, incluyendo los procedimientos especiales. Asimismo, se tiene como finalidad que las leyes que crean y regulan los procedimientos especiales no impongan condiciones menos favorables a los administrados que aquellos regulados en la LPAG.

(4) Publicada el 20 de diciembre de 2007 en el diario oficial *El Peruano*.

No tomar en cuenta lo anterior implicaría ir en contra de la vocación unificadora de la LPAG, aspecto que, por cierto, es uno de sus objetivos centrales, y todo lo que ello involucra, esto es, asegurar la existencia de un parámetro de unidad como criterio rector de los procedimientos administrativos y la actuación estatal, circunscribir la existencia de procedimientos administrativos especiales a las situaciones que lo justifiquen y establecer un núcleo de aplicación general para todos los procedimientos⁽⁵⁾.

1.1.3 Cambios en los principios del procedimiento administrativo (Artículo IV del Título Preliminar)

Es relevante también preocuparse por el establecimiento de los principios del procedimiento administrativo, opción asumida por el legislador cuando dictó la LPAG.

Y es que toda actividad humana en general, o cualquier disciplina jurídica en particular, responden a pautas que inspiran su desarrollo, y el procedimiento administrativo no es una excepción a ello. Tomando además en cuenta los objetivos que motivaron la dación de la LPAG, resulta comprensible entender la conveniencia de explicitar cuáles son estos principios en el caso peruano, a pesar de alguna dificultad para determinar todos los principios invocables, tratando al mismo tiempo de no confundirlos con, por ejemplo, importantes reglas de actuación de la Administración Pública.

La alternativa asumida en su momento por la LPAG ha demostrado, a todas luces, sus ventajas. Se establece en el Artículo IV de su Título Preliminar una lista enunciativa y no taxativa de principios que regulan la actividad o actuación administrativa —dejándose para otros espacios la especificación de aquellos principios destinados más bien a regular, por ejemplo, la organización de la Administración Pública—, los cuales servirán: como criterio interpretativo para resolver cuestiones que puedan presentarse al aplicar estas reglas de procedimiento; como parámetros para la generación de otras disposiciones administrativas de carácter general; y, finalmente, como pautas para suplir vacíos en el procedimiento administrativo. De esta manera, se buscan atender aspectos de innegable relevancia, vinculados con la canalización, limitación y control de la Administración Pública y los administrados en todo procedimiento administrativo.

Luego del tiempo transcurrido se insiste en esta fórmula, pero se realizan ciertas precisiones en la redacción de los principios. En ese sentido, se precisa mejor la denominación y el contenido de algunos de los principios ya incorporados en la LPAG —debido procedimiento, buena fe procedimental, predictibilidad— y, además, acogiendo las reflexiones que vienen efectuándose en el Perú y el extranjero sobre el particular, se especifica la existencia de otros principios, como son los de ejercicio legítimo del poder, responsabilidad y acceso permanente.

1.1.3.1. Precisiones sobre el principio del debido procedimiento (Numeral 1.2 del Artículo IV del Título Preliminar)

Cuando en la LPAG se refiere a debido procedimiento se hace, en puridad, referencia a tres aspectos: el derecho a un procedimiento establecido previamente a la

(5) Ver al respecto, entre otros, DIEZ SÁNCHEZ, Juan José. "El procedimiento administrativo común y los procedimientos especiales". En: *El procedimiento administrativo común y la doctrina constitucional*. Civitas, Madrid, 1992.

producción de las diferentes decisiones administrativas a tomarse; el derecho a que no se produzcan desviaciones de los fines del procedimiento; y, el derecho a unas garantías dentro del procedimiento administrativo, el cual cuenta con un contenido mínimo (derecho a ser oído, a ofrecer y producir pruebas, así como a obtener una decisión motivada o fundada en derecho)⁽⁶⁾. Se establece entonces una nueva redacción del Numeral 1.2 del Artículo IV que ayude a una mejor comprensión de estos tres aspectos y, sobre todo, del tercero de ellos, resaltando el carácter enunciativo y no taxativo de lo allí consignado.

1.1.3.2 Precisiones sobre el principio de buena fe procedimental (Numeral 1.8 del Artículo IV del Título Preliminar)

De otro lado, se modifica la denominación del principio de “conducta procedimental” para ahora referirse, con propiedad, al principio de “buena fe procedimental”, pues, en rigor, la mención anterior parecía referirse solo a un aspecto del principio de buena fe⁽⁷⁾, máxime si aquí, desde un inicio, se ha buscado propiciar que los partícipes en un procedimiento administrativo actúen con respeto mutuo, colaboración y buena fe y, además, si lo deseado es que la interpretación dada a la normativa administrativa no ampare comportamientos contrarios a la buena fe procedimental. En esa línea, se aclara el escenario de la revisión de oficio, con supuestos donde se habilita a que la Administración Pública pueda actuar contra sus propios actos.

1.1.3.3 Cambios en el principio de predictibilidad o de confianza legítima (Numeral 1.15 del Artículo IV del Título Preliminar)

La predictibilidad, reflejo y expresión de la búsqueda de seguridad jurídica –en este caso, dentro de un procedimiento administrativo–, demanda que la información entregada –y sin duda alguna, las decisiones tomadas– por la Administración Pública sea completa y confiable, para así generar confianza en el quehacer de dicha Administración. Además, en la doctrina comparada, el principio de confianza legítima en la Administración se refiere a que esta “no puede modificar unilateralmente el sentido de sus decisiones de no mediar una clara y concreta justificación que lo permita (...). Lo normal será que, en efecto, la actuación administrativa siga los cánones de la continuidad de las políticas públicas o, lo que es lo mismo, que actúe de acuerdo con la objetividad, imparcialidad y congruencia propia de quien está al servicio del interés general”⁽⁸⁾.

Por ello, la nueva redacción para el Numeral 1.15 del Artículo IV de la LPAG identifica adecuadamente predictibilidad con confianza legítima, aclara que la autoridad administrativa está obligada a dar información sobre el procedimiento a su cargo y, además, especifica cuál es el objetivo buscado cuando se proporciona información.

(6) En este mismo sentido, MORÓN URBINA, Op. cit., p. 63.

(7) En ese mismo tenor, ESPINOSA-SALDAÑA, Eloy. “Principios, ámbito subjetivo de aplicación y fuentes del procedimiento administrativo”. En: AA.VV. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Ara Editores, Lima, 2001.

(8) RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. “El Principio General del Derecho de Confianza Legítima”. En: *Dialnet*. Año 2013, p. 68. Fecha de consulta: 5 de noviembre de 2016. Link: <<http://www.dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4596172.pdf>>.

Sin embargo, corresponde señalar que lo anterior no se agota allí, pues adicionalmente se establece que la autoridad administrativa debe someterse al ordenamiento jurídico vigente. Por ello, si dicha autoridad decide cambiar de interpretación, deberá hacerlo en forma razonable y motivada.

La referencia a la predictibilidad que ahora se establece incluye un segundo párrafo en el cual se resalta la relevancia de modificar criterios en forma escrita y motivada de manera muy similar a lo actualmente consignado en iniciativas que vienen manejándose en el Derecho Comparado, debiendo resaltarse, entre ellas, lo previsto en el denominado “principio de coherencia” recogido en el proyecto de Ley de Procedimiento Administrativo que hoy viene discutiéndose en República Dominicana.

I.1.3.4. La inclusión de nuevos principios del procedimiento administrativo

a. El principio de ejercicio legítimo del poder (Numeral 1.17 del Artículo IV del Título Preliminar)

No solo se está ante una mejora en la formulación de principios actualmente consignados, sino también ante la explícita incorporación de algunos otros más. En este tenor se encuentra el denominado “principio de ejercicio legítimo del poder” –vinculado al “principio de ejercicio normativo del poder” del Proyecto de Ley dominicano—. Con este principio se busca evitar el abuso del poder, o el uso de dicho poder para objetivos distintos de los establecidos en las disposiciones generales o en contra del interés general.

b. El principio de responsabilidad (Numeral 1.18 del Artículo IV del Título Preliminar)

El principio de responsabilidad, en la misma línea de lo planteado en el mencionado Proyecto de Ley dominicano, explícita como pauta que la Administración Pública asuma las consecuencias de los perjuicios causados a bienes o a los derechos de las personas que pudiesen haberse generado por el ejercicio de la actividad administrativa. En algunos casos quien se hará cargo de reparar los perjuicios será la entidad involucrada; en otros, dependiendo de lo establecido por el ordenamiento jurídico vigente, sus funcionarios o servidores.

c. El principio de acceso permanente (Numeral 1.19 del Artículo IV del Título Preliminar)

Concluye esta referencia a los principios haciendo mención de lo planteado, otra vez teniendo en consideración el Proyecto de Ley dominicano, sobre el “principio de acceso permanente” que incluye los derechos de todo administrado a conocer el estado del trámite de su procedimiento, así como a acceder y obtener copias de los documentos contenidos en dicho procedimiento.

I.2 CAMBIOS INTRODUCIDOS AL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

La relevancia de los actos administrativos para el desarrollo del Derecho y el procedimiento administrativo es, a todas luces, insoslayable. En este nuevo texto de la LPAG se han introducido modificaciones en el objeto o contenido del acto administrativo, en las pautas relacionadas con su necesaria motivación, en el régimen de los actos de administración interna, en la entidad competente para declarar la nulidad, en los alcances de la obligación de notificar y las modalidades de notificación.

I.2.1. Modificaciones al objeto o contenido de los actos administrativos (Artículo 5)

En lo referido al contenido del acto administrativo, se está precisando de una mejor manera los alcances de lo previsto originalmente en la LPAG. Es decir, no solo se habilita la posibilidad de incluir como parte de dicho acto algo no planteado por los administrados e incorporado de oficio por la autoridad administrativa competente —luego de otorgar al administrado la posibilidad de fijar su posición y hasta aportar las pruebas que tenga a su favor— además, para asegurar que esa participación de los administrados pueda darse a cabalidad, se fija un plazo mínimo de cinco (5) días para que estos puedan exponer su posición y aporten las pruebas que consideren pertinentes.

I.2.2. Cambios en lo referido a la motivación de los actos administrativos (Artículo 6)

La motivación es indudablemente un aspecto de vital importancia no solo dentro de un acto administrativo, sino en la actuación de quien cuenta con autoridad. De allí que el texto del Numeral 6.1 del Artículo 6 sea específico en señalar que la falta de motivación genera la nulidad de un acto administrativo. Además de ello, en el Numeral 6.2 del Artículo 6 de la LPAG, se establece expresamente que los informes, dictámenes o similares que sirvan de fundamento a la decisión de la autoridad deben ser notificados al administrado conjuntamente con el acto administrativo. Finalmente, y en el plano de fortalecer a la falta o insuficiencia de motivación como causal de nulidad de un acto administrativo, se precisa que no constituye causal de nulidad el hecho de que el superior jerárquico de la autoridad emisora del acto tome una apreciación distinta, debiendo en base a ello estimar total o parcialmente el recurso presentado contra ese acto impugnado.

Búsqueda de mejores condiciones para los administrados en los dos primeros casos y, por otro lado, respeto a la discrepancia en el tercero. Esto encaja perfectamente con lo que se busca con la motivación, la cual implica contar con todos los elementos para un mejor resolver. Por ello, debe tenerse presente que la motivación no alude a impedir la generación de puntos de vista diferentes.

I.2.3. Precisiones sobre el régimen de los actos de administración interna (Artículo 7)

Conocida es la diferencia entre actos administrativos y los actos de la administración (o actos de administración interna), siendo estos últimos aquellos destinados a regular el propio funcionamiento y organización de cada entidad administrativa, cuyos efectos solo son invocables dentro del ámbito de la Administración Pública.

Si bien la LPAG ha reconocido que no es necesario cubrir estos actos de la administración de garantías análogas a los actos administrativos, en tanto y en cuanto se busca un funcionamiento eficiente y eficaz de la Administración Pública, conviene anotar cómo últimamente en el Derecho Comparado se ha pasado a reconocer que los actos de la administración pueden gozar de algunas de las ventajas otorgadas a los actos administrativos. Una de ellas es, indudablemente, la de conseguir la aplicación del régimen de eficacia anticipada, excepción a la regla general de la irretroactividad de los actos, aunque con ciertas restricciones.

De esta manera, se habilita la aplicación del régimen de eficacia anticipada de los actos administrativos a los actos de la administración, siempre que no se violen normas de orden público ni afecte a terceros. Como se sabe, existen algunos requisitos para permitir la eficacia anticipada de los actos administrativos, entre los cuales destacan que el acto no viole derechos fundamentales y que no perjudique derechos o intereses de terceros, parámetros que también recurren en favor de la alternativa planteada en el nuevo texto de la LPAG.

I.2.4. Mejoras en la especificación de la instancia competente para declarar la nulidad (Numeral 11.2 del Artículo 11)

En el anterior texto de la LPAG, la nulidad era conocida y declarada por la autoridad superior de quien dictó el acto administrativo, aclarándose que si se estaba ante un acto dictado por una autoridad que no se encontraba sometida a subordinación jerárquica, la nulidad era declarada por resolución de la misma autoridad.

Esta formulación lamentablemente era equívoca, pues parecía circunscribir la posibilidad de interponer recursos de reconsideración a pronunciamientos de una autoridad que está sometida a subordinación jerárquica, estableciendo una distinción que no se desprende de lo regulado en el Artículo 208 de la LPAG como pautas para la configuración de un recurso de reconsideración.

Tomando en cuenta lo anterior, resultaba pertinente, entonces, modificar la redacción existente para precisar con propiedad lo que ocurre, es decir, en primer lugar, la nulidad de oficio debe ser conocida y declarada por la autoridad superior de quien dictó el acto; no obstante, en caso se trate de un acto dictado por una autoridad que no está sometida a subordinación jerárquica, entonces la nulidad será declarada por resolución de la misma autoridad. En segundo lugar, en caso la nulidad sea planteada por medio de un recurso administrativo, debe ser conocida y declarada por la autoridad que lo resuelve. Se evitan, de esta manera, coberturas para distinciones que no se desprenden de la naturaleza de determinados recursos, o cuestionamientos a la competencia de quien asume la responsabilidad de resolver los recursos interpuestos.

I.2.5. Determinación de lo que corresponde a la autoridad competente en la delimitación de responsabilidades de quien emitió un acto nulo (Numeral 11.3 del Artículo 11)

Si lo que se busca con una declaratoria de nulidad es enfrentar el surgimiento de actos de suma gravedad y que, por ello, ameritan una drástica sanción, la capacidad para hacer efectiva la responsabilidad del emisor del acto inválido debe reforzarse en los casos en donde esto se amerita.

En ese contexto, se entiende que, ante supuestos de ilegalidad manifiesta, se pida a la autoridad administrativa correspondiente el mayor celo en la determinación de la responsabilidad de quien emitió el acto nulo, procediendo a tomar las acciones que luego permitan definir con claridad si debe o no sancionarse a aquel que colocó en el ordenamiento jurídico peruano una actuación que a todas luces es contraria a Derecho, para así evitar que estos cuestionables comportamientos queden impunes e incluso, precisamente por ello, incentiven a reproducirlos.

I.2.6. Modificaciones a la regulación de las notificaciones (Artículo 18)

Se mejorará el tratamiento de las notificaciones, en función de factores como la búsqueda de una mejor atención de los administrados, la intención de un mayor aprovechamiento de las nuevas tecnologías y el interés por contar con una Administración Pública más eficiente y comprometida con el ejercicio de derechos fundamentales y el cumplimiento de valores y principios propios de un Estado Constitucional y Democrático.

Así, pues, y constatando la existencia de alguna controversia al respecto, cuya subsistencia no favorece a los administrados, se precisa que la notificación deberá realizarse en día y hora hábil, salvo regulación especial con sentido diferente o naturaleza continuada de la actividad.

I.2.7. Anotaciones sobre las diferentes modalidades de notificación (Artículo 20)

Respecto de las modalidades de notificación, se especifica, en explícita defensa de derechos y previsiones ya establecidas en favor de los administrados, que no puede modificarse el orden de prelación ya establecido en el Numeral 20.1 del Artículo 20 de la LPAG.

Luego, se indica que la notificación dirigida a una dirección electrónica señalada por el administrado se entenderá efectuada cuando la entidad reciba la respuesta de recepción de la dirección electrónica señalada por el administrado. Asimismo, en los casos en los que no se reciba una respuesta automática de recepción en un plazo de diez (10) días útiles, la entidad pública procede a notificar por cédula. De esta manera, se busca otorgar condiciones básicas de seguridad jurídica en la actuación de todos los involucrados en un procedimiento administrativo.

Con esa misma naturaleza tuitiva, se ha procedido a la habilitación de una serie de casillas electrónicas gestionadas por cada entidad, opción que, en principio, para materializarse requiere del consentimiento del administrado, salvo la existencia de una norma en sentido contrario. Por ello, se disponen algunos recaudos adicionales —se determina cuándo se entiende efectuada la notificación en estos casos o se explicita la posibilidad de emplear firmas y certificados digitales— con los cuales buscan atenderse varias preocupaciones.

I.3. MODIFICACIONES A LAS DISPOSICIONES GENERALES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

I.3.1. La instauración del procedimiento administrativo electrónico (Artículo 29-A)

La OCDE ha señalado que la simplificación administrativa puede ser implementada de diversas maneras, estando entre ellas, el uso de las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC)⁽⁹⁾. Al respecto, ha mencionado que las TIC ofrecen inmensas posibilidades para la reducción de la carga administrativa, ya que mejoran la gestión de información y difusión:

(9) OECD. "Overcoming Barriers to Administrative Simplification Strategies. Guidance for Policy Makers". Año 2009, pp. 8-9. <<http://www.oecd.org/regreform/42112628.pdf>> Consulta: 3 de noviembre de 2016.

- La capacidad para hacer frente a enormes cantidades de datos puede mejorar la capacidad de respuesta del gobierno frente a las demandas externas.
- El alcance de difusión de la información se multiplica exponencialmente con el uso de medios electrónicos, especialmente el uso de las redes de Internet y el correo electrónico.
- El intercambio electrónico de datos, en comparación a la utilización de papeles, es una poderosa herramienta para reducir las cargas administrativas.

Teniendo en cuenta lo anterior, se ha incorporado el Artículo 29-A de la LPAG, el cual establece que, sin perjuicio de la utilización de medios físicos tradicionales, todo o parte del procedimiento administrativo podrá seguirse mediante el uso de las nuevas tecnologías y de medios electrónicos. De esta manera, se toma en consideración las directrices de la OCDE en la regulación del procedimiento administrativo, con la finalidad de que el administrado pueda realizar sus diferentes procedimientos administrativos con mayor facilidad y menores cargas para este, como es el hecho de ya no tener que apersonarse y realizar colas ante la entidad correspondiente.

Por otro lado, debe tenerse presente que el Numeral 20.4 del Artículo 20 de la LPAG faculta a los administrados a solicitar a la autoridad administrativa que, en el marco de un procedimiento administrativo, las notificaciones sean remitidas a una cuenta de correo electrónico. Ello implica que, ante dicha solicitud, la Administración Pública está obligada a utilizar ese medio como domicilio procesal. En ese sentido, se entiende lo previsto en el Artículo 29-A de la LPAG. Allí, luego de acreditarse que un procedimiento administrativo puede tramitarse total o parcialmente a través de medios e instrumentos electrónicos, se precisa que estos deben estar recogidos en un expediente (escrito o electrónico). Ese procedimiento administrativo electrónico deberá respetar todos los principios, derechos y garantías del debido procedimiento previstos en la LPAG, sin que con ello se afecte el derecho de defensa ni la igualdad de las partes, debiendo además tenerse previstas las medidas a seguir si el administrado no pudiera acceder a medios electrónicos.

Se añade también que los actos administrativos realizados a través de instrumentos electrónicos poseen la misma validez y eficacia jurídica que los actos realizados mediante los medios físicos tradicionales y, además, que las firmas digitales y documentos generados y procesados a través de tecnologías y medios electrónicos tendrán, si siguen los procedimientos establecidos, igual validez que los documentos manuscritos. Finalmente, tomando en cuenta la responsabilidad en tareas de gobierno electrónico que se les ha confiado, se encarga a la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM) la aprobación, por medio de decreto supremo, de los procedimientos administrativos, incluyendo los requisitos y condiciones para su utilización, que pueden efectuarse a través de tecnologías y medios electrónicos.

I.3.2. Precisión sobre la calificación de los procedimientos administrativos (Artículo 30)

En el Artículo 30 de la LPAG, se ha realizado una pequeña pero muy importante precisión, que es fundamental para salvaguardar el derecho del administrado a conocer de manera certera cuál es la calificación del procedimiento administrativo iniciado de parte. Así, se ha dispuesto que todos los procedimientos administrativos que, por exigencia legal, deben iniciar los administrados ante las entidades para satisfacer o ejercer

sus intereses o derechos, se clasifican en procedimientos de aprobación automática o de evaluación previa por la entidad, y este último a su vez sujeto, en caso de falta de pronunciamiento oportuno, a silencio positivo o silencio negativo. Con esta precisión, se tiene como finalidad que todas las entidades de la Administración Pública apliquen las calificaciones mencionadas, sin que puedan crear otras distintas.

I.3.3. Ampliación de procedimientos administrativos sujetos a aprobación automática (Artículo 31)

A efectos de que la simplificación administrativa pueda ser percibida por los administrados, era necesario ampliar el número de procedimientos administrativos sujetos a aprobación automática. Así, la aprobación automática se sustenta en el Principio de Veracidad, de manera que la solicitud del administrado se entiende aprobada desde el momento en que se presenta ante la entidad, siempre que cumpla con todos los requisitos, sin perjuicio de la fiscalización posterior.

Teniendo en cuenta ello, se agregan dos nuevos supuestos, los cuales son procedimientos administrativos para (i) habilitar el ejercicio de derechos preexistentes del administrado, como es el caso de la obtención de licencias y autorizaciones; y (ii) obtener la inscripción de registros administrativos. Al respecto, el artículo 33 de la versión original de la LPAG señalaba que el primer supuesto estaba sujeto a silencio administrativo positivo; posteriormente, la Ley del Silencio Administrativo, Ley N° 29060, recogió esta misma regulación. Sin embargo, no existe razón para que un derecho preexistente del administrado esté sujeto a una evaluación posterior.

Consecuentemente, ahora se empodera al administrado a ejercer estos derechos con la sola condición de cumplir con todos los requisitos previstos en el TUPA, y estar sujetos a la fiscalización posterior que realice la Administración Pública.

Por otro lado, considerando que la Presidencia de Consejo de Ministros es el rector del Sistema Administrativo de Modernización de la Gestión Pública, en el cual se encuentra la simplificación administrativa, se le ha otorgado la facultad para calificar otros procedimientos sujetos a aprobación automática. Además, con el objetivo de que lo anterior pueda ser efectivamente percibido por el administrado, se ha establecido expresamente que la calificación que realice la Presidencia del Consejo de Ministros será de obligatoria adopción por parte de todas las entidades, a partir del día siguiente en el Diario Oficial, sin necesidad de actualización previa del TUPA. No obstante lo anterior, las entidades continuarán obligadas a realizar la actualización del mismo en el plazo establecido en el Numeral 38.7 del Artículo 38 de la LPAG.

I.3.4. Fiscalización posterior de los procedimientos sujetos a aprobación automática y silencio administrativo positivo (Artículo 32)

Una de las preocupaciones más evidentes dentro de la LPAG, como lógica consecuencia con los objetivos que impulsaron su aprobación, es el establecimiento de un conjunto de criterios que deben seguir las entidades administrativas para clasificar, en sus TUPAs, los procedimientos administrativos de o bajo su competencia, los cuales son, a saber, los procedimientos de aprobación automática o de evaluación previa.

De esta preocupación general, se desprenden otras de significativa relevancia, respecto de las cuales se están introduciendo importantes precisiones. Con relación al control

posterior realizado por la Administración Pública, se dispone explícitamente que las condiciones establecidas para tal efecto en el Numeral 32.2 del Artículo 32 de la LPAG son aplicables —además de los procedimientos de aprobación automática— a los procedimientos de evaluación previa donde ha operado el silencio administrativo positivo.

Asimismo, se ha modificado el Numeral 32.3 del Artículo 32 de la LPAG, con la finalidad de establecer, de manera general, que la entidad declara la nulidad del acto administrativo en caso compruebe fraude o falsedad en la declaración, información o en la documentación presentada por el administrado. Además, con la finalidad de desincentivar la realización de estos actos prohibidos, ahora la multa es entre cinco (5) y diez (10) Unidades Impositivas Tributarias.

Además, se prescribe, en el nuevo Numeral 32.4 del Artículo 32 de la LPAG, las pautas a seguir con quienes, dentro de una fiscalización posterior, se detecte que presentaron documentos falsos o fraudulentos. En este escenario, cobra especial relevancia la labor confiada a la Central de Riesgo Administrativo, cuya administración se encuentra a cargo de la Presidencia del Consejo de Ministros⁽¹⁰⁾. Buscando que estas prácticas indebidas no se repitan, la Central de Riesgo Administrativo deberá publicar trimestralmente la relación de aquellos administrados que hubiesen presentado declaraciones, información o documentación falsa o fraudulenta. Las diferentes entidades deberán enviar la data correspondiente a la Central de Riesgo Administrativo, para así asegurar que el registro que se difunde no se encuentre desactualizado. Adicionalmente, se establece la obligación de que las entidades incluyan, de manera automática en sus acciones de fiscalización posterior, todos los procedimientos iniciados por los administrados incluidos en la relación de Central de Riesgo Administrativo.

I.3.5. Incorporación de la regulación del silencio administrativo en la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444

La LPAG, en su versión original, regulaba el silencio administrativo en los Artículos 33 y 34. Sin embargo, dichos artículos fueron derogados por la Ley del Silencio Administrativo, Ley N° 29060. Si bien esta norma tenía como finalidad regular de manera general el silencio administrativo, no es técnicamente adecuado que su regulación se encuentre en una norma distinta de la LPAG.

I.3.5.1. Ampliación de procedimientos sujetos a silencio positivo (Artículo 33)

En el Artículo 33 de la LPAG, se establecen los procedimientos de evaluación previa sujetos al silencio positivo; así, si la entidad competente no resuelve dentro del plazo de ley, se entiende como aprobado lo solicitado por el interesado. En este rubro, estarían actualmente la mayoría de procedimientos administrativos existentes, salvo los clasificados por ley como de aprobación automática o de evaluación previa con silencio negativo, de acuerdo con lo previsto en el Numeral 31.4 del Artículo 31 y el Artículo 34 de la LPAG, respectivamente.

(10) Ello de conformidad con lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 096-2007-PCM y la Directiva N° 001-2008-PCM/SGP, aprobada por Resolución Ministerial N° 048-2008-PCM.

La reforma a la LPAG introduce cambios en todo el texto del Artículo 33, de modo que se regresa a la regla del silencio positivo en los procedimientos administrativos. En ese sentido, hace precisiones sobre las peticiones y establece un procedimiento a seguir. En primer término, en el Inciso 1 del Numeral 33.1 del Artículo 33 de la LPAG, se dispone que el silencio positivo es aplicable para aquellas solicitudes cuya estimación habilite el desarrollo de actividades económicas que requieren autorización previa del Estado, y siempre que no se encuentren sujetas al silencio negativo taxativo contemplado en el Artículo 34. Así, se elimina la referencia a que (i) silencio positivo es aplicable para aquellas solicitudes que habiliten el ejercicio de derechos preexistentes de los administrados, puesto que, como se ha señalado, este supuesto está sujeto actualmente a aprobación automática, y (ii) la excepción referida a la transferencia de facultades de la Administración Pública o que habilite para realizar actividades que se agoten instantáneamente en su ejercicio.

Además, el sentido inicial del Inciso 2 del Numeral 33.2 del Artículo 33 implicaba que los procedimientos de evaluación previa estaban sujetos a silencio positivo si estamos ante recursos destinados a cuestionar la desestimación de una solicitud cuando el particular hubiese optado por la aplicación del silencio administrativo negativo. Ahora se dispone que, entre otros supuestos, se encuentran sujetos a procedimientos de evaluación previa aquellos recursos destinados a cuestionar la desestimación de una solicitud o a actos administrativos anteriores, siempre que no se encuentren sujetos al silencio negativo contemplado en el Artículo 34 de la LPAG.

Igualmente, el Inciso 3 del Numeral 33.1 del Artículo 33 de la LPAG incorpora la regla de aplicación del silencio positivo en los procedimientos administrativos, previsto, anteriormente en el Inciso 4 del mismo numeral. Así, se regresa a la regla del silencio positivo en los procedimientos administrativos, dado que, con Ley del Silencio Administrativo, Ley N° 29060, parecía, más bien, que la regla era la aplicación del silencio negativo.

Del mismo modo, en el Numeral 33.2 de la LPAG, se establece que, como constancia de la aplicación del silencio positivo de la solicitud del administrado, basta la copia del escrito o del formato presentado conteniendo el sello oficial de recepción, sin observaciones e indicando el número de registro de la solicitud, fecha, hora y firma del agente receptor.

Por otro lado, considerando que la Presidencia de Consejo de Ministros es el rector del Sistema Administrativo de Modernización de la Gestión Pública, en el cual se encuentra la simplificación administrativa, se le ha otorgado la facultad para calificar otros procedimientos sujetos a silencio positivo. Además, con el objetivo de que lo anterior pueda ser efectivamente percibido por el administrado, se ha establecido expresamente que la calificación que realice la Presidencia del Consejo de Ministros será de obligatoria adopción por parte de todas las entidades, a partir del día siguiente en el Diario Oficial, sin necesidad de actualización previa del TUPA. No obstante lo anterior, las entidades continuarán obligadas a realizar la actualización del mismo en el plazo establecido en el Numeral 38.7 del Artículo 38 de la LPAG.

Finalmente, en el Numeral 33.4 del Artículo 33 de la LPAG, se realiza la precisión que los procedimientos de petición graciable y de consulta se rigen por su regulación específica.

I.3.5.2. Aprobación de petición mediante el silencio positivo (Artículo 33-A)

En el Artículo 33-A de la LPAG, se indica que la aprobación de la petición del administrado en los procedimientos sometidos a silencio positivo se asumirá cuando se materialice el vencimiento del plazo otorgado a la autoridad competente para pronunciarse, sin necesidad de que exista un documento destinado a habilitar el derecho del administrado. Esto, por cierto, no libera al administrado de una fiscalización posterior a cargo de la entidad competente.

I.3.5.3. Aprobación del procedimiento (Artículo 33-B)

Ahora bien, en la misma línea de lo planteado en el Artículo 33-A, se encuentra el Artículo 33-B de la LPAG. En ese sentido, se tiene previsto que si el administrado quiere manejarse con mayores garantías, puede presentar una declaración jurada ante la entidad que permitió la aplicación del silencio positivo para hacer valer sus derechos. También podrá recurrirse a estas declaraciones en los procedimientos de aprobación automática cuando se esté ante casos previstos en el Numeral 31.2 del Artículo 31 de la LPAG, situaciones en las cuales el administrado requiere de un documento para hacer efectivo su derecho, documento que la Administración Pública recibiría y que debe entregarse en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles.

I.3.5.4. Restricción de procedimientos sujetos a silencio negativo (Artículo 34)

Directamente vinculado con lo anteriormente expuesto, se encuentran las modificaciones realizadas al Artículo 34 de la LPAG. Allí, luego de resaltarse el carácter excepcional de un procedimiento de evaluación previa con silencio administrativo negativo, se elimina la anterior referencia a los Numerales 34.1.1, 34.1.2, 34.1.3, 34.1.4, y 34.1.5 del Artículo 34, sin que ello implique descartar la vigencia del contenido de algunos de ellos. Así, en el Numeral 34.1 del Artículo 34 de la LPAG, se dispone que el silencio negativo aplicará en aquellos casos en los que la actividad del administrado habilitada por el silencio pueda afectar significativamente y directamente la salud pública, el medioambiente, los recursos naturales, la seguridad ciudadana, el sistema financiero y de seguros, el mercado de valores, la defensa comercial, la defensa nacional y el patrimonio cultural de la nación, sin que la fiscalización posterior no pueda identificar y sancionar.

También se mantiene la aplicación del silencio negativo en los procedimientos trilaterales que generen obligación de dar o hacer del Estado; autorizaciones para operar casinos de juego y máquinas tragamonedas; en los cuales se transfiera facultades de la administración pública; y en aquellos procedimientos de inscripción registral ante Superintendencia Nacional de Registros Públicos - SUNARP.

Se aclara, además, que en materia tributaria y aduanera, el silencio administrativo se regula por sus leyes y normas especiales. Asimismo, se sigue permitiendo que, mediante sus correspondientes TUPAs, las autoridades puedan calificar los procedimientos aquí señalados como de aprobación automática o sujetos a silencio positivo si con ello se tutela el interés general. Esta habilitación de calificación a las autoridades no es invocable, por su propia naturaleza, en procedimientos trilaterales o en aquellos que generen obligación del Estado cuando aprecien que sus efectos reconozcan el interés solicitante, sin exponer significativamente el interés general.

Por último, al igual que en los Artículos 31 y 33 de la LPAG, le otorga a la Presidencia del Consejo de Ministros la facultad para calificar otros procedimientos sujetos a silencio negativo. Además, con el objetivo de que lo anterior pueda ser efectivamente percibido por el administrado, se establece expresamente que la calificación que realice la Presidencia del Consejo de Ministros será de obligatoria adopción por parte de todas las entidades, a partir del día siguiente en el Diario Oficial, sin necesidad de actualización previa del TUPA. No obstante lo anterior, las entidades continuarán obligadas a realizar la actualización del mismo en el plazo establecido en el Numeral 38.7 del Artículo 38 de la LPAG.

I.3.6. Precisiones respecto de la legalidad del procedimiento (Artículo 36)

Hablar en la actualidad del respeto al principio de legalidad, antes que sometimiento a una regulación hecha mediante una Ley del Congreso de la República, involucra plantear una disposición dictada en la materia respectiva por la autoridad competente a través del medio normativo correspondiente. Es en ese sentido que cabe entender lo establecido en el Numeral 36.1 del Artículo 36 de la LPAG, en el cual se especifica que también son normas habilitadas para establecer procedimientos, requisitos y costos administrativos las Ordenanzas Regionales o las decisiones emitidas por los titulares de los organismos constitucionalmente autónomos. Además, en el caso de los Organismos Reguladores, se precisa que estos podrán establecer procedimientos y requisitos en ejercicio de su función normativa otorgada por medio del Numeral 3 del Artículo 32 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, Ley N° 29158.

También se cumple con la actual inclusión del principio de legalidad cuando ahora, en el nuevo texto del Numeral 36.1 del Artículo 36 de la LPAG, se señala que no corresponde a un TUPA crear procedimientos ni establecer nuevos requisitos, salvo en lo relativo a la determinación de las tasas que sean aplicables.

De otro lado, y para que todos estos preceptos cuenten con pleno sentido, se busca tener prevista alguna precisión sobre los alcances de este principio de legalidad si se está hablando de aquellos procedimientos que se encuentran a cargo de personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejerzan función administrativa. Ante la dificultad de hablar aquí de cuál sería la norma invocable, con el nuevo Numeral 36.4 del Artículo 36 de la LPAG se busca poner especial énfasis en la necesidad de publicitar los procedimientos aplicables en este contexto.

I.3.7. Incorporación de los Procedimientos Administrativos Estandarizados (Artículo 36-A)

Uno de los pilares centrales de la Política de Modernización de la Gestión Pública, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2013-PCM, es la implementación de la gestión por procesos, simplificación administrativa y la organización institucional de las entidades públicas a fin que brinden a los ciudadanos servicios de manera más eficiente y eficaz y logren resultados que los beneficien.

En ese sentido, se ha podido identificar que, en el ordenamiento, existen mismos procedimientos que son tramitados ante distintas entidades. Este es el caso, por ejemplo, de la licencia de funcionamiento, la cual es solicitada ante la Municipalidad competente. No obstante, si bien estos mismos procedimientos cuentan con una norma general que los regula, en la práctica, se ha podido evidenciar que las entidades no establecen un mismo procedimiento o mismos requisitos.

Con la finalidad de contrarrestar lo anterior, la Presidencia del Consejo de Ministros ha emitido TUPAs modelos. Un claro ejemplo es la Aprobación de TUPA modelo de los procedimientos administrativos de licencia de funcionamiento e inspecciones técnicas de seguridad en edificaciones para las municipalidades provinciales y distritales, Resolución Ministerial N° 088-2015-PCM.

De esta manera, con el objetivo de reforzar esta función de la Presidencia del Consejo de Ministros, se ha establecido en el Artículo 36-A de la LPAG que, mediante decreto supremo refrendado por la Presidencia del Consejo de Ministros, se aprueban los procedimientos administrativos estandarizados de obligatoria aplicación por las entidades competentes para tramitarlos, las que están impedidas de modificarlos o alterarlos. Asimismo, se señala expresamente que las entidades están obligadas a incorporar dichos procedimientos estandarizados en su respectivo TUPAs, para lo cual solo podrán determinar: (i) la unidad de trámite documentario o la que haga sus veces para dar inicio al procedimiento administrativo, (ii) la autoridad competente para resolver el procedimiento administrativo, (iii) la unidad orgánica a la que pertenece y (iv) la autoridad competente que resuelve los recursos administrativos.

Además, se ha previsto que la no actualización de los TUPAs por parte de las entidades, dentro de los cinco (5) días hábiles posteriores a la entrada en vigencia de los procedimientos administrativos estandarizados, tiene como consecuencia la aplicación del Artículo 49 de la LPAG, respecto a responsabilidad administrativa.

Así, el Artículo 36-A de la LPAG permitirá reforzar la simplificación administrativa, de manera que (i) mejorará la calidad, la eficiencia y la oportunidad de los procedimientos que la ciudadanía realiza ante la Administración Pública, y (ii) eliminará los obstáculos o costos innecesarios para la sociedad, que genera el inadecuado funcionamiento de la Administración Pública y vulnera los Principios de Legalidad, Razonabilidad y Uniformidad, previstos en el Artículo IV del Título Preliminar de la LPAG.

I.3.8. Vigencia indeterminada de los títulos habilitantes (Artículo 36-B)

El Artículo 36-B de la LPAG incorpora una nueva regla en el ordenamiento peruano, el cual consiste en que los títulos habilitantes (permisos, licencias, autorizaciones, entre otros) tendrán vigencia indeterminada. Antes, se podía evidenciar que los administrados se veían en la obligación de tramitar nuevos títulos habilitantes o la renovación de los mismos por el mero paso de tiempo, pese a que las condiciones para su otorgamiento permanecieran iguales. Lo anterior, a todas luces, era injustificado y resultaba un obstáculo en el administrado, a efectos de que continúe realizando las actividades que le fueron autorizadas.

Por ello, con el Artículo 36-B de la LPAG, se tiene como finalidad establecer que todos los títulos habilitantes tienen vigencia indeterminada, salvo que la autoridad verifique el cambio de las condiciones para su otorgamiento o las leyes especiales señalen lo contrario.

I.3.9. Pautas sobre el contenido del Texto Único de Procedimientos Administrativos (Artículo 37)

La regulación del TUPA en la LPAG ha tomado en consideración que, entre el 2013 y 2015, la Secretaría de Gestión Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros, a

partir de una muestra aleatoria, fiscalizó un total de cincuenta y uno (51) TUPAs. De la fiscalización realizada, se emitieron observaciones a los TUPAs, las cuales debían ser levantadas en un plazo perentorio de ciento veinte (120) días. El 64 % de la muestra no cumplió con levantar las observaciones en el plazo establecido.

Así, el grupo de entidades que presentan mayor porcentaje de incumplimiento son las municipalidades (81 %). Los grupos de entidades que presentaron menores porcentajes de incumplimiento son los Organismos Constitucionalmente Autónomos (20 %) y los Gobiernos Regionales (25 %). Además, el promedio de tiempo que ha transcurrido desde la notificación para el levantamiento de observaciones alcanza los setecientos veinte y tres (723) días (2 años, 3 días).

De esta manera, la LPAG tuvo previsto un artículo mediante el cual se buscaba establecer pautas para asegurar mayor predictibilidad de las acciones y los procedimientos administrativos y, para la mejor consecución de ese objetivo, se establecen precisiones puntuales pero importantes en el Artículo 37 de esta norma, destinadas a regular el contenido de un TUPA. Así, por ejemplo, en lo referido a la clara y taxativa descripción de los requisitos exigidos para la tramitación de cada procedimiento, lo que se busca es impedir que la Administración Pública solicite otros requisitos para resolver aquella situación sometida a su conocimiento, efectuándose un ajuste en la redacción del Numeral 37.2 del Artículo 37, ligando su comprensión a lo señalado en el Numeral 37.1 el Artículo 37.

De otro lado, y frente a lo vinculado con los supuestos en que procede el pago de derechos de tramitación, la indicación de su monto y la determinación de su forma, se elimina del Numeral 37.5 del Artículo 37 una referencia, en rigor innecesaria, a una relación de lo que va a cobrarse con la Unidad Impositiva Tributaria (UIT) vigente. Además, para evitar interpretaciones abusivas de las facultades con que cuenta la Administración Pública, se precisa en este mismo Artículo 37 que el TUPA también debe incluir los servicios prestados en exclusividad por las entidades y, además, se precisa que dichas funciones no son cualquiera que se atribuyan sino solo aquellas propias del marco de su competencia.

Por otra parte, y en esa misma línea, en los dos últimos párrafos del Artículo 37 de la LPAG, se aclara también, en primer término, que la fijación de los requisitos y condiciones para la prestación de servicios mediante Decreto Supremo involucra a los servicios brindados en exclusividad por las entidades implicadas. Luego, y para aquellos casos en los cuales nos encontremos ante servicios no prestados en exclusividad, se especifica la necesidad de que la regulación a darse, en estos casos, respete lo dispuesto en el Artículo 60 de la Constitución Política del Perú —que reconoce el pluralismo económico y la subsidiariedad de la actividad empresarial del Estado— y las normas sobre represión de la competencia desleal.

I.3.10. Modificaciones a la aprobación y difusión de los Texto Únicos de Procedimientos Administrativos (Artículo 38)

Buscando la consecución de los objetivos que motivaron el dictado de la LPAG, se han incorporado algunos cambios respecto de la publicidad del TUPA. Así, se incorpora el Numeral 38.2 del Artículo 38.2 de la LPAG para disponer que la norma que aprueba el TUPA se publica en el diario oficial *El Peruano*, mas no el texto del mismo.

En ese sentido, de acuerdo al Numeral 38.3 del mismo artículo, el texto del TUPA se publica en el Portal del diario oficial *El Peruano*, el Portal de Servicios al Ciudadano y el respectivo portal institucional. Con la presente modificación, ya no se reputa necesario publicar el TUPA cada tiempo determinado, pues si se cuenta con el apoyo de portales como los ya previstos, bien puede asegurarse, a través de tales medios, la cabal comprensión y difusión de estos TUPA con menores costos y sin mayores perjuicios a la ciudadanía.

Por otro lado, también se ha modificado el Numeral 38.5 del Artículo 38 de la LPAG con la finalidad de disponer que una vez aprobado el TUPA, toda modificación que no implique la creación de nuevos procedimientos, incremento de derechos de tramitación o requisitos, se debe realizar por Resolución Ministerial del Sector, o por resolución del titular del organismo autónomo conforme a la Constitución, o por decisión de titular de los Organismos Reguladores, Norma Regional de rango equivalente o Decreto de Alcaldía, según el nivel de gobierno respectivo.

Igualmente, se modificó el Numeral 38.6 del Artículo 38 de la LPAG para precisar que, en la elaboración del TUPA, las entidades deben evitar la duplicidad de los procedimientos administrativos en las entidades. Con la anterior redacción, estas solo debían procurar la duplicidad de procedimientos, lo cual no necesariamente implicaba un verdadero esfuerzo por parte de ellas; por ello, con fin de lograr la simplificación administrativa, ahora se establece que evitar la duplicidad de procedimientos administrativos es una obligación.

1.3.11. Obligación de permitir acceso a información para consulta por parte de las entidades (Artículo 39-A)

En el ordenamiento peruano, se ha podido identificar que diversos procedimientos administrativos establecen requisitos que se encuentran en las bases de datos y registros de otras entidades. No obstante lo anterior, el administrado se encontraba en la obligación de tener que presentar aquel requisito, lo cual era, en los hechos, una carga para este.

Con la finalidad de que la simplificación administrativa pueda ser percibida por el administrado, la incorporación del Artículo 39-A en la LPAG tiene como objetivo que todas las entidades tengan la obligación de permitir a otras, gratuitamente, el acceso a sus bases de datos y registros para consultar sobre información requerida para el cumplimiento de requisitos de procedimientos administrativos o servicios prestados en exclusividad.

Así, en estos casos, la entidad únicamente solicitará al administrado la presentación de una declaración jurada en el cual manifieste que cumple con el requisito previsto en el procedimiento administrativo o servicio prestado en exclusividad.

1.3.12. Precisiones respecto a la documentación prohibida de solicitar (Artículo 40)

Si bien el Decreto Legislativo que aprueba diversas medidas de simplificación administrativa, N° 1246, regula documentación prohibida de solicitar, se considera conveniente que la LPAG también regule al respecto, toda vez que esta norma tiene como finalidad ser la norma general del procedimiento administrativo.

En ese sentido, se modifica el Numeral 40.1.1 del Artículo 40 de la LPAG, para precisar que se encuentra prohibido solicitar aquella documentación o información que la entidad solicitante posea o deba poseer en virtud de algún trámite realizado anteriormente por el administrado en cualquiera de sus dependencias, o por haber sido fiscalizado por ellas, durante cinco (5) años anteriores inmediatos, siempre que los datos no hubieren sufrido variación.

También se modifica el Numeral 40.1.1 del Artículo 40 de la LPAG a efectos de disponer se prohíba solicitar aquella documentación o información que haya sido expedida por la misma entidad o por otras entidades públicas del sector, en cuyo caso corresponde a la propia entidad recabarla directamente.

Igualmente, se prohíbe, en el Numeral 40.1.4 del Artículo 40 de la LPAG, solicitar fotografías personales, salvo para obtener documentos de identidad, pasaporte o licencias o autorizaciones de índole personal o por razones de seguridad nacional. Así, es conveniente precisar que los administrados suministrarán ellos mismos las fotografías solicitadas o tendrán libertad para escoger la empresa que las produce, con excepción de los casos de digitalización de imágenes.

También se prohíbe, en el Numeral 40.1.5 del Artículo 40 de la LPAG, exigir documentos de identidad personal distintos al Documento Nacional de Identidad (DNI). Asimismo, se dispone que solo se exigirá para los ciudadanos extranjeros carnet de extranjería o pasaporte según corresponda.

En la misma línea, se incorpora el Numeral 40.1.9 del Artículo 40 de la LPAG, para prohibir solicitar aquella documentación o información que, de conformidad con la normativa aplicable, se acreditó o debió acreditarse en una fase anterior o para obtener la culminación de un trámite anterior ya satisfecho. En este supuesto, la información o documentación se entenderá acreditada para todos los efectos legales.

Adicionalmente, se incorpora el Numeral 40.1.10 del Artículo 40 de la LPAG, a efectos de prohibir toda información o documentación que las entidades de la Administración Pública administren, recaben, sistematicen, creen o posean respecto de los usuarios o administrados que están obligadas a suministrar o poner a disposición de las demás entidades que las requieran para la tramitación de sus procedimientos administrativos y para sus actos de administración interna, de conformidad con lo dispuesto por ley, decreto legislativo o por Decreto Supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros.

1.3.13. Precisiones sobre los documentos sucedáneos (Artículo 41)

Si bien el Artículo 41 de la LPAG regula los sucedáneos de los documentos originales, ello no se podía evidenciar en el título del mismo. Por ello, se procedió a modificar para señalar, con mejor precisión, que este artículo regula la “presentación de documentos sucedáneos de los originales” y no simplemente “documentos”.

Además, se modifica el Numeral 41.1 del Artículo 41 de la LPAG para disponer que lo establecido en este artículo es de aplicación a todos los procedimientos administrativos, es decir, comprende tanto a los comunes como a los especiales.

Por otro lado, se indica como sucedáneo, en el Numeral 41.1.1 del Artículo 41 de la LPAG, las copias simples en reemplazo de documentos originales o copias legalizadas notarialmente de tales documentos, acompañadas de declaración jurada del

administrado acerca de su autenticidad. Asimismo, se precisa que las copias simples serán aceptadas, estén o no certificadas por notarios, funcionarios o servidores públicos en el ejercicio de sus funciones y tendrán el mismo valor que los documentos originales para el cumplimiento de los requisitos correspondientes a la tramitación de procedimientos administrativos seguidos ante cualquier entidad.

En el Numeral 41.1.3 del Artículo 41 de la LPAG, se dispone, como sucedáneo, las expresiones escritas del administrado contenidas en declaraciones con carácter jurado mediante las cuales afirman su situación o estado favorable, así como la existencia, veracidad, vigencia en reemplazo de la información o documentación prohibida de solicitar.

Adicionalmente, se incorpora el Numeral 41.5 del Artículo 41 de la LPAG para disponer que, mediante Decreto Supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y del sector competente, se puede ampliar la relación de documentos originales que pueden ser reemplazados por sucedáneos.

1.3.14. Validez de actos administrativos (Artículo 41-A)

En la tramitación de procedimientos administrativos, no es inusual que los administrados presenten actos administrativos emitidos por distintas entidades. No obstante, se ha podido evidenciar que, en estos casos, las entidades suelen cuestionar la validez de los mismos, pese a que, según lo regulado en la LPAG, todos los actos gozan de presunción de licitud.

Con la finalidad de que lo anterior sea prescrito, se incorpora el Artículo 41-A de la LPAG. Así, se dispone que, en la tramitación de procedimientos administrativos, las entidades no pueden cuestionar la validez de actos administrativos emitidos por otras entidades que son presentados para dar cumplimiento a los requisitos de los procedimientos administrativos a su cargo. Además, tampoco pueden suspender la tramitación de los procedimientos a la espera de resoluciones o información provenientes de otra entidad.

De esta manera, este nuevo artículo tiene como objetivo agilizar el procedimiento administrativo iniciado por el administrado.

1.3.15. Precisiones respecto a la Presunción de Veracidad (Artículo 42)

La redacción anterior del Numeral 42.1 del Artículo 42 de la LPAG establecía, sin distinción, que todas las declaraciones juradas, los documentos sucedáneos presentados y la información incluida en los escritos y formularios que presenten los administrados para la realización de procedimientos administrativos “se presumen verificados por quien hace uso de ellos, así como de contenido veraz para fines administrativos, salvo prueba en contrario”. Ello tenía como consecuencia que se sancione a una persona no solo por la información falsa o inexacta que ella haya producido o se refiera a su propia situación sino por la que se refiere a información de otros, incluso proveniente de otras autoridades.

Lo anterior es el caso, por ejemplo, de la participación de un consorcio en una licitación. Así, si bien un integrante del consorcio presentaba información falsa o inexacta en la licitación, todos los integrantes del mismo eran sancionados por falta a la Presunción de Veracidad, toda vez que estos no verificaron la información de aquel.

A todas luces, el Artículo 42 de la LPAG necesitaba precisarse, a efectos de disponer que la obligación de verificación es respecto a la propia situación del administrado. Por ello, se ha modificado el Numeral 42.1 del Artículo 42 de la LPAG para disponer que todas las declaraciones juradas, los documentos sucedáneos presentados y la información incluida en los escritos y formularios que presenten los administrados para la realización de procedimientos administrativos, se presumen verificados por quien hace uso de ellos, respecto a su propia situación, así como de contenido veraz para fines administrativos, salvo prueba en contrario. Esto es acorde con el principio de culpabilidad previsto en el artículo 230 de la LPAG.

Asimismo, se ha precisado que, en el caso de documentos emitidos por autoridades gubernamentales o por terceros, bastará que el administrado acredite su debida diligencia con la presentación las verificaciones correspondientes y razonables.

I.3.16. Modificaciones respecto del derecho de tramitación

I.3.16.1. Cambios en la regulación del derecho de tramitación (Artículo 44)

Dentro de lo vinculado con los derechos de tramitación, sus alcances y consecuencias, también es necesario anotar la forma en que se busca mejorar y simplificar el tratamiento de aspectos vinculados con el monto a cobrarse por el derecho de tramitación. Así, pues, en el Numeral 44.2 del Artículo 44 de la LPAG, se señala expresamente que los derechos de tramitación deben (i) ser aprobados de acuerdo al marco legal vigente y (ii) estar consignados en el TUPA vigente, a efectos de que sus cobros sean exigibles.

Además, en el Numeral 44.3 del Artículo 44 de la LPAG, ahora se hace explícita referencia al Artículo 112 de esta misma norma –disposición que regula el ejercicio del derecho de petición graciable– dentro de los casos en los cuales no se puede efectuar cobros por derechos de tramitación. Así, se busca delimitar mejor un aspecto clave para la mejor tutela de los derechos ciudadanos, esbozándolo mejor que lo previsto anteriormente. De igual manera, en el mismo numeral, se cambia la mención “Oficinas de Auditoría Interna” por la más técnicamente adecuada de “Órganos de Control Institucional” y, además, se prescribe que cada entidad podrá establecer el procedimiento correspondiente.

A su vez, en el Numeral 44.6 del Artículo 44 de la LPAG, se precisa que mediante Decreto Supremo no solo se establecerán criterios y procedimientos para la determinación de costos y la fijación de derechos de tramitación, sino que, adicionalmente, se fijará la metodología a aplicar, prescribiendo que estas metodologías, criterios y procedimientos deberán encontrarse establecidas en el TUPA de cada entidad. Sin perjuicio de ello, también se otorga la facultad a las entidades para aprobar derechos de tramitación menores a los que resulten de la aplicación de los criterios, procedimientos y metodologías.

Igualmente, considerando que la Presidencia de Consejo de Ministros es el rector del Sistema Administrativo de Modernización de la Gestión Pública, en el cual se encuentra la simplificación administrativa, se le ha otorgado la facultad para que, mediante Decreto Supremo, pueda aprobar los derechos de tramitación para los procedimientos estandarizados, regulados en el Artículo 36-A de la LPAG. En la misma línea, con la finalidad de que lo anterior sea efectivamente implementado, se ha señalado

expresamente que dichos derechos de tramitación son de obligatorio cumplimiento por parte de las entidades a partir de su publicación en el diario oficial *El Peruano*, sin necesidad de realizar actualización del TUPA. No obstante lo anterior, las entidades están obligadas a incorporar el monto del derecho de tramitación en sus TUPAs dentro del plazo máximo de cinco (5) días hábiles, sin requerir un trámite de aprobación de derechos de tramitación, ni su ratificación, toda vez que la Presidencia del Consejo de Ministros habrá verificado que dichos derechos cumplan con los criterios, procedimientos y metodologías correspondientes.

I.3.16.2. Nuevas especificaciones para el límite de los derechos de tramitación (Artículo 45)

Se establece una regla general para la determinación del monto de los derechos de tramitación en el primer párrafo del Numeral 45.1 del Artículo 45 de la LPAG, entendiéndose que en algunos casos conviene fijar tasas que superen los topes legales ordinarios. Ello en mérito a la naturaleza de la labor emprendida y evitando la división del procedimiento y el cobro por etapas.

Oportuno es anotar que para beneficiarse con este régimen de excepción se exigía, en el Numeral 45.1 del Artículo 45 de la LPAG, obtener un Decreto Supremo, refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro de Economía y Finanzas. Ahora bien, esta exigencia ha devenido en un requerimiento que va más allá de lo razonable para controlar eventuales excesos y dar una oportuna respuesta a requerimientos de la Administración Pública por otorgar un tratamiento distinto a casos que bien justifican y requieren una regulación diferente. Por ello, ahora se exige, si hay intenciones de acogerse al referido régimen especial, contar solamente con una autorización de la Presidencia del Consejo de Ministros, materializada mediante el instrumento correspondiente. Además, se precisa que la autorización de la Presidencia del Consejo de Ministros no es aplicable para los casos en que se haya aprobado los derechos de tramitación para los procedimientos estandarizados, dado que, como se ha señalado anteriormente, esta entidad verificará que dichos derechos cumplan con los criterios, procedimientos y metodologías correspondientes.

I.3.17. Sobre el reembolso de los gastos administrativos en los cuales eventualmente se puede incurrir (Artículo 47)

Resulta necesario indicar que la tramitación de un procedimiento administrativo genera gastos y, a su vez, una discusión sobre si estos son reembolsables o no. De ser ello así, habría que determinar la base sobre la cual podría justificarse dicho eventual reembolso.

En este punto, se introduce un cambio importante a lo anteriormente regulado. La anterior redacción del Numeral 47.2 del Artículo 47 de la LPAG señalaba que no existe condena de costas en ningún procedimiento administrativo, sin duda como consecuencia de la regla –aplicada aunque formalmente no incluida en la LPAG– que apunta a la gratuidad de los procedimientos administrativos en el Perú.

Ahora bien, considerando la realidad y la experiencia en nuestro país y en el Derecho Comparado al respecto, resulta oportuno plantear que el Numeral 47.2 del Artículo 47 de la LPAG no consideraba, por ejemplo, que en el caso de un procedimiento

administrativo trilateral –en el cual, por su propia naturaleza, concurren por lo menos dos administrados– pretendiendo que la autoridad competente reconozca una pretensión de condena o un mejor derecho de un administrado sobre otro. Aquí, como se configura en los procedimientos trilaterales seguidos ante el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI (v. gr. la Resolución N° 0481-2005/TDC-INDECOPI es el punto de partida para muchos otros pronunciamientos emitidos con un similar sentido), sí sería propicio el establecimiento de una condena de costas.

Lo anterior explica que la nueva redacción del Numeral 47.2 del Artículo 47 de la LPAG establezca que las entidades podrán ordenar, en el acto administrativo que causa estado, la condena de costas y costos por la interposición de recursos administrativos maliciosos o temerarios.

Además, se ha considerado conveniente señalar una definición de recurso malicioso o temerario. Así, se entenderá como aquel carente de todo sustento de hecho y de derecho, de manera que, por la ostensible falta de rigor en su fundamentación, se evidencia la intención de mala fe del administrado. Para ello, se debe acreditar el conocimiento objetivo del administrado de ocasionar un perjuicio. Adicionalmente, se ha precisado que la Presidencia del Consejo de Ministros aprobará los lineamientos para la aplicación de este numeral. A todas luces, dichos lineamientos serán de obligatorio cumplimiento por parte de todas las entidades.

I.3.18. Fortalecimiento de las facultades de la Presidencia de Consejo de Ministros (Artículo 48)

La eficacia de la normativa planteada en este apartado de la LPAG –y la de todo lo previsto a lo largo de esta norma– depende, en buena medida, de la existencia de una estructura organizacional y funcional para el desarrollo de una buena gestión encomendada, con competencias claramente determinadas. Solamente así se podrá contar con un elemento indispensable que garantice el cabal desarrollo de lo ya dispuesto.

En ese contexto, se justifica la existencia del Artículo 48 de la LPAG. Así, en primer lugar, se señala, en una norma de rango legal como la LPAG, que la Presidencia del Consejo de Ministros es una entidad rectora, de modo que es la máxima autoridad técnica normativa del Sistema de Modernización de la Gestión Pública. De acuerdo al Artículo 44 de la Ley Orgánica del Poder ejecutivo, Ley N° 29158, los Sistemas están a cargo de un Ente Rector que se constituye en su autoridad técnico-normativa a nivel nacional; dicta las normas y establece los procedimientos relacionados con su ámbito; coordina su operación técnica y es responsable de su correcto funcionamiento en el marco de la esta ley, sus leyes especiales y disposiciones complementarias.

Además, lo anterior es acorde con el Artículo 3 de la Política de Modernización de la Gestión Pública, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2013-PCM, el cual dispone que esta entidad, a través de la Secretaría de Gestión Pública, es rector del proceso de Modernización de la Gestión Pública y tiene a su cargo la articulación, seguimiento y evaluación de la Política Nacional de Modernización de la Gestión Pública.

En razón a lo anterior, se le ha otorgado las siguientes competencias:

1. Dictar Directivas, metodologías y lineamientos técnico normativos en las materias de su competencia.

2. Emitir opinión vinculante sobre el alcance e interpretación de las normas de simplificación administrativa incluyendo la LPAG.
3. Asesorar a las entidades en materia de simplificación administrativa y evaluar de manera permanente los procesos de simplificación administrativa al interior de las entidades, para lo cual podrá solicitar toda la información que requiera de éstas.
4. Supervisar y fiscalizar el cumplimiento de las normas de la LPAG.
5. Supervisar que las entidades cumplan con aprobar sus TUPA conforme a la normativa aplicable.
6. Supervisar que las entidades cumplan con aplicar los procedimientos estandarizados y actualicen sus TUPA para incorporarlos en él.
7. Supervisar que las entidades cumplan con las normas de simplificación administrativa en la tramitación de sus procedimientos administrativos y servicios prestados en exclusividad.
8. Detectar los incumplimientos a las normas de la LPAG y ordenarlas modificaciones pertinentes, otorgando a las entidades un plazo perentorio para la subsanación.
9. En caso de no producirse la subsanación, la Presidencia del Consejo de Ministros entrega un informe a la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del INDECOPI, a fin de que inicie de oficio un procedimiento de eliminación de barreras burocráticas, sin perjuicio de la aplicación de lo previsto en el artículo 239 de la LPAG.
10. Realizar las gestiones del caso conducentes a hacer efectiva la responsabilidad de los funcionarios por el incumplimiento de las normas del presente Capítulo, para lo cual cuenta con legitimidad para accionar ante las diversas entidades de la administración pública.
11. Establecer los mecanismos para la recepción de denuncias y otros mecanismos de participación de la ciudadanía. Cuando dichas denuncias se refieran a asuntos de la competencia de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas, se inhibirá de conocerlas y las remitirá directamente a esta.
12. Otras previstas en la LPAG y las que señalen los dispositivos legales correspondientes.

Por último, se precisa que la Presidencia del Consejo de Ministros puede tercerizar sus funciones de supervisión y fiscalización para el cumplimiento de la LPAG, lo cual permitirá realizar sus tareas con mayor eficacia. La Presidencia del Consejo de Ministros regula el procedimiento que realizará para tal efecto.

I.3.19. Precisiones respecto al régimen a seguir por las entidades sin Texto Único de Procedimientos Administrativos vigente (Artículo 49)

El establecimiento de un régimen a aplicar a las entidades sin TUPA vigente ha estado presente desde el texto original de la LPAG. Con ello se busca promover la obtención de la tan deseada simplificación administrativa en nuestro país, preocupación instalada en el Perú incluso antes de la aprobación de la LPAG. Sin embargo, lo prescrito en la normativa no ha permitido obtener a cabalidad los objetivos buscados.

Es, pues, en este escenario en donde se entienden las modificaciones formuladas al texto del Artículo 49 de la LPAG. Allí, además de realizarse algunas precisiones puntuales sobre las implicancias de que una entidad no tenga un TUPA vigente, se establecen

las consecuencias directas del incumplimiento en que incurre aquella entidad cuando, a pesar de estar obligado a ello, no aprueba o no modifica su TUPA.

Una de las consecuencias implica que los administrados quedan liberados de la exigencia de iniciar un procedimiento administrativo para obtener la autorización previa para realizar actividades económicas, sin ser pasibles de sanción alguna. Al respecto, se ha precisado que lo anterior no solo es aplicado en los procedimientos de aprobación automática, sino también en los procedimientos sujetos a silencio administrativo positivo.

Se especifica también que la suspensión de esta prerrogativa de la autoridad concluye a partir del día siguiente de la publicación del TUPA (y no con su mera publicación). Ahora bien, lo más relevante de las propuestas de redacción contenidas en el Artículo 49 de la LPAG es el establecimiento de ciertas consecuencias para quien incumple con sus obligaciones de aprobar y publicar los Tupas correspondientes.

Para estos casos, la entidad verá suspendidas sus facultades de exigir al administrado la tramitación del procedimiento administrativo, la presentación de requisitos o el pago del derecho de tramitación, de modo tal que pueda garantizarse el desarrollo de sus actividades. Además, se prevé expresamente que el incumplimiento por parte de los funcionarios responsables de la aprobación o publicación de los TUPAs constituye falta disciplinaria grave.

1.3.20. Tercerización de actividades (Artículo 49-A)

Se incorpora el Artículo 49-A en la LPAG, para permitir la tercerización de las actividades de las entidades. Se tiene como finalidad (i) facilitar el cumplimiento de sus funciones con el apoyo de terceros y (ii) lograr que sean más rápidas y eficientes.

No obstante, esta disposición no se refiere a todas las actividades que realizan las entidades, sino solo aquellas vinculadas a los procedimientos administrativos y servicios prestados en exclusividad distintas a la emisión de los actos administrativos o cualquier resolución.

Así, las entidades mantienen la competencia exclusiva de emitir actos administrativos o cualquier resolución, toda vez que estos producirán efectos jurídicos sobre los administrados.

I.4. NUEVOS DERECHOS DE LOS ADMINISTRADOS EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

I.4.1. Precisión de nuevos derechos a los administrados en el procedimiento administrativo (Artículo 55)

El Artículo 55 de la LPAG regula los derechos de los administrados en el procedimiento administrativo general. Al respecto, la lista de derechos regulados en este artículo no es cerrada, puesto que el administrado cuenta, además, con todos aquellos derechos reconocidos en la Constitución, los Tratados Internacionales, las leyes aplicables, entre otras normas.

No obstante, se ha considerado necesario señalar expresamente más derechos, con la finalidad de otorgar al administrado mayores garantías para defenderse ante la Administración Pública de ser necesario.

Así, se ha establecido en el Numeral 13 del Artículo 55 de la LPAG que el administrado tiene derecho a no presentar los documentos prohibidos de solicitar las entidades, a emplear nos sucedáneos documentales y a no pagar tasas diferentes a las debidas según las reglas de la LPAG. Como se puede evidenciar, lo anterior es a consecuencia de lo establecido en los Artículos 40, 41 y 44 de la LPAG, con respecto a no presentar documentos prohibidos de solicitar, documentos sucedáneos y el derecho de tramitación, respectivamente.

Adicionalmente, en el Numeral 14 del Artículo 55 de la LPAG, se ha previsto que, en caso de renovaciones de autorizaciones, licencias, permisos y similares, se entenderán automáticamente prorrogados en tanto hayan sido solicitados durante la vigencia original, y mientras la autoridad instruye el procedimiento de renovación y notifica la decisión definitiva sobre este expediente. Sobre el particular, la experiencia nos ha mostrado que, en diversas oportunidades, el administrado presentaba, dentro del plazo, la renovación de autorizaciones, licencias, permisos y similares; sin embargo, la autoridad administrativa se demoraba más allá de lo previsto en el TUPA. De esta manera, el administrado se veía en la necesidad de cesar actividades hasta que la autoridad resuelva la renovación del título habilitante. Por ello, con el objetivo de que el administrado no tenga que cesar actividades a consecuencia de la demora de la Administración Pública, se ha establecido este numeral.

I.5. MODIFICACIONES LAS DISPOSICIONES SOBRE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA

I.5.1. Modificaciones en las técnicas de distribución funcional de competencias administrativas y precisiones sobre los deberes y prohibiciones de las autoridades en los diferentes procedimientos

Respecto de los sujetos del procedimiento, es oportuno valorar la finalidad del subcapítulo referido a la autoridad administrativa, consistente en regular las técnicas de distribución funcional de competencias administrativas y las distintas formas de transferencia de titularidad o mero ejercicio, ya sea a nivel interno (intersubjetivo) o entre diferentes organizaciones administrativas (interorgánico).

I.5.1.1. Precisiones respecto al carácter inalienable de la competencia administrativa (Artículo 63)

En el caso del Numeral 63.2 del Artículo 63 de la LPAG se precisa que las posibilidades de exigir a una autoridad que no desarrolle atribuciones administrativas se refieren a aquellas que son de su competencia.

De otro lado, el nuevo Numeral 63.4 del Artículo 63 de la LPAG —es explícito en señalar que las entidades o sus funcionarios no pueden dejar de cumplir con la tramitación de procedimientos administrativos, siendo nulo todo pacto en contrario.

I.5.1.2. Cambios respecto de la delegación (Artículo 67)

Como es de conocimiento general, la delegación es una técnica de asignación de competencias, por medio del cual el titular de dichas competencias encarga temporalmente su desarrollo a otro órgano, pudiendo recuperar su pleno ejercicio luego de transcurrido un plazo inicialmente pactado, sea por la aparición de determinado acontecimiento o cuando tenga la voluntad de hacerlo.

Dentro de la LPAG, el Artículo 67 regula la forma en que se materializa la delegación de competencias. En ese sentido, en el Numeral 67.1 del Artículo 67 de la LPAG, ahora se habilita expresamente dicha delegación de un órgano a otro al interior de una misma entidad, posibilidad que, de la lectura literal de lo anteriormente previsto, algunos discutían que ya estuviese contemplada, pero que, en cualquier caso, es un escenario propio de delegación.

I.5.1.3. La introducción de importantes precisiones en lo recogido sobre desconcentración (Numeral 74.1 del Artículo 74)

Uno de los parámetros hoy más utilizados para la configuración y mejor organización de la Administración Pública es recurrir a técnicas como la de desconcentración. Mediante esta técnica, una entidad pública –buscando un mejor desarrollo de las tareas que le han sido confiadas– encarga la materialización de algunas de esas responsabilidades a otros órganos o unidades orgánicas existentes dentro de la misma entidad. Así, se descarga a los máximos niveles institucionales del desarrollo de tareas ordinarias o de poca complejidad o con una repercusión cualitativamente menos relevante.

Esta desconcentración puede darse en diferentes niveles, siendo conocida, en este sentido, la distinción entre **desconcentración funcional** (atribuciones que están en manos de la Alta Dirección de una entidad y que son confiadas a niveles inferiores dentro de la misma) y **desconcentración territorial** (atribuciones ejercidas en la oficina o sede central de la institución y que son confiadas a otros órganos ubicados en un espacio geográfico distinto). Sin embargo, y si de lo que se trata es de asegurar un mejor desenvolvimiento de las tareas asignadas o asumidas, pareciera más útil distinguir entre desconcentración horizontal y desconcentración vertical.

La *desconcentración vertical* involucra distribuir la labor en atención al grado y línea del órgano que realiza las funciones cuya concentración se quiere revertir, sin tomar en cuenta para ello el aspecto geográfico. Por otro lado, la **desconcentración horizontal** se articula, más bien, con la apuesta por expandir la cobertura de las funciones o servicios administrativos dentro de una entidad, siendo que si la cobertura aumenta se va a necesitar encargar a otros órganos al interior de la misma entidad esa nueva cobertura, evitando recargar más la labor de unos pocos.

Ya en el texto de la LPAG existen referencias a la desconcentración y sus alcances, las cuales se encuentran recogidas en su Artículo 74. Sin embargo, si se busca ser consecuente con la vocación didáctica y pedagógica que caracteriza a dicho cuerpo normativo, resulta conveniente resaltar los escenarios o modelos en los que se puede materializar esta desconcentración –de allí la inclusión destinada a explicar lo que se entiende por desconcentración horizontal y vertical–, aclarando además que esta técnica se aplica dentro de una misma entidad. Estos son, precisamente, los dos aspectos que se incluyen dentro del Numeral 74.1 del Artículo 74 de la LPAG.

I.5.1.4. La ampliación de los deberes de las autoridades en los procedimientos (Artículo 75)

La LPAG incluye necesarias menciones a los deberes y las prohibiciones de las autoridades en los diferentes procedimientos administrativos previstos en el Perú. En el texto original de la LPAG se establecía implícitamente la diferencia entre finalidades (razones de ser, propósitos), atribuciones (potestades concedidas o asignadas para

actuar) y deberes (tareas obligatorias impuestas para cumplir con las finalidades y atribuciones ya determinadas). Ello explica la existencia del Artículo 75 de la LPAG, en el cual se busca precisar los deberes de las autoridades en los procedimientos.

Sin embargo, existe un deber que convenía especificar, siendo necesario distinguir entre deberes de las autoridades (lo que la autoridad debe efectuar) y prohibiciones de esas mismas autoridades en los diferentes procedimientos (lo que la autoridad no puede hacer). Resulta oportuno, pues, incluir un décimo deber y, además, en un artículo aparte –denominado 75-A– establecer una serie de prohibiciones.

Al respecto, se establece, en el Numeral 10 del Artículo 75 de la LPAG, como deber de las autoridades, en los procedimientos, habilitar espacios idóneos para la consulta de expedientes y documentos, así como para la atención cómoda y ordenada del público, sin perjuicio del uso de medios que apliquen tecnologías de la información y otras similares. Esta es, indudablemente, una necesaria precisión si lo que se busca es una mejor y más completa atención de los requerimientos ciudadanos.

I.5.1.5. Prohibiciones a las autoridades en los diferentes procedimientos administrativos (Artículo 75-A)

Acertadamente se incorpora en la LPAG una serie de prohibiciones o conductas que una autoridad no puede asumir. Estas prohibiciones son de vital importancia si, como ocurre en el caso peruano, son objetivos de toda la regulación prevista para los diferentes procedimientos administrativos la tutela de los derechos ciudadanos y el buen funcionamiento de la Administración Pública, evitándose para ello que alguna autoridad incurra en supuestos de abuso de poder o de desviación de poder.

En el marco de dicho escenario, se dispone prohibir a las autoridades negarse a recibir escritos, declaraciones o formularios presentados por los administrados, o a expedir constancia de su recepción (sin perjuicio obviamente de las observaciones que se puedan plantear). También se prohíbe a toda autoridad exigir la presentación personal de peticiones, recursos o documentos si la normativa vigente no lo demanda.

I.5.1.6. Algunas pautas sobre colaboración entre entidades (Artículo 76)

La Administración Pública, dentro del Estado constitucional contemporáneo, cuenta cada vez más con mayores requerimientos de establecer espacios de coordinación, ya sea debido a que en algunos casos asume nuevas funciones, y en otros, ve cómo las tareas a su cargo van a sufrir cambios en su manera de materializarse. Comprendiendo aquello, se consideró necesario incluir, en el texto de la LPAG, algunas pautas vinculadas con la distribución funcional del poder⁽¹¹⁾ y, en ese escenario, recogió pautas de colaboración entre entidades, incorporadas en el Artículo 76 de la LPAG.

Es, pues, en este contexto que se plasman criterios como el del respeto de las competencias de las diferentes entidades existentes, la necesidad de intercambio de información entre entidades –respetando los límites constitucional y legalmente establecidos– o el deber de asistencia o auxilio interinstitucional. Ahora bien, el aporte que

(11) Una buena explicación sobre los alcances de este tema la encontramos, entre otros, en SANTAMARÍA PASTOR, Juan Antonio. *Principios de Derecho Administrativo*. 3ª edición, Volumen I, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid.

implicaba la redacción inicial del Artículo 76, cuya relevancia es insoslayable, requería ser precisado de una mejor manera y, en ese sentido, se incorporan los nuevos Números 76.2.5 y 76.5 del Artículo 76 de la LPAG.

En efecto, se aclara que las solicitudes hechas a una entidad pública por otra institución estatal competente para ello, en un escenario de colaboración, deben merecer una respuesta gratuita y oportuna. Asimismo, se explicita que esta colaboración interinstitucional no se circunscribe a entidades públicas, sino que también puede involucrar a instituciones de carácter privado. Para que ello ocurra basta con la firma de convenios entre entidades estatales y privadas, siempre y cuando estos acuerdos no contengan disposiciones que vulneren normas de orden público y además respeten la finalidad pública de la entidad involucrada.

En la medida en que son objetivos centrales de todo procedimiento administrativo, por un lado, la atención de los derechos y requerimientos ciudadanos formulados conforme a Derecho y, de otro, la existencia de un funcionario eficiente y eficaz de la Administración Pública en las tareas a su cargo, estas modificaciones quedan debidamente sustentadas.

I.5.1.7. Precisiones sobre la regulación de la abstención de autoridades (Artículo 88)

La actuación de quien cuenta con autoridad —y aquel que conduce cualquier procedimiento administrativo indudablemente la tiene— debe responder a ciertos parámetros, guardar determinados recaudos y respetar algunas garantías esenciales. Se genera, entonces, un escenario en el cual, entre otros factores, asume especial relevancia la preservación de la imparcialidad de quienes dentro de la Administración Pública están involucrados en el trámite y resolución de algún procedimiento administrativo en particular.

De allí la importancia de haber previsto la figura de la abstención, separación, apartamiento o excusa de la autoridad administrativa hasta entonces interviniente, ya sea por su propia iniciativa o a pedido de parte, con causales establecidas en el Artículo 88 de la LPAG. Luego de la experiencia vivida en estos últimos años, se consideró necesario establecer algunas significativas modificaciones.

I.5.1.7.1. La convivencia como nueva causal de abstención (Numeral 88.3 del Artículo 88)

Mención especial merece la referencia al conviviente de quien es autoridad entre la lista de aquellos que, de tener legítimo interés en el asunto que se trata, o en otro semejante cuya resolución pueda influir en aquel, generan un supuesto o causal de abstención de quien debía pronunciarse en ese asunto en particular, de acuerdo con lo dispuesto en el Numeral 88.3 del Artículo 88 de la LPAG.

Como bien se conoce, cuando se habla de imparcialidad se hace referencia a la necesidad de que las decisiones tomadas por quien cuenta con autoridad deben responder a parámetros objetivos y, por tanto, no ser consecuencia de sesgos, prejuicios o tratos discriminatorios. Para ello, quien resuelve no debe estar involucrado con los intereses de las partes intervinientes en la materia en la cual tiene que pronunciarse, pues aquello puede condicionar su necesaria objetividad.

La vinculación entre quienes están en relación de convivencia lleva, indudablemente, a una situación en donde la pareja de quien es autoridad comparte con él (o ella)

una serie de intereses o, por lo menos, por su cercanía con su conviviente, puede llevar a la autoridad a sentirse interesado(a) en acoger puntos de vista que atiendan intereses propios de su pareja y, con ello, condicionar su capacidad resolutoria frente a casos similares o a situaciones directamente vinculadas con lo que señale al respecto. De allí que resulte absolutamente pertinente considerar a una situación de convivencia dentro de las causales de abstención de una autoridad dentro de cualquier procedimiento administrativo.

I.5.1.7.2. Lo dispuesto en el Numeral 88.5 del Artículo 88

Se acorta el plazo previsto en el Numeral 88.5 del Artículo 88 de la LPAG. Así, ahora se establece que es causal de abstención cuando la autoridad tuviere o hubiese tenido en los últimos doce (12) meses, relación de servicio o de subordinación con cualquiera de los administrados o terceros directamente interesados en el asunto, o si tuviera en proyecto una concertación de negocios con alguna de las partes, aun cuando no se concrete posteriormente.

Del mismo modo, se busca ser más preciso en los alcances del Numeral 88.5 del Artículo 88 de la LPAG, precisando que no incurren en esta causal de abstención quienes únicamente hayan tenido contratos para la prestación de servicios públicos o hubiesen realizado otro tipo de operaciones que normalmente realiza el administrado en las mismas condiciones que ese administrado —ya sea como persona natural o como persona jurídica— ofrece esas operaciones a cualquier otro consumidor o usuario.

I.5.1.7.3. Lo establecido en el Numeral 88.6 del Artículo 88

Se ha considerado necesario establecer que la autoridad debe abstenerse si ha tenido intervención como asesor, perito o testigo en el mismo procedimiento, o si como autoridad hubiere manifestado previamente su parecer sobre el mismo, de modo que pudiera entenderse que se ha pronunciado sobre el asunto, salvo la rectificación de errores o la decisión del recurso de reconsideración.

I.5.1.7.4. Lo establecido en el Numeral 88.7 del Artículo 88

Las nuevas precisiones incorporadas al Artículo 88 de la LPAG incluyen además importantes disposiciones sobre las reglas que deben seguirse cuando una autoridad esté en posibilidad de abstenerse. Se prescribe entonces que en el caso en el cual la autoridad cuya abstención se solicita integre un órgano administrativo colegiado, será este colegiado quien deberá aceptar o denegar la solicitud. Se señala, además, que si la autoridad cuya abstención se plantea conforma un órgano unipersonal, será su superior jerárquico quien deberá emitir la resolución correspondiente; no obstante, no procede la abstención por decoro, en caso la autoridad sea un órgano unipersonal que constituya única o última instancia.

I.6 MODIFICACIONES SOBRE LA INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO, PLAZOS Y TÉRMINOS

I.6.1. Modificaciones respecto a la iniciación del procedimiento

I.6.1.1. Cambios introducidos al derecho de formular denuncias (Artículo 105)

Como es de conocimiento general, todo procedimiento administrativo comienza con un acto impulsado por la autoridad —de oficio— o por actos de los ciudadanos —iniciativa de parte—. En ese escenario, debe tenerse presente que, dentro de los procedimientos

de oficio se encuentra prevista la posibilidad de que, si bien su inicio es producto de una decisión de quien ejerce función administrativa, los ciudadanos pueden intentar convencer a esta actuación de la autoridad mediante la formulación de denuncias⁽¹²⁾.

Lo anterior explica la existencia del Artículo 105 de la LPAG donde se realizan especificaciones sobre el ejercicio del derecho a formular denuncias. Ahora bien, faltaba establecer un marco garantista a favor de quien esté dispuesto a formular una denuncia, aspecto muchas veces indispensable para permitir que los ciudadanos realmente se sientan en capacidad de ejercer el derecho cuya titularidad poseen y que este no quede así en el plano de una mera expectativa. De allí que se haya establecido, en el Numeral 105.4 del Artículo 105 de la LPAG, que la entidad receptora de una denuncia pueda otorgar medidas de protección al denunciante, preservando así su seguridad y evitando que este sea afectada de algún modo.

I.6.1.2. Precisiones acerca del derecho a solicitar información (Artículo 110)

Si se toma en cuenta que uno de los objetivos de la LPAG es el de mejorar la atención de los derechos y requerimientos ciudadanos frente al accionar de la Administración Pública, bien puede entonces reconocerse, entre otros elementos, la directa relación entre el ejercicio del derecho de petición y el de acceso a la información pública, con las múltiples consecuencias de ello.

En ese sentido, puede entenderse que el Artículo 110 de la LPAG establezca, como parte del derecho de petición, el derecho de los ciudadanos, sin importar si son o no parte de un procedimiento administrativo, a obtener aquella información con que cuentan las diferentes entidades.

Resulta necesario tener en claro que el cabal ejercicio de este derecho, máxime tomando en cuenta lo que involucra, requiere contar con ciertas condiciones básicas. Corresponde, entonces, facilitar un mejor acceso a información de carácter público, pudiendo recurrirse para ello a los diferentes medios tecnológicos hoy lícitamente disponibles, incluyendo a los de tipo electrónico. En razón a lo anterior, se ha modificado el Numeral 110.2 del Artículo 110 de la LPAG.

Sin embargo, todavía esta precisión puede resultar insuficiente si lo que se trata es de asegurar el cumplimiento del objetivo de este derecho: la obtención de determinada información. Muy a despecho de la obligación que tiene la Administración Pública de facilitarla, muchas veces se constata que las diversas entidades demoran irrazonablemente la realización de esa tarea, alcanzando la información requerida cuando ésta ya ha perdido total utilidad para el ciudadano que la requería.

Por ello, para evitar la sustracción de las entidades a una de sus obligaciones más relevantes, se ha considerado necesario establecer, en el Numeral 110.3 del Artículo 110 de la LPAG, la obligatoriedad de las entidades a responder las solicitudes de información

(12) Sobre las implicancias del derecho a formular denuncias y el papel de los denunciantes conviene revisar, entre otros, en REBOLLO PUIG, Manuel. "Interesados y denunciantes en el procedimiento administrativo sancionador". En: BARNES, Javier (Coordinador). *El Procedimiento Administrativo en el Derecho Comparado*. Civitas, Madrid, 1993.

que se le formulen dentro del plazo legal. Aquello implicará también tener presente las consecuencias que trae incumplir esta clase de obligaciones.

1.6.1.3. Modificaciones en la regulación del derecho a formular consultas (Artículo 111)

El derecho de petición incluye también la facultad de formular consultas por escrito a diversas autoridades administrativas sobre materias a su cargo. En este punto, debe tenerse presente que este reconocimiento, cuya importancia es innegable, resulta incompleto si no se busca asegurar que la consulta requerida sea atendida en un plazo razonable. Por ende, se especifica, en el Numeral 111.1 del Artículo 111 de la LPAG, como obligación de la autoridad competente la de responder las consultas por escrito y dentro del plazo legal formuladas por los ciudadanos, con todo lo que ello involucra.

1.6.1.4. Cambios sobre la representación del administrado (Artículo 115)

Se modifica el Numeral 115.1 del Artículo 115 de la LPAG, a efectos de flexibilizar los requisitos necesarios para la representación del administrado. De este modo, ahora para la tramitación de los procedimientos administrativos en general, es suficiente una carta poder simple con firma del administrado, salvo que leyes especiales requieran una formalidad adicional.

1.6.1.5. Precisión respecto a excepción aplicable en la acumulación de solicitudes (Artículo 116)

Se introduce un interesante matiz a lo ya dispuesto sobre acumulación de peticiones o de solicitudes. En el Artículo 116 de la LPAG, se habilita a que determinadas peticiones o solicitudes puedan resolverse juntas y simultáneamente para luego concluir en un mismo acto administrativo. De esta manera, no solo se simplifican trámites, sino también se procede a la materialización del principio de celeridad.

Ahora bien, debe tenerse presente que, dentro del Artículo 206 de LPAG –disposición en donde se desarrollan los alcances del derecho de contradicción o derecho a recurrir– se ha admitido la acumulación de pretensiones impugnatorias en forma subsidiaria, en la medida en que las instancias anteriores hayan analizado los hechos y fundamentos en que sustenta la ya antes mencionada pretensión subsidiaria. Ello claramente implica una excepción a la pauta prevista en el Numeral 116.2 del Artículo 116 de la LPAG, en donde se habilita la acumulación de más de una petición si estas tratan asuntos conexos, pero no planteamientos subsidiarios o alternativos. Aquello ha justificado la inclusión de una salvedad a lo originalmente previsto en el Numeral 116.2 del Artículo 116 de la LPAG.

1.6.1.6. Modificación sobre las observaciones a la documentación presentada (Artículo 125)

No debe perderse de vista que, junto a las necesarias previsiones sobre la presentación de los escritos, se cuenta también con ciertas pautas para la recepción de dicha documentación por los funcionarios públicos competentes. Siendo la pauta del Artículo 125 de la LPAG no limitar el ingreso de todos los escritos presentados –aunque no cumplan con los requisitos exigidos por ley–, ello no descarta la posibilidad de que, en un solo acto y por única vez, la unidad de recepción realice las observaciones que considere pertinentes frente al incumplimiento de requisitos, cuando no puede salvarlos de oficio.

Comprende en este contexto requerir al administrado las subsanaciones correspondientes, teniéndose previstas además a lo largo del Artículo 125 de la LPAG las pautas a seguir para plantear las observaciones correspondientes, así como las reglas a cumplir mientras se encuentre pendiente la subsanación dentro del plazo previsto. Todo ello fue considerado insuficiente por quienes impulsaron la dación del Decreto Legislativo N° 1029⁽¹³⁾, y ello explicaba la inclusión del Numeral 125.5 del Artículo 125 en el texto de la LPAG.

No obstante, con la incorporación hecha mediante el Decreto Legislativo N° 1029, se abre una segunda oportunidad para que la Administración Pública pueda observar aquella documentación presentada que no fue cuestionada en su momento por la unidad de recepción correspondiente o no fue subsanada adecuadamente. Se evitaba así el archivamiento del procedimiento, que era la alternativa original de la LPAG.

Ahora bien, lo añadido con el Decreto Legislativo N° 1029 no parece haber aportado a favor de un mejor desarrollo de la actividad administrativa o en una mayor tutela de los derechos del administrado, corriéndose, más bien, el riesgo de una dilación irrazonable del procedimiento administrativo. En mérito de ello, se elimina el Numeral 125.5 del Artículo 125 y el último párrafo que le acompañaba, volviéndose al texto original de la LPAG.

1.6.1.7. Precisión respecto a la subsanación documental (Artículo 126)

Se ha podido evidenciar que, en el día a día, diversas entidades realizan a los administrados observaciones y requerimientos, respecto de un mismo procedimiento, en diferentes oportunidades y documentos, pese a que ello ya se encontraba prescrito de acuerdo a la redacción anterior del Numeral 126.2 del Artículo 126 de la LPAG.

Por ello, se precisa este numeral, a efectos de señalar expresamente que las entidades deben realizar no solo observaciones sino también requerimientos en una sola oportunidad y en un solo documento. De esta manera, el administrado únicamente tendrá que absolver las observaciones y cumplir con los requerimientos en una sola oportunidad, sin tener que estar a la espera de nuevos cuestionamientos por parte de la Administración Pública que, finalmente, retrasan la culminación del procedimiento administrativo.

1.6.2. Cambios introducidos en lo referido a plazos y términos

1.6.2.1. Precisión respecto a la contabilización de plazos (Artículo 131)

Con respecto a la contabilización de plazos, se ha podido evidenciar que las entidades no han interpretado correctamente el Numeral 131.1 del Artículo 131 de la LPAG, puesto que la finalidad de esta disposición era establecer que los plazos de los procedimientos administrativos eran máximos, es decir, debían ser contabilizados desde el momento en que el administrado presentaba su solicitud o, en su defecto, la subsanación correspondiente; no obstante, en la práctica, las entidades asumieron que el plazo del procedimiento se reanudaba automáticamente por cada acto presentación de un nuevo documento por parte del administrado.

(13) [sic].

En ese sentido, con la presente modificación del Numeral 131.1 del Artículo 131 de la LPAG, se dispone expresamente que los plazos para el pronunciamiento de las entidades se contabilizan a partir de la fecha en la cual el administrado haya presentado su solicitud, salvo que se haya requerido subsanación; en este caso, los plazos se contabilizan una vez efectuada esta. Así, se busca que los procedimientos administrativos culminen en el plazo establecido.

1.6.2.2. Modificaciones vinculadas a los términos de la distancia (Artículo 135)

Tema siempre relevante es el del término de la distancia como mecanismo para tomar en cuenta la forma en la cual puede incidir la separación geográfica entre administrados y oficinas de la Administración Pública, máxime si apreciamos las dificultades de comunicación que puede generar una geografía tan accidentada como la peruana. Lo que no establecía el texto original del Artículo 135 de la LPAG era saber, a ciencia cierta, la pauta a seguir si en alguna entidad no se ha aprobado el cuadro de términos de la distancia correspondiente.

Esta imprecisión es subsanada cuando, en el Numeral 135.1 del Artículo 135 de la LPAG, se precisa que, en caso de que el titular de la entidad no haya aprobado el cuadro de términos de la distancia correspondiente, deberá aplicarse el régimen establecido como Cuadro General de Términos de la Distancia, aprobado por el Poder Judicial. Así, se establece un criterio claro a seguir supletoriamente, si no hay decisión específica al respecto. En cualquier caso, se cuenta ya con una alternativa a aplicar en un tema donde la plena vigencia de los derechos fundamentales y el mejor desarrollo de todo procedimiento administrativo reclaman dejar de lado cualquier situación de incertidumbre.

1.6.2.3. Modificación sobre los plazos improrrogables (Artículo 136)

De otro lado, en lo referido a los plazos, debe tenerse presente que si bien, en principio, los plazos administrativos son una pauta para circunscribir la posibilidad de efectuar actos procedimentales a un tiempo determinado, se tiene como regla general el entender que dichos plazos son improrrogables, salvo expresa disposición en contrario.

Teniendo presente ello, el Numeral 136.2 del Artículo 136 de la LPAG establece supuestos que pueden justificar la prórroga de un plazo, determinando el Numeral 136.3 del Artículo 136 de la misma norma la forma en que puede concederse dicha prórroga. Sin embargo, y tomando en cuenta la existencia de cada vez más procedimientos iniciados a pedido de parte con aplicación del silencio administrativo positivo, se incluye una previsión adicional al respecto en el Numeral 136.4 del Artículo 136 de la LPAG.

Como es de conocimiento general, el silencio administrativo positivo constituye una manera de concluir procedimientos administrativos sobre la cual la ciudadanía recurre cuando la autoridad competente incumple con su obligación de producir debida y oportunamente una declaración de voluntad administrativa. En estos casos, se reemplaza la decisión expresa finalmente no emitida por una ficción legal —no por un acto presunto, como erróneamente se señala⁽¹⁴⁾.

(14) Una buena explicación sobre la diferencia entre ambos conceptos se encuentra en: GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco. *Derecho Administrativo español. El acto y el procedimiento administrativo*. EUNSA, p. 896 y ss.

Si como bien se puede apreciar, el fin del silencio administrativo positivo es evitar el perjuicio ciudadano como consecuencia de una inactividad formal resolutoria de la Administración Pública, se buscará facilitar la actuación de los administrados en la configuración de este supuesto. Es en este escenario donde se entiende lo recogido en el nuevo Numeral 136.4 del Artículo 136 de la LPAG.

En este nuevo precepto, se establece que, tratándose de procedimientos iniciados a pedido de parte con aplicación del silencio administrativo positivo, si el administrado debe realizar una gestión de trámite a su cargo necesaria para adoptar una decisión de fondo, podrá solicitar la suspensión del cómputo del plazo del procedimiento. Se habilita, entonces, este supuesto de verdadera prórroga de plazo para evitar que el presente medio, previsto para proteger al ciudadano de la inactividad formal resolutoria de la administración, devenga únicamente por un tema de trámite, en algo meramente ilusorio para los administrados involucrados.

I.6.2.4. Lo previsto en relación con el régimen de las horas hábiles (Artículo 138)

Un seguimiento de lo planteado respecto del régimen de las horas hábiles demuestra la forma en que se está ante un tema sobre el cual deben tomarse múltiples recaudos. Así, y aunque partiendo de establecer que en el ámbito procedimental cada día hábil comienza y concluye dentro de los márgenes indudablemente artificiales que son propios del horario oficial de atención al público, pauta recogida en el Numeral 138.1 del Artículo 138 de la LPAG, ahora se admite una cierta flexibilización en la comprensión de alguno de sus supuestos.

A ello se apunta cuando, por ejemplo, en el Numeral 138.5 el Artículo 138 de la LPAG se señala que los actos de naturaleza continua iniciados en hora hábil se concluirán luego del horario de atención sin que aquello afecte su validez, salvo que el mismo administrado consienta en diferirlos.

Ahora bien, y frente al riesgo de que en realidad no se produzca tal consentimiento, que se presione al administrado a brindarlo o que se distorsionen los alcances de dicho consentimiento, se modifica el Numeral 138.5 del Artículo 138 de la LPAG para señalar que el consentimiento del administrado debe constar de forma indubitable, sin que esto involucre descartar la posibilidad de seguir diversos caminos para alcanzar lícitamente lo buscado.

I.7 CAMBIOS EN LA REGULACIÓN DE LA ORDENACIÓN E INSTRUCCIÓN DEL PROCEDIMIENTO

Bajo la denominación de ordenación del procedimiento, se incluye en la LPAG a un conjunto de actuaciones destinadas a asegurar que todo procedimiento administrativo se desenvuelva de acuerdo con las pautas legalmente establecidas, desde su iniciación hasta antes de la emisión de la resolución correspondiente. Asimismo, se entiende por instrucción del procedimiento al conjunto de actos necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución de la Administración Pública. Así, en esta reforma a la LPAG, se introducen modificaciones a los Artículos 156 y 160, referidos a la elaboración de actas y el acceso a la información del expediente, respectivamente.

I.7.1. Cambios en lo previsto sobre elaboración de actas (Artículo 156)

El acta, como habitualmente se admite, permite que la autoridad registre o documente actuaciones (materiales o verbales), las cuales, ya incorporadas al expediente, serán relevantes para poder resolver la controversia existente, ya sea en sede administrativa o posteriormente en el escenario jurisdiccional. El Artículo 156 de la LPAG establece una regulación general del tema para el caso peruano, correspondiendo ya a otra normativa entrar en mayores precisiones en función al objetivo buscado con cada acta en particular. Además, en el Capítulo 1-B del Título IV de la LPAG, se regula, en específico, las actas de fiscalización.

Para la mejor comprensión de las materias que suelen discutirse a nivel de actas administrativas —su naturaleza jurídica, el procedimiento y formalidades que acompañan a su configuración, su valor probatorio, etc.— se ha considerado pertinente realizar algunas especificaciones sobre observaciones o pruebas referidas a hechos contenidos en un acta.

En ese tenor, va lo previsto en el nuevo Numeral 156.3 del Artículo 156 de la LPAG, en el cual primero se señala que los administrados podrán dejar constancia en el acta las observaciones que estimen necesarias sobre lo acontecido durante la diligencia correspondiente. Luego de ello, se indica que, en los procedimientos administrativos de fiscalización y supervisión, los administrados podrán ofrecer pruebas respecto de los hechos documentados en el acta.

I.7.2. Modificaciones respecto al acceso al expediente (Artículo 160)

Se han incorporado importantes precisiones relacionadas con el acceso al expediente. En primer lugar, se ha modificado la denominación del título del Artículo 160 de la LPAG con el objetivo aclarar que los administrados tienen derecho a acceder todo el expediente, mas no a cierta información que se encuentre en este.

En segundo lugar, se ha precisado, en el Numeral 160.1 del Artículo 160 de la LPAG, que únicamente los administrados, sus representantes o su abogado tienen derecho de acceso al expediente. De esta manera, se deja en claro que ningún tercero ajeno al expediente puede solicitar acceso a este.

En tercer lugar, debe tenerse presente que, a nivel de acceso al del expediente, se plantea la posibilidad de efectuar un pedido incluso en forma verbal, el cual debe atenderse sin necesidad de contar con una resolución expresa. Ahora, buscando hacer el tema incluso más dinámico, se especifica, en el texto del Numeral 160.2 del Artículo 160 de la LPAG, que este acceso verbal al expediente ni siquiera tiene que seguir el procedimiento de transparencia y acceso a la información pública. La preocupación por asegurar un mayor y mejor acceso de los administrados a sus derechos, así como el interés por contar con una Administración Pública que actúe conforme con valores constitucionales y democráticos se hace aquí evidente⁽¹⁵⁾.

(15) Una buena explicación de lo que involucra este accionar de la Administración Pública facilitando el acceso a la información se encuentra en BREWER-CARÍAS, Allan. "El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos". En: *Colección Estudios Jurídicos*. Número 16. Caracas, 2003.

I.8 MODIFICACIONES EFECTUADAS EN FUNCIÓN AL FIN O CONCLUSIÓN DEL PROCEDIMIENTO, ASÍ COMO A LA EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES

La reforma a la LPAG incide aquí en materias de singular relevancia: el de los efectos del silencio administrativo y el del desistimiento del procedimiento o de la pretensión. Posteriormente, y ya en el ámbito de la ejecución de resoluciones administrativas, se incluyen precisiones sobre la pérdida de ejecutoriedad de un acto administrativo.

I.8.1. Modificaciones a los efectos del silencio administrativo (Artículo 188)

En lo referido a los efectos del silencio administrativo, debe tenerse presente que la diferencia de tratamiento existente dependerá, en buena medida, de si estamos ante un supuesto de silencio positivo o negativo. En ese sentido, se han introducido modificaciones al Numeral 188.1 del Artículo 188 de la LPAG, en el cual se regulan los efectos del silencio positivo.

Allí se establecía que, de vencer el plazo otorgado para resolver, los procedimientos sujetos a silencio positivo quedan automáticamente aprobados en los términos que fueron solicitados. Ello se complementaba con lo planteado en el Numeral 188.2 del Artículo 188 de la LPAG, en el cual se anotaba que el silencio tiene el carácter de resolución que pone fin al procedimiento, sin perjuicio de la nulidad de oficio prevista en esta misma Ley.

Frente a lo expuesto, se han hecho algunos ajustes al Numeral 188.1 del Artículo 188 de la LPAG, pues se suprime la referencia a un plazo adicional al establecido o máximo como dato a tomar en cuenta para dar por aprobados los procedimientos administrativos sujetos a silencio positivo. Además, se precisa que los procedimientos administrativos, en los cuales ha aplicado el silencio positivo, quedan aprobados en los términos en que fueron solicitados si transcurrido el plazo establecido o máximo, la entidad no hubiere notificado el pronunciamiento respectivo.

En la misma línea, se ha modificado el Numeral 188.2 del Artículo 182 de la LPAG para establecer que es el silencio positivo el cual pone fin al procedimiento administrativo, toda vez que, en este caso, se producirá un acto ficto. Distinto es el caso del silencio negativo, el cual no pone fin al procedimiento administrativo, sino otorga una garantía procedimental al administrado para poder recurrir a la siguiente instancia para cuestionar la decisión denegatoria de la Administración Pública.

Teniendo en cuenta lo anterior, se espera una mejor y más pronta atención de los requerimientos ciudadanos, así como un más efectivo llamado de atención a la Administración Pública para que así asuma sus obligaciones a la brevedad posible.

I.8.2. Cambios en la regulación de las diferentes posibilidades de desistimiento (Artículo 189)

Corresponde anotar aquí que, cuando se habla de desistimiento, se hace referencia a una expresa y formal declaración de voluntad por quien lo formula de desentenderse, total o parcialmente, de los efectos producidos por su actuación procedimental anterior, o por el procedimiento que en su momento inició. De este modo, se establece, en el Numeral 189.5 del Artículo 189 de la LPAG, el momento en el cual es posible desistirse, precisando que dicho desistimiento puede realizarse en cualquier momento antes de que se notifique la resolución final que agote la vía administrativa.

1.8.3. Reducción del plazo para la pérdida de ejecutoriedad del acto administrativo (Artículo 193)

Elementos centrales y rasgos generales de todo acto administrativo son los de su efectividad y su ejecutoriedad. Ahora bien, estas pautas tienen que compatibilizarse con algunas otras y, en ese sentido, actualmente se busca que las autoridades administrativas entiendan que la ejecutoriedad de un acto administrativo tiene un límite en el tiempo, marcado en el caso peruano por un plazo, el cual puede tener en algún supuesto recogido en el Artículo 193 de la LPAG, efectos de caducidad.

Se dispone entonces mantener esta fórmula, pero además, y 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 haya buscado ejecutarle, dicho acto pierde efectividad y ejecutoriedad.

1.9 MODIFICACIONES RESPECTO A LA REVISIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EN LA VÍA ADMINISTRATIVA

Un pronunciamiento en sede administrativa, como obra humana que es, resulta opinable, perfectible y, en algunos casos, hasta pasible de revisión y eventual modificación. En determinados supuestos esa revisión y posible cambio puede darse de oficio, por la propia voluntad de la Administración Pública. En otros casos, este escenario revisor solo se abrirá si quien se sienta perjudicado con lo resuelto está dispuesto a cuestionarlo, se encuentra habilitado para hacerlo y cumple con los requerimientos que el ordenamiento jurídico vigente establece en ese sentido.

Varios son los escenarios en los cuales en el Perú pueden plantearse esta capacidad revisora, y en muchos de ellos se han introducido importantes reformas, como ha ocurrido en lo referido a la nulidad de oficio, la revocación, la facultad de contradicción o el recurso de revisión, tal como se apreciará de inmediato.

1.9.1. Cambios en la nulidad de oficio (Artículo 202)

Lo modificado a nivel de la nulidad de oficio, escenario de suyo complejo y polémico, incluye varios aspectos. En primer lugar, y con la nueva redacción del Numeral 202.1 del Artículo 202 de la LPAG, acertadamente se considera a la lesión de derechos fundamentales como un motivo que justifica deducir una nulidad de oficio. Si el fin último de todo Estado constitucional es el del reconocimiento y la tutela de los derechos fundamentales, entonces la vulneración de estos derechos no puede quedar indemne y, por ende, debe ser revertida incluso de oficio por la misma Administración Pública.

Además de ello, se realiza una importante modificación al texto del Numeral 202.2 del Artículo 202 de la LPAG, recogiendo así lo señalado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de nuestro país. Si ya se ha anotado que la vulneración de derechos fundamentales amerita declarar la nulidad de oficio de un acto administrativo, bien puede entenderse, en clave de tutela del derecho fundamental a un debido proceso —exigible en sede administrativa y que, en cualquiera de sus escenarios de ejercicio, involucra al derecho de defensa en sus diversas expresiones— la preocupación por correr traslado al administrado y, por tanto, permitirle pronunciarse sobre la posibilidad de que se declare nulo un acto que le favorecía.

En Numeral 202.3 del Artículo 202 de la LPAG, señala además que esta facultad de declarar la nulidad de oficio ahora prescribe en un plazo de dos (2) años, contados a partir de la fecha en que han quedado consentidos los referidos actos. Esta regla tiene una excepción, vinculada a la nulidad de los actos previstos en el Numeral 10.4 del Artículo 10 de la LPAG. En este último caso, el plazo es el de un (1) año luego de la notificación de la resolución donde se consigna una sentencia penal condenatoria firme.

De otro lado, se introducen también modificaciones al plazo otorgado a la Administración Pública para interponer una demanda con la cual se inicie un proceso de lesividad. Como es de conocimiento general, este proceso es la alternativa que se le proporciona a la autoridad administrativa para que pueda buscar declarar la nulidad de alguna de sus actuaciones cuando ya se ha vencido el plazo para declarar la nulidad de estas, o cuando mediante ley expresa no se habilita a la Administración Pública la posibilidad de declarar de oficio la nulidad de algún acto administrativo afectado por vicios de innegable trascendencia.

Si esta es la finalidad del proceso de lesividad, y el riesgo de no facilitar su inicio y ejercicio el de mantener vigentes actuaciones contrarias al ordenamiento jurídico peruano, con todo lo que ello involucra, es sensato ampliar el plazo inicialmente habilitado para la interposición de la demanda correspondiente ante el Poder Judicial, de dos (2) a tres (3) años desde la prescripción del plazo para declarar la nulidad de oficio. Así, se busca obtener un pronunciamiento que sería definitivo sobre el particular, librando a la Administración Pública y los administrados de los problemas que implicaría cumplir y hacer cumplir un acto que no es conforme a Derecho.

I.9.2. Modificaciones a la regulación prevista para la revocatoria de los actos administrativos (Artículo 203)

Como es de conocimiento general, la regla seguida en la LPAG es la de la estabilidad de los actos administrativos, circunscribiendo las posibilidades de revocación a supuestos expresamente previstos en la ley. Es más, existe consenso a nivel académico y profesional en que, en mérito a su naturaleza, existen una serie de actos administrativos no revocables, como por ejemplo, actos que generan derechos subjetivos, actos que conforman intereses legítimos personales y directos para un particular, actos denegatorios, actos consumados, actos declarativos, actos cuasi jurisdiccionales o actos que agoten la vía administrativa estarían claramente dentro de esta relación⁽¹⁶⁾.

Ahora bien, esta comprensión restringida de la revocación y de lo que deviene en pasible de ser un acto revocable no está reñida con una regulación que precise mejor los supuestos en los cuales sí puede darse la revocación de algún acto administrativo. Así se explica la inclusión del nuevo Numeral 203.1.4 del Artículo 203 de la LPAG, en el cual se habilita la revocación cuando se está ante un acto contrario al ordenamiento jurídico que cause agravio o perjudique la situación jurídica del administrado, siempre que aquello no lesione derechos de terceros ni afecte el interés público. Se plasma, así, un mejor tratamiento de lo ya existente, lo cual permite una más cabal regulación del tema.

(16) En esta misma línea, entre otros, se encuentra lo señalado por MORÓN URBINA. Ob. cit., pp. 590-591.

I.10. MODIFICACIONES SOBRE LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS

I.10.1. Lo reformado en relación al derecho o facultad de contradicción (Artículo 206)

En el Numeral 206.1 del Artículo 206 de la LPAG, se dispone que, conforme a lo señalado en el Artículo 109 de la LPAG, 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 207 de la LPAG, iniciándose el correspondiente procedimiento recursivo. La anterior redacción hacía referencia al Artículo 108 de la LPAG, lo cual era incorrecto, toda vez que esta disposición se refiere a la solicitud en interés general de la colectividad, mas no a la facultad de contradicción administrativa.

Además, yendo a los escenarios de revisión como consecuencia del derecho o facultad de contradicción que se les reconoce a quienes no son la autoridad administrativa competente para pronunciarse en un procedimiento administrativo, no debe perderse de vista que, en este tipo de procedimientos —a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, en el proceso civil— los actos de trámite no pueden impugnarse independientemente, pues, en todo caso, los posibles vicios cometidos se impugnarán mediante el recurso que se presente contra la resolución final emitida en ese procedimiento.

Ahora bien, corresponde señalar que esa regla general admite una excepción, recogida en el Numeral 206.2 del Artículo 206 de la LPAG. En este numeral, se prescribe que cabe la impugnación directa de un acto de trámite cuando aquel acto, por sí mismo, impide continuar el procedimiento o genera una situación de indefensión.

También se incorpora el nuevo Numeral 206.4 del Artículo 206 de la LPAG. En esta disposición, se establece que cabe la acumulación de pretensiones impugnatorias en forma subsidiaria, en la medida en que en las instancias anteriores se hayan analizado los hechos y los fundamentos en que se sustenta la referida pretensión subsidiaria.

I.10.2. Cambios previstos a lo prescrito sobre el recurso de revisión (Artículo 207 y Artículo 210)

En el texto original de la LPAG, la revisión era planteada como un recurso impugnatorio de carácter excepcional, que solo procede contra actos firmes emanados de entidades descentralizadas, los cuales, buscándose así un criterio unificador, son llevados a una autoridad con competencia nacional con la cual se agota la vía administrativa.

Sin embargo, ello no evitó que la pertinencia de sostener este medio impugnatorio siga siendo un tema discutido y discutible. Es más, debe tenerse presente que, en algún momento, y a través de lo dispuesto en el Artículo 25 del Reglamento de la Ley de Simplificación Administrativa⁽¹⁷⁾, se le eliminó del ordenamiento jurídico peruano, siendo restituida su existencia mediante una norma posterior.

(17) Aprobado por Decreto Supremo N° 070-89-PCM y publicado el 2 de setiembre de 1989 en el diario oficial *El Peruano*.

Ahora, 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 207.1 del Artículo 207 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.

En este punto, corresponde señalar que la eliminación del Artículo 210 de la LPAG no afecta, en modo alguno, el “recurso de revisión” previsto en la Ley N° 29571 - Código de Protección y Defensa del Consumidor.

I.10.3. Modificación de los requisitos del recurso (Artículo 211)

La anterior redacción del Artículo 211 de la LPAG establecía los siguientes requisitos para que el administrado pueda interponer un recurso: (i) señalar el acto que se recurre, (ii) cumplir con los requisitos previstos en el Artículo 113 de la LPAG y (iii) firma por letrado.

Sobre el particular, el tercer requisito 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. Ello fue evidenciado por diversas entidades, de manera que regularon la eliminación de este requisito en los procedimientos especiales; por ejemplo, el procedimiento de protección al consumidor y el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas del INDECOPI.

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.

I.10.4. Precisión sobre la suspensión de la ejecución (Artículo 216)

La modificación al Numeral 216.2 del Artículo 216 de la LPAG aclara, sin lugar a dudas, que constituye obligación de la autoridad administrativa suspender la ejecución de un acto impugnado cuando concurren las circunstancias descritas en el artículo tales como perjuicio irreparable y de difícil reparación o el percibir un vicio de nulidad trascendente.

Por ello, esta obligación debe ser asumida por la autoridad administrativa, en protección de los derechos de los actores involucrados y sin la necesidad de mediar mayor análisis ante evidencia suponiendo un grado de celeridad.

I.10.5. Modificación de los actos que agotan la vía administrativa (Artículo 218)

Consecuencia previsible del nuevo tratamiento otorgado al recurso de revisión, que ahora solamente puede invocarse cuando expresamente lo regule una Ley o Decreto Legislativo, es la de la eliminación del Literal c) del Numeral 218.2 del Artículo 218 de la LPAG, en el cual se colocaba dentro de la lista de actos que agotan a la vía administrativa al acto expedido o al silencio administrativo producidos con motivo de la interposición de un recurso de revisión.

I.11 LAS REFORMAS VINCULADAS CON EL PROCEDIMIENTO TRILATERAL, LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DE FISCALIZACIÓN Y EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

I.11.1. Desistimiento en los procedimientos trilaterales (Artículo 228)

En virtud de la naturaleza del procedimiento trilateral y dada la posibilidad de que el reclamante y el reclamado puedan optar por vías alternativas de solución, tales como la Conciliación o Transacción extrajudicial, cabe la posibilidad de la interposición de un desistimiento por parte del reclamante, en caso de haber acuerdo.

La presente incorporación del Numeral 228.4 del Artículo 228 de la LPAG considera dicha posibilidad, remitiéndonos a las disposiciones contenidas en los artículos 189 y 190 de la LPAG. Cabe señalar que el acuerdo y desistimiento no enerva la posibilidad de la Administración Pública de continuar con 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; conforme lo dispone el numeral 3 del presente artículo de la LPAG.

I.11.2. Incorporación del Capítulo I-B sobre la actividad administrativa de fiscalización (Desde Artículo 228-A al Artículo 288-H)

Hoy por hoy, la actividad administrativa de fiscalización no tiene un modelo de integración en la Ley del Procedimiento Administrativo General. Actualmente, la 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 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 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 Ley del Procedimiento Administrativo General 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 en materia de fiscalización.

Esta regulación general y uniforme contiene respecto de la fiscalización la finalidad, el objeto, el enfoque, los alcances, los límites, los derechos, deberes, las reglas básicas aplicables a las medidas correctivas y cautelares, así como garantías tanto para el fiscalizado como para el fiscalizador. De esta manera, se elimina un vacío legal y con ello se busca brindar las reglas mínimas que permitan un ejercicio proporcionado y adecuado de esta potestad, además de propender a reducir la alta dispersión tanto de regulaciones, como de los criterios aplicados para la actuación administrativa de fiscalización.

La propuesta es incorporar este capítulo en el Título IV - Procedimientos Especiales, como el Capítulo 1 B - Actividad Administrativa de Fiscalización que sigue al Capítulo 1 A Procedimiento Trilateral (antes Capítulo 1), la Ley continuaría con el Capítulo 2 - Procedimiento Sancionador.

I.11.3. Modificaciones al procedimiento sancionador

Indudablemente, uno de los aciertos más importantes de la LPAG ha sido el del establecimiento de una regulación sistemática al procedimiento sancionador. En este procedimiento se busca, de un lado, contar con un instrumento para introducir correcciones en el desarrollo de la actividad administrativa y, de otro, proporcionar a quien se reputa como infractor la posibilidad de ejercer su derecho de defensa, controlando la labor de la Administración Pública en esta clase de situaciones.

Aquí se están planteando algunos cambios, los cuales, por cierto, no alteran las pautas centrales del diseño dado a esta materia en la LPAG. Partiendo de asumir, aunque no lo señala explícitamente, la unicidad de la función punitiva *—ius puniendi—* del Estado, se consagra un escenario propio para el procedimiento sancionador que no omite la necesidad de reconocer condiciones de seguridad para los administrados. En ese sentido se han realizado las modificaciones que a continuación serán revisadas.

I.11.3.1. Modificaciones introducidas al ámbito de aplicación del procedimiento sancionador (Artículo 229)

Ante la comprensión, en rigor equivocada, pero todavía sostenida por algún sector de la doctrina, de querer sostener pautas distintas a las previstas en la LPAG como base para la configuración de todo procedimiento administrativo sancionador, se busca, con la reforma de la LPAG, no quedarse en la sola mención de que los parámetros prescritos en el Artículo 229 de la LPAG se aplican a los diferentes procedimientos establecidos en leyes especiales. Ahora, se va bastante más allá y se hace explícita referencia a la aplicación de estas pautas a todos procedimientos, incluyendo los de carácter tributario, reforzando la disposición con carácter general ya vigente. Además, y por resultar en puridad innecesaria, se elimina la referencia del Numeral 229.3 del mismo artículo,

sobre que la potestad sancionadora disciplinaria sobre el personal de las entidades públicas se rige por la normativa específicamente prevista al respecto.

I.11.3.2. Cambios en lo prescrito sobre algunos principios de la potestad administrativa sancionadora (Artículo 230)

Oportuno es anotar la forma en la cual se introducen algunos ajustes en la regulación de determinados principios que inspiran a la potestad sancionadora administrativa. Y es que, como es de conocimiento general, además de las pautas ya explicitadas en otro apartado de la misma LPAG –Artículo IV de su Título Preliminar–, se establecen algunos principios especiales adicionalmente invocables a la potestad sancionadora con que cuenta la Administración Pública.

Entrando, entonces, en lo referido a estos principios, destinados a racionalizar el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora, y aplicables en forma supletoria a aquellos casos en los cuales se cuenta con leyes especiales en esta materia, se pasará a redimensionar mucho de lo consignado en el texto original de la LPAG.

I.11.3.2.1. Modificaciones al principio de debido procedimiento (Numeral 2 del Artículo 230)

Se introducen importantes modificaciones en los alcances de lo consignado sobre debido procedimiento. El texto de la LPAG ya no solamente se limita a precisar que no pueden imponerse sanciones sin que se haya tramitado el procedimiento respectivo, y con respeto a un marco garantista ya establecido. Se aclara también que los procedimientos que regulen el ejercicio de la potestad sancionadora deberán establecer una necesaria separación entre la fase instructora y la fase sancionadora, las cuales son encomendadas a autoridades distintas. Esta última referencia, que bien podría inferirse de la mención general ya establecida, deviene en absolutamente indispensable en la realidad, por los múltiples problemas existentes al respecto en el Perú.

I.11.3.2.2. Modificaciones a al principio de razonabilidad (Numeral 3 del Artículo 230)

Pasando a especificar algo más a lo vinculado con el principio de razonabilidad, expresión del denominado debido proceso sustantivo –o la expresión “sustantiva” del derecho a un debido proceso– se precisan mejor los criterios a utilizarse para graduar sanciones, especificándose mejor los ya previstos e incorporando a un tercero.

Ahora se habla, con mayor rigurosidad, del beneficio ilícito resultante por la comisión de infracción –y no del más genérico y difuso “beneficio ilegalmente obtenido”–, toda vez que si lo que se desea es determinar que la sanción impuesta o por imponer es o no arbitraria, entonces debe definirse con claridad la situación sobre la cual se estableció el examen de proporcionalidad correspondiente⁽¹⁸⁾, y que ahora sí se encuentra debidamente especificada en el texto de la norma.

(18) Sobre la falta de proporcionalidad en las sanciones y el exceso de punición ver, entre otros, COMADIRA, Julio. *Derecho Administrativo (acto administrativo, procedimiento administrativo, otros estudios)*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 73 y ss.

I.11.3.2.3. Modificaciones al principio de tipicidad (Numeral 4 del Artículo 230 de la LPAG)

En lo referido a la tipicidad, se aclara, tal como ya ocurre en el Derecho Comparado, la posibilidad de habilitar, vía Ley o Decreto Legislativo, la tipificación de infracciones y el establecimiento de sanciones por normas reglamentarias. Cabe precisar que esta norma reglamentaria no podrá usarse para establecer obligaciones que no cuenten con un previo respaldo legal o reglamentario, dependiendo de cada caso en particular.

En cualquier caso, se explicita además que, en la configuración de los regímenes sancionadores, se evitará la tipificación de infracciones con idéntico supuesto de hecho e idéntico fundamento respecto de aquellos delitos o faltas ya establecidas en las leyes penales o respecto de las infracciones tipificadas en otras normas administrativas sancionadoras, para así evitar incurrir en vulneración del *non bis in idem*.

I.11.3.2.4. Modificaciones al principio de irretroactividad (Numeral 5 del Artículo 230 de la LPAG)

El Derecho Administrativo sancionador tiene sus bases en el Derecho Penal, de manera que las garantías que existen en este también deberían ser incorporadas en aquél. Así, en derecho penal, existe la retroactividad benigna de la norma penal, la cual consiste en que una norma posterior a la comisión del delito será aplicable al reo siempre que esta le sea más favorable.

Teniendo en cuenta ello, se precisa, respecto del principio de irretroactividad, que las disposiciones sancionadoras producen efecto retroactivo en cuanto favorecen al presunto infractor o al infractor, tanto en lo referido a la tipificación de la infracción como a la sanción y a sus plazos de prescripción, incluso respecto de las sanciones en ejecución al entrar en vigor la nueva disposición.

I.11.3.2.5. La referencia a un nuevo principio: culpabilidad (Numeral 11 del Artículo 230)

Se incluye un nuevo principio denominado culpabilidad, el cual establece que la responsabilidad administrativa es subjetiva, salvo en los casos en que por Ley o por Decreto Legislativo se disponga la responsabilidad administrativa objetiva.

Como seguramente podrá recordarse, con la dación de la LPAG, así como con la aprobación del Decreto Legislativo N° 1029, volvió a plantearse la posibilidad de considerar la existencia de una responsabilidad subjetiva o de una objetiva en materia sancionadora en nuestro país, involucrando, de esta manera, al principio de culpabilidad.

Frente a este tema, de suyo polémico, se ha optado hoy por reconocerle una entidad propia al principio de culpabilidad independientemente del ámbito penal. En base a las diferencias conceptuales y dificultades prácticas para materializar una posición alternativa, se pasa a un reconocimiento del concepto de culpabilidad, como uno a tomar en cuenta dentro de un prisma en el cual, a diferencia de lo que muchos comprendían del texto original de la LPAG, la comprensión de que la responsabilidad, en estos procedimientos, únicamente será objetiva cuando una Ley o un Decreto Legislativo de manera expresa (y no implícitamente) así lo establezca.

I.11.3.3. Parámetros sobre determinación de la responsabilidad, así como acerca del tratamiento dado a la prescripción en el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Pública

I.11.3.3.1. Modificaciones a la determinación de la responsabilidad (Artículo 232)

En lógica consecuencia con otros preceptos incluidos en la LPAG, se busca reforzar una comprensión de la responsabilidad y eventuales sanciones en sede administrativa, conceptos que pueden coexistir con el dictado de medidas con finalidades distintas, como aquellas que expresamente se establecen en el nuevo texto del Numeral 232.1 del Artículo 232 de la LPAG. Podrán dictarse también, al lado de las sanciones administrativas que se reputen pertinentes, medidas correctivas, en tanto y en cuanto estén previamente tipificadas, sean razonables y se ajusten a la intensidad, proporcionalidad y necesidad de los bienes jurídicos tutelados. Así, la autoridad puede ordenar la reposición o la reparación de la situación alterada por la infracción producida a su estado anterior, incluyendo dentro de ello lo referido a los bienes que hayan sido afectados.

Esta práctica, cada vez más frecuente en el Derecho Comparado, es y será benéfica para, al mismo tiempo, consagrar un accionar eficiente de la Administración Pública, sin que ello implique descuidar un escenario garantista de los derechos e intereses ciudadanos involucrados.

I.11.3.3.2. Precisiones respecto de la prescripción administrativa (Artículo 233)

En el Numeral 233.2 del Artículo 233 de la LPAG, se ha precisado el cómputo de plazo para prescripción de las infracciones instantáneas, infracciones instantáneas de efectos permanentes, las infracciones continuadas y las infracciones permanentes. La diferencia entre ellas es la siguiente:

- En el caso de las infracciones instantáneas, “la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido se produce en un momento determinado, en el que la infracción se consuma, sin producir una situación antijurídica duradera”⁽¹⁹⁾.
- Las infracciones instantáneas con efectos permanentes son aquellas que producen “un estado de cosas contrario al ordenamiento jurídico, que se mantiene. (...) aunque los efectos de la conducta infractora sean duraderos y permanezcan en el tiempo, la consumación de ésta es instantánea, por lo que es a partir de este momento en que debe contarse el plazo de prescripción”⁽²⁰⁾.
- En las infracciones continuadas, “se realizan diferentes conductas, cada una de las cuales constituye por separado una infracción, pero que se consideran como una única infracción, siempre y cuando formen parte de un proceso unitario”⁽²¹⁾.
- Las infracciones permanentes “son aquellas infracciones en donde el administrado se mantiene en una situación infractora, cuyo mantenimiento le es imputable.”

(19) BACA ONETO, Víctor Sebastián. “La prescripción de las infracciones y su clasificación en la Ley del Procedimiento Administrativo General (En especial, análisis de los supuestos de infracciones permanentes y continuadas)”. *Revista Derecho & Sociedad*. N° 37. Año 2012, p. 268.

(20) *Idem*.

(21) *Ibidem*, p. 269.

(...) no son los efectos jurídicos de la conducta infractora los que persisten, sino la conducta misma⁽²²⁾.

Así, se ha establecido que el cómputo del plazo de prescripción de la facultad para determinar la existencia de infracciones comenzará a partir del día en que la infracción se hubiera cometido en el caso de las infracciones instantáneas o infracciones instantáneas de efectos permanentes, desde el día que se realizó la última acción constitutiva de la infracción en el caso de infracciones continuadas, o desde el día en que la acción cesó en el caso de las infracciones permanentes.

De otro lado, y ante la necesidad de proporcionar elementos de seguridad jurídica –vinculados con la necesidad de no prolongar indefinidamente situaciones que eventualmente podrían ser sancionables– y de oportunidad –un largo periodo sin el castigo correspondiente lleva a que el tiempo configure las cosas de diferente manera y, a veces, en forma irreversible–, se ha llegado a establecer un plazo de prescripción ordinaria para el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Pública.

Originalmente se había previsto un plazo de cinco (5) años, el cual, de acuerdo con lo prescrito en el Decreto Legislativo N° 1029 fue reducido a cuatro (4) años, tal como consta en el Numeral 233.1 del Artículo 233 de la LPAG.

En este contexto, es relevante resaltar la modificación introducida en el texto del Numeral 233.3 del Artículo 233 de la LPAG. De esta manera, se señala que la autoridad declarará de oficio la prescripción y dará por concluido el procedimiento cuando advierta que se ha cumplido el plazo para determinar la existencia de infracciones. Ello se añade a lo ya anteriormente previsto en la referida disposición, donde se establece que los administrados podrán plantear la prescripción por vía de defensa y la autoridad debe resolverla sin más trámite que la constatación de los plazos. Se precisa también la referencia que, en caso se declare la prescripción, la autoridad podrá iniciar las acciones necesarias para determinar las causas y responsabilidades de la inacción administrativa siempre que se advierta que se haya producido situaciones de negligencia.

I.11.3.3.3. Incorporación de la prescripción de la exigibilidad de las multas impuestas (Artículo 233-A)

Se efectúan precisiones destinadas a regular la prescripción de la exigibilidad de las multas impuestas, recogidas en lo que constituye el nuevo Artículo 233-A de la LPAG. En el Numeral 1 de este artículo, se establece que la facultad de una autoridad de exigir, vía ejecución forzosa, el pago de multas impuestas por la comisión de una infracción administrativa prescribe en el plazo fijado en las leyes especiales aplicables. Ahora bien, y si en esas normas no hubiese determinación alguna, en la misma disposición, se señala que la prescripción operará concluido el término de dos (2) años, término computado a partir de que se presenten algunas de estas circunstancias:

1. Que haya quedado firme el acto mediante el cual se impuso la multa, o se puso fin a la vía administrativa.
2. Que el proceso contencioso administrativo destinado a la impugnación del acto mediante el cual se impuso la multa haya concluido con carácter de cosa juzgada en forma desfavorable para el administrado.

(22) *Ibíd*em, p. 268.

De otro lado, en el Numeral 2 del Artículo 233-A de la LPAG, se admite la suspensión del cómputo del plazo de prescripción cuando se inicia el procedimiento de ejecución forzosa de acuerdo con lo previsto en el Artículo 196 de la LPAG. Si se suspende esa ejecución forzosa, o se paraliza el procedimiento por más de veinticinco (25) días hábiles, se reanuda el cómputo que se había detenido. Vinculado con lo anterior, y ya en el Numeral 3 del Artículo 233-A de la LPAG, se habilita deducir la prescripción como medio de defensa dentro del procedimiento de ejecución forzosa.

Finalmente, y de acuerdo con lo previsto en el último párrafo de este nuevo Artículo 233-A, se dispone que si la prescripción es deducida en sede administrativa, el plazo máximo para resolver sobre la solicitud de suspensión de la ejecución forzosa por prescripción es de ocho (8) días hábiles, contados a partir de la presentación de dicha solicitud por el administrado. Vencido dicho plazo sin que exista pronunciamiento expreso, se entenderá concedida la solicitud, por aplicación del silencio administrativo positivo.

En un Estado constitucional de derecho, las multas están para cumplirse, pero esa decisión, en cuanto limita el ejercicio de ciertos derechos, o la libre disposición de determinados bienes, no puede estar eternamente sin materializarse, máxime cuando dentro de ella van generándose una serie de situaciones y relaciones jurídicas, muchas de buena fe, y otras que hoy han devenido en irreversibles. De allí la innegable relevancia de contar con estas importantes disposiciones dentro del texto de la LPAG.

I.11.3.4. Nuevas prescripciones sobre los caracteres y disposiciones que rigen los procedimientos sancionadores, así como las medidas provisionales destinadas a asegurar eficacia en la obtención de la resolución final buscada. La nueva regulación para la caducidad de estos procedimientos

I.11.3.4.1. Precisiones respecto a los caracteres del procedimiento sancionador (Artículo 234)

El trámite de formulación de cargos es un elemento central en la configuración de un procedimiento administrativo sancionador, pues permite que el administrado conozca todos los hechos que se le imputan y, en base a ello, podrá desarrollar su estrategia de defensa. De allí la relevancia de que en esta etapa, todo el procedimiento haya sido debidamente revisado.

En ese contexto, se entiende la preocupación por formular algunos ajustes a la redacción de los Numerales 234.1 y 234.2 del Artículo 234 de la LPAG y, sobre todo, la inclusión de una especificación mediante la cual se advierte que la Administración Pública deberá revisar de oficio las resoluciones administrativas fundadas en hechos contradictorios con los probados en diferentes resoluciones judiciales. Así, se busca garantizar que se den a cabalidad aspectos como los de precisión, claridad o suficiencia, reclamados en la doctrina como aplicables en estos casos.

I.11.3.4.2. Cambios respecto al trámite del procedimiento sancionador (Artículo 235)

Entrando a revisar lo previsto como trámite para el seguimiento de un procedimiento administrativo sancionador, y tomando en cuenta las diversas fases de dicho procedimiento –iniciación, notificación del cargo, instrucción del procedimiento, propuestas de sanción, decisión administrativa–, hoy se hace innecesaria la mención que se incluía en el texto original del Numeral 235.5 del Artículo 235 de la LPAG, mención

vinculada a que pudiera o no tenerse un procedimiento administrativo en el cual exista una estructura diferenciada entre órganos de instrucción y órganos de resolución una vez concluida la recolección de pruebas. Se busca, así, evitar referencias que confundan la comprensión del trámite dentro de un procedimiento cuyo desarrollo siempre debiera caracterizarse por su celeridad.

En ese sentido, este numeral actualmente dispone que concluida, de ser el caso, la recolección de pruebas, la autoridad instructora del procedimiento concluye determinando la existencia de una infracción y, por ende, la imposición de una sanción; o la no existencia de infracción. Además, la autoridad instructora es la encargada de formular un informe final de instrucción en el que se determina, de manera motivada, las conductas que se consideren probadas constitutivas de infracción, la norma que prevé la imposición de sanción; y, la sanción propuesta o la declaración de no existencia de infracción, según corresponda.

Por otro lado, recibida la propuesta de resolución, se le otorga la facultad al órgano competente para disponer la realización de actuaciones complementarias, siempre que las considere indispensables para resolver el procedimiento. También puede notificar el informe final de instrucción para que el administrado formule sus descargos en un plazo no menor de cinco (5) días hábiles.

I.11.3.4.3. Modificaciones al tratamiento de las medidas provisionales (Artículo 236)

La relevancia de lo que va a resolverse en un procedimiento sancionador demanda generar condiciones para que dicho pronunciamiento, al momento de dictarse, sea plenamente eficaz. Es como consecuencia de ello que la autoridad que viene conociendo cualquier procedimiento sancionador puede dictar, unilateral y discrecionalmente, una serie de actos administrativos destinados a preservar la eficacia antes mencionada. A estos actos con tan singular finalidad se les conoce con el nombre técnico de medidas provisionales.

Estas medidas provisionales tienen puntos de contacto con las medidas cautelares, pues aunque no apuntan a lo mismo y tienen diferencias entre sí —a diferencia de las medidas cautelares, las medidas provisionales no buscan tutelar los derechos ciudadanos, sino hacer viable la labor de la Administración Pública—, también buscan asegurar lo discutido en un escenario distinto, pero muy vinculado con el que le es propio.

Si se toma en cuenta ello, bien puede comprender que la regulación establecida en el texto original de la LPAG era claramente insuficiente para atender la magnitud de la tarea que se le ha confiado a estas medidas provisionales. Ello explica con facilidad la importante cantidad y calidad de modificaciones introducidas en el Artículo 236 de la LPAG, las cuales se detallan a continuación.

Con la modificación a este artículo, se parte de aclarar que aquella autoridad administrativa que tramita este tipo de procedimientos puede, en cualquier momento, disponer la puesta en vigencia de medidas provisionales (lo cual implica una redacción más precisa que la del antiguo Numeral 236.1 del Artículo 236 de la LPAG) y que estas medidas deberán salvar un indispensable juicio de proporcionalidad —en ese sentido el Numeral 236.2 del Artículo 236 de la LPAG y el antiguo Numeral 236.3 del Artículo 236 de la LPAG (actualmente Numeral 236.7 de la LPAG)— para luego pasar a efectuar una serie de precisiones al respecto.

Se especifica, entonces, que estas medidas no podrían dictarse si causan perjuicios de difícil o imposible reparación a los interesados o que impliquen violación de derechos (el nuevo Numeral 236.3 del Artículo 236 de la LPAG) y, además, no podrán extenderse más allá de lo que resulte necesario para la obtención de los objetivos para los cuales fueron propuestos (Numeral 236.4 del Artículo 236 de la LPAG).

Se añade, en lógica consecuencia con su carácter provisional, que estas medidas pueden ser revocadas –de oficio o a pedido de parte– por aquella autoridad que las dictó, si no son consideradas necesarias para obtener los objetivos cautelares buscados (Numeral 236.5 del Artículo 236 de la LPAG). Esa misma autoridad, también tomando en cuenta su carácter provisional, puede modificar estas medidas provisionales o sustituirlas por otras si considera, de oficio o a pedido de parte, que cambiaron las condiciones que tuvo en su momento cuenta para dictarlas.

La detallada regulación prevista incluye, en el Numeral 236.8 del Artículo 236 de la LPAG, una referencia a las causales de extinción de estas medidas provisionales. Se establece como primera causal el que se emita una resolución que ponga fin al procedimiento dentro del cual se dictaron estas medidas provisionales. Si esta resolución es recurrida, la autoridad que conoce el recurso puede mantener las medidas dadas o adoptar otras hasta que se resuelva el recurso. La segunda causal a invocar es la de la caducidad del procedimiento sancionador, regulada luego, con detalle, en el nuevo Artículo 237-A de la LPAG.

I.11.3.4.4. La inclusión de eximentes y atenuantes de responsabilidad por infracciones administrativas (Artículo 236-A)

Hasta antes de la entrada en vigencia de la LPAG, salvo que se estuviese frente a una legislación especial, se hacía simplemente una aplicación mecánica de los supuestos de responsabilidad administrativa, sin apreciar las particularidades de cada situación en particular, que hubiesen podido atenuar e incluso eximir de responsabilidad a quien inicialmente parecería haber incurrido en ella.

La redacción antes prevista en la LPAG avanza algo en ese sentido, estableciendo supuestos que pueden ser considerados como atenuantes. Sin embargo, no consideraba diversos escenarios que, en la práctica, se producían. Así, el nuevo texto del Artículo 236 de la LPAG establece constituyen condiciones eximentes de responsabilidad los siguientes supuestos:

1. El caso fortuito o la fuerza mayor debidamente comprobado.
2. Obrar en cumplimiento de un deber legal o el ejercicio legítimo del derecho de defensa.
3. La incapacidad mental debidamente comprobada por la autoridad competente.
4. La orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones.
5. El error inducido por la Administración o por disposición administrativa confusa o ilegal.
6. La subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos a que se refiere el inciso 3) del artículo 235 de la LPAG.

En la misma línea, se establece que constituyen condiciones atenuantes de responsabilidad los siguientes supuestos:

1. Si iniciado un procedimiento administrativo sancionador el infractor reconoce su responsabilidad de forma expresa y por escrito.
En los casos en que la sanción aplicable sea una multa esta se reduce hasta un monto no menor de la mitad de su importe.
2. Otros que se establezcan por norma especial.

I.11.3.5. Nuevas pautas sobre la caducidad del procedimiento sancionador (Artículo 237-A)

La necesidad de darle una salida distinta al mero transcurso del tiempo ante la falta de pronunciamiento ante un procedimiento sancionador en trámite llevó al establecimiento de la caducidad frente a estos casos. En la LPAG, se señala que esta caducidad podría ser declarada de oficio por el órgano competente, lo cual no descarta que sea solicitada por el administrado si la autoridad pertinente no efectuó tal declaración.

Lo anterior implica tener presente varios aspectos. En primer lugar, que se fija un plazo para resolver los procedimientos sancionadores iniciados de oficio, el cual puede ser ampliado excepcionalmente, mediante resolución escrita y motivada emitida por el órgano competente (Numeral 1 del Artículo 237-A de la LPAG). Además, se dispone que el plazo señalado en este numeral no es aplicable para los procedimientos recursivos. Además, se precisa que, en caso la ley establezca un plazo mayor para resolver, la caducidad operará al vencimiento de este.

Asimismo, se establece que, transcurrido el plazo máximo para resolver sin que se notifique la resolución respectiva, se entenderá, en los casos en que corresponda, caducado el procedimiento y se procederá a su archivo (Numeral 3 del Artículo 237-A de la LPAG). Ahora bien, lo más importante de este articulado es establecer que si bien la caducidad puede ser declarada de oficio, el administrado también tiene la posibilidad de solicitar dicha caducidad cuando el órgano competente no lo haya hecho (Numeral 4 del Artículo 237-A de la LPAG). Finalmente, en el supuesto en el cual la infracción no hubiera prescrito, el órgano competente deberá evaluar el inicio de un nuevo procedimiento sancionador, debiendo tenerse presente que el procedimiento caducado no interrumpe la prescripción (Numeral 5 del Artículo 237-A de la LPAG).

Así, en aras de preservar condiciones básicas de seguridad jurídica, se establecen ciertas pautas a seguir que buscan cerrar una situación para que esta no quede indefinidamente sin una solución definitiva.

I.12 MODIFICACIONES RESPECTO A LA RESPONSABILIDAD DE LAS AUTORIDADES Y PERSONAL AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

I.12.1. Nuevos supuestos de falta administrativa (Artículo 239)

Acompaña dentro de esta dinámica que busca tutelar a la vez los derechos ciudadanos y la eficacia del funcionamiento administrativo, necesarios ajustes respecto

a las faltas administrativas, previstas en el Artículo 239 de la LPAG. De este modo, se elimina la referencia a que las autoridades y el personal al servicio de las entidades puedan ser sancionados con amonestación, toda vez que la finalidad de esta norma es que dichas personas no encuentren incentivo alguno para cometer las faltas administrativas.

En el mismo orden de ideas, se añade al Artículo 239 de la LPAG nuevos supuestos de falta administrativa, puesto que vulneran directamente la simplificación administrativa:

- No resolver dentro del plazo establecido para cada procedimiento administrativo de manera negligente o injustificada.
- Desconocer de cualquier modo la aplicación de la aprobación automática o silencio positivo obtenido por el administrado ante la propia u otra entidad administrativa.
- Incumplir con los criterios, procedimientos y metodologías para la determinación de los costos de los procedimientos y servicios administrativos.
- Cobrar montos de derecho de tramitación por encima de una (1) UIT, sin contar con autorización previa.
- No aplicar el procedimiento estandarizado aprobado.
- Cobrar montos de derecho de tramitación superiores al establecido para los procedimientos estandarizados.
- Proponer, aprobar o exigir procedimientos, requisitos o tasas en contravención a los dispuestos en esta ley y demás normas de simplificación, aunque consten en normas internas de las entidades o TUPAs.
- Exigir a los administrados la presentación de documentos prohibidos de solicitar o no admitir los sucedáneos documentales considerados en la LPAG, aun cuando su exigencia se base en alguna norma interna de la entidad o en su TUPA.
- Suspender la admisión a trámite de solicitudes de los administrados por cualquier razón.

Finalmente, se le otorga competencia a la Presidencia del Consejo de Ministros para tipificar otros supuestos de falta administrativa, por medio de decreto supremo. Lo anterior es debido a que, como se ha mencionado anteriormente, esta entidad es el ente rector del Sistema de Modernización de la Gestión Pública, el cual incluye a la simplificación administrativa.

I.12.2. Eliminación de los criterios para la aplicación de sanciones y el registro de sanciones (Artículo 240 y 242)

Las referencias sobre los criterios para la aplicación de sanciones y el registro de sanciones (Artículo 240 y 242 de la LPAG, respectivamente) son innecesarias actualmente, debido a que ya se encuentran reguladas en el régimen del servicio civil, previsto en la Ley del Servicio Civil, Ley N° 30057.

I.13 ALCANCES RECOGIDOS EN LAS DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS, TRANSITORIAS Y DEROGATORIAS INTRODUCIDAS A LA LPAG

La serie de cambios que se han introducido al texto original de la LPAG va, a su vez, a producir una serie de modificaciones a ciertas relaciones y situaciones jurídicas, modificaciones para las cuales en muchos casos es mejor establecer un periodo de transición para así no generar situaciones de innecesaria incertidumbre.

De esta manera, respecto a las disposiciones complementarias, se dispone un plazo para que las Municipalidades Distritales puedan obtener la ratificación de los derechos de tramitación por parte de las Municipalidades Provinciales. Igualmente, se precisa que las competencias otorgadas a la Presidencia del Consejo de Ministros por medio del Artículo 48 de la LPAG, también son aplicables al Sistema Único de Trámites (SUT) para la simplificación de procedimientos y servicios prestados en exclusividad, creado por Decreto Legislativo N° 1203.

En las disposiciones complementarias transitorias, se propone tres (3) supuestos en los cuales las entidades las entidades deben adecuarse a lo previsto en el Numeral 2 del Artículo II del Título Preliminar, Artículo 34 y Numeral 44.6 del Artículo 44 de la LPAG. Asimismo, se establece dos (2) supuestos de *vacatio legis* con plazos explícitamente determinados para la entrada en vigencia del Numeral 193.1.2 del Artículo 193 y el Artículo 237-A de la LPAG. También, debido a las diferentes modificaciones, se ha considerado conveniente que se emita un Texto Único Ordenado de la LPAG, lo cual estará a cargo del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Además, se precisa que los documentos prohibidos de solicitar a los administrados o usuarios a los que hace referencia el artículo 5 del Decreto Legislativo N° 1246, Decreto Legislativo que aprueba diversas medidas de simplificación administrativa, y aquellos que se determinen mediante Decreto Supremo, conforme a lo establecido en el numeral 5.3 del referido artículo, deben ser difundidos a través del Portal del Estado Peruano (<<http://www.peru.gob.pe/>>) y del Portal de Servicios al Ciudadano y Empresas (<<http://www.serviciosalciudadano.gob.pe/>>).

Finalmente, se establece expresamente las disposiciones que son derogadas, debido a que contravienen lo establecido en la LPAG. Así, se ha indicado que se deroga (i) el Numeral 125.5 del Artículo 125, el Artículo 210, el Literal c) del Numeral 218.2 del Artículo 218, el Numeral 229.3 del Artículo 229, el Artículo 240 y el Artículo 242 de la LPAG, (ii) la Ley N° 29060, Ley del Silencio Administrativo y (iii) el Artículo 1 de la Ley N° 29091, Ley que modifica el párrafo 38.3 del Artículo 38 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, y establece la publicación de diversos dispositivos legales en el Portal del Estado Peruano y en portales institucionales.

II. ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

La Presidencia del Consejo de Ministros, en el marco de la rectoría de modernización de la gestión pública que incluye la simplificación administrativa como una de sus líneas de acción, viene realizando acciones con el fin de mejorar la relación entre el Estado y los ciudadanos a través de procedimientos administrativos más simples y fáciles. Para ello, se ha realizado la identificación de los principales problemas que dificultan una prestación eficiente de servicios públicos y que se busca solucionar a través de la modificatoria de la Ley N° 27444.

1. En la Fiscalización de TUPAS:

De acuerdo al artículo 37 del Reglamento de Organización y Funciones de la PCM, la Secretaría de Gestión Pública es el órgano de línea competente en materia de simplificación administrativa, para lo cual tienes las siguientes funciones:

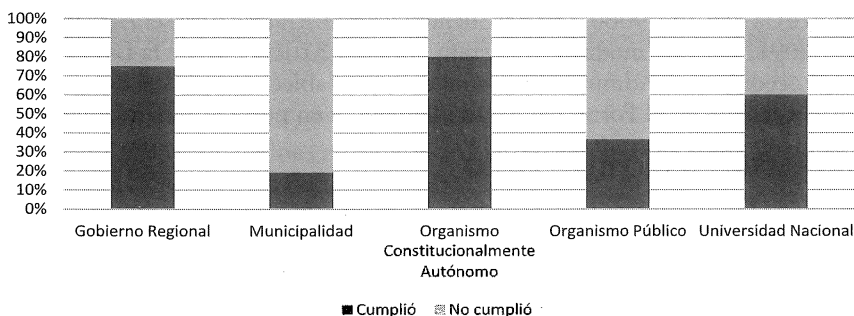
- Asesorar a las entidades en materia de simplificación administrativa y evaluar los procesos de simplificación administrativa en relación con el Texto Único de Procedimientos Administrativos - TUPA de las entidades del Poder Ejecutivo, para lo cual está facultada a solicitar la información que requiera, y emitir directivas y/o lineamientos;
- Supervisar y fiscalizar el cumplimiento de las normas de simplificación administrativa contenidas en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General y detectar los incumplimientos para lo cual deberá otorgar a las entidades un plazo perentorio para la subsanación. De no producirse la subsanación, deberá realizar las gestiones conducentes a hacer efectiva la responsabilidad de los funcionarios involucrados;

En el marco de dichas funciones, entre el 2013 y 2015, la Secretaría de Gestión Pública a partir de una muestra aleatoria fiscalizó un total de 51 TUPAS correspondientes a: cuatro (4) gobiernos regionales, veintiséis (26) municipalidades, once (11) organismos públicos, (5) organismos constitucionalmente autónomos, (5) universidades nacionales.

De la fiscalización realizada, se emitieron observaciones a los TUPAS, las cuales debían ser levantadas en un plazo perentorio de 120 días. Se observa que el 64 % de la muestra (34 entidades) no cumplió con levantar las observaciones en el plazo establecido. Los grupos de entidades que presentan mayor porcentaje de incumplimiento son las municipalidades (81 %). Por su parte, los grupos de entidades que presentaron menores porcentajes de incumplimiento son los Organismos Constitucionalmente Autónomos (20 %) y los Gobiernos Regionales (25 %).

Gráfico N° 2

Porcentaje de cumplimiento de levantamiento de observaciones al TUPA de las entidades fiscalizadas entre 2013 - 2015



Respecto al tiempo que ha transcurrido desde la notificación para el levantamiento de observaciones, encontramos que este alcanza un promedio de 723 días (2 años, 3 días).

Tiempos de incumplimiento de levantamiento de observaciones al TUPA (2013-2015)		
	Tiempo de Incumplimiento(*)	Entidades
Tiempo Mínimo	400 días (1 año, 40 días)	Biblioteca Nacional del Perú, OSINERGMIN, PROINVERSION, Superintendencia del Mercado de Valores, Municipalidad de Cajamarquilla, Municipalidad de Chugay, Municipalidad de Ilabaya, Municipalidad de Nicolás de Piérola, Municipalidad de Pueblo Nuevo, Municipalidad de Sincos y Municipalidad de Ventanilla.
Tiempo Máximo	983 días (2 años, 263 días)	PROMPERÚ, COFOPRI, la Academia de la Magistratura, el Gobierno Regional de Pasco y la Municipalidad Provincial de Arequipa.
Tiempo Promedio	723 días (2 años, 3 días)	

(*) Información al 23/08/2016.

2. Ilegalidades en los procedimientos administrativos de las entidades públicas

Como resultado de estas acciones se identificó principalmente el incumplimiento a la Ley del Procedimiento Administrativo General y la metodología de costos, lo cual fue observado y comunicado a las respectivas entidades públicas. Entre los problemas frecuentes hallados en la elaboración de los TUPA, se tiene:

- La no adecuación al TUPA MODELO de Licencia de Funcionamiento e Inspecciones Técnicas de Seguridad en Defensa Civil.
- La exigencia de requisitos que no cuentan con sustento legal.
- Se considera que el TUPA es la fuente creadora de procedimientos administrativos.
- Pagos por formulario único o publicación de resoluciones de renovación distintos a la tasa.
- La exigencia de requisitos prohibidos como: informes, autorizaciones, declaraciones juradas que emite la propia entidad.
- Copias simples o fedateadas del DNI, RUC, RNP siendo que esta información puede ser obtenida a través de la base de datos de RENIEC, SUNAT u OSCE.
- Se requirió mayor sustento respecto a la exigencia de algunos elementos de costo que podían incrementar el costo de la tasa.

La información recogida demuestra que la Secretaría de Gestión Pública (SGP) no cuenta con los mecanismos necesarios para hacer cumplir las disposiciones que emite en materia de fiscalización de TUPAS, para lo cual **resulta necesario contar con un marco normativo que brinde a la SGP una mayor capacidad de fiscalización y sanción, que asegure el cumplimiento de las disposiciones que establece en materia de procedimientos administrativos.**

3. Estandarización de procedimientos administrativos comunes

La Presidencia del Consejo de Ministros, a través de la Secretaría de Gestión Pública, en el marco de la rectoría de modernización de la gestión pública que incluye la

simplificación administrativa como una de sus líneas de acción, aprobó mediante R.M. N° 088-2015-PCM el TUPA modelo para los procedimientos de licencia de funcionamiento e inspecciones técnicas en seguridad, de cumplimiento obligatorio por parte de las municipalidades. Como ya se ha señalado se requiere reforzar la figura del procedimiento administrativo estandarizado a través de su aprobación mediante Decreto Supremo de la Presidencia del Consejo de Ministros.

A mayor sustento se verificó la adopción de dicho instrumento a través de la revisión de los TUPAS de 66 Municipalidades, advirtiéndose el incumplimiento. Por lo que corresponde fortalecer el marco normativo a fin de establecer disposiciones que garanticen su cumplimiento.

De la revisión encontramos que:

- Solo 19.7 % (13 municipalidades de 66) se adecúan íntegramente al TUPA modelo. Cabe señalar que los TUPA que se han adecuado al TUPA modelo son de los años 2014, 2015 y 2016. Esto genera que las municipalidades desagregan sus procedimientos de acuerdo a sus propios criterios y no en base a lo ya establecido por los entes rectores (PCM), es así que hemos encontrado diferentes denominaciones tanto para los procedimientos como para sus modalidades.
- Solo 21 % (14 municipalidades) tienen disponibles los flujogramas de sus procedimientos, lo que dificulta el acceso a dicha información por parte del ciudadano.

Asimismo, se revisaron otros procedimientos comunes que presentan dispersión, como la Licencia de Edificación y la Autorización de conexiones domiciliarias, para los cuales corresponde aplicar una estandarización. Cabe señalar que esta problemática ha sido recogida por la Contraloría General de la República en el Estudio “Mejora regulatoria y simplificación administrativa que afectan la inversión”, que recomienda la creación de un TUPA modelo.

La revisión de la muestra de TUPAs ha permitido determinar que existe una gran dispersión en los costos, los plazos y los requisitos para un mismo procedimiento. Para observar de mejor manera estas diferencias tomamos el ejemplo de tres procedimientos: Licencia de funcionamiento; Licencia de edificación; y Autorización para la instalación de infraestructura de telecomunicaciones.

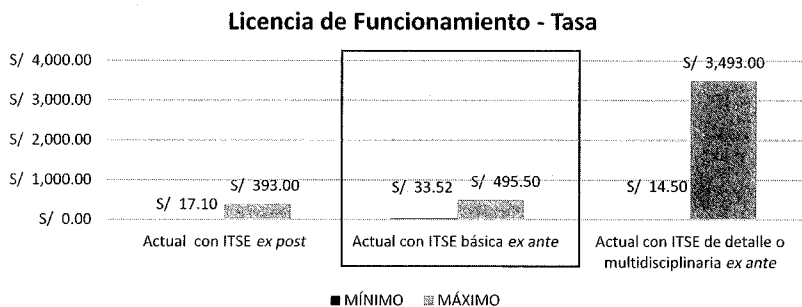
a. Licencia de Funcionamiento

Como se ha mencionado anteriormente, la SGP aprobó en el 2015 el TUPA Modelo de los Procedimientos Administrativos de Licencia de Funcionamiento para las municipalidades provinciales y distritales. Este documento contiene disposiciones de observancia obligatoria sobre los requisitos, plazos y calificación de cada procedimiento administrativo, facultando a las municipalidades a establecer condiciones más favorables (p.e. establecer menos requisitos, plazos menores, etc.)

Como ejemplo, tomaremos la modalidad de la Licencia de Funcionamiento “Establecimientos con un área de más de 100 m² hasta 500 m² con ITSE Básica *Ex Ante*”. En primer lugar, encontramos que sólo 68 % de municipalidades analizadas (45 de 66) cuenta con dicho procedimiento en su TUPA.

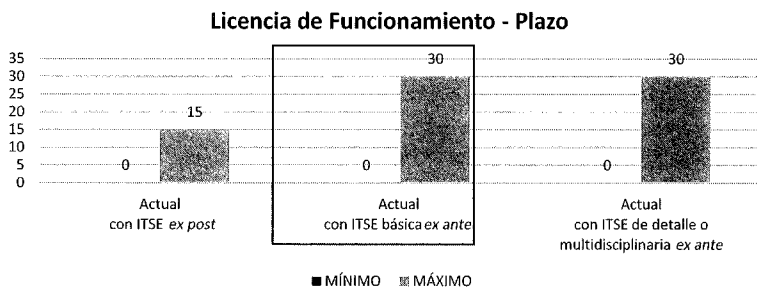
Respecto a las tasas, encontramos que estas van desde los S/. 33.52 (MD de Tambogrande - Piura) hasta los S/ 495.50 (MD Pomalca - Lambayeque), teniendo una **variación entre el mínimo y el máximo de S/ 461.98.**

Gráfico N° 3



Respecto al plazo para la emisión de la Licencia de Funcionamiento, el TUPA Modelo establece que dicho plazo debe ser máximo de 15 días. Sin embargo, encontramos municipalidades como la MD Huayucachi en Junín que establece un plazo de 30 días, incumpliendo lo dispuesto por la norma. Por el contrario, encontramos municipalidades como la MD Villa María del Triunfo en Lima que otorga la licencia de manera automática.

Gráfico N° 4



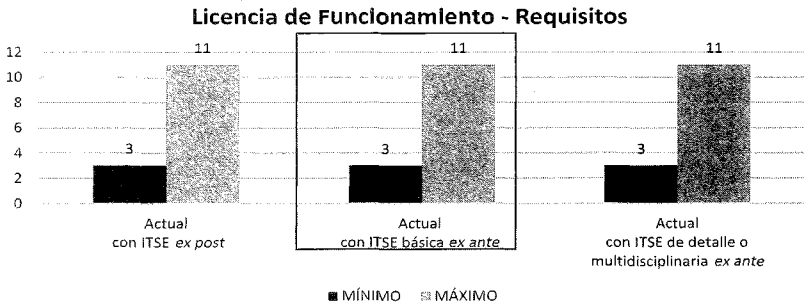
Nota: Si se observa un 0 es porque el trámite es AUTOMÁTICO.

Respecto a los requisitos, el TUPA Modelo dispone la exigencia de máximo 4 requisitos para la modalidad *ex ante*. Al analizar la muestra encontramos que 25 de las 45 municipalidades que cuentan con dicho procedimiento incumplen dicha disposición. Por ejemplo, la MD Simón Bolívar de Pasco establece 11 requisitos, que incluyen copia de DNI o Carné de extranjería del solicitante y del representante legal, declaración jurada informando el número de establecimientos que posee, entre otros que están fuera de la norma. El promedio de requisitos para esta modalidad de la Licencia de Funcionamiento es de 5, sobrepasando el máximo legal (Gráfico N° 5).

b. Licencia de Edificación

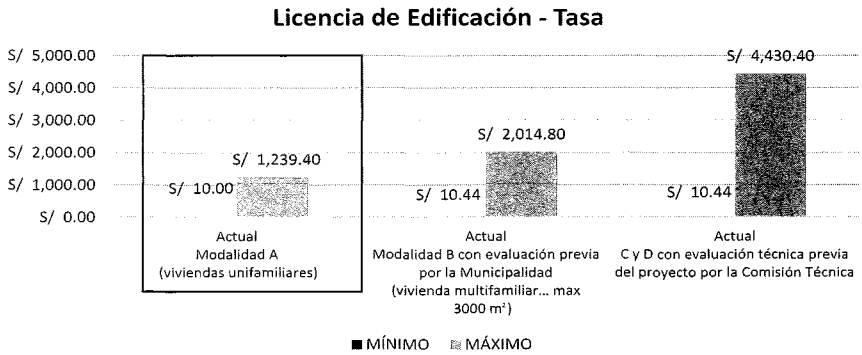
Para el caso de la Licencia de Edificación, tomaremos como ejemplo la Modalidad A, la cual aplica a viviendas unifamiliares de hasta 120 m². De la revisión encontramos que la MD Coronel Gregorio Albarracín (Tacna) emite la licencia por un costo de S/ 10.00; mientras que la MP de Huancayo (Junín) cobra una tasa de S/ 1,239.40.

Gráfico N° 5



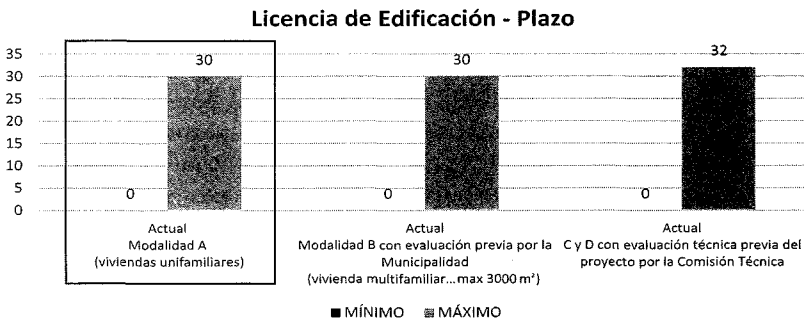
La variación entre el mínimo y el máximo es de S/ 1,229.40, siendo uno de los procedimientos con mayor variación en cuanto a las tasas.

Gráfico N° 6



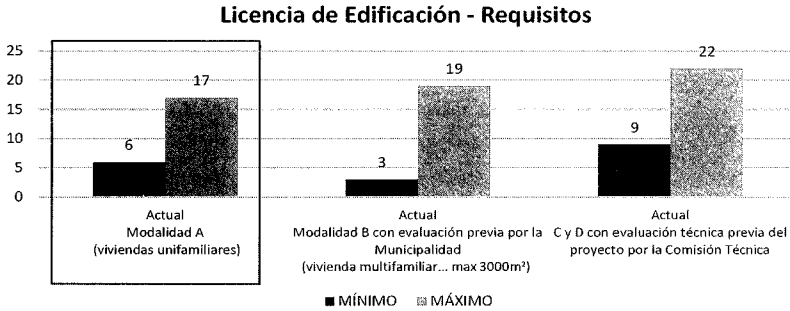
En cuanto al plazo para la entrega de la mencionada licencia, mientras que en el 49 % de municipalidades el plazo de entrega es automático; existen municipalidades como la MD de Nuevo Chimbote (Áncash), la MP de Cajamarca y la MD de Huayucachi (Junín), donde el plazo alcanza 30 días.

Gráfico N° 7



En cuanto a los requisitos para la citada licencia, también encontramos una gran dispersión. Mientras que la MD de San Sebastián (Cusco) establece 6 requisitos, la MD de Santiago (Cusco) establece 17 requisitos para el mismo procedimiento. Este caso resulta ilustrativo debido a que se trata de dos municipalidades distritales de una misma provincia y entre una y otra existe una diferencia de 11 requisitos.

Gráfico N° 8

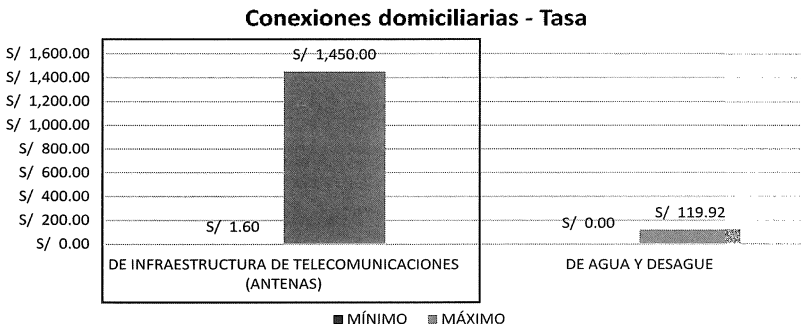


c. Autorización para instalación de infraestructura de Telecomunicaciones

Otro caso que muestra una gran dispersión tanto en las tasas, plazos y requisitos requeridos en el de Autorización para instalación de Infraestructura de Telecomunicaciones. Cabe señalar que solo el 46 % de las municipalidades analizadas cuenta con dicho trámite.

En el caso de la tasa que se cobra por la instalación de antenas tenemos que la MD de Carabayllo (Lima) cobra S/ 1.60, mientras que la MD de Huancayo (Junín) cobra una tasa de S/ 1,450.00 por el mismo procedimiento. La variación que existe entre la tasa mínima y la máxima es de S/ 1,448.40, siendo otro de los procedimientos con mayor dispersión en las tasas aplicadas.

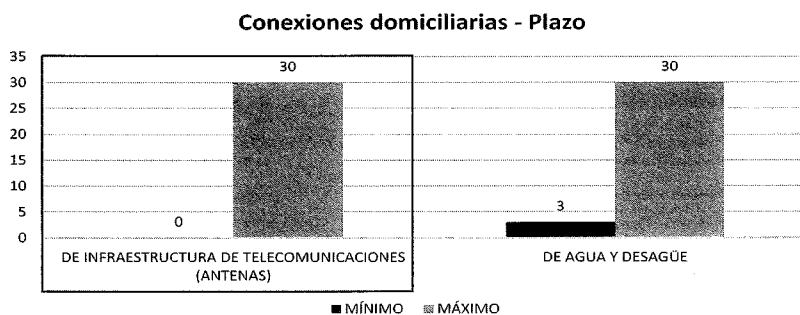
Gráfico N° 9



Con la emisión del Reglamento de la Ley N° 29022 “Ley para el fortalecimiento de la expansión de infraestructura en telecomunicaciones” aprobado en el 2015, se estableció el plazo automático para la entrega de dicha autorización. De las municipalidades

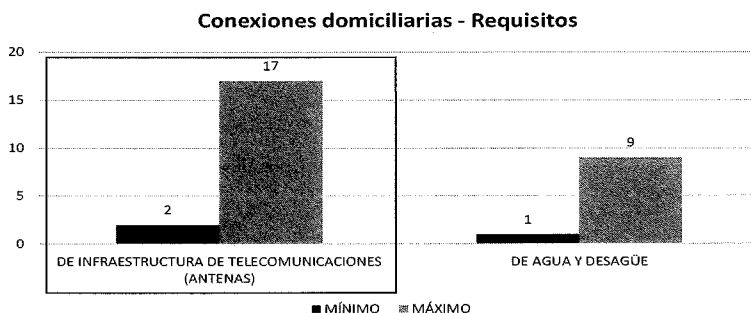
que cuentan con el trámite mencionado, solo el 27 % (8 municipalidades) ha cumplido con adecuar su TUPA a dicha disposición; mientras que el 30 % (9 municipalidades) establece plazos que van desde los 15 hasta los 30 días, incumpliendo con la normativa vigente. Por ejemplo tenemos los casos de las MD de Carabayllo, Chaclacayo, Comas, Independencia, Lince, Puente Piedra, San Isidro, San Juan de Lurigancho y San Martín de Porres en Lima, que establecen un plazo automático; mientras que las MD de Alto Selva Alegre (Arequipa), El Tambo (Junín), Huayucachi (Junín), Iquitos (Loreto), Paita (Piura) establecen plazos de 30 días para el mismo procedimiento.

Gráfico N° 10



En cuanto a los requisitos para la instalación de infraestructura de telecomunicaciones, también encontramos una gran dispersión. Mientras que las MD Coronel Gregorio Albarracín (Tacna) y la MD Corrales (Tumbes) establecen 2 requisitos para este procedimiento; la MD Paita (Piura) solicita 17 requisitos para dicha instalación. Cabe señalar que la normativa vigente en la materia establece 6 requisitos generales como mínimo, pudiendo solicitarse más requisitos en casos especiales.

Gráfico N° 11



Autorización de anuncios publicitarios

La autorización de anuncios publicitarios es uno de los procedimientos administrativos que muestra mayor dispersión en cuanto a la denominación del procedimiento, las tasas, plazos y requisitos, al no tener ninguna normativa que regule esta materia. Esto

ha dificultado realizar una comparación entre los aspectos del procedimiento como en los casos anteriores. Como muestra, se presenta la siguiente tabla con los ejemplos de 7 municipalidades que presentan diversas denominaciones para el mismo procedimiento.

Municipalidad	Procedimiento	Tasa	Plazo (días)	Requisitos
MP Arequipa	1. Autorización para instalación de anuncios y propaganda	S/ 149.80	30	5
	2. Autorización para la colocación de afiches carteleras municipales (12 carteleras por 8 días)	S/ 150.10	5	4
	3. Autorización para instalación de paneles, paletas y vallas fuera del Centro Histórico, Zona Monumental y Zona de Tratamiento	S/ 153.20	30	8
MDAte	1. Autorización para instalar anuncios de publicidad exterior en edificaciones, dentro del predio o área pública	S/ 146.00	15	9
	2. Autorización para instalación de anuncios tipo paneles:			
	- Simples - Monumentales	S/ 82.70 S/ 156.00	15 15	9 9
MPCallao	1. Autorización para ubicación de anuncios y/o toldos publicitarios en propiedad privada (excepto anuncios tipo vallas)	S/ 114.50	10	5
	2. Autorización para la ubicación de elementos de publicidad exterior y/o anuncios en paneles monumentales:			
	- Simples - Unipolares	S/ 133.20 S/ 138.50	10 10	8 8
	3. Avisos publicitarios con un área de exhibición hasta 12 m ² : luminosos, iluminados, especiales	S/ 148.70	10	6
	4. Avisos publicitarios con un área de exhibición mayor a 12 m ² : luminosos, iluminados, especiales	S/ 144.80	30	7
MD Carabayllo	1. Autorización para la ubicación de anuncios y avisos publicitarios:			
	- Panel simple (incluye papeleta, escaparate, marquesina, globo aerostático, cartelera, valla, banderola, aviso volumétrico y aviso ecológico) o luminoso y/o iluminado	S/ 36.90	30	9
	2. Autorización para la ubicación de anuncios y avisos publicitarios			
- Paneles monumentales (incluye unipolares, tótem, publicidad en mobiliario urbano) o luminoso y/o iluminado	S/ 37.00	30	11	
	3. Autorización para la ubicación de anuncios y avisos publicitarios			
- Afiches o banderolas de campañas y eventos temporales	S/ 34.80	30	5	
MP Chiclayo	1. Autorización de anuncios y publicidad exterior permanente	S/ 104.00	30	7
	2. Autorización de anuncios y publicidad exterior temporal	S/ 104.00	30	5
MM Lima	1. Autorización para la ubicación de anuncios, avisos o elementos publicitarios.			
	- Anuncios y avisos publicitarios que identifican templos y similares religiosas así como de los centros educativos estatales. Para banderolas de campañas y eventos temporales	Gratuito	0	8
	2. Ubicación de panel simple, paleta, escaparate, marquesina, aerostático, cartelera, valla, banderola, aviso volumétrico y aviso ecológico			
- Luminosos, iluminados o especiales mayores a 12 m ²	S/ 315.80 S/ 315.80	30 30	5 8	
	3. Ubicación de paneles monumentales, unipolares, tótem y publicidad en mobiliario urbano	S/ 359.90	30	5

Municipalidad	Procedimiento	Tasa	Plazo (días)	Requisitos
MD Lince	1. Autorización para la ubicación de elementos de publicidad exterior y/o anuncios: Paneles monumentales	S/ 154.70	30	8
	2. Autorización para la ubicación de elementos de publicidad exterior y/o anuncios: Avisos publicitarios simples	S/ 84.70	30	7
	3. Autorización para la ubicación de elementos de publicidad exterior y/o anuncios: Avisos publicitarios Iluminados	S/ 86.60	30	8
	4. Autorización para la ubicación de elementos de publicidad exterior y/o anuncios: Avisos publicitarios Luminosos	S/ 89.10	30	8
	5. Autorización para la ubicación de elementos de publicidad exterior y/o anuncios: Avisos publicitarios vallas	S/ 90.70	30	8
	6. Autorización municipal para instalar publicidad exterior en áreas de uso público: Para los casos de letreros simples, mensajes publicitarios pintados, en postes señalizadores, basureros, paraderos, cabinas telefónicas y similares	S/ 93.90	30	9

A partir de estos cuatro ejemplos podemos ver la gran variación que existe en los procedimientos que se realizan en las diferentes municipalidades del país, no solo en los máximos y mínimos de tasas, plazos y requisitos, sino también existe una gran variación en las denominaciones y modalidades de cada procedimiento.

Esto evidencia la necesidad de estandarizar y establecer procedimientos únicos estandarizados y tasas máximas. Todo ello a fin de evitar el exceso de cobro de tasas o exceso de requisitos, así como establecer plazos que estén acordes con el desarrollo de los procedimientos. En ese sentido, contar con esta figura permitirá no tener tanta variación en el tipo de modalidades que tiene cada procedimiento y de esta forma evitar cobros indebidos o procedimientos innecesarios, que afectan directamente a los ciudadanos generando excesivos costos y una gran inversión de tiempo.

DECRETO LEGISLATIVO N° 1272

Decreto Legislativo que modifica la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, y deroga la Ley N° 29060, Ley del Silencio Administrativo (21/12/2016)

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO

Que, mediante Ley N° 30506, “Ley que delega en el Poder Ejecutivo la Facultad de legislar en materia de reactivación económica y formalización, seguridad ciudadana, lucha contra la corrupción, agua y saneamiento y reorganización de Petroperú S.A.”, el Congreso de la República ha delegado en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia de reactivación económica y formalización, por el término de noventa (90) días calendario;

Que, en este sentido, el literal h) del inciso 1 del artículo 2 del citado dispositivo legal, establece modificar el marco normativo del procedimiento administrativo general con el objeto de simplificar, optimizar y eliminar procedimientos administrativos, priorizar y fortalecer las acciones de fiscalización posterior y sanción, incluyendo la capacidad operativa para llevarlas a cabo; emitir normas que regulen o faciliten el desarrollo de actividades económicas, comerciales y prestación de servicios sociales en los tres niveles de gobierno, incluyendo simplificación administrativa de los procedimientos relativos al patrimonio cultural; dictar normas generales y específicas para la estandarización de procedimientos administrativos comunes en la administración pública con la finalidad de hacer predecibles sus requisitos y plazos; aprobar medidas que permitan la eliminación de barreras burocráticas en los tres niveles de gobierno; autorizar la transferencia de programas sociales mediante decreto supremo; y dictar medidas para la optimización de servicios en las entidades públicas del Estado, coadyuvando al fortalecimiento institucional y la calidad en el servicio al ciudadano;

Que, resulta necesario modificar la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, a efectos de optimizar la regulación de los principios del procedimiento administrativos con el fin de tutelar el derecho de los administrados; mejorar el marco sobre notificación electrónica para la simplificación de los procedimientos administrativos; reforzar la facultad de fiscalización posterior; otorgar a la Presidencia del Consejo de Ministros la facultad de estandarizar procedimientos administrativos y de determinar los procedimientos sujetos a aprobación automática; mejorar la regulación sobre el régimen de aprobación de los Textos Únicos de Procedimiento Administrativo; optimizar el alcance de la norma concerniente a la documentación prohibida de solicitar a los administrados; mejorar el régimen concerniente a la aprobación de los derechos de tramitación; formular una mejor regulación sobre los silencios administrativos y sus efectos; optimizar la regulación sobre los procedimientos sancionadores; crear el marco jurídico para la creación de procedimientos administrativos electrónicos; entre otras medidas;

Que, asimismo, el presente Decreto Legislativo incorpora un capítulo especial a la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, que resulta una novedad en la legislación peruana concerniente a las reglas comunes de la “Actividad Administrativa de Fiscalización”, que contiene los derechos y deberes de los administrados en el marco de las acciones de fiscalización, así como las facultades y deberes de la administración;

Que, finalmente, se deroga la Ley N° 29060, Ley del Silencio Administrativo, toda vez que el régimen sobre los silencios administrativos ha sido incorporado a la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General;

Que, de conformidad con lo establecido en el literal h) del inciso 1 del artículo 2 de la Ley N° 30506 y el artículo 104 de Constitución Política del Perú;

Con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros; y

Con cargo a dar cuenta al Congreso de la República;

Ha dado el Decreto Legislativo siguiente:

**DECRETO LEGISLATIVO QUE MODIFICA LA LEY N° 27444,
LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL
Y DEROGA LA LEY N° 29060, LEY DEL SILENCIO
ADMINISTRATIVO**

Artículo 1. Objeto

El presente Decreto Legislativo tiene por objeto modificar la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General; y derogar la Ley N° 29060, Ley del Silencio Administrativo.

Artículo 2. Modificación de los artículos I, II, IV del Título Preliminar y los artículos 5, 6, 7, 11, 18, 20, 30, 31, 32, 36, 37, 38, 40, 41, 42, 44, 45, 47, 48, 49, 55, 63, 67, 74, 75, 76, 77, 88, 105, 110, 111, 115, 116, 125, 126, 131, 135, 136, 138, 156, 160, 188, 189, 193, 202, 203, 206, 207, 211, 216, 218, 228, 229, 230, 232, 233, 234, 235, 236, 236-A y 239 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General⁽¹⁾.

(...)

Artículo 3. Modificación de la denominación del Título IV de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General⁽²⁾.

(...)

Artículo 4. Incorporación de los Artículos 29-A, 33, 33-A, 33-B, 34, 36-A, 36-B, 39-A, 41-A, 49-A, 49-B, 233-A y 237-A de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General⁽³⁾.

(...).

(1) Los textos modificados de los mencionados artículos forman parte del TUO de la LPAG.

(2) El texto modificado de la mencionada denominación forma parte del TUO de la LPAG.

(3) Los textos incorporados de los mencionados artículos forman parte del TUO de la LPAG.

Artículo 5. Incorporación del Capítulo I-A del Título IV de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General⁽⁴⁾.

(...)

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

Primera.- Las ordenanzas expedidas por las Municipalidades Distritales que aprueban el monto de los derechos de tramitación de los procedimientos contenidos en su Texto Único de Procedimientos Administrativos que deben ser materia de ratificación por parte de las Municipalidades Provinciales de su circunscripción según lo establecido en el artículo 40 de la Ley N° 27972- Ley Orgánica de Municipalidades, deben ser ratificadas en un plazo máximo de treinta (30) días hábiles, salvo las tasas por arbitrios en cuyo caso el plazo será de sesenta (60) días hábiles.

La ordenanza se considera ratificada si, vencido el plazo establecido como máximo para pronunciarse la Municipalidad Provincial no hubiera emitido la ratificación correspondiente, no siendo necesario pronunciamiento expreso adicional.

La vigencia de la ordenanza así ratificada, requiere su publicación en el diario oficial *El Peruano* o en el diario encargado de los avisos judiciales en la capital del departamento o provincia, por parte de la municipalidad distrital respectiva.

La ratificación a que se refiere la presente disposición no es de aplicación a los derechos de tramitación de los procedimientos administrativos estandarizados obligatorios aprobados por la Presidencia del Consejo de Ministros.

Segunda.- Las competencias otorgadas a la Presidencia del Consejo de Ministros por medio del artículo 48 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, son también aplicables al Sistema Único de Trámites (SUT) para la simplificación de procedimientos y servicios prestados en exclusividad, creado por Decreto Legislativo N° 1203.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS TRANSITORIAS

Primera.- Las entidades tendrán un plazo de sesenta (60) días, contado desde la vigencia del presente Decreto Legislativo, para adecuar sus procedimientos especiales según lo previsto en el numeral 2 del artículo II del Título Preliminar de la Ley N° 27444.

Segunda.- En un plazo de ciento veinte (120) días, contado desde la vigencia del presente Decreto Legislativo, las entidades deben justificar ante la Presidencia del Consejo de Ministros los procedimientos que requieren la aplicación de silencio negativo, previsto en el artículo 34 de la Ley N° 27444.

Tercera.- En un plazo de ciento veinte (120) días, contado desde la vigencia del presente Decreto Legislativo, las entidades deberán adecuar los costos de sus procedimientos administrativos y servicios prestados en exclusividad, de acuerdo a lo previsto en el numeral 44.6 del artículo 44 de la Ley N° 27444.

(4) El texto incorporado del mencionado capítulo forma parte del TUO de la LPAG.

Cuarta.- 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, se establece un plazo de seis (6) meses, contado desde la vigencia del presente Decreto Legislativo, para aquellos actos que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto legislativo hayan transcurrido más de dos (2) años de haber adquirido firmeza.

Quinta.- Para la aplicación de la caducidad prevista en el artículo 237-A de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, se establece un plazo de un (1) año, contado desde la vigencia del presente Decreto Legislativo, para aquellos procedimientos sancionadores que a la fecha se encuentran en trámite.

Sexta.- En un plazo de sesenta (60) días hábiles, contados desde la vigencia del presente Decreto Legislativo, se aprobará el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, por Decreto Supremo refrendado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Sétima.- Los documentos prohibidos de solicitar a los administrados o usuarios a los que hace referencia el artículo 5 del Decreto Legislativo 1246, Decreto Legislativo que aprueba diversas medidas de simplificación administrativa, y aquellos que se determinen mediante Decreto Supremo, conforme a lo establecido en el numeral 5.3 del referido artículo, son difundidos a través del Portal del Estado Peruano (<<http://www.peru.gob.pe/>>) y del Portal de Servicios al Ciudadano y Empresas (<<http://www.serviciosalciudadano.gob.pe/>>).

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA DEROGATORIA

Única.- A partir de la vigencia de la presente Ley, quedan derogadas expresamente las siguientes normas:

- 1) La Ley N° 29060, Ley del Silencio Administrativo.
- 2) Los artículos 210 y 240 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.
- 3) El artículo 279 del Capítulo XIX del Título Décimo Primero de la Ley General de Minería, aprobado por el Decreto Legislativo N° 109, recogido en el artículo 161 del Capítulo XVII del Título Décimo Segundo del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, aprobado por el Decreto Supremo N° 014-92-EM, siendo de aplicación las disposiciones de la presente Ley.

POR TANTO:

Mando se publique y cumpla, dando cuenta al Congreso de la República.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los veinte días del mes de diciembre del año dos mil dieciséis.

PEDRO PABLO KUCZYNSKI GODARD

Presidente de la República

FERNANDO ZAVALA LOMBARDI

Presidente del Consejo de Ministros

MARÍA SOLEDAD PÉREZ TELLO

Ministra de Justicia y Derechos Humanos

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 1310

Conforme al marco normativo vigente, los procedimientos se rigen, entre otros, por el principio de razonabilidad, que determina que las decisiones de la autoridad administrativa que crean obligaciones, califican infracciones, imponen sanciones, o establecen restricciones a los administrados, deben adoptarse dentro de los límites de las facultades establecidas por el ordenamiento jurídico, manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que debe tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para el cumplimiento de su objetivo.

Asimismo, todos los procedimientos administrativos deben sustentarse en el principio de simplicidad, el cual indica que los trámites establecidos por la autoridad administrativa deberán ser sencillos, debiendo eliminarse toda complejidad innecesaria; es decir, los requisitos exigidos deberán ser racionales y proporcionales a los fines que se persigue cumplir. Este principio pretende asegurar la simplificación de los trámites administrativos, a fin de cautelar el derecho de petición de los administrados, pero también para fomentar el desarrollo económico. Se dirige además a reducir el costo que debe incurrir el administrado —en términos de tiempo, dinero y esfuerzo— para llevar adelante los procedimientos administrativos. A esto la doctrina denomina economía procesal⁽¹⁾.

Esto también, tiene relación con el principio de eficacia de todo procedimiento administrativo, el cual señala que los sujetos del procedimiento administrativo deben hacer prevalecer el cumplimiento de la finalidad del acto procedimental, sobre aquellos formalismos que no incidan en su validez, que no determinen aspectos importantes en la decisión final, que no disminuyan las garantías del procedimiento, ni causen indefensión en los administrados. En consecuencia, el logro del fin propuesto es lo que siempre debe orientar el desarrollo del procedimiento; fin que está vinculado, como se ha señalado, tanto al interés general, como al interés de la Administración y del administrado. El objetivo del procedimiento administrativo, en definitiva, es la satisfacción de esos fines en el menor tiempo y con el menor costo posible⁽²⁾.

En función de ello, es deber del Estado en su conjunto promover e institucionalizar la simplificación en los procedimientos administrativos, a fin de eliminar o reducir los requisitos, exigencias, trámites, plazos, etapas, costos, que resulten innecesarios. Además de dotar a los procedimientos administrativos de una mayor racionalidad, proporcionalidad celeridad y predictibilidad, la simplificación administrativa

(1) GUZMÁN NAPURÍ, Christian. "Los principios generales del Derecho Administrativo". En: <file:///C:/Users/cpareja/Downloads/12203-48553-1-PB%20(1).pdf>.

(2) BREWER-CARIÁS, Allan R. "Principios generales del procedimiento administrativo: Hacia un estándar continental". En: <http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/ED874AD957FDC22E052577BD007AD968/\$FILE/II_Principios_del_procedimiento_administrativo.pdf>.

contribuye a garantizar el debido proceso, evitando actuaciones o formalismos que lo afecten.

Debe resaltarse que los esfuerzos que se hagan por simplificar los procedimientos administrativos se encuentran alineados con los objetivos de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos - OCDE, cuya misión es promover políticas que mejoren el bienestar económico y social de las personas, lo cual cobra mayor relevancia al considerar que el 8 de diciembre de 2014 el Gobierno del Perú y la OCDE suscribieron un Acuerdo de Cooperación y un Memorándum de Entendimiento con los que se formaliza el marco para el desarrollo de las relaciones entre ambas partes y establece un Programa País para el Perú.

Por tanto, también debe considerarse que establecer medidas con el objeto de simplificar y optimizar los procedimientos en la Administración Pública permitirá implementar a su vez los lineamientos de la OCDE, al permitir identificar mejor las fortalezas, debilidades y retos a fin de afrontar el proceso de modernización del Estado, lo que contribuye a intensificar la relación de cooperación con la OCDE.

En ese sentido, mediante Decreto Legislativo N° 1246, se aprobaron diversas medidas de simplificación administrativa, con el objeto de simplificar y optimizar los procedimientos en la Administración Pública en beneficio del ciudadano, y a la vez implementar los lineamientos de la OCDE, al identificar las fortalezas, debilidades y retos a fin de afrontar el proceso de modernización del Estado, lo que contribuye a intensificar la relación de cooperación con la OCDE.

En función de lo expuesto, y a fin de procurar mantener el cumplimiento de los principios comentados, mediante el literal h) numeral 1 del artículo 2 de la Ley N° 30506, Ley que delega en el Poder Ejecutivo, la facultad de legislar en materia de reactivación económica y formalización, seguridad ciudadana, lucha contra la corrupción, agua y saneamiento y reorganización de Petroperú S.A., se facultó al Poder Ejecutivo para, entre otros, legislar **en materia de reactivación económica y formalización a fin de** “Modificar el marco normativo del procedimiento administrativo general con el objeto de simplificar, optimizar y eliminar procedimientos administrativos, priorizar y fortalecer las acciones de fiscalización posterior y sanción, incluyendo la capacidad operativa para llevarlas a cabo; emitir normas que regulen o faciliten el desarrollo de actividades económicas, comerciales y prestación de servicios sociales en los tres niveles de gobierno, incluyendo simplificación administrativa de los procedimientos relativos al patrimonio cultural; dictar normas generales y específicas para la estandarización de procedimientos administrativos comunes en la administración pública con la finalidad hacer predecibles sus requisitos y plazos; aprobar medidas que permitan la eliminación de barreras burocráticas en los tres niveles de gobierno; autorizar la transferencia de programas de gobierno mediante decreto supremo; y dictar medidas para la optimización de servicios en las entidades públicas del Estado, coadyuvando al fortalecimiento institucional y la calidad en el servicio al ciudadano”.

Para ello, en esta oportunidad, se proponen las medidas que se explican a continuación, las que permitirán introducir disposiciones que sirvan a la protección del interés del ciudadano en función a la simplificación, eficacia, eficiencia, celeridad y equidad en los procedimientos con sujeción al ordenamiento constitucional y legal.

I. PROPUESTAS

1. Análisis de Calidad Regulatoria de procedimientos administrativos

En todos los países del mundo, los ciudadanos y empresas están sujetos a normas que imponen requisitos y obligaciones que tienen la finalidad de regular su comportamiento y así alcanzar objetivos generales para la sociedad en su conjunto. Sin embargo, lo que ocurre en la práctica y con el tiempo es que la normativa termina siendo inútil, redundante, irracional, o excesivamente costosa, al punto de convertirse en una barrera burocrática para la realización de actividades de los administrados.

A efectos de mejorar el entorno regulatorio, muchos países, principalmente en el marco de la OCDE, han implementado distintos modelos para revisar las normas y procedimientos administrativos acumulados a lo largo del tiempo, con el fin de eliminar las regulaciones obsoletas e ineficientes. En estos procesos de revisión periódica o exhaustiva varían los instrumentos: consolidación, codificación, confirmación, derogación, revisiones exhaustivas, revisiones en sectores específicos, y mecanismos de derogación automática pasado un plazo. A continuación, se describen algunas experiencias que sirven para formular la propuesta:

Australia

En 1996, Australia inició un proceso de evaluación de las normas que se encontraban en vigencia, con el fin de identificar las potenciales restricciones a la libre competencia económica, para lo cual 1800 normas fueron identificadas y programadas para su revisión. La legislación fue clasificada en áreas prioritarias y no prioritarias. La evaluación fue efectuada por cada jurisdicción de acuerdo a una metodología preestablecida por una comisión de nivel nacional, la Productivity Commission. En el 2004, las dos terceras partes de las áreas prioritarias ya habían sido revisadas, y, aunque el programa fue considerado un éxito, un grupo de entidades no cumplieron con realizar la revisión completa y adecuada y retuvieron sus restricciones a la competencia. Un estudio de la OCDE realizado en el 2006⁽³⁾ atribuyó a estas reformas dirigidas a promover la competencia el papel instrumental en promover el crecimiento económico de Australia durante los 90's y su impresionante desempeño a partir del año 2000, durante los cuales el crecimiento del ingreso de las familiar creció por encima del 4 % anual en promedio.

Posteriormente, se aprobaron normas que, con el objetivo de revisar y [sic] el conjunto de regulaciones de manera sistemática, disponen que todas las normas legales se programan automáticamente para expirar 10 años después de su elaboración. El 2013 cesó el primer grupo de normas. Estos sistemas de revisión y análisis ayudaron a exponer la brecha entre las ambiciones de las leyes y los resultados que tuvieron en la práctica, lo que sirvió al sistema para mejorar los estándares para analizar previamente las

(3) OECD Economic Surveys. Australia. 2006 <http://www.keepekk.com/Digital-Asset-Management/oecd/economics/oecd-economic-surveys-australia-2006_eco_surveys-aus-2006-en#.WFNa-MrLhDIU>.

propuestas normativas para el futuro. Un estudio realizado por la OCDE en el 2010⁽⁴⁾ encontró que “en varios estados australianos la cláusula de extinción había reducido substancialmente el número de regulaciones en vigor, eliminado las redundantes y estimulado la actualización y reelaboración de las regulaciones restantes”.

Cabe señalar que la economía australiana destaca por su crecimiento sostenido, su fortaleza fiscal y por haber sido uno de los pocos países que no entró en recesión luego de la crisis económica mundial del 2008.

Reino Unido

Este país instaló desde 1993 un sistema de revisión de la normatividad vigente. Actualmente, este instrumento es uno de los componentes más importantes en la estrategia del Reino Unido para establecer regulaciones de alta calidad, “Better Regulation”, en el marco de las recomendaciones de la OCDE. Todas las normas deben establecer, desde el momento de su aprobación, una disposición que obliga a su revisión *ex post* para determinar los costos y beneficios reales y si la política-norma logró los efectos deseados. Por lo general, esta revisión *ex post* debe llevarse a cabo dentro de los tres años posteriores a la implementación, dependiendo de la naturaleza de la política. La revisión debe establecer un nivel de referencia (línea de base para la evaluación) e incluir criterios de éxito con los que contrastar la eficacia de la política pública. Un estudio de la OCDE⁽⁵⁾ concluye que el Reino Unido ha sido exitoso en impulsar simultáneamente dos herramientas clave: la simplificación de las regulaciones existentes y la evaluación *ex ante* del impacto regulatorio de las nuevas leyes.

México

En el 2009, con el fin facilitar los procedimientos y trámites y reducir las oportunidades para la corrupción, el presidente Felipe Calderón implementó la reforma regulatoria denominada “base cero”, que consistió en la revisión exhaustiva de la regulación vigente para mantener únicamente las normas indispensables.

El gobierno dio a los titulares de secretarías y dependencias del gobierno federal un plazo de tres meses para determinar las regulaciones que consideraban indispensables para el cumplimiento de sus funciones. Las que no fueron enviadas a revisión fueron derogadas automáticamente. De esta manera, se eliminaron más de 16 mil normas y dos mil trámites de la administración pública federal⁽⁶⁾, lo que redujo de manera importante los costos del sector privado, estimados por el Gobierno en más de US\$ 2,500 millones. Con esta y otras reformas, la economía mexicana se transformó en seis años. No solo se mantuvo la estabilidad macroeconómica financiera, sino también se elevó la competitividad y productividad de las empresas a los niveles más elevados de América Latina. Según el *ranking* Doing Business del Banco Mundial, México

(4) OECD Reviews of Regulatory Reform: Australia 2010. Towards a Seamless national Economy. 2010. <<http://www.oecd.org/publications/oecd-reviews-of-regulatory-reform-australia-2010-9789264067189-en.htm>>.

(5) Better regulation in Europe: United Kingdom. OECD. 2010 <<http://www.oecd.org/unitedkingdom/betterregulationineuropeunitedkingdom.htm>>.

(6) <<http://calderon.presidencia.gob.mx/el-blog/10-grandes-transformaciones-de-mexico-cometitividad/>>.

se colocó a 38 lugares por encima de China en seis años. Y según el Foro Económico Mundial, México avanzó 8 lugares en el índice Global de Competitividad para el 2011 y 2012, y logró así el mejor indicador de su historia.

OCDE

La OCDE ha señalado que los efectos de una regulación restrictiva, son la afectación del crecimiento económico y bienestar social, entorpecimiento del emprendimiento e innovación, lo que afecta la competencia y la productividad⁽⁷⁾. Por ende, para lograr niveles de eficiencia que procuren beneficios en los administrados y el Estado, se hace necesario implementar medidas orientadas a la simplificación administrativa y reducción de cargas, lo que tiene un efecto positivo en la creación de nuevas empresas, aumento de productividad y en el crecimiento económico.

Por ello, una de las recomendaciones realizadas por la OCDE al Perú, como Política Regulatoria es la emisión de una política explícita de calidad regulatoria con objetivos claros y definidos, e incluirla en una ley o documento legal con facultades vinculatorias. Asimismo, propone como un primer pago para consolidar una política de mejora regulatoria, el establecer un consejo de coordinación que concentre la mayoría de actividades y herramientas de política regulatorias, donde la Presidencia del Consejo de Ministros, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y el Ministerio de Economía y Finanzas, tengan asientos permanente⁽⁸⁾, el cual incluye la revisión del inventario de regulación incluyendo la evaluación *ex-post*.

En tal sentido, y como un primer paso para lograr una política regulatoria alineada a los estándares internacionales de la OCDE, con el presente Decreto Legislativo se establece la obligación de las entidades del Poder Ejecutivo de realizar un análisis de calidad regulatoria de todas las disposiciones normativas de alcance general, a excepción de las contenidas en leyes o normas con rango de ley, que establezcan procedimientos administrativos, a fin de identificar, reducir y/o eliminar aquellos que resulten innecesarios, injustificados, desproporcionados, redundantes o no se encuentren adecuados a la Ley del Procedimiento Administrativo General o las normas de rango legal que les sirven de sustento.

Asimismo, se crea una Comisión Multisectorial conformada por la Presidencia del Consejo de Ministros, quien la preside, el Ministro de Justicia y Derechos Humanos y el Ministerio de Economía y Finanzas, cuya función principal es la validación del Análisis de Calidad Regulatoria formulado por las entidades del Poder Ejecutivo y para la formulación de la propuesta para la ratificación de la vigencia de procedimientos y disposiciones normativas.

(7) GERARDO FLORES, Manuel. Calidad regulatoria y modernización de la Gestión Pública. OCDE. En: <<http://sgp.pcm.gob.pe/wp-content/uploads/2016/06/06-Manuel-Flores-Calidad-regulatoria-y-MGP.pdf>>.

(8) OCDE. Política Regulatoria en el Perú. Uniendo el marco para la calidad regulatoria. 2016 En: <<http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/Pol%C3%81tica-Regulatoria-en-el-Peru%CC%81-aspectos-clave.pdf>>.

El Decreto Legislativo dispone que los Análisis de Calidad Regulatoria deben ser preparados y remitidos a la Comisión Multisectorial de Calidad Regulatoria para validación:

- a) En el caso de disposiciones normativas vigentes a la fecha de entrada en vigencia del Decreto Legislativo, de acuerdo al cronograma que se establece mediante Decreto Supremo.
- b) Antes de la entrada en vigencia de las disposiciones normativas, si se trata de disposiciones nuevas emitidas con posterioridad a la entrada en vigencia del Decreto Legislativo.
- c) Antes del vencimiento de un plazo máximo de tres años desde su entrada en vigencia o desde su última evaluación, de acuerdo al cronograma que se establece en el reglamento del decreto legislativo.
- d) En el caso de modificaciones de las disposiciones normativas vigentes, antes de que se introduzca a la disposición normativa respectiva.

Las disposiciones normativas que establezcan procedimientos administrativos que no estén incluidos o comprendidos en el análisis que remitan las entidades del Poder Ejecutivo:

- Quedan automáticamente derogadas, en el caso del literal a) antes mencionado.
- No entran en vigencia en el caso de disposiciones normativas nuevas.
- Quedan automáticamente derogadas, en el caso del literal c) antes mencionado.
- No entran en vigencia en el caso de modificaciones de disposiciones normativas.

Luego de validar la información remitida por las entidades del Poder Ejecutivo, la Comisión Multisectorial propone las disposiciones normativas y procedimientos que, por estar debidamente justificados, deben ser ratificadas o emitidas. Por Decreto Supremo, con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, se aprueba el listado de las disposiciones normativas y procedimientos que se mantendrán vigentes por el plazo no podrá ser mayor a tres (03) años. Quedan automáticamente derogadas las disposiciones normativas no ratificadas expresamente luego de seguir este procedimiento.

El plazo máximo para la emisión de los Decretos Supremos para la ratificación de la normativa vigente a la fecha de entrada en vigencia del Decreto Legislativo vence el 31 de diciembre de 2018. Dicho plazo puede ser ampliado mediante Decreto Supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros hasta por seis (06) meses adicionales, a propuesta de la Comisión Multisectorial.

Finalmente, se dispone que esta medida no aplica a las disposiciones normativas de naturaleza tributaria, salvo los derechos de tramitación a que se refiere el artículo 44 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

2. Sistemas de Trámite Documentario de las entidades de la Administración Pública

En cumplimiento de los principios de celeridad, eficiencia y eficacia, y con el fin de optimizar la utilización de los recursos disponibles, procurando la innovación y el

mejoramiento continuo de los servicios que brinda la Administración Pública, las entidades deben digitalizar su sistema de trámite documentario o equivalente para el envío automático de documentos electrónicos dentro de sus áreas, órganos y unidades.

Asimismo, se dispone que las entidades de la Administración Pública deben interconectar sus sistemas de trámite documentario o equivalentes para el envío automático de documentos electrónicos entre dichas entidades a través de la Plataforma de Interoperabilidad del Estado - PIDE administrado por la Presidencia del Consejo de Ministros, a través de la ONGEI.

Teniendo en cuenta que la interoperabilidad implica adoptar medidas para la optimización de uso de recursos que permitan su implementación de manera progresiva, se propone que las entidades del Poder Ejecutivo implementen la medida hasta el 31 de diciembre de 2018, en cambio, en las demás entidades de la Administración Pública, será determinado mediante Decreto Supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros.

Esta medida se encuentra alineada a la simplificación de procedimientos administrativos y a la optimización de servicios en las entidades de la Administración Pública, coadyuvando a su fortalecimiento institucional, siendo que en todos los casos, redundará en beneficio del ciudadano.

3. Diario oficial *El Peruano* Electrónico

La propuesta normativa dispone que la versión electrónica del diario oficial *El Peruano* : “Diario oficial *El Peruano* Electrónico, tenga el mismo valor legal que la versión física. Ello con la finalidad de:

1. Facilitar la mayor accesibilidad de los ciudadanos al ordenamiento jurídico.
2. Fortalecer la legitimidad del ordenamiento jurídico.
3. Garantizar la seguridad jurídica.
4. Reducir costos de procedimientos administrativos que requieran publicaciones en el diario oficial *El Peruano*.

Sobre el particular, debe tenerse en cuenta que al 4 de agosto de 2015 la penetración de internet alcanza al 53 % de habitantes en Lima y alrededor del 46 % en el resto del país y el tiraje impreso del diario oficial *El Peruano* alcanza únicamente los 8,000 ejemplares diarios.

Asimismo, cabe indicar que el costo de publicación electrónica es más reducido que el del medio impreso, y que también permite ahorrar costos de transacción respecto del trámite de publicación impreso versus el electrónico.

Finalmente, se considera que mediante Decreto Supremo, con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, y refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro de Justicia y Derecho Humanos, se establece las publicaciones que deben efectuarse en “Diario oficial *El Peruano* Electrónico”. Para lo cual se dispone que todas las exigencias de publicación en el diario oficial *El Peruano* se entienden cumplidas con la publicación en el “Diario oficial *El Peruano* Electrónico”.

4. Otras facilidades

4.1. Curatela especial de adultos mayores para efectos pensionarios y devolución del FONAVI

Las personas adultas mayores que no pueden valerse por sus propios medios, expresar indubitablemente su voluntad para celebrar actos y contratos o transacciones bancarias por sí solos y sean beneficiarias de una pensión, requieren en la actualidad de un proceso de interdicción que se tramita ante el Poder Judicial, de conformidad con las normas del Código Civil y del Código Procesal Civil. En este proceso, el Juez declara la incapacidad de las personas adultas mayores para poder ejercer por sí misma sus derechos civiles y se les nombra un curador con la finalidad que pueda administrar sus bienes, rentas, cobro de las pensiones e ingresos económicos del interdicto.

En la práctica judicial, este proceso encuentra su entrampamiento y dilación ya sea por la carga procesal que tienen los juzgados, o porque se debe de citar a los médicos tratantes, los cuales no acuden a las diligencias, debiéndose de reprogramar varias veces la diligencia, siendo que las personas adultas mayores se ven imposibilitadas de hacer efectivo el cobro de su pensión, poniendo en riesgo su subsistencia.

En razón a ello, la presente medida plantea crear un régimen especial de curatela para personas adultas mayores que tengan la calidad de pensionistas o que sean beneficiarios de la Ley N° 29625 - Ley de devolución de dinero del FONAVI a los trabajadores contribuyentes al mismo, con el objeto de que puedan percibir su pensión, beneficios derivados de esta o devolución de aportes económicos y siempre que cumplan la condición establecida en el inciso 2 del artículo 43 o en el inciso 3 del artículo 44 del Código Civil, a través de un curador especial, cuyo procedimiento de nombramiento estaría a cargo de los Notarios Públicos.

Esta medida establece la procedencia y objeto del régimen especial de curatela para adultos mayores pensionistas y beneficiarios del FONAVI, así como la modificación del artículo 1 de la Ley N° 26662, Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos, con la finalidad de brindar a los interesados, la opción de tramitar ante un Notario Público, asuntos cuyo objeto no sea materia de conflicto o litigio procesal, como es la materia analizada, como una forma de descongestionar el Poder Judicial para aliviar de la carga procesal.

De tal forma se logrará que exista celeridad en la declaración de interdicción y el nombramiento del curador con el propósito de optimizar los servicios brindados por las entidades vinculadas al otorgamiento de pensiones y la devolución del FONAVI, redundando en la mejora de la calidad de servicio al ciudadano.

4.2. Reconocimiento de titularidad societaria para facilitar procedimientos administrativos

En la actualidad, los procesos de reorganización societaria suponen una parte esencial en el desarrollo de las actividades económicas empresariales. Por ejemplo, durante

el 2015 se produjeron aproximadamente 120 transacciones relacionadas con la fusión y adquisición de sociedades que involucraron un monto de \$ 4,630 millones⁽⁹⁾.

Uno de los aspectos que más impacto genera en la consolidación y cierre de las transacciones es el referido a los títulos habilitantes otorgados a las empresas que eventualmente desaparecerán como consecuencia de los procesos de reorganización societario. Según, lo dispuesto en la Ley N° 26887, Ley General de Sociedades, los procesos de fusión, escisión y de reorganización simple de sociedades conllevan la transferencia de los patrimonios de las sociedades que, como consecuencia de dichos procesos, pierden su personería jurídica y dejan de existir formalmente. En aquellos casos, las nuevas sociedades constituidas (sociedades incorporantes) o aquellas sociedades que reciben los patrimonios (sociedades absorbentes) requieren de la utilización de los títulos habilitantes de las sociedades extinguidas para continuar realizando las actividades económicas de estas últimas.

En muchos casos las sociedades incorporantes o absorbentes no realizan modificaciones sustanciales sobre los activos relacionados con las actividades económicas que realizan ni tampoco alteran las condiciones bajo las cuales se otorgaron previamente los títulos habilitantes. En tal sentido, resulta razonable que, siempre que se mantengan las condiciones y requisitos exigidos por las normas aplicables, los procesos de reorganización societaria no impliquen necesariamente el inicio de nuevos procedimientos administrativos para el otorgamiento de los títulos habilitantes correspondientes a las sociedades extinguidas. Más aún, en los cambios de denominación social, es la misma persona jurídica quien continúa realizando las actividades, siendo necesaria únicamente una actualización de la información contenida en los registros de las entidades públicas que otorgaron los títulos habilitantes. La propuesta sin embargo no aplica para los casos vinculados a recursos hidrobiológicos.

Conforme a lo anterior, en la actualidad muchas entidades de la administración pública no requieren más que la presentación de una declaración jurada y la documentación necesaria que acredite los procesos de reorganización societaria o cambio de denominación social, a fin de aprobar la transferencia de los títulos habilitantes. Sin embargo, no todas las entidades de la administración pública han establecido procedimientos de esta naturaleza, pues en muchos casos: (i) la transferencia se encuentra sujeta a una evaluación previa que no necesariamente se ajusta a las condiciones de celeridad que se requieren para concretar los procesos de reorganización societaria y; (ii) se requiere el inicio de nuevos procedimientos para el otorgamiento de títulos habilitantes⁽¹⁰⁾.

Es por ello que resulta necesaria la aprobación de una norma con rango legal que obligue a las entidades de la Administración Pública a permitir la aprobación de las transferencias de títulos habilitantes en los casos de fusión, escisión, reorganización

(9) Estudios de fusiones y adquisiciones. 2015: <<https://www.pwc.pe/es/publicaciones/assets/fa2015.pdf>>.

(10) Por ejemplo, a nivel de licencias de funcionamiento un gran número de municipalidades exige que ante los casos de fusión o incluso un cambio de denominación social, debe iniciarse con un nuevo procedimiento para el otorgamiento de la licencia.

simple y cambio de denominación social, mediante la presentación de declaraciones juradas que acrediten la vigencia de las condiciones de otorgamiento de los títulos y la documentación que acredite los procesos antes señalados.

Por supuesto, tal disposición no limita en modo alguno la facultad de fiscalización posterior que poseen las entidades de la Administración Pública para la evaluación del cumplimiento de los requisitos normativos por parte de las sociedades incorporantes o absorbentes.

En tal sentido, dicha medida tiene como objeto simplificar los procedimientos administrativo en favor del administrado, y además, facilitar el desarrollo de actividades económicas y comerciales en los tres niveles de gobierno.

4.3. Transacciones o actuaciones realizadas con el sistema de identificación de comparación biométrica

El Decreto Legislativo N° 1232 modificó el Decreto Legislativo N° 1049, Ley del Notariado, incorporando una disposición que declara nula las transacciones sobre inmuebles realizadas por personas naturales sobre predios fuera del ámbito territorial del notario. Igual medida se dispuso para las certificaciones de firmas.

De esta manera, se obligó a los ciudadanos a viajar a la provincia donde se ubica el bien inmueble que desean transferir o gravar, con la finalidad de evitar la suplantación de la identidad.

Esta obligación de viajar impone costos, retrasos e inconveniencias, especialmente cuando se trata de personas de la tercera edad o que sufren de discapacidades que dificultan su movimiento.

En todo caso, la restricción es una medida desproporcionada para el fin que se deseaba obtener, además de innecesaria, porque existen actualmente, medidas menos gravosas e igualmente satisfactorias para la identificación del ciudadano, puesto que existe una herramienta tecnológica segura que hace imposible la suplantación de identidad, que es el sistema de identificación de comparación biométrica de las huellas dactilares que brinda el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil - RENIEC.

Con esta modificación, la restricción establecida por el artículo 123-A del Decreto Legislativo N° 1049 se mantiene vigente solo para el reducido número de notarías que no cuentan con el sistema de identificación de comparación biométrica de las huellas dactilares que brinda el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil - RENIEC.

Con esta modificación, la restricción establecida por el artículo 123-A del Decreto Legislativo N° 1049 se mantiene vigente solo para el reducido número de notarías que no cuentan con el sistema de identificación de comparación biométrica de las huellas dactilares de RENIEC. De este modo, las personas naturales podrán realizar transacciones sobre inmuebles en cualquier notaría que cuente con el medio seguro de identificación, independientemente de dónde se encuentre ubicado el inmueble, y de tal forma coadyuva a mejorar la calidad del servicio del ciudadano, dinamizando la economía, con mayores actos de disposiciones de bienes y certificaciones que se puedan realizar en todo el país.

4.4. Autorización excepcional para viajes de menores

En el marco de la simplificación para mejorar la calidad del servicio en favor del ciudadano, se propone una medida relacionada al trámite de autorización notarial de viajes al extranjero de menores de edad, hijos de madre o padre viudo, o de madre o padre único. Actualmente, el artículo 111 del Código de Niños y Adolescentes, Ley N° 27337, exige la tramitación de una autorización notarial del padre o madre para cada viaje, lo que no tiene sentido, dado que la situación del menor no varía a lo largo del tiempo. La modificación elimina la reiteración de un trámite que solo se requiere realizar una sola vez. Al tener la certificación notarial obtenida por el padre único, con validez indeterminada, la conservará y utilizará cada vez que deba viajar al extranjero. Se dispone además que si bien el permiso tiene vigencia indeterminada, el mismo puede ser revocado.

Así, se dispone que para el viaje de niños o adolescentes fuera del país, en caso de fallecimiento de uno de los padres o de estar reconocido el hijo por uno solo de ellos, la autorización notarial otorgada por el padre sobreviviente o por el que efectuó el reconocimiento tendrá vigencia indeterminada. En el permiso notarial debe constar haber tenido a la vista la partida de defunción o la de nacimiento correspondiente y debe indicar la vigencia indeterminada del documento.

5. Disposiciones para la implementación del Decreto Legislativo N° 1246

Es necesario señalar que los artículos 2, 3 y 4 del Decreto Legislativo N° 1246, no son aplicables a las personas jurídicas bajo el régimen privado que presten servicios públicos o ejercen función administrativa señaladas en el numeral 8 del Artículo I del Título Preliminar de la Ley N° 27444, teniendo en cuenta que forman parte de la actividad privada y tienen la solvencia económica para asumir los gastos para acceder a la información en las bases de datos de las entidades públicas respecto a los usuarios y administrados.

De otro lado, el literal c) del numeral 5.1 del Decreto Legislativo N° 1246 establece que las entidades de la Administración Pública están prohibidas de exigir a los administrados o usuarios, en el marco de un procedimiento o trámite administrativo, copias de Partida de Nacimiento o Certificado de Defunción emitidas en fecha reciente o dentro de un periodo máximo. Sin embargo, se plantea disponer que dicha prohibición, no es aplicable en los procedimientos en ejercicio de la patria potestad.

Mediante el artículo 7 del Decreto Legislativo N° 1246, se dispuso que el vencimiento de la fecha de vigencia del Documento Nacional de Identidad no constituye impedimento para la participación del ciudadano en actos civiles, comerciales, administrativos, notariales, registrales, judiciales, policiales y, en general, para todos aquellos casos en que debe ser presentado para acreditar su identidad. Al respecto, se señala que dicha disposición no exime de la obligación a cargo de los ciudadanos de renovar su documento nacional de identidad, con el propósito de mantener actualizado los datos del ciudadano en el RENIEC.

Por otro lado, de acuerdo al artículo 9 del Decreto Legislativo Nº 1246, se eliminó la exigencia del certificado de supervivencia u otras constancias de supervivencia en todos los procedimientos o trámites relacionados a las pensiones bajo cualquier régimen y otras prestaciones económicas a cargo del Estado, así como para el pago periódico de estas. Además, se dispuso que la verificación o constatación de la supervivencia de las personas será realizada mediante el cruce de información del respectivo listado de pensionistas o beneficiarios con el RENIEC, o de sus propios sistemas de verificación, además de la declaración jurada a que se refiere la Ley Nº 27444; sin embargo, teniendo en cuenta el principio de simplicidad administrativa, debe dejarse sin efecto la presentación de la declaración jurada, teniendo en cuenta que la identidad es constatada con el RENIEC o con los propios sistemas de verificación, por lo que no resulta necesario solicitar un requisito adicional, como la declaración señalada.

6. Disposiciones sectoriales

6.1. Simplificación en materia laboral

El literal h) del numeral 1) del Art. 2 de la Ley Nº 30506, permite “emitir normas que regulen o faciliten el desarrollo de actividades económicas, comerciales (...)” en ese sentido, es necesario simplificar las “cargas administrativas” impuestas a los empleadores respecto a documentación que deben gestionar, emitir y conservar al interior de la empresa para cumplir con obligaciones legales que son fiscalizables por la Administración Pública.

Así, existe un enfoque sobre la “simplificación administrativa” que incluye –no solo procedimientos administrativos– sino también las “cargas administrativas”, respecto a las cuales se señala⁽¹¹⁾:

Con el cambio del siglo XX al XXI, el concepto de simplificación administrativa se ve superado en las agendas de los gobiernos de los países de nuestro entorno y en las recomendaciones y documentos de las organizaciones internacionales –especialmente 11 Recomendación del Consejo de 28 de mayo de 1990 (DOCE núm. L 141/55) 11 de la UE y de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)– por la aparición de un nuevo concepto o programa, que en ocasiones se confunde y en ocasiones se superpone a la propia noción de simplificación. Se trata de la denominada política de reducción de trabas o cargas administrativas.

Definición de cargas administrativas: “aquellas actividades de naturaleza administrativa que deben llevar a cabo las empresas y ciudadanos para cumplir con las obligaciones derivadas de la normativa”, incluidas aquella actividades voluntarias de naturaleza administrativa derivadas de una diligente gestión empresarial o de un interés especial (solicitud de subvenciones, inscripción en registros voluntarios, (solicitud de subvenciones, inscripción en registros voluntarios, solicitudes de claves de servicio [...]).

(11) “Manual de Simplificación Administrativa y Reducción de Cargas para la Administración General del Estado” Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, Gobierno de España, Madrid 2014. Véase en: <[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/7ACF5B4615C0469B05257E50000772E78/\\$FILE/Manual_de_Simplificaci%C3%B3n_Administrativa.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/7ACF5B4615C0469B05257E50000772E78/$FILE/Manual_de_Simplificaci%C3%B3n_Administrativa.pdf)>.

Concretamente, para las empresas, las cargas administrativas son los “costes que aquellas deben soportar para cumplir las obligaciones de facilitar, conservar o generar información sobre sus actividades o su producción, para su puesta a disposición y aprobación, en su caso, por parte de autoridades públicas o terceros, y constituyen un subconjunto de los costes administrativos de las empresas, ya que estos engloban también, además de las cargas, las actividades administrativas que las empresas continuarían realizando si se derogase la normativa”.

Desde este punto de vista, la política de reducción de cargas administrativas puede definirse sencillamente como el conjunto de medidas o actuaciones promovidas por el Gobierno y las Administraciones Públicas para aminorar o disminuir las obligaciones o cargas de cualquier clase que estas imponen a ciudadanos y empresas en el desarrollo de su actividad.

En el marco de las relaciones laborales, se han impuesto diversas “cargas administrativas” a las entidades empleadoras respecto al deber de emitir, remitir y conservar diversos documentos, por mandato legal.

La emisión de estos documentos implica: preparación e impresión por duplicado de los documentos; firma por parte del empleador, y entrega física al trabajador, quien firma una copia y la entrega a la entidad empleadora en calidad de cargo para su almacenamiento. En otras palabras, implica altos costos administrativos; sin perjuicio del costo por el eventual almacenamiento. Por ejemplo, tomando en cuenta el total de trabajadores formales de la actividad privada y trabajadores del hogar, entre todas las entidades empleadoras mensualmente tienen la obligación de emitir, imprimir, firmar y entregar un total de 2'271,642⁽¹²⁾ boletas de pago. Una situación similar ocurre con la liquidación de beneficios sociales, liquidación de CTS, liquidación de utilidades, comunicaciones diversas, sanciones, y normativas que emita el empleador, aunque en menor volumen, debido a que estos documentos no se emiten mensualmente ni para todos los trabajadores.

Tales costos administrativos pueden ser evitados con la utilización de tecnología en la emisión, entrega y firma de documentos laborales. A tal efecto, es preciso reconocer la validez del uso de medios digitales para la gestión de documentos laborales, siempre que estos garanticen la emisión segura del documento laboral. De esta manera, no solo las entidades empleadoras podrán ahorrar costos administrativos, sino que los trabajadores podrán contar con sus respectivos documentos laborales de forma más rápida, además de tenerlos a su disposición almacenados de forma más eficiente (por ejemplo, el almacenamiento digital supone menor riesgo de extravío de documentos).

En cuanto a las boletas de pago, conforme a lo establecido por el Decreto Supremo N° 001-98-TR, las entidades empleadoras tienen la obligación de entregarlas en físico a sus trabajadores; ello aun cuando el pago de sus remuneraciones se realice a través de entidades del sistema financiero. La legislación genera costos administrativos innecesarios

(12) Número total de trabajadores formales que trabajan en empresas inscritas en la SUNAT y trabajadores del hogar, según Encuesta Nacional de Hogares - 2015.

al exigir la entrega física del sistema financiero, ya que en ese caso el cumplimiento de las obligaciones se acredita con los depósitos en la cuenta del trabajador, y ya no con su firma en la boleta de pago como sucede cuando las remuneraciones se entregan directamente al trabajador. Así, la misma lógica aplica para el caso de la Compensación por Tiempo de Servicios, la liquidación de utilidades y liquidación de beneficios sociales.

Por otro lado, y en la línea de lo desarrollado, es necesario reconocerle validez a la entrega y/o presentación de documentos laborales en versión digital para efectos de cumplir con los requerimientos de la autoridad administrativa de trabajo y/o de la autoridad inspectiva de trabajo. Sería incongruente que los documentos laborales en versión digital tengan validez entre las partes de la relación laboral y no para efectos de actuaciones de la Administración Pública que tienen como finalidad verificar el cumplimiento de las obligaciones generadas en el marco de una relación de trabajo. Lo que se busca es hacer más eficiente la gestión de documentos laborales, y para ello se requiere adecuar los requerimientos de información de la Administración Pública a la gestión digitalizada de documentos laborales.

Por último, es necesario regular un plazo para la conservación de documentos laborales. Si bien actualmente se encuentran vigentes dos disposiciones legales que regulan esta materia, estas no se vienen aplicando. En efecto, el Decreto Supremo N° 001-98-TR establece que, para efectos de acreditar el pago de obligaciones laborales económicas, las entidades empleadoras tienen la obligación de conservar sus planillas, el duplicado de las boletas y las constancias correspondientes, hasta 5 años después de efectuado el pago. No obstante, es frecuente que las autoridades administrativas y judiciales asuman la posición de que el empleador tiene que acreditar el cumplimiento de sus obligaciones laborales sin un límite temporal, y exigen al empleador acreditarlas, aun cuando se hubiesen generado hace más de 5 años; ello base de información de las personas con discapacidad que permitirá a las entidades vinculadas al Estado, plantear y programar las políticas públicas para atender a todas las personas con discapacidad.

En lo que concierne al trámite o procedimiento para obtener el registro y permiso especial de parqueo para personas con discapacidad, según lo establecido en el artículo 4 de la Ley N° 28084 dicho procedimiento está a cargo del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC); sin embargo, de un análisis de esta regulación no hay sustento o razón por la cual se haya establecido la necesidad de que la persona con discapacidad a fin de utilizar la zona de parqueo reservada a su favor, tenga que tramitar el registro y el permiso especial ante el MTC, cuando sería suficiente con el carnet emitido por Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad - CONADIS.

Asimismo y con relación a lo anterior, no se encuentra sustento y utilidad del permiso especial de parqueo para personas con discapacidad, pues el MTC al otorgar dicho permiso no asegura ninguna finalidad en cuanto al transporte y tránsito terrestre. En otras palabras, con el referido procedimiento no se busca proteger o controlar alguna conducta de las personas con discapacidad que pueda incidir en el tránsito terrestre y tampoco se busca fiscalizar el cumplimiento de los espacios reservados para personas con discapacidad.

En tal sentido, se propone en el marco de simplificación administrativa y de optimización de servicios en favor del ciudadano, que las personas con discapacidad que conduzcan o que sean ocupantes de unidades vehiculares tengan derecho al uso del parqueo especial en los estacionamientos públicos y privados, exhibiendo el distintivo vehicular personal e intransferible emitido por el CONADIS, en un lugar visible del vehículo y durante el tiempo que permanezca estacionado. Dicho distintivo tiene la característica especial que es portable, lo cual permitirá que el discapacitado pueda hacer uso del parqueo para personas con discapacidad independiente del vehículo en que se moviliza.

Durante el plazo de 3 años, dichas personas con discapacidad, podrán usar el parqueo especial, exhibiendo indistintamente, el Certificado de Discapacidad, el Carné de Inscripción en el Registro Nacional de las Personas con Discapacidad o el distintivo vehicular del CONADIS en un lugar visible del vehículo y durante el tiempo que permanezca estacionado.

Además, se tendrá que adecuar el TUO del Reglamento Nacional de Tránsito - Código de Tránsito, teniendo en cuenta las modificaciones introducidas con el presente Decreto Legislativo.

6.2. Autorización con vigencia indeterminada para el uso total o parcial de lunas o vidrios oscurecidos o polarizados

Se establece que la vigencia para autorización para el uso total o parcial de lunas o vidrios oscurecidos o polarizados en vehículos será indeterminada y será otorgada únicamente al vehículo, eliminándose las autorizaciones otorgadas a los conductores y/o propietarios de vehículos. Actualmente, la autorización solo es por dos años.

Asimismo, se propone que en caso que el vehículo cambie de propietario, se deberá solicitar una nueva autorización para el uso total o parcial de lunas o vidrios oscurecidos o polarizados.

II. ANÁLISIS COSTO - BENEFICIO

La presente norma busca coadyuvar al cumplimiento íntegro de las metas y objetivos trazados por el Poder Ejecutivo para optimizar y simplificar los procedimientos administrativos en favor del ciudadano, así como facilitar y promover la formalización laboral. Esto genera el ahorro en tiempo y en costos en beneficio de los ciudadanos y de las entidades de la administración pública.

Algunos de los beneficios que se obtendría con la implementación de las medidas propuestas por el presente Decreto Legislativo serían los siguientes:

- El “Diario Oficial El Peruano Electrónico” permitirá **una mayor difusión de su contenido**, generando una mayor seguridad jurídica. Asimismo, representaría una **reducción en los costos de publicación** de avisos.
- La curatela especial para personas adultas mayores resultaría beneficiosa, teniendo en cuenta que la solución notarial planteada representaría un **ahorro en costos** en comparación a si realiza en la vía judicial, pero principalmente permitiría un **ahorro en tiempo** respecto a la demora del poder judicial por la propia carga procesal de los juzgados, la misma que se estima dura entre 1 y 3 años.

- Con la implementación del distintivo vehicular portable, se beneficiarán los discapacitados que requieran usar el parqueo especial en los estacionamientos vehiculares, **sin necesidad de realizar un nuevo trámite.**
- **Ahorro en tiempo y en costos** en beneficio de las entidades de la administración pública en la tramitación de documentos electrónicos una vez que se implemente la interconexión de los sistemas de trámite documentario.

Los recursos que se requieran para simplificar y optimizar los procedimientos a cargo de las entidades de la Administración Pública, así como todas las medidas establecidas por el presente Decreto Legislativo, serán cubiertos por los pliegos involucrados sin requerir recursos adicionales del Tesoro Público.

III. ANÁLISIS DE IMPACTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

La propuesta normativa es acorde a las disposiciones y principios consagrados en la Constitución Política del Perú, de la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo y Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, al dictar medidas que enfatizan el cumplimiento de estas.

Mediante el Decreto Legislativo se modifica el artículo 1 de la Ley N° 26662, Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos; el artículo 4 de la Ley N° 28084, Ley que regula el parqueo especial para vehículos ocupados por personas con discapacidad; el artículo 123-A del Decreto Legislativo N° 1049, Ley del Notariado. Además, se deroga el artículo 5 de la Ley N° 28084.

Asimismo, el Decreto Legislativo emite disposiciones para la implementación del Decreto Legislativo N° 1246, decreto legislativo que aprueba diversas medidas de simplificación administrativa.

DECRETO LEGISLATIVO N° 1310

Decreto Legislativo que aprueba medidas adicionales de simplificación administrativa (30/12/2016)

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

Que, el Congreso de la República, mediante Ley N° 30506, ha delegado en el Poder Ejecutivo, por el plazo de noventa (90) días calendario, la facultad de legislar en materia de reactivación económica y formalización, seguridad ciudadana, lucha contra la corrupción, agua y saneamiento y reorganización de Petroperú S.A.;

Que, el literal h) del numeral 1 del artículo 2 de la mencionada Ley, autoriza a legislar en materia de reactivación económica y formalización a fin de, entre otros, modificar el marco normativo del procedimiento administrativo general con el objeto de simplificar, optimizar y eliminar procedimientos administrativos, priorizar y fortalecer las acciones de fiscalización posterior y sanción, incluyendo la capacidad operativa para llevarlas a cabo; emitir normas que regulen o faciliten el desarrollo de actividades económicas, comerciales y prestación de servicios sociales en los tres niveles de gobierno; dictar normas generales y específicas para la estandarización de procedimientos administrativos comunes en la administración pública con la finalidad de hacer predecibles sus requisitos y plazos; así como dictar medidas para la optimización de servicios en las entidades públicas del Estado, coadyuvando al fortalecimiento institucional y la calidad en el servicio al ciudadano;

Que, la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, establece entre los principios que sustentan el procedimiento administrativo, el debido procedimiento, razonabilidad, celeridad, eficacia y de simplicidad, los cuales deben aplicarse dentro de la actuación de toda entidad de la Administración Pública;

Que, en función de ello, se propone medidas adicionales que permitirán dotar al régimen jurídico que rige a la Administración Pública de disposiciones a favor del ciudadano en función a la simplificación, eficacia, eficiencia, celeridad y equidad en los procedimientos administrativos, garantizando así los derechos e intereses de los administrados, con sujeción al ordenamiento constitucional;

De conformidad con lo establecido en el literal h) numeral 1 del artículo 2 de la Ley N° 30506 y el artículo 104 de la Constitución Política del Perú;

Con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros; y,

Con cargo a dar cuenta al Congreso de la República;

Ha dado el Decreto Legislativo siguiente:

DECRETO LEGISLATIVO QUE APRUEBA MEDIDAS ADICIONALES DE SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA

Artículo 1.- Objeto

El presente Decreto Legislativo tiene por objeto dictar medidas adicionales de simplificación administrativa.

Artículo 2.- Análisis de Calidad Regulatoria de procedimientos administrativos

- 2.1. Las entidades del Poder Ejecutivo deben realizar un Análisis de Calidad Regulatoria de todas las disposiciones normativas de alcance general, a excepción de las contenidas en leyes o normas con rango de ley, que establezcan procedimientos administrativos, a fin de identificar, reducir y/o eliminar aquellos que resulten innecesarios, injustificados, desproporcionados, redundantes o no se encuentren adecuados a la Ley del Procedimiento Administrativo General o a las normas con rango de ley que les sirven de sustento. El requisito también es exigible a las disposiciones que reglamenten trámites creados en leyes o normas de rango de ley. Una vez realizada esta evaluación deberán remitir su análisis a la Comisión Multisectorial a que se refiere el numeral 2.3.
- 2.2. Mediante el Análisis de Calidad Regulatoria se evalúan principios como el costo - beneficio, necesidad, efectividad, proporcionalidad, de las disposiciones normativas señaladas en el 2.1, conforme se establecerá en el Reglamento del presente Decreto Legislativo.
- 2.3. El Análisis de Calidad Regulatoria será validado por una Comisión Multisectorial de Calidad Regulatoria cuya conformación y funciones se aprueba en el marco de lo establecido en la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, la cual será presidida por la Presidencia del Consejo de Ministros.
- 2.4. El Análisis de Calidad Regulatoria debe ser preparado y remitido a la Comisión Multisectorial de Calidad Regulatoria para validación, conforme al siguiente detalle:
 - a) En el caso de disposiciones normativas vigentes a la fecha de entrada en vigencia del presente Decreto Legislativo, de acuerdo al cronograma que se establecerá mediante Decreto Supremo, observando lo estipulado en el numeral 2.6.
 - b) Antes de la aprobación de las disposiciones normativas, si se trata de disposiciones nuevas emitidas con posterioridad a la entrada en vigencia del presente Decreto Legislativo.
 - c) Antes del vencimiento de un plazo máximo de tres años, desde su entrada en vigencia o desde su última evaluación, de acuerdo al cronograma que para dichos efecto se establezca, observando lo estipulado en el numeral 2.7.
 - d) En el caso de modificaciones de las disposiciones normativas vigentes, antes de que se introduzca a la disposición normativa respectiva.
- 2.5. Las disposiciones normativas que establezcan procedimientos administrativos que no estén incluidos o comprendidos en el análisis que remitan las entidades del Poder Ejecutivo:
 - a. Quedan automáticamente derogadas, en el caso del literal a) del numeral 2.4, de acuerdo a lo dispuesto en el numeral 2.6 del presente artículo.
 - b. No entran en vigencia en el caso de disposiciones normativas nuevas.
 - c. Quedan automáticamente derogadas, en el caso del literal c) del numeral 2.4, de acuerdo a lo dispuesto en el numeral 2.7 del presente artículo.

- d. No entran en vigencia en el caso de modificaciones de disposiciones normativas.
- 2.6. Luego de validar el Análisis de Calidad Regulatoria remitido por las entidades del Poder Ejecutivo, la Comisión Multisectorial emite informes y propone las disposiciones normativas y procedimientos que, por estar debidamente justificados, deben ser ratificados o emitidos. Mediante decretos supremos, con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, se aprueba el listado de las disposiciones normativas y procedimientos que se mantendrán vigentes por un plazo que no podrá ser mayor a tres (03) años. Quedan automáticamente derogadas las disposiciones normativas no ratificadas expresamente luego de seguir este procedimiento. Para el caso de las disposiciones normativas vigentes a la fecha de entrada en vigencia del presente Decreto Legislativo, el plazo máximo de ratificación vence el 31 de diciembre del 2018, el mismo que puede ser ampliado mediante Decreto Supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros hasta por seis (06) meses adicionales, a propuesta de la Comisión Multisectorial.
- 2.7. Las disposiciones normativas y procedimientos ratificados están sujetos a validación en plazos que no podrán ser superiores a tres (03) años. Para la validación la entidad correspondiente debe sustentar los beneficios y el efectivo cumplimiento de los objetivos perseguidos por la norma, siendo aplicable el procedimiento a que se refiere el numeral 2.6. del presente artículo. No es aplicable el análisis para la ratificación de aquellas disposiciones normativas y procedimientos que reconocen derechos a los administrados no sujetos a plazo.
- 2.8. Sin perjuicio de la inexigibilidad de las disposiciones normativas que no se ajusten a lo establecido en el presente Decreto Legislativo y de la responsabilidad administrativa que corresponda, los usuarios o administrados podrán denunciar el incumplimiento de lo establecido en el presente artículo ante la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del INDECOPI la que podrá tomar las medidas que correspondan según sus facultades.
- 2.9. Mediante Decreto Supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros, el Ministro de Economía y Finanzas y el Ministro de Justicia y Derechos Humanos se emiten los lineamientos y disposiciones que resulten necesarios para la aplicación de lo dispuesto en el presente artículo⁽¹⁾.
- 2.10. La Comisión Multisectorial podrá proponer la aprobación de directrices y lineamientos para, dentro del marco de la presente norma y su reglamento, precisar los alcances del Análisis de Calidad Regulatoria, la forma de su presentación y tramitación, el uso de formularios y formatos que faciliten su análisis y criterios para su evaluación, a fin de hacer predecible y eficiente su análisis por la referida Comisión.

(1) Mediante Decreto Supremo N° 075-2017-PCM, publicado el 14 de julio de 2017 en el diario oficial *El Peruano*, se aprobó el Decreto Supremo que aprueba el Reglamento para la aplicación de Análisis de Calidad Regulatoria de procedimientos administrativos establecido en el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1310.

2.11. Lo dispuesto en el presente artículo no es de aplicación para las disposiciones normativas de naturaleza tributaria, salvo los derechos de tramitación a que se refiere el artículo 44 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

Artículo 3.- Simplificación para la emisión, remisión y conservación de documentos en materia laboral

En la emisión, remisión y conservación de documentos en materia laboral, se autoriza el uso de tecnologías de la digitalización, información y comunicación para la sustitución de documentos físicos y firmas ológrafas, de acuerdo a las siguientes disposiciones:

- 3.1 En todo tipo de documentos laborales, el empleador puede sustituir su firma ológrafa y el sellado manual por su firma digital, conforme a lo regulado por el artículo 141-A del Código Civil; o, su firma electrónica, emitida conforme a lo regulado por la Ley N° 27269, Ley de Firmas y Certificados Digitales; así como hacer uso de microformas, conforme a lo regulado por el Decreto Legislativo N° 681.
- 3.2 Cuando el pago de las obligaciones laborales económicas se deposite en cuenta por medio de empresas del sistema financiero, el empleador puede sustituir la impresión y entrega física de las boletas o constancias de pago por la puesta a disposición al trabajador de dichos documentos mediante el uso de tecnologías de la información y comunicación, siempre que el medio utilizado garantice la constancia de su emisión por parte del empleador y un adecuado y razonable acceso por parte del trabajador. En este supuesto no se requiere firma de recepción del trabajador.
- 3.3 Cuando en el marco de un procedimiento administrativo o inspectivo o a fin de acceder a servicios de la Autoridad Administrativa de Trabajo, la autoridad competente requiera la presentación de documentos que forman parte de los archivos del empleador, de una organización sindical, del trabajador, extrabajador o de terceros; estos pueden, a elección del administrado, ser presentados en versión digitalizada del original.
- 3.4 Para todo efecto legal, los empleadores están obligados a conservar los documentos y constancias de pago de las obligaciones laborales económicas solamente hasta cinco años después de efectuado el pago.

Las instancias administrativas, inspectivas, judiciales y arbitrales deben observar esta disposición en sus actuaciones. Para el caso de la Oficina de Normalización Previsional, el empleador podrá destruir la información de planillas de pagos de periodos anteriores a julio de 1999 previa digitalización con valor legal o entregarla físicamente a la mencionada entidad.

- 3.5 Para el acceso a los servicios de la Autoridad Administrativa de Trabajo, dispuestos mediante el Decreto Legislativo N° 910, solo se requiere la acreditación del vínculo laboral vigente o finalizado, según sea el caso.

Mediante Decreto Supremo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo se regula las disposiciones establecidas en este artículo.

Artículo 4.- Curatela especial para personas adultas mayores para efectos pensionarios y devolución del FONAVI

- 4.1 Procede la curatela especial en la vía notarial para las personas adultas mayores definidas por el artículo 2 de la Ley N° 30490, Ley de la Persona Adulta Mayor

que tengan la calidad de pensionistas o que sean beneficiarios de Ley N° 29625, Ley de Devolución de Dinero del FONAVI a los Trabajadores que Contribuyeron al Mismo, con el único objeto de que puedan percibir su pensión, beneficios derivados de ésta o devolución de aportes económicos y siempre que cumplan la condición establecida en el inciso 2 del artículo 43 o en el inciso 3 del artículo 44 del Código Civil.

- 4.2 El curador de la curatela especial tiene como obligación efectuar el cobro de la pensión, beneficios derivados de ésta o devolución de aportes económicos, debiendo rendir cuenta de los gastos efectuados conforme a las disposiciones establecidas mediante Decreto Supremo refrendado por el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables.
- 4.3 La curatela especial para personas adultas mayores pensionistas a que se refiere el numeral 4.1 del presente artículo corresponde en el siguiente orden:
 1. Al cónyuge no separado judicial o notarialmente, siempre que cumpla lo establecido en el artículo 289 del Código Civil.
 2. Al conviviente, conforme a lo dispuesto en el artículo 326 del Código Civil, siempre que cumpla lo establecido en el artículo 289 del Código Civil.
 3. A los descendientes, prefiriéndose el más próximo al más remoto y en igualdad de grado, al más idóneo.
 4. A los hermanos.
 5. A los Directores de los Centros de Atención Residencial para Personas Adultas Mayores - CARPAM del sector público, con autorización expresa del Titular del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables.
- 4.4 Para la curatela especial se debe presentar una solicitud debidamente firmada que contenga los nombres y apellidos, número de documento de identidad y dirección domiciliaria del solicitante y de la persona adulta mayor, pensionista o beneficiario de la Ley N° 29625, acompañado de lo siguiente:
 - a) Título o medio probatorio que acredite la condición de cónyuge, conviviente, descendientes, hermanos o de Director de un Centro de Atención Residencial para Personas Adultas Mayores del sector público, según corresponda. Para el caso de Director de un Centro de Atención Residencial para Personas Adultas Mayores, adicionalmente deberá presentar la autorización expresa del Titular del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables.
 - b) Certificación médica señalando expresamente que la persona adulta mayor cumple con la condición establecida en el inciso 2 del artículo 43 o en el inciso 3 del artículo 44 del Código Civil, la que se entiende expedida bajo juramento o promesa de veracidad, debiendo ser ratificada ante el Notario Público.
- 4.5 Una vez presentada la solicitud de curatela especial, el Notario Público manda a publicar un extracto de la solicitud de conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la Ley N° 26662, Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos. Transcurridos quince (15) días hábiles desde la publicación del último aviso, sin que se hubiera formulado oposición, el Notario Público extiende la escritura pública con la curatela especial, nombrando al curador especial y señalando sus

facultades y obligaciones, de conformidad con lo establecido en el numeral 4.1 del presente artículo.

- 4.6 Cumplido el trámite indicado en el numeral anterior, el Notario Público remite partes al registro personal de los Registros Públicos. En caso de oposición, se procede conforme a lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley N° 26662. Si cualquiera de los solicitantes o el médico proporcionan información falsa para sustentar el pedido ante el Notario Público, será pasible de responsabilidad penal conforme a la ley de la materia.
- 4.7 Rigen para la curatela especial regulada en el presente artículo las reglas relativas a la curatela del Código Civil, en lo que no se oponga al presente artículo.

Artículo 5.- Autorización excepcional para viajes de menores

Dispóngase que para el viaje de niños o adolescentes fuera del país, en caso de fallecimiento de uno de los padres o de estar reconocido el hijo por uno solo de ellos, la autorización notarial otorgada por el padre sobreviviente o por el que efectuó el reconocimiento tendrá vigencia indeterminada, salvo que este sea revocado. En el permiso notarial debe constar haber tenido a la vista la partida de defunción o la de nacimiento correspondiente y debe indicar la vigencia indeterminada del documento.

Artículo 6.- Reconocimiento de titularidad de registros, certificados, permisos, licencias, autorizaciones y procedimientos administrativos en casos de reorganización de sociedades y cambios de denominación social

- 6.1 En los casos de fusión de sociedades, todos los registros, certificados, permisos, licencias y autorizaciones de titularidad de las sociedades que se extinguen se entienden transferidos de pleno derecho a la sociedad absorbente o incorporante. Ninguna entidad pública puede desconocer los derechos adquiridos por las sociedades absorbentes o incorporantes como consecuencia de la fusión. Esta disposición no aplica para los casos vinculados a recursos hidrobiológicos.
- 6.2 La transferencia de la titularidad aplica a partir de la entrada en vigencia de la fusión y debe ser comunicada por las sociedades absorbentes o incorporantes a las entidades de la administración pública correspondientes en la cual se manifieste que se mantienen las condiciones que permitieron el otorgamiento de los títulos, consignando los datos de los documentos por los que se formalizó la fusión, los datos de su inscripción en los Registros Públicos y los cambios en el RUC en caso fuere necesario. Las entidades realizan por este solo mérito los cambios que correspondan en sus propios registros.
- 6.3 Las sociedades absorbentes o incorporantes se subrogarán de manera automática en la posición de las sociedades que se extinguen en todo procedimiento administrativo que se encuentre en trámite referido a las sociedades que se disuelven por la fusión, desde la fecha de la comunicación de la fusión a la entidad pública correspondiente.
- 6.4 Las reglas establecidas en este artículo son de aplicación también a los procesos de escisión y de reorganización simple de sociedades, respecto de los registros, certificados, permisos, licencias y autorizaciones y procedimientos administrativos relacionados a los bienes, derechos, obligaciones u operaciones que se transfieran

como consecuencia de la escisión o la reorganización simple y que se identifiquen en la escritura pública correspondiente.

- 6.5 En los casos de cambio de denominación social, los registros, certificados, permisos, licencias y autorizaciones se mantienen vigentes y las entidades correspondientes de la administración pública realizan los cambios en sus propios registros por el solo mérito de la presentación de copia simple de la escritura pública de modificación de estatutos y Declaración Jurada.
- 6.6 Bajo ningún concepto se debe exigir trámite o documento adicional a la comunicación de la reorganización societaria o el cambio de nombre, bajo responsabilidad del titular de la entidad pública.
- 6.7 El ejercicio de los derechos señalados en el presente artículo no limita la facultad de las entidades de la administración pública de ejercer sus competencias en materia de fiscalización posterior a fin de evaluar si las circunstancias que permitieron el otorgamiento de los títulos habilitantes se mantienen, así como verificar la veracidad de la información contenida en la Declaración Jurada. Las entidades públicas pueden revocar los títulos habilitantes siempre y cuando las condiciones para su otorgamiento, conforme a lo dispuesto en las normas aplicables, hayan variado como consecuencia de la fusión, escisión, reorganización simple o cambio de denominación social.

Artículo 7.- Autorización para el uso total o parcial de lunas o vidrios oscurecidos o polarizados en vehículos.

La autorización para el uso total o parcial de lunas o vidrios oscurecidos o polarizados en vehículos tendrá vigencia indeterminada y será otorgada únicamente al vehículo. Se eliminan las autorizaciones otorgadas a los conductores y/o propietarios de vehículos.

Las autorizaciones para el uso total o parcial de lunas o vidrios oscurecidos o polarizados en vehículos vigentes a la fecha de publicación de la presente norma tendrán vigencia indeterminada y se entiende otorgada al vehículo.

En caso que el vehículo cambie de propietario, se debe solicitar una nueva autorización.

Artículo 8.- Sistemas de Trámite Documentario de las Entidades de la Administración Pública

Las entidades de la Administración Pública deben interconectar sus sistemas de trámite documentario o equivalentes para el envío automático de documentos electrónicos entre dichas entidades a través de la Plataforma de Interoperabilidad del Estado - PIDE administrado por la Presidencia del Consejo de Ministros a través de la Oficina Nacional de Gobierno Electrónico e Informática - ONGEI.

Las entidades del Poder Ejecutivo deben adecuar sus sistemas de trámite documentario o equivalentes para el envío automático de documentos electrónicos con otras entidades, así como dentro de sus áreas, órganos y unidades, hasta el 31 de diciembre de 2018.

Mediante Decreto Supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros se establecen los plazos aplicables a las demás entidades de la Administración Pública, y cualquier otra disposición que resulte necesaria para la digitalización e integración de sus sistemas de trámite documentario o equivalentes.

Artículo 9.- Diario oficial *El Peruano* Electrónico

El “Diario oficial *El Peruano* Electrónico” tiene el mismo valor legal que la versión física. Las publicaciones efectuadas en el “Diario Oficial *El Peruano* Electrónico” tienen pleno efecto y validez.

Mediante Decreto Supremo, con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, y refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro de Justicia y Derechos Humanos, se establece las publicaciones que deben efectuarse en “Diario Oficial *El Peruano* Electrónico”. Todas las exigencias de publicación en el Diario Oficial *El Peruano* se entienden cumplidas con la publicación en el “Diario Oficial *El Peruano* Electrónico”.

Artículo 10.- Financiamiento

La implementación del presente Decreto Legislativo se financia con cargo al presupuesto institucional de las entidades involucradas, sin demandar recursos adicionales al Tesoro Público.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES**Primera.- Vigencia**

El presente Decreto Legislativo entra en vigencia al día siguiente de su publicación, salvo lo dispuesto en el artículo 9 que regula el Diario Oficial *El Peruano* Electrónico, el cual entra en vigencia el primer día hábil del mes siguiente a la fecha de publicación del decreto supremo a que se refiere el citado artículo.

Segunda.- Infracciones y Sanciones

El Ministerio de Transportes y Comunicaciones en un plazo de 30 días adecúa el TUO del Reglamento Nacional de Tránsito - Código de Tránsito, aprobado mediante Decreto Supremo N° 016-2009-MTC, de acuerdo a las modificaciones introducidas a la Ley N° 28084, Ley que regula el parqueo especial para vehículo ocupados por personas con discapacidad por el presente Decreto Legislativo.

Tercera.- Falta de carácter disciplinario por el incumplimiento de las disposiciones y plazos

Constituye falta de carácter disciplinario del directivo o servidor bajo cualquier régimen y modalidad contractual con la entidad de la Administración Pública, el incumplimiento de las disposiciones y plazos establecidos en el presente Decreto Legislativo. La falta será sancionada según su gravedad, previo proceso administrativo.

El procedimiento administrativo disciplinario, la graduación y determinación de la sanción, se rigen por las normas del régimen disciplinario y sancionador de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 040-2014-PCM.

El titular de la entidad es el responsable del cumplimiento de la presente disposición.

Cuarta.- Disposiciones para la implementación del Decreto Legislativo N° 1246, Decreto Legislativo que aprueba diversas medidas de simplificación administrativa

Los artículos 2, 3 y 4 del Decreto Legislativo N° 1246, Decreto Legislativo que aprueba diversas medidas de simplificación administrativa, no son aplicables a las

personas jurídicas señaladas en el numeral 8 del Artículo I del Título Preliminar de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

La prohibición establecida en el literal c) del numeral 5.1 del artículo 5 del Decreto Legislativo N° 1246 no es aplicable en los procedimientos en ejercicio de la patria potestad.

Lo dispuesto en el artículo 7 del Decreto Legislativo N° 1246 no exime de la obligación a cargo de los ciudadanos de renovar su Documento Nacional de Identidad.

Queda sin efecto la declaración jurada a que hace referencia el segundo párrafo del artículo 9 del Decreto Legislativo N° 1246.

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA TRANSITORIA

Única.- Plazo de adecuación

Durante el plazo de tres (3) años, las personas con discapacidad que conduzcan o sean ocupantes de unidades vehiculares pueden usar el parqueo especial en los estacionamientos públicos y privados exhibiendo, indistintamente, el Certificado de Discapacidad, el Carné de Inscripción en el Registro Nacional de las Personas con Discapacidad o el distintivo vehicular portable de CONADIS a que se refiere el artículo 4 de la Ley N° 28084, Ley que regula el parqueo especial para vehículo ocupados por personas con discapacidad, en un lugar visible del vehículo y durante el tiempo que permanezca estacionado.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS MODIFICATORIAS

Primera.- Incorporación del numeral 11 al artículo 1 de la Ley N° 26662, Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos

Incorpórase el numeral 11 al artículo 1 de la Ley N° 26662, Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos, en los siguientes términos:

“Artículo 1.- Asuntos No Contenciosos.- Los interesados pueden recurrir indistintamente ante el Poder Judicial o ante el notario para tramitar según corresponda los siguientes asuntos:

(...)

11. Curatela para personas adultas mayores que tengan la calidad de pensionistas o beneficiarios de la Ley N° 29625, Ley de Devolución de Dinero del FONAVI a los Trabajadores que Contribuyeron al Mismo”.

Segunda.- Modificación de la Ley N° 28084, Ley que regula el parqueo especial para vehículos ocupados por personas con discapacidad

Modifícase el artículo 4 de la Ley N° 28084, Ley que regula el parqueo especial para vehículo ocupados por personas con discapacidad, el cual queda redactado de la siguiente forma:

“Artículo 4.- Documento habilitante para el uso de las zonas de parqueo destinadas para personas con discapacidad

Las personas con discapacidad que conduzcan o que sean ocupantes de unidades vehiculares tienen derecho al uso del parqueo especial en los estacionamientos públicos y privados, exhibiendo el distintivo vehicular emitido por el

CONADIS, en un lugar visible del vehículo y durante el tiempo que permanezca estacionado.

El CONADIS regula las características del distintivo vehicular portable, personal e intransferible. Dicho distintivo será emitido mediante trámite automático y gratuito, cuyo único requisito es contar con el Carné de Inscripción en el Registro Nacional de las Personas con Discapacidad”.

Tercera.- Modificación del artículo 123-A del Decreto Legislativo N° 1049, Decreto Legislativo del Notariado

Modifícase el artículo 123-A del Decreto Legislativo N° 1049, Decreto Legislativo del Notariado, incorporado por el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1232, cuyo texto queda redactado de la siguiente manera:

“Artículo 123-A.- Nulidad de escrituras públicas y certificaciones de firmas

Son nulas de pleno derecho las escrituras públicas de actos de disposición o de constitución de gravamen, realizados por personas naturales sobre predios ubicados fuera del ámbito territorial del notario. Asimismo, la nulidad alcanza a las certificaciones de firmas realizadas por el notario, en virtud de una norma especial en los formularios o documentos privados; sin perjuicio de que de oficio se instaure al notario el proceso disciplinario establecido en el Título IV de la presente ley.

La presente disposición no se aplica al cónsul cuando realiza funciones notariales.

Asimismo, la restricción no alcanza a los servicios notariales que utilizan el sistema de identificación de comparación biométrica de las huellas dactilares que brinda el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, RENIEC. En caso de extranjeros identificados con carné de extranjería, las transacciones o actuaciones pueden realizarse ante notario de cualquier circunscripción que cuente con acceso a la base de datos de la Superintendencia Nacional de Migraciones.

Los Colegios de Notarios llevarán un registro de los notarios que cuenten con herramientas tecnológicas acreditadas para la plena identificación de las personas naturales que intervienen en los actos que se refiere el presente artículo y lo publique en su portal institucional”.

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA DEROGATORIA

Única.- Derogación

Derógase el artículo 5 de la Ley N° 28084, Ley que regula el parqueo especial para vehículos ocupados por personas con discapacidad.

POR TANTO:

Mando se publique y cumpla, dando cuenta al Congreso de la República.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los veintinueve días del mes de diciembre del año dos mil dieciséis.

PEDRO PABLO KUCZYNSKI GODARD

Presidente de la República

FERNANDO ZAVALA LOMBARDI

Presidente del Consejo de Ministros

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 1367

I. ANTECEDENTES

La Comisión Presidencial de Integridad, creada mediante Resolución Suprema N° 258-2016-PCM, en su informe final del 4 de diciembre de 2016 formuló –entre otras– las recomendaciones siguientes:

- a) Impedir el ingreso o reingreso a la función pública –por cualquier modalidad, incluidos puestos de confianza– a las personas que sean condenadas por delitos de corrupción, tráfico ilícito de drogas y lavado de activos, aun cuando hayan cumplido la pena impuesta.
- b) Destituir de la función pública a las personas que sean condenadas por corrupción, tráfico ilícito de drogas y lavado de activos.

Teniendo en cuenta ello, el Poder Ejecutivo en uso de las facultades delegadas otorgadas por el Congreso de la República, promulgó los Decretos Legislativos N° 1243 y 1295, mediante los cuales se dispuso:

- Ampliar la **inhabilitación principal de cinco a veinte años** para los principales delitos contra la administración pública.
- La **inhabilitación perpetua** para los principales delitos contra la administración pública, siempre que el agente actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o actúe por encargo de ella; o la conducta recaiga sobre programas con fines asistenciales, de apoyo o inclusión social o de desarrollo, siempre que el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados supere las quince unidades impositivas tributarias.
- Estableció como **impedimento para prestar servicios a favor del Estado bajo cualquier modalidad**, haber sido condenado por los principales delitos contra la administración pública.

Esta normativa si bien resulta un avance significativo, pues incide en impedir definitivamente el ingreso, permanencia o reingreso de los condenados por los principales delitos contra la administración pública, con énfasis en los ilícitos de corrupción, debe ser ampliada a otros supuestos delictivos que precisamente se encuentran estrechamente vinculados a los actos de corrupción, como son las figuras más graves de lavado de activos y tráfico ilícito de drogas, así como a un tipo penal de actual relevancia internacional como es el financiamiento al terrorismo.

Cabe indicar, que si bien por Ley N° 30794 se ha establecido como requisito para prestar servicios en el sector público, que el trabajador no haya sido condenado con sentencia firme por diversos delitos, entre los que se encuentra el financiamiento al terrorismo y el tráfico ilícito de drogas, debe tenerse cuenta que no se establecieron medidas de carácter penal como se realiza en la presente norma al ampliar la inhabilitación principal por los mencionados ilícitos y que se incluye al lavado de activos, además que no se prevé la inscripción de la condena en el Registro Nacional de Sanciones contra Servidores Civiles.

II. IDENTIFICACIÓN DEL PROBLEMA PÚBLICO:

De acuerdo a PROETICA, en base a información de la Unidad de Inteligencia Financiera, durante el año 2017 se identificó US\$ 141 millones bajo sospecha de blanqueo de dinero provienen de delitos contra la administración pública, es decir, de la corrupción de funcionarios y el enriquecimiento ilícito⁽¹⁾.

El impedimento para el ejercicio de la función pública, establecidos por los Decretos Legislativos 1243 y 1295 alcanzan a los principales delitos contra la administración pública. Resulta innegable que en muchos casos los actos de corrupción suelen vincularse a otros ámbitos delictivos de la criminalidad organizada con el propósito de copar las instancias del Estado, permitiendo así que los esquemas criminales se enquisten en los ámbitos de toma de decisiones por parte del Estado, a costa del interés público y sacrificando con ello el adecuado funcionamiento de la administración pública.

Asimismo, esta problemática ha sido reconocida en diversos estudios nacionales e internacionales que resaltan la necesidad de incrementar los impedimentos para el acceso a la función pública de sentenciados por estos delitos, considerados de los más graves, toda vez que representa un alto riesgo de captura de la toma de decisiones⁽²⁾.

Actualmente, en nuestro país los actos de corrupción se encuentran en mucho ligados al delito de lavado de activos. La Política Nacional de Lavado de Activos y Financiamiento al Terrorismo ha identificado principalmente como delitos precedentes del lavado de activos, a la corrupción y el tráfico ilícito de drogas. Ante ello, resulta necesario que el Estado deba evitar que personas condenadas por lavado de activos puedan valerse del ejercicio de la función en beneficio de actividades delictivas.

III. LA VINCULACIÓN DEL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA CON LOS DELITOS DE LAVADO DE ACTIVOS, TID Y FINANCIAMIENTO DEL TERRORISMO:

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción en su preámbulo expresamente señala su preocupación por: “(...) *los vínculos entre la corrupción y otras formas de delincuencia, en particular la delincuencia organizada y la delincuencia económica, incluido el blanqueo de dinero*”. Por tal motivo en sus artículos 15, 23 y 52 establece un conjunto de acciones que deben realizar los Estados para prevenir, detectar y penalizar los actos de lavado de activos o blanqueo de dinero, e inclusive la adopción de medidas para la recuperación de los bienes.

De otra parte, la Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos - OCDE, señala: “*Cada parte que haya dictaminado como delito predicado el cohecho de sus propios servidores públicos para efectos de aplicar sus leyes contra el lavado de dinero, deberá hacerlo en los mismos términos para el cohecho de un servidor público extranjero, independientemente del lugar donde este haya ocurrido*”.

(1) <http://www.proetica.org.oe/noticias/dinero-corrupcion-investigado-lavado-suma-us-1118-mlls-tres-anos/>

(2) Informe final de la Comisión Presidencial de Integridad, presentado el 4 de diciembre del 2016.

En nuestro país, la Política Nacional de Lavado de Activos y Financiamiento al Terrorismo aprobada por Decreto Supremo N° 018-2017-PCM reconoce como delitos precedentes del lavado de activos a la corrupción y el tráfico ilícito de drogas, detallando que se determine como parte de las amenazas, vulnerabilidades y riesgos de LAFT, las siguientes:

AMENAZA	VULNERABILIDAD	RIESGO
Incremento en los últimos años de las actividades de corrupción pública.	Existencia de corrupción en los operadores de seguridad y justicia.	Alto

Ello resulta acorde con lo expresado en la “Evaluación Nacional de Riesgos de Lavado de Activos y Financiamiento al Terrorismo” que elaboró la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, en donde se señala que: *“Los casos de corrupción pública en el Perú están cobrando una importancia creciente en los últimos tiempos, debido tanto a su trascendencia económica como a la repercusión social que de ellos se derivan. Una clara muestra de ello es que las operaciones sospechosas vinculadas a estos delitos comunicadas a la UIF por parte de sujetos obligados han sido las de mayor cuantía económica en 2015 (2,986,656.420 US dólares), superando incluso a las motivadas por tráfico ilícito de drogas. Con relación a los informes de inteligencia financiera emitidos por la UIF con este motivo durante el periodo de agosto de 2015 a julio de 2016 el número ha sido de 20, ascendiendo la cuantificación de estos a 320 millones de US dólares”.*

Asimismo, en la Política Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción aprobada por Decreto Supremo N° 092-2017-PCM se establece como uno de sus lineamientos la necesidad de mejorar las herramientas para la investigación de los delitos de corrupción, criminalidad organizada y lavado de activos. Precisamente se estableció como uno de sus objetivos específicos el reforzamiento del sistema de justicia penal, planteando para ello la necesidad de ampliar los supuestos de separación de la función pública, inicialmente referidos a delitos de corrupción de funcionarios, para incluir también a los condenados por delitos de tráfico ilícito de drogas y lavado de activos.

Por lo tanto, para un combate efectivo de la corrupción es necesario establecer medidas vinculadas a la lucha del lavado de activos, pues como bien señala el autor nacional Erick Guimaray Mori⁽³⁾: *“La tipificación del lavado de activos ofrece una alternativa legítima que puede servir como complemento de una lucha integral contra la corrupción. En efecto, siendo preciso investigar y procesar las presuntas conductas que produjeron las ganancias ilícitas y tomando en cuenta la dificultad probatoria, sobre todo, en los actos de corrupción a gran escala (de los que en nuestro entorno se conocen bastante), la tipicidad del delito de lavado de activos se muestra como una alternativa eficiente para, por lo menos, frenar la obtención de ventajas económicas producto de hechos corruptos y contribuir, de forma indirecta si se quiere, con el objetivo de erradicar el mensaje de una Administración vendible, de la cual pueden redituarse beneficios económicos ilegítimos”.*

Adicionalmente, se tiene las conclusiones a las que arribó la Comisión Especial Investigadora Multipartidaria encargada de investigar y determinar la influencia del

(3) Sobre la relación existente entre los delitos de corrupción y el delito de lavado de activos. (En revista: *Foro Jurídico*: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/13757/14381>)

narcotráfico en los partidos políticos y movimientos regionales y locales”⁽⁴⁾ del Congreso de la República, puntualizando por ejemplo:

- *“Intentar comprender la relación entre el narcotráfico y la política bajo el esquema clásico de la corrupción, esto es, siguiendo el derrotero que puede transitar desde el simple soborno a funcionario público hasta la captura de instituciones por parte del narcotráfico, resulta insuficiente y superficial. Máxime cuando dicha relación se desarrolla en escenarios de Estados débiles y poco institucionalizados. De lo que se trata, como lo señala Luis Jorge Garay-Salamanca, es del riesgo de la reconfiguración del Estado en función de los intereses del narcotráfico. (...)”.*
- *“Se han verificado diversos mecanismos de infiltración del narcotráfico en la política nacional. 1. Corrupción vinculada al narcotráfico; 2. Relaciones políticas, económicas y sociales del narcotráfico con autoridades políticas, entre las que se distingue el lavado de activos como mecanismo de relación; 3. La infiltración del narcotráfico en todos los niveles de actuación del Estado; (...)”.*

También es necesario tener en cuenta que mediante Resolución SBS N° 4349-2016 de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP se aprobó una norma sobre funciones y cargos ocupados por personas expuestas políticamente (PEP) cuyas circunstancias financieras pueden ser objeto de un interés público en el marco de las acciones de prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo, siendo se enuncian a los más altos funcionarios y autoridades de la administración pública en los poderes del Estado, organismos constitucionalmente autónomos y en los tres niveles de gobierno, señalando que: *“(...) se consideran como PEP a los colaboradores directos de las personas indicadas en el listado anterior, siempre que sean la máxima autoridad de la institución a la que pertenecen, entendiéndose por ‘colaboradores directos’ a aquellas personas que siguen a estas en la línea de mando y tienen capacidad de decisión”.*

Debe tenerse presente que el Decreto Legislativo N° 1352 amplió la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas a los delitos de lavado de activos, financiamiento al terrorismo, minería ilegal y crimen organizado, adicional a los delitos contra la administración pública contemplados en la redacción inicial de la Ley N° 30424, lo que evidencia la relación entre estas conductas delictivas.

La propuesta tiene como propósito garantizar la idoneidad y probidad de los servidores públicos, para lo cual el Estado debe asegurar la aptitud de la persona que ingresa a la carrera administrativa. Para ello, el Estado debe imponer requisitos objetivos que aseguren los intereses de la sociedad, así como la integridad y competencia de las personas que presten servicios al Estado, tal y como lo reconoce la Constitución Política en su artículo 40, al establecer que el ingreso a la carrera administrativa, y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos son regulados por Ley.

IV. EFECTOS DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

El proyecto de Ley amplía los alcances de la inhabilitación principal, así como el impedimento de ingreso a la función pública a los condenados por los supuestos más graves de los delitos de lavado de activos, tráfico ilícito de drogas y financiamiento del

(4) [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Cont-doc032011.nsf/0/9de5e9d184e6df5205257f1100671b49/\\$FILE/TOMO%2011.13DF](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Cont-doc032011.nsf/0/9de5e9d184e6df5205257f1100671b49/$FILE/TOMO%2011.13DF)

terrorismo, con el objetivo de evitar su infiltración en el sistema gubernamental y el apoderamiento de las instituciones del Estado.

De acuerdo con el artículo 41 de la Constitución Política del Perú, "(...) La ley establece la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos, así como el plazo de inhabilitación para la función pública". En ese sentido, conforme con la citada norma, el plazo de duración de la inhabilitación para el ejercicio de la función pública a los funcionarios y servidores que han incurrido en responsabilidad por la comisión de delitos debe ser establecido por ley.

La inhabilitación para el desempeño del cargo público es una medida que permite excluir a las personas cuyo desempeño en la función se ha caracterizado por incumplir los códigos de licitud, debilitando gravemente el correcto funcionamiento de la administración pública. Esta imposición de impedimento de regreso complementa eficazmente un sistema de selección de personal que garantice el involucramiento de profesionales con real vocación de servicio público.

La exclusión de la función pública que se impone a la persona radica en la identificación de carencia o escasez de parámetros éticos básicos para participar en la administración de poder económico, político u otro de distinta o similar naturaleza. No existe posibilidad de renovación de confianza en una tarea tan sensible y fundamental como la gestión del bien social.

Los derechos y principios de la Constitución operan como límites a la actividad legislativa. Los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos impiden que las restricciones que operen sobre ellos vacíen de contenido. El legislador no está permitido a configurar la realidad social de forma tal que desnaturalice los derechos constitucionales.

La inhabilitación perpetua que se pretende ampliar con el presente Decreto Legislativo constituye una justificada intervención o limitación sobre el derecho de acceso a la función pública. La inhabilitación propuesta representa una restricción al ejercicio del derecho que tiene toda persona de acceder a un cargo público, siendo la misma constitucionalmente justificada. De otro lado, la finalidad que se pretende con la medida consiste en garantizar la probidad e idoneidad en el ejercicio de la función pública, así como el principio de una buena administración que, como ha destacado el Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico 2 de la STC N° 02234-2004-PA/TC, constituye un principio "implícitamente constitucionalizado en el Capítulo IV del Título I de la Constitución". Sobre esta base, la inhabilitación perpetua constituye una medida adecuada orientada a optimizar estos fines y constituye una medida idónea.

Además, la medida que propone el Decreto Legislativo resulta necesaria, puesto que la inhabilitación perpetua no es una medida que se aplique como pena de cualquier delito, pues esto solo es aplicable en aquellas conductas delictivas que son especialmente disvaliosas, y cuya comisión resulta contraria con los elementos configurados, previstos en la Constitución, del servicio público. En efecto, la medida restrictiva se aplica para aquellas personas que poseen cualidades individuales que el sistema normativo considera especialmente reprochables por ser contrarios a los elementos configurados del servicio público, conforme lo dispone la propia Constitución. Esta medida de inhabilitación se pretende aplicar a determinadas personas incurso en determinados comportamientos que se consideran especialmente reprochables por ser diametralmente contradictorios con la naturaleza de la función pública, por tratarse de conductas delictivas que son especialmente

graves para los bienes jurídicos protegidos que exigen una protección diferenciada frente a los mecanismos ordinarios de resguardo de la idoneidad de la actuación del Estado.

En mérito a ello, la intervención ocasionada al derecho de acceso a la función pública es menor que el grado o nivel de satisfacción de los fines constitucionales que se persigue. La inhabilitación perpetua frente a la desnaturalización de la función pública, entendida esta última como la instrumentalización del aparato público para la satisfacción de intereses privados, optimiza el mandato de probidad e idoneidad en el ejercicio de la función pública, además del principio constitucional de la buena administración.

En cuanto a la concordancia de la medida que propone el Decreto Legislativo con las obligaciones internacionales en materia de Derechos Humanos a los que el Perú se encuentra obligado, si bien la inhabilitación importa la restricción al acceso de la función pública, tal medida resulta proporcional frente a la protección de la buena marcha de la Administración Pública.

En el marco del sistema interamericano, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en su artículo 23 numeral 2, vía remisión al literal c) del numeral 1 del mencionado artículo, que mediante ley se puede reglamentar el ejercicio del derecho a la función pública “exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en un proceso penal”.

La modificación de los artículos 38, 69, 296 y 296-A del Código Penal, del artículo 242 de la Ley N° 27444 y de los artículos 2 y 3 del Decreto Legislativo N° 1295; del artículo 7 de la Ley N° 28175, de los artículos 4 y 10 del Decreto Legislativo N° 1057, del artículo 49 de la Ley N° 29944, del artículo 37 de la Ley N° 29709, del artículo 5 del Decreto Legislativo N° 1024, así como de los artículos 1, 2 y 3 del Decreto Legislativo N° 1106 y primer párrafo del artículo 4-A del Decreto Ley N° 25475; resultan acorde con nuestro ordenamiento jurídico y no generan inconvenientes para su aplicación por los operadores jurídicos.

V. ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

La implementación de las reformas normativas no conlleva mayores gastos a las instituciones concernidas por tratarse de mejoras netamente jurídico-legales. Por lo demás, resulta un importante beneficio para la administración pública pues reduce espacios de riesgos de comisión de actividades ilícitas en el servicio civil, al privilegiarse el ingreso y permanencia de funcionarios y servidores públicos que carezcan de antecedentes por la comisión de actos delictivos considerados de suma gravedad.

Asimismo, estas medidas implican un efecto disuasivo en el personal que presta servicios para el Estado, pues evitarán incurrir en delitos de corrupción, lavado de activos, tráfico ilícito de drogas y financiamiento al terrorismo, pues ello implicará que no podrán detentar una función pública y que sus posibilidades se restringirán al sector privado.

En suma, se busca optimizar un conjunto de medidas legales inicialmente restringidas para los delitos contra la administración pública, con énfasis en la corrupción, debiendo tenerse en cuenta que dicha actividad delictiva, al igual que el lavado de activos y el tráfico ilícito de drogas, adoptan muchas formas a través de la criminalidad organizada, si están lideradas por especialistas que asumen esquemas que les permiten actuar circunscritos a la legalidad, buscando obtener réditos y beneficios —entre otros— a través del secuestro del Estado y sus instituciones.

DECRETO LEGISLATIVO N° 1367

Decreto Legislativo que amplía los alcances de los Decretos Legislativos N°s 1243 y 1295 (29/07/2018)

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

Que, mediante Ley N° 30823, “Ley que delega en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia de gestión económica y competitividad, de integridad y lucha contra la corrupción, de prevención y protección de personas en situación de violencia y vulnerabilidad y de modernización de la gestión del Estado”, el Congreso de la República ha delegado en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia de integridad y lucha contra la corrupción, por el término de sesenta (60) días calendario;

Que, en este sentido, el literal a) del inciso 3 del artículo 2 del citado dispositivo legal, establece la modificación del Código Penal para ampliar la pena de inhabilitación principal por la comisión de los delitos de lavado de activos, tráfico ilícito de drogas y financiamiento al terrorismo, con el objeto de impedir que las personas condenadas por tales delitos presten servicios al Estado bajo cualquier modalidad contractual, precisando que los supuestos comprendidos en ley orgánica no pueden ser materia de modificación.

Que, es necesario evitar el ingreso a la administración pública de los condenados por los delitos de lavado de activos, financiamiento al terrorismo y tráfico ilícito de drogas, impulsando que el Estado cuente con un potencial humano íntegro para el ejercicio de la función pública, que carezca de antecedentes por estos graves ilícitos, tal como fue planteado por la Comisión Presidencial de Integridad en su informe final y por el Plan Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción 2018-2021.

De conformidad con lo establecido en el literal a) del inciso 3 del artículo 2 de la Ley N° 30823 y el artículo 104 de la Constitución Política del Perú;

Con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros;

Con cargo a dar cuenta al Congreso de la República;

Ha dado el Decreto Legislativo siguiente:

DECRETO LEGISLATIVO QUE AMPLÍA LOS ALCANCES DE LOS DECRETOS LEGISLATIVOS 1243 Y 1295

Artículo 1.- Modificación de los artículos 38, 69, 296 y 296-A del Código Penal

Modifícanse los artículos 38 y 69 del Código Penal, modificados por el Decreto Legislativo 1243, y los artículos 296 y 296-A de la misma norma, en los siguientes términos:

“Artículo 38. Duración de la inhabilitación principal:

La inhabilitación principal se extiende de seis meses a diez años, salvo los supuestos de incapacidad definitiva a que se refieren los numerales 6, 7 y 9 del artículo 36.

La pena de inhabilitación principal se extiende de cinco a veinte años cuando se trate de los delitos previstos en los artículos 382, 383, 384, 387, 388, 389, 393, 393-A, 394, 395, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400 y 401.

En estos supuestos, será perpetua, siempre que el agente actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o actúe por encargo de ella; o la conducta recaiga sobre programas con fines asistenciales, de apoyo o inclusión social o de desarrollo, siempre que el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados supere las quince unidades impositivas tributarias.

La inhabilitación principal también se extiende de cinco a veinte años cuando se trate de los delitos previstos en el artículo 4-A del Decreto Ley 25475, los artículos 1, 2 y 3 del Decreto Legislativo 1106, así como los artículos 296, 296-A primer, segundo y cuarto párrafo; 296-B, 297 del Código Penal.

En los supuestos del párrafo anterior, la inhabilitación será perpetua cuando el agente actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o actúe por encargo de ella; o cuando el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados supere las quinientas unidades impositivas tributarias.

En el caso de los delitos contemplados en los artículos 1, 2 y 3 del Decreto Legislativo 1106, la inhabilitación también será perpetua cuando el dinero, bienes, efectos o ganancias provienen de la minería ilegal, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión o trata de personas”.

“Artículo 69. Rehabilitación automática:

El que ha cumplido la pena o medida de seguridad que le fue impuesta, o que de otro modo ha extinguido su responsabilidad, queda rehabilitado sin más trámite.

La rehabilitación produce los efectos siguientes:

1. Restituye a la persona en los derechos suspendidos o restringidos por la sentencia. No produce el efecto de reponer en los cargos, comisiones o empleos de los que se le privó; y,
2. La cancelación de los antecedentes penales, judiciales y policiales. Los certificados correspondientes no deben expresar la pena rehabilitada ni la rehabilitación.

Tratándose de pena privativa de libertad impuesta por la comisión de delito doloso, la cancelación de antecedentes penales, judiciales y policiales será provisional hasta por cinco años. Vencido dicho plazo y sin que medie reincidencia o habitualidad, la cancelación será definitiva.

La rehabilitación automática no opera cuando se trate de inhabilitación perpetua impuesta por la comisión de los delitos previstos en los artículos 296, 296-A primer, segundo y cuarto párrafo; 296-B, 297, 382, 383, 384, 387, 388, 389, 393, 393-A, 394, 395, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400 y 401 del

Código Penal, así como el artículo 4-A del Decreto Ley 25475 y los delitos previstos en los artículos 1, 2 y 3 del Decreto Legislativo 1106, en cuyo caso la rehabilitación puede ser declarada por el órgano jurisdiccional que dictó a condena luego de transcurridos veinte años conforme al artículo 59-B del Código de Ejecución Penal”.

“Artículo 296.- Promoción o favorecimiento al Tráfico Ilícito de Drogas y otros

El que promueve, favorece o facilita el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, mediante actos de fabricación o tráfico será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa, e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1) , 2) y 4) .

El que posea drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas para su tráfico ilícito será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de doce años y con ciento veinte a ciento ochenta días-multa, e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1) y 2).

El que introduce al país, produce, acopie, provee, comercialice o transporte materias primas o sustancias químicas controladas o no controladas, para ser destinadas a la elaboración ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, en la maceración o en cualquiera de sus etapas de procesamiento, y/o promueva, facilite o financie dichos actos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años y con sesenta a ciento veinte días-multa, e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1) y 2).

El que toma parte en una conspiración de dos o más personas para promover, favorecer o facilitar el tráfico ilícito de drogas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años y con sesenta a ciento veinte días-multa, e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1) y 2)”.

“Artículo 296-A. Comercialización y cultivo de amapola y marihuana y su siembra compulsiva

El que promueve, favorece, financia, facilita o ejecuta actos de siembra o cultivo de plantas de amapola o adormidera de la especie *papaver somniferum* o marihuana de la especie *cannabis sativa* será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho años ni mayor de quince años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1), 2) y 4).

El que comercializa o transfiere semillas de las especies a que alude el párrafo anterior será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años y con ciento veinte a ciento ochenta días-multa, e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1) y 2).

La pena será privativa de libertad no menor de dos ni mayor de seis años y de noventa a ciento veinte días-multa cuando:

1. La cantidad de plantas sembradas o cultivadas no exceda de cien.
2. La cantidad de semillas no exceda de la requerida para sembrar el número de plantas que señala el inciso precedente.

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinticinco ni mayor de treinta y cinco años, e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1) y 2), el que, mediante amenaza o violencia, obliga a otro a la siembra o cultivo o al procesamiento ilícito de plantas de coca, amapola o adormidera de la especie *papaver somniferum*, o marihuana de la especie *cannabis sativa*.

Se excluye de los alcances de lo establecido en el presente artículo, cuando se haya otorgado licencia para la investigación, importación y/o comercialización y producción, del *cannabis* y sus derivados con fines medicinales y terapéuticos. De incumplirse con la finalidad de la licencia señalada se aplica la pena prevista en el presente artículo. Será reprimido con la pena máxima más el cincuenta por ciento de la misma al funcionario público que otorga irregularmente la licencia o autorización referida”.

Artículo 2.- Modificación del artículo 242 de la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General.

Modifícase el artículo 242 de la Ley 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, modificado por el Decreto Legislativo 1295, en los siguientes términos:

“Artículo 242.- Registro Nacional de Sanciones contra Servidores Civiles

El Registro Nacional de Sanciones contra Servidores Civiles consolida toda la información relativa al ejercicio de la potestad administrativa sancionadora disciplinaria y funcional ejercida por las entidades de la Administración Pública, así como aquellas sanciones penales impuestas de conformidad con los artículos 296, 296-A primer, segundo y cuarto párrafo; 296-B, 297, 382, 383, 384, 387, 388, 389, 393, 393-A, 394, 395, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400 y 401 del Código Penal, así como el artículo 4-A del Decreto Ley 25475 y los delitos previstos en los artículos 1, 2 y 3 del Decreto Legislativo 1106”.

Artículo 3.- Modificación de los artículos 2 y 3 del Decreto Legislativo N° 1295

Modifícanse los artículos 2 y 3 del Decreto Legislativo N° 1295, Decreto Legislativo que modifica el artículo 242 de la Ley 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General y establece disposiciones para garantizar la integridad en la administración pública, en los siguientes términos:

“Artículo 2. Impedimentos

2.1 Las sanciones de destitución o despido que queden firmes o que hayan agotado la vía administrativa, y hayan sido debidamente notificadas, acarrearán la inhabilitación automática para el ejercicio de la función pública y para prestar servicios por cinco (5) años, no pudiendo reingresar a prestar servicios al Estado o a empresa del Estado, bajo cualquier forma o modalidad, por dicho plazo. Su inscripción en el Registro Nacional de Sanciones contra Servidores Civiles es obligatoria. También es obligatoria la inscripción en el Registro la inhabilitación cuando se imponga como sanción principal, una vez que se haya agotado la vía administrativa o que el acto haya quedado firme; y que el acto haya sido debidamente notificado.

2.2 Las personas con sentencia condenatoria consentida y/o ejecutoriada, por alguno de los delitos previstos en los artículos 296, 296-A primer, segundo y

cuarto párrafo; 296-B, 297, 382, 383, 384, 387, 388, 389, 393, 393-A, 394, 395, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400 y 401 del Código Penal, así como el artículo 4-A del Decreto Ley 25475 y los delitos previstos en los artículos 1, 2 y 3 del Decreto Legislativo 1106, no pueden prestar servicios a favor del Estado, bajo cualquier forma o modalidad. La inscripción de la condena en el Registro de Sanciones para servidores civiles es obligatoria. En caso se encuentren bajo alguna modalidad de vinculación con el Estado, este debe ser resuelta”.

“Artículo 3. Inscripción y actualización del Registro

3.1 Es obligación de las Oficinas de Recursos Humanos, o quien haga sus veces, de las entidades comprendidas en el artículo I del Título Preliminar de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General con excepción de las mencionadas en el inciso 8, inscribir las sanciones así como sus modificaciones y rectificaciones, tramitadas de acuerdo al procedimiento correspondiente dentro de los plazos y formas que indique el reglamento.

3.2 Las sentencias consentidas y/o ejecutoriadas, por alguno de los delitos previstos en los artículos 296, 296-A primer, segundo y cuarto párrafo; 296-B, 297, 382, 383, 384, 387, 388, 389, 393, 393-A, 394, 395, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400 y 401 del Código Penal, así como el artículo 4-A del Decreto Ley 25475 y los delitos previstos en los artículos 1, 2 y 3 del Decreto Legislativo 1106, deberán ser notificadas por el Poder Judicial a la Autoridad Nacional del Servicio Civil para que esta proceda a realizar la inscripción en el Registro Nacional de Sanciones contra Servidores Civiles, en el plazo que establezca el Reglamento.

3.3 La inobservancia de lo dispuesto en los párrafos que anteceden será considerada falta administrativa disciplinaria”.

Artículo 4.- Modificación del artículo 7 de la Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público

Modifícase el literal e) del artículo 7 de la Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público, en los siguientes términos:

“Artículo 7.- Requisitos para postular

Son requisitos para postular al empleo público:

- a) Declaración de voluntad del postulante.
- b) Tener hábiles sus derechos civiles y laborales.
- c) No poseer antecedentes penales ni policiales, incompatibles con la clase de cargo.
- d) Reunir los requisitos y/o atributos propios de la plaza vacante.
- e) No contar con sentencia condenatoria consentida y/o ejecutoriada por alguno de los delitos previstos en 382, 383, 384, 387, 388, 389, 393, 393-A, 394, 395, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400 y 401 del Código Penal y los delitos previstos en los artículos 1, 2 y 3 del Decreto Legislativo 1106, o sanción administrativa que acarree inhabilitación, inscritas en el Registro Nacional de Sanciones contra Servidores Civiles.
- f) Los demás que se señale para cada concurso”.

Artículo 5.- Modificación de los artículos 4 y 10 del Decreto Legislativo N° 1057, Decreto Legislativo que regula el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios

Modifícanse el numeral 4.3 del artículo 4, así como el literal i) del artículo 10 del Decreto Legislativo N° 1057, Decreto Legislativo que regula el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios, en los siguientes términos:

“Artículo 4.- Requisitos para su celebración.

Son requisitos para la celebración del contrato administrativo de servicios:

4.1 Requerimiento realizado por la dependencia usuaria.

4.2 Existencia de disponibilidad presupuestaria, determinada por la oficina de presupuesto de la entidad o quien haga sus veces.

4.3. No contar con sentencia condenatoria consentida y/o ejecutoriada por alguno de los delitos previstos en los artículos 296, 296-A primer, segundo y cuarto párrafo; 296-B, 297, 382, 383, 384, 387, 388, 389, 393, 393-A, 394, 395, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400 y 401 del Código Penal, así como el artículo 4-A del Decreto Ley 25475 y los delitos previstos en los artículos 1, 2 y 3 del Decreto Legislativo 1106, o sanción administrativa que acarree inhabilitación, inscritas en el Registro Nacional de Sanciones contra Servidores Civiles”.

“Artículo 10.- Extinción del contrato

El Contrato Administrativo de Servicios se extingue por:

a) Fallecimiento.

b) Extinción de la entidad contratante.

c) Renuncia. En este caso, el trabajador debe comunicar por escrito su decisión a la entidad contratante con una anticipación de 30 días naturales previos al cese. Este plazo puede ser exonerado por la autoridad competente de la entidad, por propia iniciativa o a pedido del contratado. En este último caso, el pedido de exoneración se entenderá aceptado si no es rechazado por escrito dentro del tercer día natural de presentado.

d) Mutuo disenso.

e) Invalidez absoluta permanente sobreviniente.

f) Resolución arbitraria o injustificada.

g) Inhabilitación administrativa, judicial o política por más de tres meses.

h) Vencimiento del plazo del contrato.

i) Contar con sentencia condenatoria consentida y/o ejecutoriada por algunos de los delitos previstos en los artículos 296, 296-A primer, segundo y cuarto párrafo; 296-B, 297, 382, 383, 384, 387, 388, 389, 393, 393-A, 394, 395, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400 y 401 del Código Penal, así como el artículo 4-A del Decreto Ley 25475 y los delitos previstos en los artículos 1, 2 y 3 del Decreto Legislativo 1106, o sanción administrativa que acarree inhabilitación, inscritas en el Registro Nacional de Sanciones contra Servidores Civiles”.

Artículo 6.- Modificación del artículo 37 de la Ley N° 29709, Ley de la Carrera Especial Pública Penitenciaria

Incorpórese el literal f) al inciso 37.1 de la Ley N° 29709, Ley de la Carrera Especial Pública Penitenciaria, en los siguientes términos:

“Artículo 37. Retiro por término de la carrera

37.1 El servidor penitenciario culmina definitivamente su vínculo laboral con el INPE por las siguientes causales:

- a) Cese definitivo
- b) Jubilación
- c) Destitución
- d) Renuncia
- e) Desaprobar las evaluaciones de desempeño.

f) Contar con sentencia condenatoria consentido y/o ejecutoriada por alguno de los delitos previstos en los artículos 296, 296-A primer, segundo y cuarto párrafo; 296-B, 297, 382, 383, 384, 387, 388, 389, 393, 393-A, 394, 395, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400 y 401 del Código Penal, así como el artículo 4-A del Decreto Ley 25475 y los delitos previstos en los artículos 1, 2 y 3 del Decreto Legislativo 1106, o sanción administrativa que acarree inhabilitación, inscritas en el Registro Nacional de Sanciones contra Servidores Civiles”.

Artículo 7.- Modificación del artículo 5 del Decreto Legislativo N° 1024, Decreto Legislativo que crea y regula el cuerpo de gerentes públicos

Modifícase el literal d) del artículo 5 del Decreto Legislativo N° 1024, Decreto Legislativo que crea y regula el cuerpo de gerentes públicos, en los siguientes términos:

“Artículo 5.- Condiciones para postular

Para participar en los concursos nacionales se requiere lo siguiente:

- a) Contar con título universitario o grado académico de maestría o doctorado;
- b) No estar inhabilitado para ejercer función pública por decisión administrativa firme o sentencia judicial con calidad de cosa juzgada;
- c) Contar al menos con el mínimo de experiencia profesional, de acuerdo con lo que señale el Reglamento; y,
- d) No contar sentencia condenatoria consentida y/o ejecutoriada por alguno de los delitos previstos en los artículos 382, 383, 384, 387, 388, 389, 393, 393-A, 394, 395, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400 y 401 del Código Penal, así como el artículo 4-A del Decreto Ley 25475 y los delitos previstos en los artículos 1, 2 y 3 del Decreto Legislativo 1106, o sanción administrativa que acarree inhabilitación, inscritas en el Registro Nacional de Sanciones contra Servidores Civiles.
- e) Otros requisitos generales o específicos que establezca la Autoridad para cada proceso.

Podrán postular las personas que se encuentren al servicio de la Administración Pública bajo cualquier forma de contratación”.

Artículo 8.- Modificación de los artículos 1, 2 y 3 del Decreto Legislativo 1106

Modifícanse los artículos 1, 2 y 3 del Decreto Legislativo N° 1106, en los siguientes términos:

“Artículo 1.- Actos de conversión y transferencia

El que convierte o transfiere dinero, bienes, efectos o ganancias cuyo origen ilícito conoce o debía presumir, con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento veinte a trescientos cincuenta días multa e inhabilitación de conformidad con los incisos 1), 2) y 8) del artículo 36 del Código Penal”.

“Artículo 2.- Actos de ocultamiento y tenencia

El que adquiere, utiliza, posee, guarda, administra, custodia, recibe, oculta o mantiene en su poder dinero, bienes, efectos o ganancias, cuyo origen ilícito conoce o debía presumir, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento veinte a trescientos cincuenta días multa e inhabilitación de conformidad con los incisos 1), 2) y 8) del artículo 36 del Código Penal”.

“Artículo 3.- Transporte, traslado, ingreso o salida por territorio nacional de dinero o títulos valores de origen ilícito

El que transporta o traslada consigo o por cualquier medio dentro del territorio nacional dinero en efectivo o instrumentos financieros negociables emitidos “al portador” cuyo origen ilícito conoce o debía presumir, con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso; o hace ingresar o salir del país consigo o por cualquier medio tales bienes, cuyo origen ilícito conoce o debía presumir, con igual finalidad, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento veinte a trescientos cincuenta días multa e inhabilitación de conformidad con los incisos 1), 2) y 8) del artículo 36 del Código Penal”.

Artículo 9.- Modificación del artículo 4-A del Decreto Ley N° 25475

Modifícase el artículo 4-A del Decreto Ley N° 25475, en los siguientes términos:

“Artículo 4-A. Financiamiento del terrorismo.

El que por cualquier medio, directa o indirectamente, al interior o fuera del territorio nacional, voluntariamente provea, aporte o recolecte medios, fondos, recursos financieros o económicos o servicios financieros o servicios conexos o de cualquier naturaleza, sean de origen lícito o ilícito, con la finalidad de cometer cualquiera de los delitos previstos en este decreto ley, cualquiera de los actos terroristas definidos en tratados de los cuales el Perú es parte, la realización de los fines o asegurar la existencia de un grupo terrorista o terroristas individuales, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte ni mayor de veinticinco años e inhabilitación de conformidad con los incisos 1), 2) y 8) del artículo 36 del Código Penal.

La pena será privativa de libertad no menor de veinticinco ni mayor de treinta y cinco años si el agente ofrece u otorga recompensa por la comisión de un acto

terrorista o tiene la calidad de funcionario o servidor público. En este último caso, además, se impondrá la inhabilitación prevista en los incisos 1, 2, 6 y 8 del artículo 36 del Código Penal”.

Artículo 10.- Refrendo

El presente Decreto Legislativo será refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro de Justicia y Derechos Humanos.

POR TANTO:

Mando se publique y cumpla, dando cuenta al Congreso de la República.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los veintisiete días del mes de julio del año dos mil dieciocho.

MARTÍN ALBERTO VIZCARRA CORNEJO

Presidente de la República

CÉSAR VILLANUEVA ARÉVALO

Presidente del Consejo de Ministros

VICENTE ANTONIO ZEBALLOS SALINAS

Ministro de Justicia y Derechos Humanos

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 1452

I. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La esfera jurídica de derechos de los ciudadanos frente a la actuación de las entidades públicas se encuentra protegida a través de una serie de instrumentos de carácter procesal o procedimental, entre los que destaca el sistema de recursos administrativos o el control realizado por jueces y tribunales a través del procedimiento administrativo, que es la expresión clara de que la Administración Pública actúa con sometimiento a la Constitución Política del Perú, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le están atribuidas y de acuerdo a los fines para los que fueron conferidas.

La regulación del procedimiento administrativo ha sido objeto de perfeccionamiento durante la última década (años 2007-2018) para dotar de mayores niveles de eficiencia y celeridad en su tramitación; así como posibilitar el acceso de los administrados a los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. Atendiendo a esta finalidad, cabe destacar la modificación de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, **LPAG**) y la emisión de legislación especial que regula procedimientos administrativos (p. ej.: la Ley N° 28976, Ley Marco de Licencia de Funcionamiento; Ley N° 29090, Ley de regulación de habilitaciones urbanas y de edificaciones, entre otras) que ha propiciado la eliminación de duplicidades e ineficiencias, en procedimientos administrativos complejos que, en ocasiones, generaban problemas de inseguridad jurídica.

Para superar estas deficiencias, y al amparo de las facultades para legislar en materia de reactivación económica y formalización otorgadas mediante la Ley N° 30506⁽¹⁾, el Poder Ejecutivo aprobó el Decreto Legislativo N° 1272⁽²⁾ que produjo una reforma integral y estructural que ha permitido ordenar y clarificar cómo se organizan y relacionan las entidades públicas tanto externamente, con los ciudadanos y empresas, como internamente con la mejora de las actividades que ejecutan para la atención de sus procedimientos administrativos. Algunas de las medidas más relevantes que se aprobaron en dicho cuerpo normativo son:

1. La instauración del procedimiento administrativo electrónico (artículo 29-A de la LPAG).
2. La ampliación de los supuestos para calificar procedimientos administrativos de aprobación automática (artículo 31 de la LPAG).

(1) Ley que delega en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia de reactivación económica y formalización, seguridad ciudadana, lucha contra la corrupción, agua y saneamiento y reorganización de Petroperú S.A.

(2) Decreto Legislativo que modifica la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General y deroga la Ley N° 29060, Ley del Silencio Administrativo.

3. La restitución al texto de la Ley N° 27444 de la regulación y supuestos para la calificación de un procedimiento administrativo a iniciativa de parte sujeto al silencio administrativo positivo y negativo (artículos 33; 33-A; 33-B y 34 de la LPAG).
4. La incorporación de procedimientos administrativos estandarizados (artículo 36-A).
5. Que la procedencia de la autorización para el cobro de derechos de tramitación superiores a 1 Unidad Impositiva Tributaria se produzca mediante autorización de la Presidencia del Consejo de Ministros, eliminándose la restricción anterior que requería de la aprobación de un decreto supremo.
6. El fortalecimiento de las competencias de la Presidencia del Consejo de Ministros, que en su condición de ente rector del Sistema de Modernización de la Gestión Pública previsto en la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, amplía y desarrolla su ámbito de intervención en materia de simplificación administrativa; a su vez se explicita la responsabilidad de la Contraloría General de la República y de los órganos de control interno para verificar el cumplimiento de los procedimientos administrativos a cargo de las entidades.
7. La inclusión de nuevos derechos de los administrados, con la finalidad de hacer más predecible y razonable la actuación de las entidades públicas que tramitan procedimientos administrativos comunes y especiales.
8. La introducción de un régimen común de la actividad de fiscalización para las entidades públicas que desarrollan inspecciones, así como otra clase de actuaciones conferidas por ley.
9. La modificación de disposiciones referidas al ámbito de aplicación del procedimiento sancionador.

Cabe indicar que otro hito en el proceso de modernización de la gestión pública que se produjo como producto de las facultades para legislar otorgadas por la Ley N° 30506 lo constituyó la aprobación del Decreto Legislativo N° 1310, Decreto Legislativo que aprueba medidas adicionales de simplificación administrativa, cuyo artículo 2 introdujo la obligación para todas las entidades del Poder Ejecutivo que tramiten procedimientos administrativos a iniciativa de parte de realizar el Análisis de Calidad Regulatoria (en adelante, ACR) de todos los procedimientos administrativos establecidos en disposiciones normativas de alcance general vigentes a la fecha de entrada en vigencia del citado Decreto Legislativo, a excepción de las contenidas en leyes o normas con rango de ley, a fin de identificar, reducir y/o eliminar aquellos que resulten innecesarios, injustificados, desproporcionados, redundantes o no se encuentren adecuados a la LPAG.

Conforme lo dispone el numeral 2.4 del artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1310, el ACR debe aplicarse también de manera obligatoria en forma previa a la aprobación de las disposiciones normativas nuevas que establecen o regulan procedimientos administrativos o la modificación de las existentes, requisito exigible para su entrada en vigencia.

En ese sentido, el ACR constituye un proceso nuevo y que introduce elementos del análisis de impacto regulatorio (RIA), pero que su objeto de análisis es el procedimiento administrativo efectuado por la entidad que tiene a su cargo pronunciarse o emitir el acto administrativo.

Con la finalidad de validar el ACR efectuado por cada entidad pública, el numeral 2.3 del Decreto Legislativo N° 1310 dispuso la conformación de la Comisión Multisectorial de Calidad Regulatoria, presidida por la Presidencia del Consejo de Ministros e integrada por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos así como por el Ministerio de Economía y Finanzas, instancia que bajo un enfoque multisectorial se pronuncia por la observancia de los principios de Legalidad y Necesidad del ACR que sustentan la vigencia de un procedimiento administrativo a iniciativa de parte.

El artículo 10 del Reglamento para la aplicación del Análisis de Calidad Regulatoria de procedimientos administrativos establecidos en el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1310 ha previsto que la Secretaría de Gestión Pública ejerza el rol de Secretaría Técnica de la Comisión, siendo este un mecanismo idóneo para acompañar el proceso de mejora de la calidad regulatoria desde su fase inicial, siendo este un nuevo enfoque en la gestión pública del país, que apunta a ver la mejora de la calidad regulatoria como un proceso integral, gradual y continuo orientado a promover la eficiencia, eficacia, transparencia y neutralidad en el ejercicio de la función normativa del Estado.

Como producto del trabajo desarrollado desde la implementación del ACR, la Secretaría de Gestión Pública ha identificado la existencia de algunas disposiciones de la Ley N° 27444 que ameritan precisarse o modificarse, pues su redacción debe concordarse con la mejora de la calidad regulatoria, adecuando las reglas para la determinación de los procedimientos administrativos establecidos por el Decreto Legislativo N° 1310, en el que además debe considerarse la introducción de las herramientas de las tecnologías de la información y comunicaciones para la determinación y publicación de procedimientos administrativos como el Sistema Único de Trámites, aprobado por el Decreto Legislativo N° 1203 y desarrollado por su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 031-2018-PCM.

De este modo, y con la finalidad de continuar los esfuerzos en materia de Modernización del Estado, el Poder Ejecutivo solicitó al Congreso de la República el otorgamiento de facultades para legislar en la citada materia. Como resultado, con fecha 19 de julio del año 2018 se publicó en el diario oficial *El Peruano* la Ley N° 30823, que delega al Poder Ejecutivo la facultad de legislar mediante decreto legislativo por 60 días.

De acuerdo al sub numeral c.1 del inciso 5) del artículo 2 de la ley autoritativa se faculta al Poder Ejecutivo a modificar la Ley N° 27444 en lo referido al título preliminar; procedimiento administrativo; actualización, contenido y publicación del TUPA; revocación del acto administrativo; caducidad; notificaciones; renovación de títulos habilitantes; procedimiento administrativo sancionador. Asimismo, se faculta a precisar las competencias y fortalecer las funciones de supervisión y fiscalización de la Presidencia del Consejo de Ministros, en ejercicio de su rectoría en simplificación administrativa; incorporar modalidades de fiscalización administrativas y disposiciones para la utilización de tecnologías digitales y autorizar al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos para la actualización de los textos únicos ordenados conforme a las modificaciones propuestas y precisar la Tercera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 27444.

Para el cumplimiento de esta labor, la Secretaría de Gestión Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros, en coordinación con la Dirección General de Desarrollo Normativo y Calidad Regulatoria del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos tuvieron a cargo la elaboración de la propuesta normativa en las materias de su

competencia, teniendo en cuenta como parte de los insumos las propuestas remitidas por las siguientes entidades públicas:

- i. Instituto Geológico, Minero y Metalúrgico (INGEMMET).
- ii. Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI).
- iii. Ministerio de la Producción (PRODUCE).
- iv. Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC).
- v. Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA).
- vi. Organismo de Supervisión de los Recursos Forestales y de Fauna Silvestre (OSINFOR).
- vii. Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE).
- viii. Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL).
- ix. Servicio de Administración Tributaria de Lima (SAT).
- x. Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS).
- xi. Superintendencia de Bienes Nacionales (SBN).
- xii. Superintendencia del Mercado de Valores (SMV).
- xiii. Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP).

En ese sentido, se propone que las precisiones y/o modificaciones que se proponen introducir a la LPAG perfeccionen las relaciones entre las entidades públicas y los administrados, tanto en lo referente al ejercicio de la potestad sancionadora (de autotutela) y en las reglas para la determinación y dictado de actos administrativos que inciden directamente en la esfera jurídica de los interesados. Queda, así, reunido en un cuerpo legislativo único la regulación de las relaciones jurídicas entre las entidades públicas con los administrados como ley administrativa de referencia, que ha de compatibilizar con lo previsto en la normativa del ACR para la determinación de procedimientos administrativos, así como en la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo; la Ley N° 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales; la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, la Ley N° 27658, Ley Marco de Modernización de la Gestión del Estado, entre otros.

A continuación, se reseñan las modificaciones y precisiones que se efectúan al texto de la LPAG, para lo cual se sigue el orden previsto en la misma redacción de esta norma.

I.1. MODIFICACIONES AL RÉGIMEN DE NOTIFICACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS (Artículo 20)

I.1.1. Eficiencia en la aplicación del mecanismo de notificación supletoria a través del diario oficial y diarios de mayor circulación en el territorio nacional (Sub numeral 20.1.3)

El avance de las Tecnologías de la Información y Comunicaciones (TIC) ha influido de manera positiva en la incorporación de mecanismos de notificación utilizando las TIC. Así el Decreto Legislativo N° 1272 amplió los alcances establecidos por el Decreto Legislativo N° 1029 para que el administrado interesado o afectado por un acto pueda recibir la notificación por correo electrónico, precisando que aquella diligencia se entiende

válidamente efectuada cuando la entidad reciba la respuesta de recepción de la dirección electrónica señalada por el administrado.

Es oportuno considerar que el Decreto Legislativo N° 1272 también estableció la potestad de las entidades de otorgar una casilla electrónica gestionadas por ellas, en función de sus posibilidades, previo consentimiento del administrado con la finalidad de otorgar mayor celeridad y eficacia a la tramitación de los procedimientos a su cargo.

En ese sentido, el presente decreto legislativo establece necesarias modificaciones al régimen de notificación previsto en el sub numeral 20.1.3 de la LPAG, disponiendo que esta notificación resulte válidamente efectuada siempre que se produzca la publicación en el diario oficial *El Peruano* o en uno de los diarios de mayor circulación en el territorio nacional⁽³⁾, supuesto aplicable cuando resulte infructuosa la notificación personal al domicilio del administrado y a través de otros medios consignados por este (telegramas, correo certificado, telefax, otros).

En virtud a ello, además se prevé como una obligación de la autoridad competente disponer la publicación del íntegro del acto administrativo en el portal institucional de la entidad, preservando de esta manera el deber de publicidad en procura de los derechos de los administrados.

Las modificaciones previstas para este régimen se justifican, pues en los últimos años se ha producido el incremento de pronunciamientos en procedimientos administrativos de alta demanda, por ejemplo, los reclamos de usuarios de servicios públicos que no han podido ser notificados debido a que la dirección de notificación consignada es inexistente o no resulta materialmente posible su ubicación, a fin de que tome conocimiento del pronunciamiento y las consecuencias jurídicas del mismo. Con el fin de evidenciar el referido incremento, a continuación citamos como ejemplo la estadística reportada por OSIPTEL que demuestra que durante los años 2017 y 2018 se ha incrementado el número de resoluciones que se han tenido que publicar en el diario oficial *El Peruano*:

	Fecha de publicación	N° de resoluciones
Edicto 2017-I	29/05/2017	585
Edicto 2017-II	26/07/2017	571
Edicto 2017-III	19/12/2017	313
Edicto 2018-I	13/03/2018	648
Edicto 2018-II	18/06/2018	1408

Fuente: OSIPTEL.

(3) Para mayor información respecto a los diarios de mayor lectoría en Lima Metropolitana, se recomienda revisar el *ranking* elaborado por la Compañía Peruana de Estudios de Mercados y Opinión Pública S.A.C.

Disponible en: <https://cpi.pe/images/upload/paginawelp/archive/23/00LectorakC3°70ADa°/320de°/020Diarios%20en%20Lima°/020Metropolitana.pdf>.

Como puede apreciarse se busca superar las contingencias que presenta la redacción vigente de la norma a fin de brindar mayores facilidades a los administrados para el acceso a las páginas web desde diversos aplicativos con conexión a internet (computadoras, teléfonos celulares, etc.), se contará con mayor tiempo para el acceso a la información publicada y tomar conocimiento del acto administrativo. Asimismo, permitiría incrementar la frecuencia de la publicación y por ende, reducir los plazos de espera que enfrenta el usuario.

I.1.2. Mayor prevalencia de las TIC y la utilización de mecanismos de notificación generados por medios electrónicos (Numeral 20.4)

Por otro lado, se modifica el segundo párrafo del numeral 20.4 de la LPAG, que actualmente dispone que toda notificación dirigida a la dirección de correo electrónico señalada por el administrado se entiende válidamente efectuada cuando la entidad reciba la respuesta de recepción, para ampliar sus alcances permitiendo que este mecanismo opere también para los casos en los que la respuesta de recepción o el acuse de recibo se genere de forma automática por la plataforma tecnológica o sistema informático administrado por la entidad, garantizando de esta forma que la notificación ha sido efectuada.

La modificación se sustenta en la preferencia que muestra la utilización de la notificación a través del correo electrónico, por parte de los usuarios tomando como ejemplo nuevamente a los servicios públicos de telecomunicaciones, que representa un 71 % del total de las modalidades de notificación⁽⁴⁾.

Sin embargo, dado que la norma vigente establece que para la validez de la notificación es requisito indispensable obtener una respuesta de recepción de la dirección electrónica del administrado, así como efectuarla en el plazo; al no contar con dicha respuesta, se procede a efectuar la notificación por la modalidad personal. Antes de la modificación producida con el Decreto Legislativo N° 1272, no se establecía expresamente cuál debía ser el acuse de recibo de dicha modalidad de notificación, por lo que se ha venido validando las constancias de notificación idóneas para generar certeza de la recepción por parte del administrado, mas no una constancia generada específicamente por la dirección electrónica del administrado.

Sobre ello, cabe indicar que son distintos factores los que no permiten contar con el acuse de recibo que actualmente exige la LPAG, por citar algunos:

- (i) No todos los servidores de correo electrónico permiten activar la opción de respuesta automática. Solo permiten la opción de respuesta automática: Gmail, Hotmail, Yahoo mail, Ezimbra.
- (ii) No existe costumbre que los administrados contesten los correos, indicando “recibido”.

Ahora bien, dado el avance tecnológico, existen plataformas tecnológicas o sistemas informáticos que permiten, con igual eficacia, garantizar que el administrado haya recibido la notificación.

(4) Conforme se indica en el Informe N° 020-ST/2018, el porcentaje señalado corresponde a la cantidad de expedientes resueltos por el TRASU.

Para ejemplificar esta problemática, se recoge la experiencia de OSIPTEL sobre la base de los expedientes resueltos por el Tribunal de Solución de Reclamos de los Usuarios entre julio de 2017 y marzo de 2018, se advierte casi el 71 % de abonados solicitó que se le notifique vía correo electrónico, tal como se detalla a continuación:

	Expedientes resueltos	Expedientes resueltos en los que el usuario solicitó ser notificado electrónicamente
Julio 2017	7281	5377
Agosto 2017	10334	6307
Setiembre 2017	9311	7087
Octubre 2017	8130	7791
Noviembre 2017	9379	7430
Diciembre 2017	9874	7770
Enero 2018	15436	11436
Febrero 2018	13698	9940
Marzo 2018	14610	10498

Fuente: OSIPTEL.

Sin embargo, en promedio, solo el 31 % de las notificaciones son válidas; por lo que el otro 69 % debe volver a ser notificado de manera personal, de acuerdo al siguiente detalle:

	Expedientes resueltos que el usuario solicitó ser notificado electrónicamente	Notificaciones vía correo electrónico exitosas	Se tuvo que realizar notificación personal
Julio 2017	5377	33 %	67 %
Agosto 2017	6307	32 %	68 %
Setiembre 2017	7087	31 %	69 %
Octubre 2017	7791	29 %	71 %
Noviembre 2017	7430	32 %	68 %
Diciembre 2017	7770	31 %	69 %
Enero 2018	11436	30 %	70 %
Febrero 2018	9940	30 %	70 %
Marzo 2018	10498	26 %	74 %

Fuente: OSIPTEL.

Otra modificación que se propone realizar en el régimen de notificaciones previsto en el tercer párrafo del numeral 20.4 de la LPAG para los casos en que no se recibe respuesta de recepción del correo electrónico comercial en un plazo máximo de 2 días hábiles, restableciéndose expresamente que para estos casos resulta válido computar el plazo máximo establecido en el numeral 1 del artículo 24. Ello se justifica en el incremento de notificaciones realizadas por correo electrónico, en las que no se obtuvo una constancia válida al segundo día de notificación que han tenido que volver a ser notificadas en forma personal en plazos más cortos, lo cual desincentiva el uso de este tipo de notificación.

Cabe precisar que el numeral 24.1 de la LPAG establece que la notificación debe practicarse a más tardar dentro del plazo de cinco (5) días, a partir de la expedición del acto que se notifique. En ese sentido, si luego de realizar la notificación vía correo electrónico, sin que se obtenga una constancia válida dentro del plazo establecido, corresponde realizar la notificación personal bajo el régimen establecido en el artículo 21 de la LPAG, los dos (2) días restantes para la notificación podrían resultar insuficientes.

En tanto, no debe perderse de vista que las notificaciones no solo se realizan a nivel local, sino también a nivel nacional. Aunado ello, debe tenerse en cuenta que el incumplimiento del referido plazo en determinados procedimientos administrativos implicaría la aplicación del silencio administrativo positivo por una causa que no resulta imputable a la entidad, sino que ello se genera por una contingencia de índole técnica.

Asimismo, se realiza otra modificación al numeral 20.4 de la LPAG que dispone que según la disponibilidad tecnológica de la entidad se puede asignar al administrado que manifieste su consentimiento expreso una casilla electrónica gestionada por aquella para que también se puedan notificar válidamente actuaciones distintas a los actos administrativos que se emitan en procedimientos. Por ejemplo, informes, requerimientos de información, citatorios u otros que deban trasladarse a los administrados en el ejercicio de la actividad administrativa de fiscalización.

Es oportuno señalar que el presente decreto legislativo considera la situación de aquellas entidades públicas que en el futuro logren implementar mecanismos de notificación en los que la propia dinámica de las actuaciones administrativas que se desarrollan, resulte plenamente justificado invertir la regla prevista en la primera parte del quinto párrafo del numeral 20,4 de la LPAG, en la que se requiere la expresión del consentimiento expreso del administrado para que se produzca la notificación por casilla electrónica. En ese sentido, la segunda parte de la norma contiene una cláusula que posibilita a las entidades del Poder Ejecutivo establecer mediante decreto supremo la obligatoriedad de efectuar la notificación vía casilla electrónica, con la opinión favorable de la Presidencia del Consejo de Ministros y del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, entidades que podrán validar la viabilidad técnico-legal de la medida propuesta.

Otra modificación al numeral 20.4 de la LPAG que se propone establecer son las bases para la implementación de una casilla única electrónica cuyo alcance comprenda a todas las entidades de la administración pública. En la actualidad, el acceso a la casilla electrónica administrada por la entidad pública correspondiente genera en primer lugar que se asigne a cada administrado un código y una contraseña, cuya confidencialidad es responsabilidad exclusiva de aquel.

En ese sentido, es responsabilidad del usuario revisar diariamente la casilla electrónica en tanto que se considerará que aquellos pronunciamientos jurisdiccionales depositados en su casilla han sido debidamente notificados; cualquier uso indebido que puedan hacer de la contraseña terceras personas es considerado responsabilidad del usuario. Se establece, asimismo, como medida de seguridad, la obligación por parte de los usuarios de cambiar la contraseña de manera periódica.

Esta situación ha mostrado efectos positivos por la reducción de costos en favor de los administrados y de las entidades públicas; no obstante, también presenta una contingencia debido a la existencia de una distinta casilla electrónica por cada entidad pública con la que se requiera relacionarse para la tramitación de procedimientos administrativos, con el consiguiente efecto de tener que acceder con un código y contraseña distinto para cada caso.

Se propone entonces que mediante Decreto Supremo refrendado por la Presidencia del Consejo de Ministros se aprueben los criterios, condiciones, mecanismos, plazos para la implementación gradual en las entidades públicas de la casilla única electrónica, a partir de los estándares y especificaciones técnicas que sean definidas por la Secretaría de Gobierno Digital.

Ahora bien, considerando que en la actualidad algunas entidades públicas cuentan o vienen implementando plataformas tecnológicas o sistemas informáticos para notificar a determinados administrados, se incluye en la Única Disposición Complementaria Transitoria del presente decreto legislativo una disposición que reconoce esta situación convalidando que los actos administrativos notificados bajo las citadas plataformas o sistemas conserven su eficacia de acuerdo al marco legal específico que los regula.

Esta disposición guarda concordancia con el último párrafo del numeral 20.4 de la LPAG pues ningún procedimiento en trámite o iniciado con posterioridad a la vigencia del decreto legislativo resultará afectado, pues la nueva regla permitirá la coexistencia de las distintas plataformas y sistemas. El decreto supremo refrendado por la Presidencia del Consejo de Ministros se aprueban los criterios, condiciones, mecanismos, plazos para la implementación gradual en las entidades públicas de la casilla única electrónica al cual nos hemos referido deberá considerar los parámetros informáticos que permitan la compatibilidad con todas ellas, en beneficio de los administrados.

I.2. FORTALECIMIENTO DEL RÉGIMEN EXCEPCIONAL PARA LA CALIFICACIÓN DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS CON SILENCIO NEGATIVO (Artículo 34)

En este punto tenemos varias reformas que están enfocadas en enfatizar el carácter excepcional del silencio administrativo negativo. En primer lugar, se establece que el silencio negativo es aplicable en aquellos casos en los que la petición del administrado puede afectar significativamente el interés público e incida en los bienes jurídicos establecidos por la norma.

En virtud de ello, con la modificación del numeral 34.1 de la LPAG se enfatiza la obligación que tienen las entidades de motivar la calificación del silencio negativo no solo cuando se argumente la potencial y significativa afectación al interés público, sino

que la misma debe sustentarse en una directa afectación a uno o más bienes jurídicos establecidos por la LPAG.

Respecto a los procedimientos de inscripción registral se establece en el Decreto Legislativo que ellos no se encuentran automáticamente sometidos al silencio administrativo negativo, a diferencia de lo establecido por la redacción original de la norma, sino que requieren someterse al sustento generado por la entidad y establecido en el propio artículo 34 de la LPAG.

Sumado a lo anterior, se debe proceder a sustentar técnica y legalmente la calificación en la respectiva exposición de motivos, mandato originalmente previsto en la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1272, sin embargo, se considera indispensable regular esta obligación en la norma que establece el régimen general del silencio negativo.

Por último, añadir que la necesidad de establecer estas precisiones se sustenta en la experiencia y trabajo desarrollado por la Comisión Multisectorial de Calidad Regulatoria, durante el proceso de validación de diversos proyectos normativos remitidos por entidades del Poder Ejecutivo para el ACR Ex Ante, en el que se han apreciado dificultades en la justificación del silencio negativo, porque se establece esta calificación en casos en los cuales no se produce una afectación significativa y directa al interés público y bienes jurídicos, mereciendo otra calificación.

De esta manera se ha buscado evitar la sobrerregulación y sobrecarga que deben soportar las propias entidades para la atención de procedimientos, situación que encarece los costos y condiciones para el ejercicio de actividades económicas y sociales de los administrados debido a la inacción que se produce por la demora en la emisión de actos administrativos.

I.3. LEGALIDAD DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS (Artículo 36)

En este aspecto se producen importantes precisiones para graduar las condiciones y requisitos para la creación, modificación, reducción, simplificación y/o eliminación de procedimientos administrativos buscando dotar de celeridad este proceso, así como establecer su concordancia con leyes orgánicas que establecen la estructura y funciones principales de las entidades como: La Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales y la Ley Orgánica de Municipalidades.

En primer lugar, se propone reafirmar que todo procedimiento administrativo y sus requisitos deben establecerse en una disposición sustantiva establecida mediante alguno de los instrumentos normativos dispuestos por el numeral 36.1 de la LPAG.

Como ejemplo, cabe indicar que la Guía de Técnica Legislativa para elaboración de Proyectos Normativos de las Entidades del Poder Ejecutivo elaborada por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos establece que los reglamentos están encargados de desarrollar o completar lo dispuesto en una ley, a los que se les denomina reglamentos ejecutivos o *secundum legem* mientras que aquellos que se emitan sin respaldo en una ley, con el objeto de regular la actuación de la Administración o aspectos que carecen de cobertura legal en materias no reservadas a la ley, se les denomina reglamentos independientes o *extra legem*.

Con la precisión que se plantea realizar mediante el presente decreto legislativo al numeral 36.1 de la LPAG, se explicita que todo procedimiento administrativo y requisito debe estar contenido en una disposición normativa sustantiva. Ello a fin de evitar que las entidades de la administración pública aprueben listados de procedimientos y requisitos que no obedezcan al objeto de la regulación, generando cargas administrativas irracionales y desproporcionadas.

Por otra parte, y en concordancia con lo dispuesto por el artículo 33 de la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, se precisa que los organismos públicos técnicos-especializados tienen la potestad de establecer procedimientos administrativos a iniciativa de parte, siempre que estén autorizados por ley o decreto legislativo para su emisión y ello esté dirigido al otorgamiento o reconocimiento de derechos de los particulares, ingreso a mercados o el desarrollo de actividades económicas. La precisión de esta potestad resulta plenamente justificada pues las leyes o decretos legislativos de creación de estos organismos del Poder Ejecutivo les asignan funciones normativas para dictar reglamentos en cuanto a los temas necesarios de regular en determinado mercado o actividad de acuerdo a lo dispuesto por la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.

El establecimiento de los procedimientos y requisitos debe cumplir lo dispuesto en el presente numeral y encontrarse en el marco de las políticas, planes y lineamientos del sector correspondiente, mecanismo que permitirá mejorar la necesaria coordinación entre los distintos organismos técnicos especializados con los sectores a los cuales se encuentren adscritos, fortaleciendo la autonomía técnica y funcional que preserva el normal desarrollo del mercado, pues la dinámica en la que se desenvuelven estas entidades muchas veces demanda ajustes necesarios en la regulación y en procedimientos administrativos.

Como consecuencia de las modificaciones efectuadas en el numeral 36.1 se requiere realizar una precisión en el numeral 36.2 de la LPAG concordando la obligación de realizar el ACR respecto a los procedimientos administrativos existentes (*stock*) así como cada vez que se creen o modifiquen procedimientos administrativos, de acuerdo al alcance previsto en la normativa de la materia, actualmente regulado por el Decreto Legislativo N° 1310.

Por último, resulta importante destacar la modificación producida en el numeral 36.5 de la LPAG, reconociendo la potestad normativa que tienen los organismos reguladores y los organismos técnicos especializados para proceder con la eliminación, simplificación o reducción de procedimientos, requisitos y otras condiciones necesarias para su tramitación que hayan sido establecidas previamente y que benefician a los ciudadanos y empresas.

I.4. AMPLIACIÓN DE LA FACULTAD DE LA PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS PARA LA ESTANDARIZACIÓN DE SERVICIOS PRESTADOS EN EXCLUSIVIDAD (Artículo 36-A)

Se propone efectuar una precisión en el artículo 36-A de la LPAG, facultando a la Presidencia del Consejo de Ministros a aprobar la estandarización de los servicios prestados en exclusividad, mediante decreto supremo, considerando que dicha potestad actualmente resulta aplicable únicamente para los procedimientos administrativos,

resultando necesaria la precisión pues a través de los servicios resulta posible la imposición de mayores cargas administrativas que pueden afectar el ingreso a determinado mercado por parte de los administrados.

I.5. ESTABLECIMIENTO DE LA VIGENCIA DE LOS TÍTULOS HABILITANTES (Artículo 36-B)

La norma también incorpora modificaciones al primer párrafo del artículo 36-B de la LPAG estableciendo que la vigencia indeterminada de los títulos habilitantes debe establecerse mediante ley o por decreto legislativo, reconociendo una situación existente en la realidad en la que diversos decretos legislativos han establecido la vigencia determinada de diversas licencias, autorizaciones u otros habilitantes.

Otra reforma que se propone es la incorporación del segundo párrafo a este artículo, estableciendo que excepcionalmente, por decreto supremo, resultará procedente establecer la vigencia determinada de algunos títulos habilitantes en los que el desarrollo de la actividad social o económica a regular resulte de trascendencia y se requiera sustentar la necesidad, el interés público a tutelar y otros criterios que se definirán en la norma especial que rige la calidad regulatoria. Esta reforma se sustenta en la facultad de ordenación de la administración pública, la cual es ejercida por el Poder Ejecutivo a través de la aprobación de normas reglamentarias como el Decreto Supremo, que además constituye el instrumento mediante el cual se aprueban las Políticas Nacionales y Sectoriales que orientan la prestación de los servicios públicos como parte de su función administrativa.

Ahora bien, los títulos habilitantes son de especial importancia en la función administrativa no solo por constituir ejercicio de actividad de limitación de derechos fundamentales (a lo cual debemos agregar que implica en muchos casos ejercicio de actividad prestacional por parte de los particulares), sino que además implican en muchos casos el ejercicio de atribuciones públicas por los administrados.

I.6. CONTENIDO DEL TUPA (Artículo 37)

La modificación de este artículo conlleva a precisar que los TUPA de las entidades públicas pueden comprender información sumamente relevante para la tramitación de los procedimientos administrativos y servicios prestados en exclusividad a su cargo como son las sedes de atención, horarios, medios de pago, datos de contacto y otras que correspondan propiamente a la gestión interna, su actualización es responsabilidad de la máxima autoridad administrativa de la entidad que gestiona el TUPA, sin que se requiera la emisión de alguna norma. Para ello, se dispone que en este caso no resulta necesario seguir las formalidades previstas en los numerales 38.1 y 38.5 de la LPAG, es decir, la emisión de un decreto supremo o resolución ministerial, en el caso de las entidades del Poder Ejecutivo; una ordenanza regional o un decreto regional, en el caso de los Gobiernos Regionales u ordenanza municipal o decreto de alcaldía para el caso de los Gobiernos Locales.

La aprobación de esta medida se verá reforzada con la aprobación de un nuevo Formato TUPA que permite una lectura más amigable del contenido de los procedimientos, requisitos, plazos y demás información relevante para su tramitación por parte de los administrados. De esta forma se busca contribuir en la mejor atención a los

ciudadanos facilitando el conocimiento y comprensión de la información de los procedimientos administrativos y servicios prestados en exclusividad previstos en el TUPA de las entidades públicas, para la obtención de autorizaciones, licencias u otras habilitaciones para el ejercicio de sus derechos.

Para ello, la Secretaría de Gestión Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros, máxima autoridad técnico-normativa del Sistema de Modernización de la Gestión Pública y del cumplimiento de las normas de simplificación administrativa, aprobará un Nuevo Formato del TUPA que estandarice la información de los procedimientos administrativos y servicios prestados en exclusividad tramitados ante las entidades públicas, con un enfoque moderno y de orientación a los ciudadanos.

Por otro lado, mediante la modificación del numeral 37.2 de la LPAG se propone incluir la definición de los servicios prestados en exclusividad, tomando como referencia la definición prevista en el artículo 4 de los Lineamientos para la elaboración y aprobación del TUPA, aprobados mediante Decreto Supremo N° 079-2007-PCM, proponiendo su establecimiento con las adecuaciones normativas respectivas en una norma de mayor jerarquía.

I.7. APROBACIÓN DEL TUPA (Artículo 38)

La modificación del numeral 38.1 de la LPAG prevé hacer explícita la obligación que la aprobación de los TUPA de los gobiernos regionales se produce exclusivamente mediante Ordenanza Regional: de esta manera se produce una concordancia entre lo dispuesto por esta norma y el artículo 38 de la Ley N° 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales (publicada en fecha posterior a la entrada en vigencia de la LPAG), que establece que las ordenanzas regionales norman asuntos de carácter general, la organización y la administración de estas entidades.

Mediante la modificación del numeral 38.3 de la LPAG se propone establecer la gratuidad de la publicación del TUPA y de la disposición legal que apruebe o modifique ese documento de gestión en la Plataforma Digital Única para Orientación al Ciudadano del Estado Peruano que se regula mediante el Decreto Supremo N° 033-2018-PCM y en el respectivo Portal Institucional de cada entidad. De esta manera, se busca guardar concordancia con las leyes orgánicas que rigen las funciones de las entidades de los distintos niveles de gobierno (por ejemplo, en el caso de las ordenanzas municipales), se dota de mayor publicidad, transparencia, seguridad jurídica y predictibilidad, posibilitando el conocimiento de toda la información prevista en ese documento de gestión, no solo a los residentes de la provincia a distrito en el que se asiente el gobierno local, sino a la sociedad en su conjunto.

Asimismo, con la modificación del numeral 38.7 de la LPAG se propone corregir una inconsistencia que se presenta en el trámite de aprobación y/o actualización de los TUPA de las entidades públicas, pues estas cuentan con un plazo máximo de 30 días hábiles para la adecuación de sus TUPA, desde la emisión de la Ley, Decreto Legislativo y demás normas de alcance general, cuando la disposición normativa regule entre 1 y 99 procedimientos administrativos, y en caso de tratarse de 100 o más procedimientos el plazo se amplía hasta los 60 días hábiles. De acuerdo a la nueva redacción en este punto de la ley, se señala como plazo máximo en los siguientes 60 días hábiles a partir de la entrada en vigencia de la norma que establece los procedimientos administrativos.

De la misma forma, con la modificación del numeral 38.8 se prevé que las municipalidades provinciales cuenten con un plazo más razonable para desarrollar todo el proceso de ratificación de los derechos de tramitación previsto en el artículo 40 de la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades. En ese sentido, se ha previsto que el incumplimiento en la atención de solicitud de ratificación se haga efectiva luego de 45 días hábiles para proceder con la ratificación de los derechos de tramitación contenidos en los TUPA de las municipalidades distritales.

I.8. DERECHO DE TRAMITACIÓN (Artículo 44)

Se efectúan precisiones con el fin de reforzar la obligación de las entidades de aprobar sus derechos de tramitación mediante la utilización de la metodología de costos vigente, siempre que cuenten con la facultad de tramitar procedimientos administrativos y servicios prestados en exclusividad, cumpliendo con las formalidades para su aprobación previstas en la LPAG y en la legislación vigente.

Asimismo, se ha previsto precisar la competencia del Ministerio de Economía y Finanzas pues de acuerdo al Código Tributario, la aprobación de los derechos de tramitación debe efectuarse conforme a lo previsto en el penúltimo párrafo de la Norma IV del Código Tributario, que dispone que mediante Decreto Supremo refrendado por el Ministro del Sector competente y el Ministro de Economía y Finanzas, se fija la cuantía de las tasas, incluso cuando los referidos tributos sean creados directamente en el TUPA de cada entidad del Poder Ejecutivo.

I.9. LÍMITE DE LOS DERECHOS DE TRAMITACIÓN (Artículo 45)

El texto original de la Ley N° 27444 dispuso una regla para la determinación del monto de los derechos de tramitación en el primer párrafo del numeral 45.1 de la LPAG, por el cual en aquellos casos en que la cuantía del derecho de tramitación resulte superior a 1 Unidad Impositiva Tributaria (UIT) se requería obtener un decreto supremo refrendado por la Presidencia del Consejo de Ministros y el Ministerio de Economía y Finanzas. Esta regla fue modificada posteriormente por el Decreto Legislativo N° 1272 que se requiera la autorización de la Presidencia del Consejo de Ministros.

No obstante, si conforme se propone en la presente norma, la competencia para refrendar los decretos supremos que aprueben los derechos de tramitación se trasladara al Ministerio de Economía y Finanzas, resulta congruente que la autorización para el establecimiento de procedimientos administrativos y servicios prestados en exclusividad con derechos de tramitación mayores a 1 UIT se encuentre como parte de la competencia de dicho sector.

Para un adecuado desarrollo de este proceso la norma ha previsto que mediante Resolución de Secretaria de Gestión Pública se aprueben los nuevos Lineamientos para la elaboración y aprobación del TUPA que establezca el proceso de revisión que dentro del marco de sus competencias deben desarrollar la Presidencia del Consejo de Ministros y el Ministerio de Economía y Finanzas cuando una entidad del Poder Ejecutivo requiera la autorización de derechos de tramitación mayores a 1 UIT como parte del proceso de aprobación o modificación de sus TUPA.

I.10. CUMPLIMIENTO DE LAS NORMAS DEL PRESENTE ARTÍCULO (Artículo 48)

Se prevé que la Presidencia del Consejo de Ministros, a propuesta de la Secretaría de Gestión Pública precise que en el marco de su rectoría en materia de Modernización del Estado y en Simplificación Administrativa emitirá la directiva, metodología o lineamientos necesarios para entre otros, establecer condiciones para la creación de procedimientos administrativos. La OCDE reconoce distintos mecanismos para la depuración del acervo regulatorio, las cuales están orientadas a la simplificación y mejora de la regulación existente. Al respecto, debe señalarse que la depuración comprende dos elementos. El primero consiste en estrategias de simplificación para la mejora del acervo regulatorio y de trámites, como es el caso del Análisis de Calidad Regulatoria de Procedimientos Administrativos (ACR). El segundo componente está referido al mantenimiento de lo ya depurado con el objetivo de asegurar la calidad del ambiente normativo. A este segundo elemento responden las estrategias orientadas al establecimiento de reglas que condicionan la creación de nuevas regulaciones y trámites, entre las que destacan la del “dos por uno” a “uno por uno” (*one-in, one-out strategy*). Esta estrategia consiste básicamente en limitar la creación de nuevos trámites a la eliminación de algún otro existente. Con esto se busca impedir tanto que aumente nuevamente el *stock* de procedimientos como el aumento de la carga administrativa⁽⁵⁾.

Por otra parte, se efectúa una precisión y ordenamiento respecto a las funciones de las que gozan actualmente la Presidencia del Consejo de Ministros. Se ha precisado que la Presidencia del Consejo de Ministros supervise y vele el cumplimiento de las normas de la presente Ley, salvo lo relativo a la determinación de los derechos de tramitación. Asimismo, se realiza este ordenamiento de funciones respecto a INDECOPI, a través de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas, fortaleciendo el rol de fiscalización que ostenta esta última entidad. En ese sentido, se precisa que la Presidencia del Consejo de Ministros mantiene competencia para la supervisión de la implementación de las normas de simplificación administrativa previstas en la LPAG, así como aquellas otras previstas en normas especiales como el Decreto Legislativo N° 1203, Decreto Legislativo que crea el Sistema Único de Trámites (SUT) para la simplificación de procedimientos administrativos y servicios prestados en exclusividad, el Decreto Supremo N° 079-2007-PCM, que aprueba los Lineamientos para la elaboración y aprobación del TUPA, entre otras. Se incluye una nueva función para que la PCM solicite a la Secretaría Técnica de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas que de oficio pueda disponer el inicio de un procedimiento en caso la PCM, en ejercicio de su función de supervisión, evidencie la existencia de incumplimientos a las normas de simplificación administrativa que afecten o se pueda presumir vaya a afectar el ejercicio de actividades económicas significativas para el desarrollo del país.

Conforme a ello, se dispone el fortalecimiento de las funciones de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas, estableciendo que se encuentra a su cargo la fiscalización de las entidades para que cumplan con aplicar los procedimientos estandarizados

(5) OCDE. *El abc de la mejora regulatoria para las entidades federativas y los municipios*. 2016, pp. 127-128.

e incorporarlos en sus Textos Únicos de Procedimientos Administrativos y que se cumpla con las normas de simplificación administrativa en la tramitación de sus procedimientos administrativos y servicios prestados en exclusividad.

I.11. RÉGIMEN DE ENTIDADES SIN TUPA (Artículo 49)

En este aspecto se precisa que en caso las entidades no efectúen la publicación integral de sus TUPA o la misma se produzca de forma parcial, omitiendo algunos procedimientos sujetos al silencio administrativo negativo, la consecuencia de ello sea que las entidades se encuentran en la obligación de tramitar los procedimientos debiendo evaluar los requisitos presentados por los administrados que estén previstos por la norma que los crea o modifica.

I.12. TERCERIZACIÓN DE ACTIVIDADES (Artículo 49-A)

Se señala que mediante Decreto Supremo refrendado por la Presidencia del Consejo de Ministros se establezca las disposiciones necesarias para la aplicación de la tercerización de actividades, con el fin de establecer reglas uniformes para su aplicación bajo el régimen de contratación pública.

I.13. NULIDAD DE OFICIO (Sobre la modificación del artículo 202)

Los incisos 202.3 y 202.5 del artículo 202 de la LPAG, modificado por el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1272, disponen lo siguiente:

“Art. 202.- Nulidad de oficio

(...)

202.3 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.

(...)

202.5 Los actos administrativos emitidos por consejos o tribunales regidos por leyes especiales, competentes para resolver controversias en última instancia administrativa, solo 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 solo podrá ejercerse dentro del plazo de un año contado desde la fecha en que el acto es notificado al interesado (...).”

Al respecto, se propone modificar los incisos 202.3 y 202.5 a fin de uniformar el plazo para ejercer la facultad de declarar la nulidad de oficio de los actos administrativos, restableciéndose para el numeral 202.3 que el plazo es de dos (2) años, contado a partir de la fecha en que hayan quedado consentidos, o a partir de la notificación a la autoridad administrativa de la sentencia penal condenatoria firme, en lo concerniente a los actos previstos en el numeral 4 del artículo 10; por otra parte, respecto al numeral 202.5, tratándose de actos administrativos emitidos por consejos o tribunales regidos

por leyes especiales, la atribución para declarar la nulidad de oficio podrá ejercerse dentro del plazo de dos (2) años contado desde que el acto haya quedado consentido.

Esta propuesta, busca estandarizar el plazo para que se declare la nulidad de oficio, y se sustenta en que establecer un plazo inferior a dos (2) años para declarar la nulidad de oficio en el caso de los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o en el caso de los actos emitidos por consejos o tribunales regidos por leyes especiales, no tiene fundamento razonable; en tanto, en el primer supuesto la potestad de invalidación se soporta en razones de justicia concreta, siendo carente de sentido el imposibilitar a la Administración Pública anular un acto que vulnera el interés público al tratarse de la existencia de un delito, por el mero transcurso de un (1) año, más aún cuando la ilegalidad del acto administrativo se ha producido por el propio beneficiario del acto y no por acción de la Administración Pública; y en el segundo supuesto, al tratarse de consejos o tribunales administrativos que se rigen por leyes especiales, no existe un sustento razonable para establecer un plazo menor, más aún cuando constituyen última instancia administrativa.

I.14. PRESCRIPCIÓN DE LA EXIGIBILIDAD DE LAS MULTAS (sobre la modificación del inciso 2 del artículo 233-A)

El inciso 2 del artículo 233-A de la LPAG, incorporado por el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1272, dispone lo siguiente:

“Artículo 233-A. Prescripción de la exigibilidad de las multas impuestas (...)

2. El cómputo del plazo de prescripción, solo se suspende con la iniciación del procedimiento de ejecución forzosa, conforme a los mecanismos contemplados en el artículo 196, según corresponda. Dicho cómputo debe reanudarse inmediatamente en caso que se configure alguno de los supuestos de suspensión del procedimiento de ejecución forzosa que contemple el ordenamiento vigente y/o se produzca cualquier causal que determine la paralización del procedimiento por más de veinticinco (25) días hábiles.

(...)”.

Sobre este punto consideramos necesario modificar el inciso 2, desagregando lo referido a que el cómputo debe reanudarse inmediatamente en caso que se configure alguno de los supuestos de suspensión del procedimiento de ejecución forzosa que contemple el ordenamiento vigente y/o se produzca cualquier causal que determine la paralización del procedimiento por más de veinticinco (25) días hábiles; y agregar un supuesto adicional por el cual se suspende el cómputo del plazo de prescripción con la presentación de la demanda de revisión judicial del procedimiento de ejecución forzosa, siendo que dicha suspensión se mantendría hasta la notificación de la resolución que declara concluido el proceso con calidad de cosa juzgada en forma desfavorable al administrado.

Al respecto, el proceso de revisión de la legalidad tiene por finalidad establecer si el Procedimiento de Ejecución Coactiva seguido por la Administración Pública ha sido iniciado y/o tramitado conforme a las disposiciones previstas por la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva (en adelante LPEC). De esa forma el artículo 23 de la LPEC establece que: “El Procedimiento de Ejecución Coactiva puede ser sometido a

un proceso que tenga por objeto exclusivamente la revisión judicial de la legalidad y cumplimiento de las normas previstas para su iniciación y trámite (...).”

Por otro lado, de acuerdo el numeral 23.3 del artículo 23 de la LPEC, señala que la sola presentación de la demanda de revisión judicial suspenderá automáticamente la tramitación del Procedimiento de Ejecución Coactiva hasta la emisión del correspondiente pronunciamiento de la Corte Superior, siendo de aplicación lo previsto en el artículo 16, numeral 16.5 de la presente Ley.

En este entendido, se tiene que el proceso de ejecución coactiva se suspende y se levantan las medidas cautelares trabadas con la sola presentación de la demanda de revisión judicial, por lo cual en armonía a esta suspensión del proceso de ejecución coactiva, corresponde suspender el cómputo de plaza de prescripción de la exigibilidad de las multas impuestas, puesto que de lo contrario la exigibilidad de la multa se encontraría sujeta a la resolución judicial, la misma que puede ser favorable o no al administrado. Siendo que, en caso, no sea favorable al administrado y se confirme la legalidad del Procedimiento de Ejecución Coactiva, por el peso del tiempo la multa impuesta no sea exigible.

I.15. CADUCIDAD DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR (Sobre la modificación del artículo 237-A)

Este artículo regula la figura de la caducidad del procedimiento administrativo sancionador, según el cual los procedimientos deben ser resueltos en un plazo no mayor a los 9 (nueve) meses; caso contrario, el procedimiento caduca, debiendo archiversse.

El término ha sido tornado de la legislación española, que en el literal b) del artículo 25 de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, publicado en el Boletín Oficial del Estado el 2 de octubre del 2015, señala:

“En los procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se producirá la caducidad. En estos casos, la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo de las actuaciones, con los efectos previstos en el artículo 95”.

De acuerdo a la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1272, esta figura fue incorporada en la LPAG con la finalidad de “preservar las condiciones básicas de seguridad jurídica”, cerrando una situación para que este no quede indefinidamente sin una solución definitiva.

Esta finalidad es acorde con lo señalado por el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 3509-2009-PHCITC, en el que ha reconocido que:

“(…) la violación del derecho al plazo razonable, que como ya se ha dejado dicho es un derecho público subjetivo de los ciudadanos, limitador del poder penal estatal, provoca el nacimiento de una prohibición para el Estado de continuar con la persecución penal fundada en la pérdida de la legitimidad punitiva derivada del quebrantamiento de un derecho individual de naturaleza fundamental. Sostener lo contrario supondría, además, la violación del principio del Estado Constitucional de Derecho, en virtud del cual los Órganos del Estado solo pueden actuar en

la consecución de sus fines dentro de los límites y autorizaciones legales y con el respeto absoluto de los derechos básicos de la persona”⁽⁶⁾.

Sin perjuicio de ello, consideramos que el término “caducidad” no resulta adecuado, pues esta es una figura jurídica procesal por la cual se extingue tanto la acción como el derecho; y es definida como “el instrumento mediante el cual el transcurso del tiempo extingue el derecho y la acción correspondiente en razón de la inacción de su titular durante el plazo fijado por la ley (...) Su justificación, como resulta evidente, radica en la necesidad de liquidar situaciones inestables que producen inseguridad (...)”⁽⁷⁾.

En el mismo sentido, Albaladejo la define como “una facultad a un llamado derecho potestativo tendente a modificar una situación jurídica; nace con un plazo de vida; y pasado este, se extingue. Se trata de una facultad de duración limitada”⁽⁸⁾.

De acuerdo a la regulación contenida en el artículo 237-A de la LPAG, transcurrido el plazo de 9 (nueve) meses de iniciado el procedimiento administrativo sancionador, el titular de la situación jurídica (la entidad pública) no pierde ni la facultad de volver a iniciar el procedimiento administrativo sancionador, ni mucho menos la facultad de sancionar al infractor, por lo que no se cumplen con los requisitos esenciales de la caducidad de acuerdo a lo establecido como figura procesal. Es por ello, que se propone adecuar el término mediante la modificación del citado artículo, reemplazando toda mención de “caducidad” por “caducidad administrativa”, lo que no afecta la aplicación del artículo cuya modificación se propone puesto que la única consecuencia que se regula es, justamente, el archivamiento del procedimiento, y sin embargo esta distinción sirve para marcar una diferencia sustantiva con el término procesal.

Así también, se propone agregar un inciso al artículo 237-A, que la declaración de la caducidad administrativa no deja sin efecto las actuaciones de fiscalización, así como los medios probatorios que no puedan o no resulte necesario ser actuados nuevamente. Asimismo, las medidas preventivas, correctivas y cautelares dictadas se mantienen vigentes durante el plazo de tres (3) meses adicionales en tanto se disponga el inicio del nuevo procedimiento sancionador, luego de lo cual caducan, pudiéndose disponer nuevas medidas de la misma naturaleza en caso se inicie el procedimiento sancionador.

I.16. INCORPORACIÓN DEL INCISO 23.3 DEL ARTÍCULO 23

El artículo 23 de la LPAG regula el régimen de publicación de los actos administrativos, estableciendo que procede en la vía principal tratándose de disposiciones de alcance general y en la vía subsidiaria tratándose de actos administrativos de carácter particular. Así también, señala el contenido de la publicación del acto, el cual debe comprender los elementos establecidos en el capítulo correspondiente de la norma, especificándose el contenido de la publicación en caso de tratarse de varios actos, con

(6) Fundamento jurídico N° 39.

(7) OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario (2004). “Todo prescribe o caduca, a menos que la ley señale lo contrario”. En: *Derecho y Sociedad*, Lima: PUCP, N° 23, pp. 268 y 269.

(8) ALBALADEJO, Manuel (1996). *Derecho Civil*. Barcelona: Ed. Bosch, 14 ed. Vol. 2, pp. 506-507.

elementos comunes. Al respecto, el numeral 1.9 del inciso 1 del artículo IV del Título Preliminar de la LPAG refiere que en aplicación del principio de celeridad: “Quienes participan en el procedimiento deben ajustar su actuación de tal modo que se dote al trámite de la máxima dinámica posible, evitando actuaciones procesales que dificulten su desenvolvimiento o constituyan meros formalismos, a fin de alcanzar una decisión en tiempo razonable, sin que ello releve a las autoridades del respeto al debido procedimiento o vulnere el ordenamiento”.

En orden a los compromisos asumidos por el Estado peruano en la Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico (2007), se garantiza el derecho que tienen los ciudadanos de vincularse electrónicamente con sus administraciones públicas, en adición a la vinculación tradicional. Bajo esta idea, prevalece el derecho del ciudadano a conocer, con la facilidad que implican los medios electrónicos, lo que está haciendo la Administración, tornándola más transparente y eficiente.

Por lo cual, se propone incorporar como inciso 23.3 del artículo 23 que la publicación de un acto, excepcionalmente, puede contener los elementos de identificación del acto administrativo, la sumilla de la parte resolutive y un *link* que dirija a la página web institucional de la entidad en donde el administrado podrá conocer el acto administrativo en forma integral. No obstante, al tratarse de la notificación de un acto administrativo cuyo contenido se publica parcialmente, consideramos necesario precisar que el acto administrativo surtirá efectos en un plazo de cinco días contados desde la publicación.

Adicionalmente, se añade que la entidad se encuentra obligada a entregar una primera copia de dicho acto administrativo en forma gratuita en caso sea solicitada por el administrado, esto en armonía a lo establecido en el inciso 3 del artículo 55 de la LPAG, modificado por el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1272, el cual señala que es derecho del administrado con respecto al procedimiento administrativo, obtener copias de los documentos contenidos en el mismo. Asimismo, se establece que mediante Decreto Supremo del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos se establecen los lineamientos para la publicación de este tipo de actos.

I.17. INCORPORACIÓN DEL EXPEDIENTE ELECTRÓNICO (Artículo 29-B)

La presente modificación busca desarrollar los alcances del procedimiento administrativo electrónico que actualmente o hacia futuro se implementen en las entidades públicas, en búsqueda de un mayor aprovechamiento de las tecnologías de la información para la mejora de la eficacia de las distintas entidades de la Administración Pública. En ese sentido, se dispone que el expediente electrónico está constituido por el conjunto de documentos electrónicos generados a partir de la iniciación del procedimiento administrativo o servicio prestado en exclusividad en una determinada entidad de la Administración Pública.

Asimismo, que el expediente electrónico debe tener un número de identificación único e inalterable que permita su identificación unívoca dentro de la entidad que lo origine. Dicho número permite, a su vez, su identificación para efectos de un intercambio de información entre entidades o por partes interesadas, así como para la obtención de copias del mismo en caso corresponda. Además, cada documento electrónico incorporado en el expediente electrónico debe ser numerado correlativamente, de modo que

se origine un índice digital, el cual es firmado electrónicamente conforme a ley por el personal responsable de la entidad de la Administración Pública a fin de garantizar la integridad y su recuperación siempre que sea preciso.

I.18. INCORPORACIÓN DEL ENFOQUE DE INTERCULTURALIDAD (Artículo 39-A)

El artículo 2, numeral 19 de la Constitución Política del Perú, señala que toda persona tiene derecho a su identidad étnica y cultural. Además que el Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la nación, en consecuencia, este reconocimiento y protección deben verse desarrollados en una serie de medidas de tipo legal y político tendientes a lograr su cometido.

En base al mandato constitucional antes indicado; debe tenerse en cuenta que el Decreto Supremo N° 003-2015-MC, aprueba la Política Nacional para la Transversalización del Enfoque Intercultural, siendo uno de sus ejes: fortalecer la capacidad de gestión intercultural del Estado peruano (Eje 1), escindido en dos lineamientos tendientes a desarrollar una institucionalidad para transversalizar el enfoque intercultural en las políticas públicas, planes, programas y proyectos de los sectores, organismos constitucionalmente autónomos y gobiernos regionales y locales (Lineamiento 1); así como garantizar estándares de calidad en la prestación de servicios públicos a la ciudadanía que cumplan con criterios pertinentes a las realidades socioculturales y lingüísticas de los diversos grupos culturales (Lineamiento 2).

Lo que se busca con la normativa antes citada es lograr la pertinencia cultural en los servicios que brinda el Estado, que implica: i) la adaptación de todos los procesos del servicio a las características geográficas, ambientales, socioeconómicas, lingüísticas y culturales (prácticas, valores y creencias) del ámbito de atención del servicio; ii) la valoración e incorporación de la cosmovisión y concepciones de desarrollo y bienestar de los diversos grupos de población que habitan en la localidad, incluyendo tanto las poblaciones asentadas originalmente como las poblaciones que han migrado de otras zonas.

Así por ejemplo, el uso de la lengua indígena en la atención al/la ciudadano/a se encuentra estrechamente vinculado con la calidad y la efectividad del servicio. Y es que, cuando un ciudadano no puede comunicarse con el Estado en su lengua pone en riesgo la prestación efectiva del servicio público. Esto no solo impide al Estado alcanzar los resultados que se propone, cerrar brechas sociales y lograr una presencia legítima, sino que, además, obstaculiza el acceso y garantía efectiva de los derechos fundamentales de los hablantes de lenguas indígenas u originarias. A fin de evitar ello, la implementación de los servicios públicos debe tomar en consideración las particularidades lingüísticas de los hablantes de lenguas indígenas u originarias, a efectos de brindar un servicio que asegure la calidad en su prestación y, a su vez, genere valor público, entendiendo este como la satisfacción de los usuarios del servicio; lo que finalmente redundará en la garantía efectiva de sus derechos lingüísticos, así como en la valoración positiva de la diversidad cultural y lingüística por parte de la sociedad.

Para revertir esta situación, el Estado ha generado un marco normativo que establece la obligación que tienen las entidades de prestar servicios públicos con pertinencia lingüística. Así, el literal f) del artículo 4 de la Ley N° 29735, Ley que regula

el uso, preservación, desarrollo, recuperación, fomento y difusión de las lenguas originarias del Perú, garantiza el derecho que tienen los/las hablantes de lenguas indígenas u originarias de ser atendidos en su lengua materna en los organismos o instancias estatales. Mientras que el literal c) de la misma disposición garantiza el derecho a usar su lengua en los ámbitos público y privado que tienen estos hablantes. En la misma línea se encuentra el Reglamento de la Ley N° 29735, aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2016-MC. Debe tenerse en cuenta, además, que la Política Nacional de Lenguas Originarias, Tradición Oral e Interculturalidad (Decreto Supremo N° 005-2017-MC) publicado en agosto del año 2017; tiene como uno de sus ejes “garantizar la pertinencia lingüística en la prestación de servicios públicos y en el funcionamiento de las entidades del sector público”. Para ello, ha considerado una serie de mecanismos como la participación de intérpretes y traductores de lenguas indígenas u originarias o la certificación de competencias de servidores bilingües, entre otros.

Consecuentemente, la armonización normativa en base a la regulación del texto constitucional en la materia demanda que una norma como la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General contemple el enfoque intercultural para los/as administrados/as

Es oportuno referir como antecedentes que este enfoque fue incorporado en el Manual para mejorar la atención a la ciudadanía en las entidades de la Administración Pública, aprobado por la Resolución Ministerial N° 186-2015-PCM, es oportuno indicar que dicho enfoque rescata elementos como el reconocimiento de la diversidad cultural y el diálogo e interacción entre culturas.

I.19. INCORPORACIÓN DE DISPOSICIONES PARA LA OBSERVACIÓN A DOCUMENTACIÓN PRESENTADA (Artículo 125)

Mediante la inclusión del numeral 125.6 al texto de la LPAG se propone incluir reglas aplicables en el caso de documentos recibidos por medios electrónicos en los que no se haya cumplido con los recaudos correspondientes o estos hayan sido presentados deficiencia relevante que impida la evaluación del expediente.

Cabe considerar que por su naturaleza, en el flujo del procedimiento administrativo que se inicia a través de medio electrónico no se prevé una etapa de admisibilidad en el que la administración pueda revisar el contenido de la documentación presentada ante la unidad de recepción documental. Por el contrario, puede ocurrir, por ejemplo, que bajo el nombre de copia de testimonio de Escritura Pública se envíe un contrato que todavía no ha sido elevado a escritura pública, en ese sentido, tratándose de procedimientos iniciados por medios electrónicos, la norma debería reconocer dos momentos, uno en el que se valida que se han recibido una cantidad determinada de documentos y otro momento en el que se valida que los documentos son los que debían ser adjuntados (sin entrar al fondo del análisis).

I.20. PRIMERA DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA FINAL

Se propone introducir una habilitación de alcance general para que las entidades del Poder Ejecutivo se encuentren facultadas a compilar en el respectivo Texto Único Ordenado las modificaciones que en el futuro se produzcan en disposiciones legales o

reglamentarias de alcance general, siempre que las mismas tengan incidencia en el sector al que pertenecen.

Con ello se busca que los ministerios y organismos públicos del Poder Ejecutivo emisores de disposiciones normativas de alcance general, como son los reglamentos, puedan compilarlas, recogiendo y ordenando las modificaciones que se produzcan en el tiempo, sin requerir de una habilitación expresa dispuesta por una norma del mismo rango o mayor.

Este mecanismo también resulta aplicable en los casos en que se hayan producido modificaciones sucesivas en el tiempo a disposiciones legales, pero que no contengan una disposición habilitante que permita al ministerio a cargo de su ejecución efectuar la compilación de dicho texto.

Para ello, se establece que su aprobación debe realizarse mediante decreto supremo del sector correspondiente previa opinión favorable del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

I.21. SEGUNDA DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA FINAL

Bajo el marco de la calidad regulatoria, se propone que el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos emita, en un plazo de 120 (ciento veinte) días hábiles de aprobado el presente Decreto Legislativo, una guía de elaboración de proyectos de Reglamento (con excepción de los reglamentos técnicos), el mismo que será de obligatorio cumplimiento para todas las entidades de la Administración Pública.

La falta de una guía en este sentido lleva a que las diversas entidades sigan procedimientos internos disímiles para la elaboración del reglamento, lo que conlleva a que en muchas oportunidades estos no desarrollen todas las materias contenidas en la norma con rango de ley que reglamentan o no puedan plasmar con claridad lo regulado.

I.22. TERCERA DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA FINAL

De conformidad con lo señalado en la Primera Edición Oficial del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, elaborado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos ante la afectación normativa sustancial que el Decreto Legislativo N° 1272 produjo en la redacción de la LPAG, la Sexta Disposición Complementaria Final de esta última dispuso se apruebe por decreto supremo el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 con el refrendo del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. En virtud a dicho mandato mediante el Decreto Supremo N° 006-2017-PCM se aprobó el referido Texto Único Ordenado.

Considerando el número de modificaciones e incorporaciones que se propone introducir en el texto vigente de la LPAG, resulta necesario establecer un nuevo mandato para que el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos incorpore las referidas modificaciones e incorporaciones en el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 en un plazo de 60 días hábiles con la finalidad de compilar toda esa normativa, permitiendo a los operadores una mejor comprensión al contar con un único texto armónico sobre la materia.

I.23. CUARTA DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA FINAL

Se efectúa una precisión para un correcto entendimiento de los alcances de la obligación prevista en el numeral 34.1 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General de la obligación de fundamentar en una disposición sustantiva la calificación del silencio administrativo negativo en un procedimiento administrativo, lo cual resulta aplicable para las regulaciones que se aprueben a partir de la entrada en vigencia del presente Decreto Legislativo.

I.24. QUINTA DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA FINAL

Se establece una regla que permite un ordenamiento del proceso de transferencia de todo el acervo documentario e instrumentos relacionados con la Metodología para la determinación de los derechos de tramitación de los procedimientos administrativos y servicios prestados en exclusividad que actualmente se encuentra a cargo de la Secretaría de Gestión Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros a la entidad competente en esta materia, debiendo culminarse dicho proceso, como máximo el 31 de diciembre del año 2018.

I.25. ÚNICA DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA TRANSITORIA

Conforme fue expuesto en el numeral 1.1 de la presente exposición de motivos, se requiere establecer esta regla de tránsito, en concordancia con lo dispuesto por la nueva redacción del numeral 20.4 de la LPAG, disponiendo que la notificación en casillas plataformas electrónicas o sistemas informáticos existentes o en proceso de implementación a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto legislativo continúan operando, y en lo que resulte compatible a su funcionamiento, se adecuan a lo dispuesto por el Decreto Supremo que apruebe los criterios, condiciones, mecanismos y plazos para la implementación gradual en las entidades públicas de la casilla única electrónica.

Asimismo, se prevé que el quinto párrafo del numeral 20.4 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, no resulta aplicable para las casillas electrónicas cuya obligatoriedad fue establecida con anterioridad al presente decreto legislativo, de esta forma se establecen reglas ciertas para la aplicación de la nueva norma en el tiempo.

I.26. ÚNICA DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA MODIFICATORIA

Conforme se ha señalado en el numeral 1.6 de la presente exposición de motivos, ante la modificación del numeral 38.8 de la LPAG resulta necesario precisar en la Primera Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Legislativo N° 1272, disponiendo que ordenanzas expedidas por las Municipalidades Distritales que aprueban el monto de los derechos de tramitación de los procedimientos contenidos en su Texto Único de Procedimientos Administrativos que deben ser materia de ratificación por parte de las Municipalidades Provinciales de su circunscripción según lo establecido en el artículo 40 de la Ley N° 27972 - Ley Orgánica de Municipalidades, deben ser ratificadas en un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, salvo las tasas por arbitrios en cuyo caso el plazo es de sesenta (60) días hábiles.

I.27. ÚNICA DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA DEROGATORIA

La Tercera Disposición Complementaria Final de la LPAG establece lo siguiente: “La presente Ley es supletoria a las leyes, reglamentos y otras normas de procedimiento existentes en cuanto no la contradigan o se opongan, en cuyo caso prevalecen las disposiciones especiales”.

Respecto a esta disposición, encontramos que es contradictoria con el artículo 11 del Título Preliminar de la LPAG, modificado por el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1272, el mismo que dispone lo siguiente:

“1. La presente Ley contiene normas comunes para las actuaciones de la función administrativa del Estado y, regula todos los procedimientos administrativos desarrollados en las entidades, incluyendo los procedimientos especiales.

2. Las Leyes que crean y regulan los procedimientos especiales no podrán imponer condiciones menos favorables a los administrados que las previstas en la presente Ley.

3. Las autoridades administrativas, al reglamentar los procedimientos especiales, cumplirán con seguir los principios administrativos, así como los derechos y deberes de los sujetos del procedimiento, establecidos en la presente Ley”.

De acuerdo a la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1272, con la modificación del artículo 11 del Título Preliminar de la LPAG se busca que esta norma “contenga disposiciones comunes para las actuaciones de la función administrativa del Estado y regule todos los procedimientos administrativos desarrollados en las entidades, incluyendo los procedimientos especiales”. Señala también que no tomar en cuenta ello “implicaría ir en contra de la vocación unificadora de la LPAG, aspecto que, por cierto, es uno de sus objetivos centrales (...)” (negritas agregadas).

Sin embargo, según la Tercera Disposición Complementaria Final de la LPAG esta es una norma de supletoriedad, según la cual prevalecen las normas especiales cuando la contradigan. ¿Es la LPAG una norma común o una norma supletoria?

La norma supletoria es aquella que no es aplicable directamente a todos los procedimientos desarrollados en los órganos comprendidos dentro de su alcance organizativo, “ya que si hay leyes propias que contemplan procedimientos especiales, atendiendo a la singularidad de la materia, serán de aplicación preferente tales disposiciones en las materias que constituyan su especialidad, solo en aquello que tales disposiciones especiales omitan o refieran expresamente, se les podrá aplicar las normas generales”⁽⁹⁾.

Por su parte, la norma común es aquella cuyas disposiciones procedimentales pertenecen o se extienden a varios sujetos, “no siendo privativo de ninguna autoridad o sujeto individual o grupalmente considerado. Son normas que regulan aspectos netamente procesales, respecto de los cuales no tiene relevancia alguna el procedimiento”⁽¹⁰⁾.

(9) MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Gaceta Jurídica, Lima, 2011, p. 798.

(10) Cfr, numeral 10 del presente documento.

Siguiendo a Morón Urbina, “desde la vigencia de la Ley N° 27444, con el objeto de excluirse de muchas de sus disposiciones, las entidades emplearon una fórmula de evasión a partir de ampararse en la especialidad de sus procedimientos. De ese modo, afirmando su especialidad, se diferenciaban aun por vía reglamentaria interna. Así, plazos, recursos, formas de notificación, modalidades de eficacia, exigencias, requisitos, plazos, entre otros, adoptaban reglas distintas a las generales, simplemente afirmando su ‘especialidad’, vaciando de contenido a la LPAG”⁽¹¹⁾,

Lo descrito por Morón Urbina demuestra que la técnica de considerar a la LPAG como una norma supletoria no solo no atiende la vocación unificadora de esta norma, sino que puede traer consigo la imposición de condiciones al administrado que le sean menos favorables.

Estando a lo señalado creemos que debe derogarse la Tercera Disposición Complementaria Final de la LPAG, puesto que la LPAG no es una norma de carácter supletorio, por lo cual el derogar la citada disposición significaría solucionar esta antinomia respecto al artículo II del Título Preliminar, que establece el contenido de la norma.

II. ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

Señala el Reglamento de la Ley Marco para la Producción y Sistematización Legislativa que el análisis costo beneficio sirve como método de análisis para conocer en términos cuantitativos los impactos y efectos que tiene una propuesta normativa sobre diversas variables que afectan a los actores, la sociedad y el bienestar general, de tal forma que permite cuantificar los costos y beneficios o en su defecto posibilita apreciar analíticamente beneficios y costos no cuantificables. La necesidad de la norma debe estar justificada dada la naturaleza de los problemas, los costos y beneficios probables y los mecanismos alternativos para solucionarlos.

Asimismo, señala que este análisis es obligatorio en los anteproyectos de normas de desarrollo constitucional, leyes orgánicas o de reformas del Estado; leyes que incidan en aspectos económicos, financieros, productivos o tributarios; y leyes relacionadas con política social y ambiental.

Por su contenido, no es obligatorio que este Proyecto de Decreto Legislativo realice un análisis costo-beneficio, aunque sí debe sustentar sus alcances, implicancias y consecuencias; así como identificar a los afectados en forma clara y sencilla, tal como lo dispone el inciso 3.3 del artículo 3 del Reglamento de la Ley Marco para la Producción y Sistematización Legislativa.

Con respecto a sus alcances, implicancias y consecuencias, el presente Proyecto de Decreto Legislativo mejora por un lado la calidad regulatoria al garantizar la legalidad del procedimiento administrativo conforme lo dispuesto en el artículo 36 de la LPAG y al obligar al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos a emitir una Guía para la elaboración de proyectos de normas reglamentarias. Adicionalmente, solventa la antinomia existente sobre la naturaleza de la LPAG, dejándose claro que se trata de una norma común (prioritaria). Finalmente, se adecua el concepto de caducidad a fin de evitar distorsiones en el trámite del procedimiento administrativo sancionador.

(11) MORÓN URBINA, Juan Carlos (2017). Ob. cit., p. 44.

De esta forma, el Proyecto de Decreto Legislativo beneficiará a toda la Administración Pública y otorgará seguridad jurídica a los administrados, pues tendrán la certeza de que los procedimientos que siguen se ajustan a lo dispuesto por la norma y les permitirá exigir la aplicación de la norma que les ofrezca mejores condiciones al interior del procedimiento administrativo.

III. ANÁLISIS DE IMPACTO DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

Tal como lo desarrolla el Reglamento de la Ley Marco para la Producción y Sistematización Legislativa, el análisis de impacto de la vigencia de la norma en la legislación nacional debe precisar si se trata de innovar supliendo vacíos en el ordenamiento o si se trata de una propuesta que modifica o deroga normas vigentes. En caso de tener un efecto derogatorio, este se debe precisar expresamente. El análisis debe incluir una referencia a los antecedentes, diagnóstico de la situación actual y objetivos de la propuesta. Si se modifica o deroga una norma vigente debe analizarse su idoneidad o efectividad precisando falencias, vacíos o defectos que sea necesario superar mediante una acción normativa.

En el presente Decreto Legislativo se modifican los numerales 20.1 y 20.4 del artículo 20, los numerales 34.1 y 34.2 del artículo 34, el artículo 36, el artículo 36-A, el artículo 36-B, los numerales 37.1, 37.2 y 37.4 del artículo 37, los numerales 38.1, 38.3, 38.5, 38.7 y 38.8 del artículo 38, los numerales 44.2 y 44.6 del artículo 44, el numeral 45.1, el numeral 48.2 del artículo 48, el numeral 49.1 del artículo 49, el artículo 49-A, el numeral 188.1 del artículo 188, los numerales 202.3 y 202.5 del artículo 202, el numeral 2 del artículo 233-A, el numeral 2 del artículo 237-A de la Ley N° 27444.

Por otra parte se incorpora el numeral 23.3 al artículo 23, el artículo 29-B, el artículo 39-A y el numeral 125.6 al artículo 125 y se deroga la Tercera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, supliendo vacíos en la norma y otorgando mayor claridad en la aplicación de las figuras jurídicas que la Ley contempla.

En lo que se refiere a la modificación de los artículos 20; 34; 36; 36-A; 36-B; 37; 38; 44; 45; 48; 49; 49-A; 188; 233-A estas son disposiciones contenidas en el texto original de la LPAG antes de su modificatoria; sin embargo, los inconvenientes en su aplicación son recientes⁽¹²⁾, como consecuencia del análisis de calidad regulatoria que deben realizar las entidades por mandato del Decreto Legislativo N° 1310, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 30 de diciembre de 2016.

Con respecto a la modificación de los artículos 202 y 237-A, se trata de disposiciones incorporadas mediante Decreto Legislativo N° 1272, publicadas en el diario oficial *El Peruano* el 21 de diciembre del 2016. Con el transcurso del tiempo se han ido encontrando dificultades en su aplicación⁽¹³⁾, lo que sustenta la modificación propuesta.

Mediante la Primera Disposición Complementaria Final se establece un mecanismo que permite racionalizar y ordenar el ordenamiento jurídico existente facultando

(12) En el sentido de lo explicado oportunamente en el presente documento.

(13) Tal como ha sido explicado oportunamente en el presente documento.

a las entidades del Poder Ejecutivo para la elaboración de Textos Únicos Ordenados, sin que ello signifique un impacto negativo.

La Segunda Disposición Complementaria Final del presente decreto legislativo se dispone que el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos emita una Guía para la elaboración de proyectos de Reglamento, disposición que es novedosa y por lo tanto se incorporaría al ordenamiento jurídico nacional.

La Tercera Disposición Complementaria Final guarda relación con la función otorgada al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos para sistematizar la legislación e información jurídica de carácter general, así como disponer su edición oficial.

La Cuarta Disposición Complementaria Final y la Única Disposición Complementaria Transitoria precisan alcances de normas que se propone establecer expresamente en la LPAG para su adecuada aplicación en el tiempo y reconocimiento de los efectos de las situaciones existentes a la fecha.

Por otro lado, la derogación de la Tercera Disposición Complementaria Final obedece a que la LPAG, con la aprobación del Decreto Legislativo N° 1272, está siendo considerada como una norma común, por lo que la supletoriedad a la que se refiere esta Disposición es inexacta, tal como ha sido desarrollado.

DECRETO LEGISLATIVO N° 1452

Decreto Legislativo que modifica la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (16/09/2018)

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

Que, el Congreso de la República, mediante Ley N° 30823, ha delegado en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia de gestión económica y competitividad, de integridad y lucha contra la corrupción, de prevención y protección de personas en situación de violencia y vulnerabilidad y de modernización de la gestión del Estado, por un plazo de sesenta (60) días calendario;

Que, en ese sentido, el literal c.1) del inciso 5, recogido en el artículo 2 del citado dispositivo legal, establece la facultad de legislar en materia de modernización del Estado, con el fin de simplificar trámites administrativos, mediante la modificación de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General;

Que, de conformidad con lo establecido el literal c) del inciso 5, del artículo 2 de la Ley N° 30823 y el artículo 104 de Constitución Política del Perú;

Con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros; y,

Con cargo a dar cuenta al Congreso de la República;

Ha dado el Decreto Legislativo siguiente:

DECRETO LEGISLATIVO QUE MODIFICA LA LEY N° 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL

Artículo 1. Objeto

El presente Decreto Legislativo tiene por objeto modificar la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

Artículo 2. Modificación de los numerales 20.1 y 20.4 del artículo 20, los numerales 34.1 y 34.2 del artículo 34, el artículo 36, el artículo 36-A, el artículo 36-B, los numerales 37.1, 37.2 y 37.4 del artículo 37, los numerales 38.1, 38.3, 38.5, 38.7 y 38.8 del artículo 38, numeral 44.2 del artículo 44, el numeral 45.1 del artículo 45, el numeral 48.2 del artículo 48, el numeral 49.1 del artículo 49, el artículo 49-A, los numerales 202.3 y 202.5 del artículo 202, el numeral 2 del artículo 233-A, el artículo 237-A de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

Modifíquense los numerales 20.1 y 20.4 del artículo 20, los numerales 34.1 y 34.2 del artículo 34, el artículo 36, el artículo 36-A, el artículo 36-B, los numerales 37.1, 37.2 y 37.4 del artículo 37, los numerales 38.1, 38.3, 38.5, 38.7 y 38.8 del artículo 38, el numeral 44.2 del artículo 44, el numeral 45.1 del artículo 45, el numeral 48.2

del artículo 48, el numeral 49.1 del artículo 49, el artículo 49-A, los numerales 202.3 y 202.5 del artículo 202, el numeral 2 del artículo 233-A, el artículo 237-A de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

“Artículo 20. Modalidades de notificación

20.1 Las notificaciones son efectuadas a través de las siguientes modalidades, según este respectivo orden de prelación:

(...)

20.1.3 Por publicación en el Diario Oficial o en uno de los diarios de mayor circulación en el territorio nacional, salvo disposición distinta de la ley. Adicionalmente, la autoridad competente dispone la publicación del acto en el respectivo Portal Institucional, en caso la entidad cuente con este mecanismo.

(...)

20.4. El administrado interesado o afectado por el acto que hubiera consignado en su escrito alguna dirección electrónica que conste en el expediente puede ser notificado a través de ese medio siempre que haya dado su autorización expresa para ello. Para este caso no es de aplicación el orden de prelación dispuesto en el numeral 20.1.

La notificación dirigida a la dirección de correo electrónico señalada por el administrado se entiende válidamente efectuada cuando la entidad reciba la respuesta de recepción de la dirección electrónica señalada por el administrado o esta sea generada en forma automática por una plataforma tecnológica o sistema informático que garantice que la notificación ha sido efectuada. La notificación surte efectos el día que conste haber sido recibida, conforme lo previsto en el numeral 2 del artículo 25.

En caso de no recibirse respuesta automática de recepción en un plazo máximo de dos (2) días hábiles contados desde el día siguiente de efectuado el acto de notificación vía correo electrónico, se procede a notificar por cédula conforme al inciso 20.1.1, volviéndose a computar el plazo establecido en el numeral 1 del artículo 24 de la presente ley.

Para la notificación por correo electrónico, la autoridad administrativa, si lo considera pertinente, puede emplear firmas y certificados digitales conforme a lo estipulado en la ley de la materia.

La entidad que cuente con disponibilidad tecnológica puede asignar al administrado una casilla electrónica gestionada por esta, para la notificación de actos administrativos, así como actuaciones emitidas en el marco de cualquier actividad administrativa, siempre que cuente con el consentimiento expreso del administrado. Mediante decreto supremo del sector, previa opinión favorable de la Presidencia del Consejo de Ministros y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, puede aprobar la obligatoriedad de la notificación vía casilla electrónica.

En ese caso, la notificación se entiende válidamente efectuada cuando la entidad la deposite en el buzón electrónico asignado al administrado, surtiendo efectos el día que conste haber sido recibida, conforme a lo previsto en el numeral 2 del artículo 25.

Asimismo, se establece la implementación de la casilla única electrónica para las comunicaciones y notificaciones de las entidades del Estado dirigidas a los administrados. Mediante Decreto Supremo refrendado por la Presidencia del Consejo de Ministros se aprueban los criterios, condiciones, mecanismos y plazos para la implementación gradual en las entidades públicas de la casilla única electrónica”.

“Artículo 34. Procedimientos de evaluación previa con silencio negativo

34.1 Excepcionalmente, el silencio negativo es aplicable en aquellos casos en los que la petición del administrado puede afectar significativamente el interés público e incida en los siguientes bienes jurídicos: la salud, el medio ambiente, los recursos naturales, la seguridad ciudadana, el sistema financiero y de seguros, el mercado de valores, la defensa comercial, la defensa nacional y el patrimonio cultural de la Nación, así como en aquellos procedimientos de promoción de inversión privada, procedimientos trilaterales, procedimientos de inscripción registral y en los que generen obligación de dar o hacer del Estado y autorizaciones para operar casinos de juego y máquinas tragamonedas.

La calificación excepcional del silencio negativo se produce en la norma de creación o modificación del procedimiento administrativo, debiendo sustentar técnica y legalmente su calificación en la exposición de motivos, en la que debe precisarse la afectación en el interés público y la incidencia en alguno de los bienes jurídicos previstos en el párrafo anterior.

Por Decreto Supremo, refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros, se puede ampliar las materias en las que, por afectar significativamente el interés público, corresponde la aplicación de silencio administrativo negativo.

34.2 Asimismo, es de aplicación para aquellos procedimientos por los cuales se transfiera facultades de la administración pública.

(...)”

“Artículo 36.- Legalidad del procedimiento

36.1 Los procedimientos administrativos y requisitos deben establecerse en una disposición sustantiva aprobada mediante decreto supremo o norma de mayor jerarquía, por Ordenanza Regional, por Ordenanza Municipal, por Resolución del titular de los organismos constitucionalmente autónomos.

En el caso de los organismos reguladores estos podrán establecer procedimientos y requisitos en ejercicio de su función normativa.

Los organismos técnicos especializados del Poder Ejecutivo pueden establecer procedimientos administrativos y requisitos mediante resolución del órgano de dirección o del titular de la entidad, según corresponda, para lo cual deben estar habilitados por ley o decreto legislativo a normar el otorgamiento o reconocimiento de derechos de los particulares, el ingreso a mercados o el desarrollo de actividades económicas. El establecimiento de los procedimientos y requisitos debe cumplir lo dispuesto en el presente numeral y encontrarse en el marco de lo dispuesto en las políticas, planes y lineamientos del sector correspondiente.

36.2 Las entidades realizan el Análisis de Calidad Regulatoria de los procedimientos administrativos a su cargo o sus propuestas, teniendo en cuenta el alcance establecido en la normativa vigente sobre la materia.

36.3 Los procedimientos administrativos deben ser compendiados y sistematizados en el Texto Único de Procedimientos Administrativos, aprobados para cada entidad, en el cual no se pueden crear procedimientos ni establecer nuevos requisitos, salvo lo relativo a la determinación de los derechos de tramitación que sean aplicables de acuerdo a la normatividad vigente.

36.4 Las entidades solamente exigen a los administrados el cumplimiento de procedimientos, la presentación de documentos, el suministro de información o el pago por derechos de tramitación, siempre que cumplan con los requisitos previstos en el numeral anterior. Incurre en responsabilidad la autoridad que procede de modo diferente, realizando exigencias a los administrados fuera de estos casos.

36.5 Las disposiciones concernientes a la eliminación de procedimientos o requisitos o a la simplificación de los mismos pueden aprobarse por Resolución Ministerial, por Resolución de Consejo Directivo de los Organismos Reguladores, Resolución del órgano de dirección o del titular de los organismos técnicos especializados, según corresponda, Resolución del titular de los organismos constitucionalmente autónomos, Decreto Regional o Decreto de Alcaldía, según se trate de entidades dependientes del Poder Ejecutivo, Organismos Constitucionalmente Autónomos, Gobiernos Regionales o Locales, respectivamente.

36.6 Los procedimientos administrativos, incluyendo sus requisitos, a cargo de las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa deben ser debidamente publicitados, para conocimiento de los administrados”.

“Artículo 36.-A. Procedimientos Administrativos estandarizados obligatorios.

36-A.1 Mediante decreto supremo refrendado por la Presidencia del Consejo de Ministros se aprueban procedimientos administrativos y servicios prestados en exclusividad estandarizados de obligatoria aplicación por las entidades competentes para tramitarlos, las que no están facultadas para modificarlos o alterarlos. Las entidades están obligadas a incorporar dichos procedimientos y servicios estandarizados en su respectivo Texto Único de Procedimientos Administrativos sin necesidad de aprobación por parte de otra entidad. Las entidades solo podrán determinar: la unidad de trámite documentario o la que haga sus veces para dar inicio al procedimiento administrativo o servicio prestado en exclusividad, la autoridad competente para resolver el procedimiento administrativo y la unidad orgánica a la que pertenece, y la autoridad competente que resuelve los recursos administrativos, en lo que resulte pertinente. (...)”

“Artículo 36-B. Vigencia indeterminada de los títulos habilitantes

Los títulos habilitantes emitidos tienen vigencia indeterminada, salvo que por ley o decreto legislativo se establezca un plazo determinado de vigencia. Cuando

la autoridad compruebe el cambio de las condiciones indispensables para su obtención, previa fiscalización, podrá dejar sin efecto el título habilitante.

Excepcionalmente, por decreto supremo, se establece la vigencia determinada de los títulos habilitantes, para lo cual la entidad debe sustentar la necesidad, el interés público a tutelar y otros criterios que se definan de acuerdo a la normativa de calidad regulatoria”.

“Artículo 37. Contenido del Texto Único de Procedimientos Administrativos

37.1 Todas las entidades elaboran y aprueban o gestionan la aprobación, según el caso, de su Texto Único de Procedimientos Administrativos, el cual comprende:

(...)

8. Los formularios que sean empleados durante la tramitación del respectivo procedimiento administrativo, no debiendo emplearse para la exigencia de requisitos adicionales.

La información complementaria como sedes de atención, horarios, medios de pago, datos de contacto, notas al ciudadano; su actualización es responsabilidad de la máxima autoridad administrativa de la entidad que gestiona el TUPA, sin seguir las formalidades previstas en los numerales 38.1 o 38.5 de la presente ley.

La Presidencia del Consejo de Ministros, mediante Resolución de la Secretaría de Gestión Pública, aprueba el Formato del Texto Único de Procedimientos Administrativos aplicable para las entidades previstas en los numerales 1 al 7 del artículo I del Título Preliminar de la presente ley.

37.2 El TUPA también incluye la relación de los servicios prestados en exclusividad, entendidos como las prestaciones que las entidades se encuentran facultadas a brindar en forma exclusiva en el marco de su competencia, no pudiendo ser realizadas por otra entidad o terceros. Son incluidos en el TUPA, resultando aplicable lo previsto en los numerales 2, 5, 6, 7 y 8 del numeral anterior, en lo que fuera aplicable.

(...)

37.4 Para aquellos servicios que no sean prestados en exclusividad, las entidades, a través de Resolución del Titular de la entidad establecen la denominación, la descripción clara y taxativa de los requisitos y sus respectivos costos, los cuales deben ser debidamente difundidos para que sean de público conocimiento, respetando lo establecido en el Artículo 60 de la Constitución Política del Perú y las normas sobre represión de la competencia desleal”.

“Artículo 38.- Aprobación y difusión del Texto Único de Procedimientos Administrativos

38.1 El Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) es aprobado por Decreto Supremo del sector, por Ordenanza Regional, por Ordenanza Municipal, o por Resolución del Titular de organismo constitucionalmente autónomo, según el nivel de gobierno respectivo.

(...)

38.3 El TUPA y la disposición legal de aprobación o modificación se publica obligatoriamente en el portal del diario oficial *El Peruano*. Adicionalmente se difunde a través de la Plataforma Digital Única para Orientación al Ciudadano del Estado Peruano y en el respectivo Portal Institucional de la entidad. La publicación en los medios previstos en el presente numeral se realiza de forma gratuita.

(...)

38.5 Una vez aprobado el TUPA, toda modificación que no implique la creación de nuevos procedimientos, incremento de derechos de tramitación o requisitos, se debe realizar por Resolución Ministerial del Sector, o por resolución del titular del Organismo Autónomo conforme a la Constitución Política del Perú, o por Resolución de Consejo Directivo de los Organismos Reguladores, Resolución del órgano de dirección o del titular de los organismos técnicos especializados, según corresponda, Decreto Regional o Decreto de Alcaldía, según el nivel de gobierno respectivo. En caso contrario, su aprobación se realiza conforme al mecanismo establecido en el numeral 38.1. En ambos casos se publicará la modificación según lo dispuesto por los numerales 38.2 y 38.3 de la presente ley.

(...)

38.7 En los casos en que por Ley, Decreto Legislativo y demás normas de alcance general, se establezcan o se modifiquen los requisitos, plazo o silencio administrativo aplicables a los procedimientos administrativos, las entidades de la Administración Pública están obligadas a realizar las modificaciones correspondientes en sus respectivos Textos Únicos de Procedimientos Administrativos en un plazo máximo de sesenta (60) días hábiles, contados a partir de la entrada en vigencia de la norma que establece o modifica los requisitos, plazo o silencio administrativo aplicables a los procedimientos administrativos. Si vencido dicho plazo, la entidad no ha actualizado el TUPA incorporando el procedimiento establecido o modificado en la normatividad vigente, no puede dejar de emitir pronunciamiento respecto al procedimiento o prestar el servicio que se encuentre vigente de acuerdo al marco legal correspondiente, bajo responsabilidad.

38.8 Incurrir en responsabilidad administrativa el funcionario que:

(...)

Asimismo, incurre en responsabilidad administrativa el Alcalde y el gerente municipal, o quienes hagan sus veces, cuando transcurrido el plazo de cuarenta y cinco (45) días hábiles luego de recibida la solicitud de ratificación de la municipalidad distrital, no haya cumplido con atender la solicitud de ratificación de las tasas por derechos de tramitación a las que se refiere el artículo 40 de la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, salvo las tasas por arbitrios en cuyo caso el plazo es de sesenta (60) días hábiles.

(...)"

“Artículo 44. Derecho de tramitación

(...)

44.2 Son condiciones para la procedencia de este cobro que los derechos de tramitación hayan sido determinados conforme a la metodología vigente, y que estén consignados en su vigente Texto Único de Procedimientos Administrativos. Para el caso de las entidades del Poder Ejecutivo se debe contar, además, con el refrendo del Ministerio de Economía y Finanzas.

(...)”

“Artículo 45.- Límite de los derechos de tramitación

45.1 El monto del derecho de tramitación es determinado en función al importe del costo que su ejecución genera para la entidad por el servicio prestado durante toda su tramitación y, en su caso, por el costo real de producción de documentos que expida la entidad. Su monto es sustentado por el servidor a cargo de la oficina de administración de cada entidad.

Para que el costo sea superior a una (1) UIT, se requiere autorización del Ministerio de Economía y Finanzas conforme a los lineamientos para la elaboración y aprobación del Texto Único de Procedimientos Administrativos aprobados por Resolución de Secretaria de Gestión Pública. Dicha autorización no es aplicable en los casos en que la Presidencia del Consejo de Ministros haya aprobado derechos de tramitación para los procedimientos estandarizados.

(...)”

“Artículo 48.- Cumplimiento de las normas del presente capítulo

(...)

48.2 La Presidencia del Consejo de Ministros tiene las siguientes competencias:

1. Dictar Directivas, metodologías y lineamientos técnico normativos en las materias de su competencia, incluyendo aquellas referidas a la creación de procedimientos administrativos y servicios prestados en exclusividad.
2. Emitir opinión vinculante sobre el alcance e interpretación de las normas de simplificación administrativa incluyendo la presente Ley. En el caso de los Texto Único de Procedimientos Administrativos de los Ministerios y Organismos Públicos, emitir opinión previa favorable a su aprobación.
3. Asesorar a las entidades en materia de simplificación administrativa y evaluar de manera permanente los procesos de simplificación administrativa al interior de las entidades, para lo cual podrá solicitar toda la información que requiera de éstas.
4. Supervisar y velar el cumplimiento de las normas de la presente Ley, salvo lo relativo a la determinación de los derechos de tramitación.
5. Supervisar que las entidades cumplan con aprobar sus Texto Único de Procedimientos Administrativos conforme a la normativa aplicable.
6. Realizar las gestiones del caso conducentes a hacer efectiva la responsabilidad de los funcionarios por el incumplimiento de las normas del presente Capítulo, para lo cual cuenta con legitimidad para accionar ante las diversas entidades de la administración pública.

7. Establecer los mecanismos para la recepción de quejas y otros mecanismos de participación de la ciudadanía. Cuando dichas quejas se refieran a asuntos de la competencia de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas, se inhibirá de conocerlas y las remitirá directamente a ésta.

8. Detectar los incumplimientos a las normas de la presente Ley y ordenar las modificaciones normativas pertinentes, otorgando a las entidades un plazo perentorio para la subsanación.

9. En caso de no producirse la subsanación, la Presidencia del Consejo de Ministros entrega un informe a la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del INDECOPI, a fin de que inicie de oficio un procedimiento de eliminación de barreras burocráticas, sin perjuicio de la aplicación de lo previsto en el artículo 239.

Asimismo, la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del INDECOPI tiene la competencia de fiscalizar:

a. Que las entidades cumplan con aplicar los procedimientos estandarizados e incorporarlos en sus Textos Únicos de Procedimientos Administrativos.

b. Que las entidades cumplan con las normas de simplificación administrativa en la tramitación de sus procedimientos administrativos y servicios prestados en exclusividad.

10. Solicitar a la Secretaría Técnica de la Comisión de Barreras Burocráticas el inicio de un procedimiento de oficio en materia de eliminación de barreras burocráticas contenidas en disposiciones administrativas que regulen el ejercicio de actividades económicas significativas para el desarrollo del país.

11. Otras previstas en la presente Ley y las que señalen los dispositivos legales correspondientes”.

“Artículo 49.- Régimen de entidades sin Texto Único de Procedimientos Administrativos vigente

49.1 Cuando la entidad no cumpla con publicar su Texto Único de Procedimientos Administrativos, o lo publique omitiendo procedimientos, los administrados, sin perjuicio de hacer efectiva la responsabilidad de la autoridad infractora, quedan sujetos al siguiente régimen:

1. Respecto de los procedimientos administrativos que corresponde ser aprobados automáticamente o que se encuentran sujetos a silencio administrativo positivo, los administrados quedan liberados de la exigencia de iniciar ese procedimiento para obtener la autorización previa, para realizar su actividad profesional, social, económica o laboral, sin ser pasibles de sanciones por el libre desarrollo de tales actividades. La suspensión de esta prerrogativa de la autoridad concluye a partir del día siguiente de la publicación del TUPA, sin efecto retroactivo.

Los procedimientos administrativos sujetos a silencio administrativo negativo siguen el régimen previsto en la norma de creación o modificación del respectivo procedimiento administrativo.

(...)”

“Artículo 49-A.- Tercerización de actividades

Todas las actividades vinculadas a las funciones de fiscalización, los procedimientos administrativos y servicios prestados en exclusividad distintas a la emisión de los actos administrativos o cualquier resolución pueden tercerizarse salvo disposición distinta de la ley. Mediante Decreto Supremo refrendado por la Presidencia del Consejo de Ministros se establecen las disposiciones necesarias para la aplicación de esta modalidad”.

“Artículo 202.- Nulidad de oficio

(...)

202.3. 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, o contado a partir de la notificación a la autoridad administrativa de la sentencia penal condenatoria firme, en lo referido a la nulidad de los actos previstos en el numeral 4 del artículo 10.

(...)

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 puede ejercerse dentro del plazo de dos (2) años contados desde la fecha en que el acto haya quedado consentido. 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”.

“Artículo 233-A. Prescripción de la exigibilidad de las multas impuestas

(...)

2. El cómputo del plazo de prescripción se suspende en los siguientes supuestos:

a) Con la iniciación del procedimiento de ejecución forzosa, conforme a los mecanismos contemplados en el artículo 196, según corresponda. Dicho cómputo debe reanudarse inmediatamente en caso que se configure alguno de los supuestos de suspensión del procedimiento de ejecución forzosa que contemple el ordenamiento vigente y/o se produzca cualquier causal que determine la paralización del procedimiento por más de veinticinco (25) días hábiles.

b) Con la presentación de la demanda de revisión judicial del procedimiento de ejecución forzosa o cualquier otra disposición judicial que suspenda la ejecución forzosa, conforme al ordenamiento vigente. La suspensión del cómputo opera hasta la notificación de la resolución que declara concluido el proceso con calidad de cosa juzgada en forma desfavorable al administrado.

(...)”

“Artículo 237-A. Caducidad administrativa del procedimiento sancionador

1. El plazo para resolver los procedimientos sancionadores iniciados de oficio es de nueve (9) meses contado desde la fecha de notificación de la imputación de

cargos. Este plazo puede ser ampliado de manera excepcional, como máximo por tres (3) meses, debiendo el órgano competente emitir una resolución debidamente sustentada, justificando la ampliación del plazo, previo a su vencimiento. La caducidad administrativa no aplica al procedimiento recursivo.

Cuando conforme a ley las entidades cuenten con un plazo mayor para resolver la caducidad operará al vencimiento de este.

2. Transcurrido el plazo máximo para resolver, sin que se notifique la resolución respectiva, se entiende automáticamente caducado administrativamente el procedimiento y se procederá a su archivo.

3. La caducidad administrativa es declarada de oficio por el órgano competente. El administrado se encuentra facultado para solicitar la caducidad administrativa del procedimiento en caso el órgano competente no la haya declarado de oficio.

4. En el supuesto que la infracción no hubiera prescrito, el órgano competente evaluará el inicio de un nuevo procedimiento sancionador. El procedimiento caducado administrativamente no interrumpe la prescripción.

5. La declaración de la caducidad administrativa no deja sin efecto las actuaciones de fiscalización, así como los medios probatorios que no puedan o no resulte necesario ser actuados nuevamente. Asimismo, las medidas preventivas, correctivas y cautelares dictadas se mantienen vigentes durante el plazo de tres (3) meses adicionales en tanto se disponga el inicio del nuevo procedimiento sancionador, luego de lo cual caducan, pudiéndose disponer nuevas medidas de la misma naturaleza en caso se inicie el procedimiento sancionador.”

Artículo 3. Incorporación del numeral 23.3 al artículo 23, el artículo 29-B, el artículo 39-B y el numeral 125.6 al artículo 125 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General

Incorpórense el numeral 23.3 al artículo 23, el artículo 29-B, el artículo 39-B y el numeral 125.6 al artículo 125 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, en los términos siguientes:

“Artículo 23.- Régimen de publicación de actos administrativos

(...)

23.3. Excepcionalmente, se puede realizar la publicación de un acto siempre que contenga los elementos de identificación del acto administrativo y la sumilla de la parte resolutive y que se direcciona al Portal Institucional de la autoridad donde se publica el acto administrativo en forma íntegra, surtiendo efectos en un plazo de 5 días contados desde la publicación. Asimismo, la administración pública, en caso sea solicitada por el administrado destinatario del acto, está obligada a entregar copia de dicho acto administrativo. La primera copia del acto administrativo es gratuita y debe ser emitida y entregada en el mismo día que es solicitada, y por razones excepcionales debidamente justificadas, en el siguiente día hábil. Mediante Decreto Supremo del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos se establecen los lineamientos para la publicación de este tipo de actos”.

“Artículo 29-B.- Expediente Electrónico

29-B.1 El expediente electrónico está constituido por el conjunto de documentos electrónicos generados a partir de la iniciación del procedimiento administrativo o servicio prestado en exclusividad en una determinada entidad de la Administración Pública.

29-B.2 El expediente electrónico debe tener un número de identificación único e inalterable que permita su identificación unívoca dentro de la entidad que lo origine. Dicho número permite, a su vez, su identificación para efectos de un intercambio de información entre entidades o por partes interesadas, así como para la obtención de copias del mismo en caso corresponda.

29-B.3 Cada documento electrónico incorporado en el expediente electrónico debe ser numerado correlativamente, de modo que se origine un índice digital el cual es firmado electrónicamente conforme a ley por el personal responsable de la entidad de la Administración Pública a fin de garantizar la integridad y su recuperación siempre que sea preciso.”

“Artículo 39-B.- Enfoque intercultural

Las autoridades administrativas deben actuar aplicando un enfoque intercultural, coadyuvando a la generación de un servicio con pertinencia cultural, lo que implica la adaptación de los procesos que sean necesarios en función a las características geográficas, ambientales, socioeconómicas, lingüísticas y culturales de los administrados a quienes se destina dicho servicio.”

“Artículo 125.- Observaciones a documentación presentada

(...)

125.6 En caso de procedimientos administrativos que se inicien a través de medio electrónico, que no acompañen los recaudos correspondientes o adolezcan de otro defecto u omisión formal previstos en el TUPA que no puedan ser subsanados de oficio, la autoridad competente requiere la subsanación por el mismo medio, en un solo acto y por única vez en el plazo máximo de dos (2) días hábiles.

Corresponde al administrado presentar la información para subsanar el defecto u omisión en un plazo máximo de dos (2) días hábiles siguientes de efectuado el requerimiento de la autoridad competente. Mientras esté pendiente dicha subsanación son aplicables las reglas establecidas en los numerales 125.3.1 y 125.3.2. De no subsanarse oportunamente lo requerido resulta de aplicación lo dispuesto en el numeral 125.4⁽¹⁾.

Artículo 4. Refrendo

El presente Decreto Legislativo es refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro de Justicia y Derechos Humanos.

(1) Texto según fe de erratas publicada el 27/09/2018.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

Primera.- Aprobación de Textos Únicos Ordenados

Las entidades del Poder Ejecutivo se encuentran facultadas a compilar en el respectivo Texto Único Ordenado las modificaciones efectuadas a disposiciones legales o reglamentarias de alcance general correspondientes al sector al que pertenecen con la finalidad de compilar toda la normativa en un solo texto.

Su aprobación se produce mediante decreto supremo del sector correspondiente, debiendo contar con la opinión previa favorable del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Segunda.- Elaboración de Guía para la elaboración de proyectos de normas reglamentarias

El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, en un plazo no mayor a 120 (ciento veinte) días hábiles de publicado el presente Decreto Legislativo, emite una Guía para la elaboración de proyectos de normas reglamentarias, de obligatorio cumplimiento para todas las entidades de la Administración Pública.

Tercera.- Adecuación del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General

El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, en un plazo no mayor a 60 (sesenta) días hábiles de publicado el presente Decreto Legislativo, incorpora las modificaciones contenidas en la presente norma al Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS.

Cuarta.- Fundamentación del silencio administrativo negativo

La obligación de fundamentar en una disposición sustantiva la calificación del silencio administrativo negativo en un procedimiento administrativo prevista en el numeral 34.1 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, resulta aplicable para las regulaciones que se aprueben a partir de la entrada en vigencia del presente Decreto Legislativo.

Quinta.- Proceso de transito

Al 31 de diciembre del 2018 culmina la transferencia de la Presidencia del Consejo de Ministros a la entidad competente, del acervo documentario e instrumentos relacionados a la Metodología para la determinación de los derechos de tramitación de los procedimientos administrativos y servicios prestados en exclusividad.

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA TRANSITORIA

Única.- Casillas electrónicas o sistemas informáticos existentes o en proceso de implementación

Lo dispuesto para la notificación en casillas electrónicas o sistemas informáticos existentes o en proceso de implementación a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto legislativo continúan operando, y en lo que resulte compatible a su funcionamiento, se adecuan a lo dispuesto por el Decreto Supremo de la Presidencia del Consejo de Ministros que apruebe los criterios, condiciones, mecanismos y plazos para la implementación gradual en las entidades públicas de la casilla única electrónica.

Asimismo, lo previsto en el quinto párrafo del numeral 20.4 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, no resulta aplicable para las casillas electrónicas cuya obligatoriedad fue establecida con anterioridad al presente decreto legislativo.

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA MODIFICATORIA

Única.- Modifíquese la Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1272, Decreto Legislativo que modifica la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General y deroga la Ley N° 29060, Ley del Silencio Administrativo en los términos siguientes:

“Primera.- Las ordenanzas expedidas por las Municipalidades Distritales que aprueban el monto de los derechos de tramitación de los procedimientos contenidos en su Texto Único de Procedimientos Administrativos que deben ser materia de ratificación por parte de las Municipalidades Provinciales de su circunscripción según lo establecido en el artículo 40 de la Ley N° 27972- Ley Orgánica de Municipalidades, deben ser ratificadas en un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, salvo las tasas por arbitrios en cuyo caso el plazo es de sesenta (60) días hábiles.

(...)”

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS DEROGATORIAS

Única.- Derogación de la Tercera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 27444

A partir de la vigencia de la presente Ley, quedan derogada expresamente la Tercera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

POR TANTO:

Mando que se publique y cumpla, dando cuenta al Congreso de la República.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los quince días del mes de setiembre del año dos mil dieciocho.

MARTÍN ALBERTO VIZCARRA CORNEJO

Presidente de la República

CÉSAR VILLANUEVA ARÉVALO

Presidente del Consejo de Ministros

VICENTE ANTONIO ZEBALLOS SALINAS

Ministro de Justicia y Derechos Humanos

BIBLIOGRAFÍA

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ADAMS, John Clarke
 - *El Derecho Administrativo norteamericano*. Editorial Universitaria de Buenos Aires, Cuadernos de Eudeba, N° 109, Buenos Aires, 1964.
- AGUADO I CUDOLA, Vincenc
 - *Prescripción y caducidad en el ejercicio de potestades administrativas*. Editorial Marcial Pons, Madrid, 1999.
- 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.
- 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.
- ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía
 - "El procedimiento administrativo sancionador". En: *Derecho Administrativo Sancionador*. Rebollo Puig, Manuel y otros (obra conjunta). Lex Nova, Valladolid, 2010.
- ARAUJO JUÁREZ, José.
 - *Tratado de Derecho Administrativo formal*. 3ª edición, Vadell Hermanos Editores, Caracas, 1998.
- AVILÉS 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, España, mayo - junio 2009.
- BACA ONETO, Víctor Sebastián
 - "La prescripción de las infracciones y su clasificación en la Ley del Procedimiento Administrativo General (En especial, análisis de los supuestos de infracciones permanentes y continuadas)". En: *Revista Derecho & Sociedad*. N° 37, Lima, 2012.

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio
 - *Curso de Derecho Administrativo*. 1ª edición, Editorial Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006.
- BARCELONA LLOP, Javier
 - “La acción de regreso en la Ley de régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”. En: *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 105, España, 2000.
- BELADIEZ ROJO, Margarita
 - *Validez y eficacia de los actos administrativos*. Marcial Pons Editor, Madrid, 1994.
- BERMEJO VERA, José
 - “La Administración Inspectoral”. En: *Revista de Administración Pública*. N° 147, Madrid, 1998.
- BIDART CAMPOS, Germán
 - “¿La teoría del acto propio no rige para el Estado? (la ley del embudo). En: *Sup. Const. Revista La Ley*, agosto, 2004.
- BIELSA, Rafael
 - *Derecho Administrativo*. 6ª edición, Tomo I, Buenos Aires, editorial La Ley, 1964.
- 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/>.
- BREWER-CARÍAS, Allan R.
 - “La distinción entre las personas jurídicas públicas y las personas privadas y el sentido de la problemática actual de la clasificación de los sujetos de derecho”. En: *Revista de la Facultad de Derecho*. N° 57, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2007.
 - *Principios del procedimiento administrativo en América Latina*. Legis, Colombia, 2003.
 - “Los principios de legalidad y eficacia en las leyes de procedimientos administrativos en América Latina”. En el colectivo: *La relación jurídico-administrativa y el procedimiento administrativo, IV. Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 1998.
 - *La responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1997.
 - “El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos”. En: *Colección Estudios Jurídicos N° 16*, editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1985.

- BUENO ARMIJO, Antonio
 - La caducidad del procedimiento administrativo sancionador”. En: *Derecho Administrativo Sancionador*. Rebollo Puig, Manuel y otros (obra conjunta). Lex Nova, Valladolid, 2010.
- BUSTAMANTE BELAUNDE, Alberto
 - *Justicia alternativa*. Instituto de Economía de Libre Mercado, Lima, 1993.
- CABALLERO SÁNCHEZ, Rafael
 - *Prescripción y caducidad en el ordenamiento administrativo*. Editorial McGraw-Hill Interamericana, Madrid, 1999.
- CABALLERO SIERRA, Gaspar
 - “El control administrativo. La jerarquía y la tutela”. En: *La protección jurídica de los administrados*. Ediciones Rosaristas, Bogotá, 1980.
- 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.
- CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo
 - *Procedimiento Administrativo en el Decreto 500/991*. Ediciones IDEA, Montevideo, 1992.
 - *Recursos administrativos*. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1989.
- CARTA IBEROAMERICANA DE GOBIERNO ELECTRÓNICO, Capítulo II, artículos del 7 al 9.
- CARRETERO PÉREZ, Adolfo y CARRETERO SÁNCHEZ, Adolfo
 - *Derecho Administrativo sancionador*. Editoriales de Derecho Reunidas, Edersa, Madrid, 1992.
- CASSAGNE, Juan Carlos
 - *Los grandes principios del Derecho Público: constitucional y administrativo*. Thomson Reuters, La Ley, 2015.
 - *Derecho Administrativo*. Tomo I, Palestra, Lima, 2010.
 - *Derecho Administrativo*. Tomo II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994.
 - “Los nuevos entes regulatorios”. En: *Libro Homenaje al profesor D. Pablo Rame-lla*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1994.
 - *La intervención administrativa*. 2ª edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994.
- CIANCARDO, Juan
 - *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*. Ábaco, Buenos Aires, 2004.

- CIERCO SEIRA, César
 - “La tramitación integrada de los procedimientos administrativos conexos”. En: *Revista Vasca de Administración Pública*. Nº 65, España, 2003.
- CLAVERO ARÉVALO, Manuel
 - *Estudios de Derecho Administrativo*. Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, Civitas, 1992.
- COBREROS MENDAZONA, Eduardo
 - “El reconocimiento al denunciante de la condición de interesado en el procedimiento sancionador”. En: *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI*. Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- COMADIRA, Julio
 - *Derecho Administrativo*. Abeledo-Perrot - Lexis Nexis, 2ª edición, Buenos Aires, 2003.
 - “El exceso de punición como vicio del acto administrativo (con particular referencia a la relación de empleo público)”. En: *Derecho Administrativo (acto administrativo, procedimiento administrativo, otros estudios)*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996.
- CORDERO LOBATO, Encarna
 - “La liquidación de daños entre particulares en el procedimiento administrativo”. Working Paper Nº 132, Barcelona, 2003.
- COVIELLO, Pedro
 - *La protección de la confianza del administrado*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004.
- DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge
 - “Los tratados internacionales y la jurisprudencia como fuentes del derecho administrativo en el ordenamiento jurídico administrativo peruano”. En: *Colección fuentes del derecho administrativo*. IX Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Ediciones RAP, Mendoza, Argentina, 2010.
 - *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”.
- DE LA CUETARA, Juan Miguel
 - *La actividad de la administración. Lecciones de Derecho Administrativo*. Editorial Tecnos, 1983.
- DE PALMA DEL TESO, Ángeles
 - “Principio de Culpabilidad: Causas de Exclusión y Atenuación”. En: *Diccionario de Sanciones Administrativas*. Lozano Cutanda Blanca (directora). 1ª edición, Iustel, Madrid, 2010.
 - “La culpabilidad”. En: *Justicia Administrativa*. Edición extraordinaria, 2001.
 - *El principio de culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador*. Tecnos, Madrid, 1996.

- DELGADO PIQUERAS, Francisco
 - “La Administrative Dispute Resolution Act de los Estados Unidos: introducción, traducción y notas”. En: *Revista de Administración Pública*, N° 131, España, 1993.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando
 - *Teoría general de la prueba*. 5ª edición, Tomo I, Temis, Bogotá, 2002.
- DIEZ, Manuel María
 - *Derecho Administrativo*. Tomo VI, Plus Ultra Editores, Buenos Aires, 1985.
 - *Derecho Administrativo*. Tomo V, Plus Ultra Editores, Buenos Aires, 1971.
- DÍEZ-PICAZO, Luis
 - “La doctrina del precedente administrativo”. En: *Revista de Administración Pública*, N° 98, Madrid, 1998.
 - *La doctrina de los propios actos*. Bosch, Barcelona, 1963.
- DÍEZ SÁNCHEZ, Juan José
 - “Las acciones de regreso contra autoridades y funcionarios públicos”. En: *La responsabilidad civil y su problemática actual*. Coord. Juan Antonio Moreno Martínez, Dykinson, Madrid, 2007.
 - “El procedimiento administrativo común y los procedimientos especiales”. En: *El procedimiento administrativo común y la doctrina constitucional*, Civitas, Madrid, 1992.
- DOMENECH PASCUAL, Gabriel
 - “¿Por qué la administración nunca ejerce la acción de regreso contra el personal a su servicio?”. En: *Indret*, Revista para el análisis del derecho, Barcelona, 2008.
- DROMI, José Roberto
 - *El acto administrativo*. Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2008.
 - *Derecho Administrativo*. Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2004.
 - *El procedimiento administrativo*. Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1996.
 - *El acto administrativo*. Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1985.
- DU PASQUIER, Claude
 - Introducción al Derecho. Traducción de Julio Ayasta Gonzáles, 4ª edición, EDINAF, Lima, 1990.
- ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA. Voz “avocación”. Tomo I.
- ENTRENA CUESTA, Rafael
 - *Curso de Derecho Administrativo*. 9ª edición, Volumen I, Editorial Tecnos, Madrid, 1986.

- ESCOLA, Héctor
 - *Teoría general del procedimiento administrativo*. 2ª edición, De palma, Buenos Aires, 1981.
- ESCUIN PALOP, Vicente
 - *El acto administrativo implícito*. Cuadernos Civitas, España, 1999.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan
 - *Ley de protección al consumidor. Comentarios, Precedentes jurisprudenciales, normas complementarias*. Editorial Rhodas, Lima, 2004.
- ESTEVE PARDO, José
 - *Lecciones de Derecho Administrativo*. 5ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2015.
- 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.
- FERNÁNDEZ, Tomás Ramón
 - “Juzgar a la Administración contribuye también a administrar mejor”. En: *Revista Española de Derecho Administrativo*, Nº 76/1992, Ediciones Civitas, Octubre-Diciembre, Madrid, 1992.
- FERNÁNDEZ MONTALVO, Rafael
 - *Relaciones interadministrativas de colaboración y cooperación*. Marcial Pons, Madrid, 2000.
- FERNÁNDEZ PASTRANA, José María
 - “Reivindicación del silencio positivo: reflexiones para su recuperación en el ámbito de las autorizaciones administrativas”. En: *Revista de Administración Pública*. Nº 127, enero-abril, España, 1992.
- FERNANDEZ RAMOS Severiano
 - *La actividad administrativa de inspección. El régimen jurídico de la función inspectora*, Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, Granada, 2002.
- FERRAZ, Sergio y DALLARI, Adilson Abreu
 - *Proceso Administrativo*. 1ª edición, Malheiros Editores, 2003.
- FERRIER, Jean-Pierre
 - “El procedimiento administrativo en Francia”. En el colectivo: *El procedimiento administrativo en el Derecho comparado*. Javier Barnes (coordinador), Civitas, 1993.
- FIORINI, Bartolomé
 - *Derecho Administrativo*. Tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1976.
 - *Procedimiento administrativo y recurso jerárquico*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1971.
 - *Poder de Policía*, Editorial Alfa, Buenos Aires, 1957.

- FORSTHOFF, Ernest
 - *Tratado de Derecho Administrativo*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958.
- FRAGA, Gabino
 - *Derecho Administrativo*. 22ª edición, Porrúa, México, 1992.
- FRANCH I SAGUER, Marra
 - *Intervención Administrativa sobre Bancos y Cajas de Ahorros*. Civitas, Madrid, 1992.
- GALLARDO CASTILLO, María Jesús
 - *Los principios de la potestad sancionadora. Teoría y práctica*. Editorial Iustel, Madrid, 2008.
- GAMERO CASADO, Eduardo
 - *La intervención de empresas*. Marcial Pons, Madrid, 1996.
- GARBERÍ LLOBREGAT, José
 - *El procedimiento administrativo sancionador*. 5ª edición ampliada, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- GARBERÍ LLOBREGAT, José
 - *La aplicación de los derechos y garantías constitucionales a la potestad y al procedimiento administrativo sancionador*. Edit. Trivium, Madrid, 1989.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón
 - *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo II, 12ª edición, Civitas, Madrid, 2004.
- 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.
 - *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*. Civitas, Madrid, 1981.
- 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.
- GARCÍA OVIEDO, Carlos
 - *Derecho Administrativo*. Tomo I, Editorial EISA, Madrid, 1955.
- GARCÍA URETA, Agustín
 - *La potestad inspectora de las Administraciones Públicas*. Marcial Pons, Madrid, 2006.
- GARCÍA-TREVIJANO FOS, José Antonio
 - *Los actos administrativos*. 2ª edición actualizada, Civitas, Madrid, 1991.
 - *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964.
- GARRIDO FALLA, Fernando y otros
 - *Régimen jurídico y procedimiento de las administraciones públicas*. Civitas, Madrid, 1995.

- GARRIDO FALLA, Fernando
 - “La llamada doctrina del silencio administrativo”. En: *Revista de Administración Pública*. N° 16, España, 1955.
 - *Tratado de Derecho Administrativo*. Volumen I, 13ª edición, Tecnos, Madrid, 2005.
- GIANNINI, Massimo Severo
 - *Diritto Amministrativo*. Volume Segundo, 3ª edición, A. Giuffré, Milano, 1993.
- GÓMEZ APAC, Hugo
 - “El procedimiento trilateral; ¿cuasi jurisdiccional?”. En: *Revista de Derecho Administrativo*. N° 10, Círculo de Derecho Administrativo, noviembre, España, 2011.
- GÓMEZ FERRER MORANT, Rafael
 - “Silencio administrativo desde la perspectiva constitucional”. En: *Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasi*. Civitas, Madrid, 1989.
- GÓMEZ TOMILLO, Manuel y SANZ RUBIALES, Iñigo
 - *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo*. 2ª edición, Thomson Reuters, Pamplona, 2010.
- GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco
 - *Derecho Administrativo español. El acto y el procedimiento Administrativos*. Eunsa, Navarra, 1997.
 - *Procedimientos administrativos especiales*. Volumen. I. Estudio preliminar, Madrid, 1991.
 - “La regulación de los procedimientos administrativos en la Ley de Defensa de la Competencia”. En: *Revista Jurídica de Navarra*. N° 9, España, 1990.
 - “Procedimiento administrativo común, procedimientos triangulares y procedimientos complejos”. En: *Revista de Estudios de la Vida Local*, N° 211, España, 1981.
 - “Estudio preliminar”. En: *Procedimientos administrativos especiales*. Escuela Nacional de Administración Pública, Madrid, 1967.
- GONZÁLEZ PÉREZ Jesús
 - *El principio general de buena fe en el Derecho Administrativo*. Thomson Reuters, Civitas, 5ª edición, 2009.
 - *Manual de Procedimiento Administrativo*. Civitas, Madrid, 2002.
 - *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*. Madrid, Thomson Reuters, 2000.
 - “La transacción en el proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”. En: *Revista de Administración Pública*, N° 145, Enero/Abril 1998, p. 28.
 - *Procedimiento administrativo federal*. Porrúa, México, 1997.
 - “El silencio administrativo y los interesados que no incoaron el procedimiento administrativo”. En: *Revista de Administración Pública*. N° 68, España, 1972.

- *El procedimiento administrativo*. Publicaciones Abella, Madrid, 1964.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús y GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco
 - *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*. Editorial Civitas, Madrid, 1997.
- GONZÁLEZ SALINAS, Jesús
 - "Notas sobre algunos de los puntos de referencia entre ley, reglamento y acto administrativo". En: *Revista de Administración Pública*, N° 121, enero-abril 1990.
- GORDILLO, Agustín
 - *Tratado de Derecho Administrativo. Parte general*. Tomo II. Fundación de Derecho Administrativo y Ara Editores, Lima, 2003.
 - *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I, Macchi, Buenos Aires, 1974.
 - "La vista de las actuaciones en el procedimiento administrativo". En: *Revista de Administración Pública*, N° 2, Buenos Aires, 1986.
 - *Procedimiento y recursos administrativos*. Jorge Álvarez Editor, Buenos Aires, 1964.
- GUAITA, Aurelio
 - *La Revisión de la Ley de Procedimientos Administrativos*. Publicación del Centro de Formación y Perfeccionamiento de Funcionarios. Madrid, 1964.
- GUERRA CRUZ, Guillermo
 - *El procedimiento administrativo. Derecho Administrativo Procesal*. Marsol, Perú Editores, Trujillo, 1999.
- GUTIERREZ COLANTUONO, Pablo
 - "El valor de la jurisprudencia: una mirada federal". En: *Estudios de Derecho Administrativo XIII. Fuentes de Derecho Administrativo*. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2007.
- GUTIERREZ RODRÍGUEZ, Marcos de Jesús
 - *La jurisprudencia como fuente de Derecho*. Editorial Juricentro, San José de Costa Rica, 1982.
- HALPERIN, David y GAMBIER, Beltrán
 - *La notificación en el procedimiento administrativo*. Depalma, Buenos Aires, 1989.
- HUAMAN ORDOÑEZ, Luis Alberto
 - "La relectura de nuestro Derecho Administrativo desde las sentencias del Tribunal Constitucional peruano: tratamiento jurisprudencial supralegal en el escenario ius administrativo". En: *IUS, Revista de Investigación Jurídica*, Año 2, N° 3, Lima, 2014.
- HUERGO LORGA, Alejandro
 - *Las Sanciones Administrativas*. Iustel, Madrid, 2007.

- 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.
 - *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*. Tomo I, Astrea, Buenos Aires, 1988.
 - *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*. Tomo II. Astrea, Buenos Aires, 1988.
- IZQUIERDO CARRASCO, Manuel
 - “La extensión de la sanción procedente en cada caso. Proporcionalidad e Individualización de las Sanciones”. En: *Derecho Administrativo Sancionador*. Rebollo Puig, Manuel y otros (obra conjunta). Lex Nova, Valladolid, 2010.
- JALVO, Belén Marina
 - *Medidas provisionales en la actividad administrativa*. Lex Nova, Madrid, 2007.
- LAGUNA DE PAZ, Jose Carlos
 - *La autorización administrativa*. Thomson Civitas, Navarra, 2006.
- LAPIERRE, José Augusto
 - “Procedimientos administrativos”. En: *Procedimiento administrativo. Jornadas Organizadas por la Universidad Austral*. Facultad de Derecho, Buenos Aires, 1998.
- LARENZ, Karl
 - *Metodología de la ciencia del Derecho*. Ariel, Barcelona, 2001.
- LONG, Marceau; WEIL, Prosper; BRAIBANT, Guy; DEVOLVE, Pierre y GENEVOIS, B.
 - *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa francesa*. Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 2001.
- LÓPEZ RODO, Laureano
 - “El procedimiento administrativo no contencioso”. En: *Revista Uruguaya de Estudios Administrativos*. Año V, Nº 1, Montevideo, 1981.
 - “Presupuestos subjetivos para la aplicación del principio que prohíbe ir contra los propios actos”. En: *Revista de Administración Pública*. Nº 9, España, 1952.
- MAC RAE THAYS, Elizabeth Roxana
 - “Principios jurisprudenciales en materia contencioso administrativa”. En: *Revista Círculo de Derecho Administrativo*, Nº 11, Lima, 2012.
- MAIRAL, Héctor
 - *La doctrina de los propios actos y la Administración Pública*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1988.
- MALJAR, Daniel
 - *El Derecho Administrativo sancionador*. Ad Hoc, Buenos Aires, 2004.

- MARAVÍ SUMAR, Milagros
 - “La simplificación administrativa: un asunto complejo”. En: *Themis. Revista de Derecho*. Nº 40, Lima, 2000.
- MARIENHOFF, Miguel
 - *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011.
 - “El exceso de punición como vicio del acto jurídico de Derecho Público”. En: *La Ley*. Buenos Aires, 1989.
- MARINA JALVO, Belén
 - *Medidas Provisionales en la actividad administrativa*. Lex Nova, Madrid, 2007.
- 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 Nº 27444, Segunda Parte, Ara Editores, Lima, 2003.
- MATEO, Ramón Martín
 - “Silencio positivo y actividad autorizante”. En: *Revista de Administración Pública*. Nº 48, España, 1965.
- MAYER, Otto
 - *Derecho Administrativo alemán*. Tomo II, Parte Especial, Editorial Depalma, Buenos Aires 1982.
- MEILAN GIL, José Luis
 - *La distinción entre norma y acto administrativo*. Instituto de Administración Pública, Madrid, 1967.
- MERKL, Adolfo
 - *Teoría General del Derecho Administrativo*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 2016.
- MESAGUER YEBRA, Joaquín
 - *Las medidas provisionales en vía administrativa*. Ed. Bosch, Barcelona, 2000.
- 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.
- MORELL OCAÑA, Luis
 - *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I, Arazandi, España, 1999.
- MORILLO-VELARDE PÉREZ, José Ignacio
 - “Hacia una nueva configuración del silencio administrativo”. En: *Revista española de derecho administrativo*, España, 1986.

- MORÓN URBINA, Juan Carlos
 - *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. 3ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2004.
- MORRIS, Clarence
 - *Cómo razonan los abogados*. Editorial Limusa Wiley, México, 1966.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago
 - "Las concepciones del Derecho Administrativo y la idea de participación en la Administración". *Revista de Administración Pública*, N° 84, España, 1977.
- NIETO, Alejandro
 - *Derecho Administrativo Sancionador*. 2ª edición ampliada, Tecnos, Madrid, 1994.
- NÚÑEZ BORJA, Humberto
 - *Ciencia de la Administración y Derecho Administrativo del Perú*. 2ª edición, Editorial El Cóndor, Lima, 1959.
- NÚÑEZ GÓMEZ, Teresa Dolores
 - "El derecho a no presentar documentos inexigibles o reiterativos". En: *Revista de Estudios de la Administración Local*, N° 290, setiembre-diciembre, Madrid, 2002.
- OECD. "Overcoming Barriers to Administrative Simplification Strategies. Guidance for Policy Makers". Año 2009, <<http://www.oecd.org/regreform/42112628.pdf>>.
- OLIAS DE LIMA GETE, Blanca
 - "Cara y cruz de la externalización". En: *Crisis y externalización en el Sector Público: ¿solución o problema?* Colección Monografías, INAP, Madrid, 2011.
- ORTIZ DÍAZ, José
 - "El precedente administrativo". En: *Revista de Administración Pública*. N° 24, Madrid, 1952
- ORTIZ ORTIZ, Eduardo
 - *Tesis de Derecho Administrativo*. Tomo I, Biblioteca Jurídica Dike, Medellín, 2002.
- OSSA ARBELÁEZ, Jaime
 - *Derecho Administrativo Sancionador. Una aproximación dogmática*. 2ª edición, Editorial Legis, Bogotá, 2009.
 - *Derecho Administrativo Sancionador. Hacia una teoría general y una aproximación para su autonomía*. Editorial Legis, Colombia, 2000.
- PANIAGUA CORAZAO, Valentín
 - "Ley de Normas Generales de Procedimiento Administrativo o Ley General de Procedimiento(s) Administrativo(s)". En: *Ius et Veritas*. Año IV, N° 06, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1993.
- PARADA, Ramón
 - *Régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común*. Marcial Pons, Barcelona, 1993.

- *Derecho Administrativo*. 7ª edición, tomo I, Marcial Pons, 1995.
- 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.
- PAREJO ALFONSO, Luciano
 - *La vigilancia y la supervisión administrativas. Un ensayo de su construcción como relación jurídica*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2016.
 - “La eficacia como principio jurídico”. En: *Documentación administrativa*. N°s 218-219, 1989, España.
- PEÑA SOLÍS, José
 - *La potestad sancionadora de la Administración Pública*. Colección de Estudios Jurídicos, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2005.
- PIRAN, Carlos José
 - *La prueba en el ámbito de la Administración*. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1973.
- PIZARRO NEVADO, Rafael
 - “Las medidas provisionales en el procedimiento administrativo: una aproximación conceptual”. En: *Derecho Administrativo Contemporáneo*. Ponencias del II Congreso de Derecho Administrativo, Lima, 2007.
- PONS CÁNOVAS, Ferran
 - *Las medidas provisionales en el procedimiento administrativo sancionador*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2001.
- REALE, Miguel
 - *Introducción al Derecho*. Pirámide, Madrid, 1984.
- REBOLLO PUIG, Manuel
 - “La actividad inspectora”. En: DIEZ SANCHEZ, Juan José (Coordinador). *Función Inspectora*. INAP, Madrid, 2013.
 - “Interesados y denunciantes en el procedimiento administrativo sancionador”. En: *El procedimiento administrativo en el Derecho comparado*. Coordinado por Javier Barnes Vásquez. Editorial Civitas, Madrid, 1993.
 - “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.
- REBOLLO PUIG, Manuel, IZQUIERDO CARRASCO, Manuel y otros
 - *Derecho Administrativo Sancionador*. Lex Nova, Valladolid, 2010.
- REY VÁZQUEZ, Luis Eduardo
 - *El principio de confianza legítima: relevancia de su incorporación al Derecho Administrativo argentino. Relación con otras instituciones*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, República Argentina. Córdoba, 2014.

- REYES PÉREZ ALBERDI, María
 - *Los derechos de participación en los estatutos de autonomía reformados recientemente*. UNED, Revista de Derecho Político, N° 73, Setiembre-Diciembre, España, 2008.
- 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,
- RIVAS CARRERAS, Víctor Rafael
 - *La reformatio in peius en el Derecho Administrativo*. Tecnos, Colección Jurisprudencia Práctica, 1991.
- RIVERO, Jean
 - “Los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo francés contemporáneo”. En: *Revista de Administración Pública*. N° 6, Setiembre-Diciembre, España, 1951.
- 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.
 - *El Estado vigilante* (Consideraciones jurídicas sobre la función inspectora de la administración). Editorial Tecnos, Madrid 2000.
- ROCCO, Ugo
 - *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Parte General. Vol. I, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1981.
- 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.
 - “El principio general del derecho de confianza legítima”. En: *Dialnet* (<http://www.dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4596172.pdf>); 2013.
- RONDÓN DE SANZO, Hildegard
 - *Estudio Preliminar de Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*. Colección textos Legislativos N° 1, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001.
 - *Teoría general de la actividad administrativa*. Librería Alvaro Nora, Venezuela, 1995.
- ROYO VILLANOVA, Segismundo
 - “El procedimiento administrativo como garantía jurídica”. En: *Revista de Estudios Políticos*, N° 48, Madrid, 1949.

- RUAN SANTOS, Gabriel
 - *El principio de legalidad, la discrecionalidad y las medidas administrativas*. Funeda, Venezuela, 1998.
- RUBIO CALDERA, Fanny
 - *La potestad correctiva de la Administración Pública*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2004.
- SALAH ABUSLEME, María Agnes
 - *Las doctrinas de los actos propios y de la protección a la apariencia: una mirada comparativa*. Revista del Magíster y Doctorado en Derecho N° 2, Chile, 2008.
- SÁNCHEZ MILITAO, Joao Bruno
 - "El poder-dever do estado no ejercicio do directo de regreso por forca do seu fundamento ético e jurídico" <<http://jus2.uol.com.br/doctrina/>>.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan
 - *Principios de Derecho Administrativo General*. Tomo II, 1ª edición, Iustel, 2004.
 - *Principios de Derecho Administrativo*. 2ª edición, volumen II, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000.
 - *Principios de Derecho Administrativo*. Volumen I, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000.
 - *Principios de Derecho Administrativo*. Volumen II, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000.
 - "Silencio positivo: una primera reflexión sobre las posibilidades de revitalizar una técnica casi olvidada". En: *Revista Documentación Administrativa*. N° 208, Madrid, 1986.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso y PAREJO ALFONSO, Luciano
 - *Derecho Administrativo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1992.
- SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, Daniel
 - *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*. Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2004.
- SAYAGUÉS LASO, Enrique
 - *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo II, Montevideo, 1959.
 - *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1953.
- SESIN, Domingo Juan
 - *Administración Pública. Actividad reglada, discrecionalidad y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial*. 2ª edición, Lexis Nexis, Depalma, Buenos Aires, 2004.

- SILVA CIMMA, Enrique
 - *Derecho Administrativo chileno y comparado: introducción y fuentes*. Volumen 1, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996.
- SOTO KLOSS, Eduardo
 - “Acercas de la obligatoriedad de los precedentes en la actividad administrativa del Estado”. En: *Revista Chilena de Derecho*. Volumen 26, N° 02, Chile, 1999.
- STASSINOPOULOS, Michel
 - *Traite des actes administratifs*. Collection de l’Institut. Français d’Athènes, Atenas, 1954.
- SUAY RINCÓN, José
 - *Sanciones Administrativas*. Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia 1989.
- TAWIL, Guido Santiago
 - “El Efecto expansivo de los pronunciamientos judiciales sobre la Administración Pública activa y los representantes en juicio”. En: *Estudios de Derecho Administrativo*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012.
- 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.
- TRAYTER JIMÉNEZ, J.M. AGUADO I CUDOLA, Vincenc
 - *Derecho Administrativo Sancionador*. Materiales. Barcelona, 1995.
- VALDEZ CALLE, Antonio
 - *Comentario a las normas generales de procedimientos administrativos*. Talleres Gráficos de Neocont. Lima, 1969.
- VANDELLI, Luciano
 - “La clasificación de los actos y de los procedimientos administrativos”. En: *IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo*. Fundación de Estudios de Derecho Administrativo. Caracas, 1988.
- VIANA CLEVES, Maria José
 - *El principio de confianza legítima en el Derecho Administrativo colombiano*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.
- VILLAR PALASI, José Luis
 - “Técnicas remotas del Derecho Administrativo”. Colección: Clásicos e Historia de la Administración. En: *Administración General*, INAP, España, 2001.
- VILLAR PALASÍ, José Luis
 - “La perspectiva del Derecho Administrativo”. En: *XI Congreso ítalo-español de profesores de Derecho Administrativo*. Cedecs, España, 1996.

- VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín
 - *Derecho Administrativo*. Tomo I, Editora Argentina, Buenos Aires, 1949.
- ZANOBINI, Guido
 - *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I, Ediciones Arayu, Buenos Aires, 1954.
- ZUBIAUR, Carlos
 - “Los procedimientos administrativos especiales”. En: *Procedimiento y proceso administrativo, Colectivo*. Dirigido por Juan Carlos Cassagne. Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005.

ÍNDICE GENERAL

ÍNDICE GENERAL

LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL - LEY N° 27444

Articulado conforme al Texto Único Ordenado
aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS

TÍTULO II DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

CAPÍTULO VI INSTRUCCIÓN DEL PROCEDIMIENTO

Artículo 170	Actos de instrucción	7
Artículo 171	Acceso al expediente	10
Artículo 172	Alegaciones	14
Artículo 173	Carga de la prueba	16
Artículo 174	Actuación probatoria	20
Artículo 175	Omisión de actuación probatoria	24
Artículo 176	Hechos no sujetos a actuación probatoria.....	25
Artículo 177	Medios de prueba	28
Artículo 178	Solicitud de documentos a otras autoridades	30
Artículo 179	Presentación de documentos entre autoridades.....	31
Artículo 180	Solicitud de pruebas a los administrados	32
Artículo 181	Normativa supletoria.....	35
Artículo 182	Presunción de la calidad de los informes.....	36
Artículo 183	Petición de informes	39
Artículo 184	Presentación de informes	42

Artículo 185	Omisión de informe.....	44
Artículo 186	Testigos	46
Artículo 187	Peritaje	47
Artículo 188	Actuación probatoria de autoridades públicas	48
Artículo 189	Gastos de actuaciones probatorias.....	49
Artículo 190	Actuaciones probatorias que afecten a terceros.....	51
Artículo 191	Proyecto de resolución	52

**CAPÍTULO VII
PARTICIPACIÓN DE LOS ADMINISTRADOS**

Artículo 192	Administración abierta	55
Artículo 193	Audiencia pública	61
Artículo 194	Convocatoria a audiencia pública	66
Artículo 195	Desarrollo y efectos de la audiencia pública.....	68
Artículo 196	Periodo de información pública.....	70

**CAPÍTULO VIII
FIN DEL PROCEDIMIENTO**

Artículo 197	Fin del procedimiento.....	79
Artículo 198	Contenido de la resolución.....	86
Artículo 199	Efectos del silencio administrativo	92
Artículo 200	Desistimiento del procedimiento o de la pretensión.....	105
Artículo 201	Desistimiento de actos y recursos administrativos	108
Artículo 202	Abandono en los procedimientos iniciados a solicitud del administrador	109

**CAPÍTULO IX
EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES**

Artículo 203	Ejecutoriedad del acto administrativo	113
Artículo 204	Pérdida de ejecutoriedad del acto administrativo.....	122
Artículo 205	Ejecución forzosa	125
Artículo 206	Notificación de acto de inicio de ejecución	130
Artículo 207	Medios de ejecución forzosa	132
Artículo 208	Ejecución coactiva	135
Artículo 209	Ejecución subsidiaria.....	137
Artículo 210	Multa coercitiva.....	139
Artículo 211	Compulsión sobre las personas.....	141

TÍTULO III
DE LA REVISIÓN DE LOS ACTOS
EN VÍA ADMINISTRATIVA

Revisión de los actos administrativos.....	145
--	-----

CAPÍTULO I
REVISIÓN DE OFICIO

Artículo 212 Rectificación de errores.....	147
Artículo 213 Nulidad de oficio.....	154
Artículo 214 Revocación.....	176
Artículo 215 Irrevisabilidad de actos judicialmente confirmados.....	187
Artículo 216 Indemnización por revocación.....	188

CAPÍTULO II
RECURSOS ADMINISTRATIVOS

Artículo 217 Facultad de contradicción.....	191
Artículo 218 Recursos administrativos.....	204
Artículo 219 Recurso de reconsideración.....	213
Artículo 220 Recurso de apelación.....	220
Artículo 221 Requisitos del recurso.....	224
Artículo 222 Acto firme.....	227
Artículo 223 Error en la calificación.....	230
Artículo 224 Alcance de los recursos.....	233
Artículo 225 Silencio administrativo en materia de recursos.....	235
Artículo 226 Suspensión de la ejecución.....	236
Artículo 227 Resolución.....	241
Artículo 228 Agotamiento de la vía administrativa.....	245

TÍTULO IV
DEL PROCEDIMIENTO TRILATERAL,
DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR
Y LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA
DE FISCALIZACIÓN

(Denominación modificada por el artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1272)

Los procedimientos administrativos especiales.....	267
--	-----

**CAPÍTULO I
PROCEDIMIENTO TRILATERAL**

Artículo 229	Procedimiento trilateral	271
Artículo 230	Marco legal	289
Artículo 231	Inicio del procedimiento	290
Artículo 232	Contenido de la reclamación	291
Artículo 233	Contestación de la reclamación	293
Artículo 234	Prohibición de responder a las contestaciones	295
Artículo 235	Pruebas	296
Artículo 236	Medidas cautelares	297
Artículo 237	Impugnación	298
Artículo 238	Conciliación, transacción extrajudicial y desistimiento	300

**CAPÍTULO II
LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA
DE FISCALIZACIÓN**

I.	Introducción	309
II.	Concepto de actividad de fiscalización	314
III.	Las finalidades preventiva y correctiva de la actividad de fiscalización	315
IV.	Las diferencias con otras figuras administrativas	317
Artículo 239	Definición de la actividad de fiscalización	319
Artículo 240	Facultades de las entidades que realizan actividad de fiscalización ...	326
Artículo 241	Deberes de las entidades que realizan actividad de fiscalización...	334
Artículo 242	Derechos de los administrados fiscalizados	339
Artículo 243	Deberes de los administrados fiscalizados	343
Artículo 244	Contenido mínimo del Acta de Fiscalización	348
Artículo 245	Conclusión de la actividad de fiscalización	353
Artículo 246	Medidas cautelares y correctivas	383

**CAPÍTULO III
PROCEDIMIENTO
SANCIONADOR**

Artículo 247	Ámbito de aplicación de este capítulo	392
Artículo 248	Principios de la potestad sancionadora administrativa	
	Inciso 1. Legalidad	397
	Inciso 2. Debido procedimiento	402
	Inciso 3. Razonabilidad	406

	Inciso 4. Tipicidad	418
	Inciso 5. Irretroactividad	429
	Inciso 6. Concurso de infracciones.....	438
	Inciso 7. Continuación de infracciones	439
	Inciso 8. Causalidad.....	444
	Inciso 9. Presunción de licitud	446
	Inciso 10. Culpabilidad.....	452
	Inciso 11. <i>Non bis in idem</i>	460
Artículo 249	Estabilidad de la competencia para la potestad sancionadora....	468
Artículo 250	Reglas sobre el ejercicio de la potestad sancionadora	471
Artículo 251	Determinación de la responsabilidad.....	474
Artículo 252	Prescripción	477
Artículo 253	Prescripción de la exigibilidad de las multas impuestas.....	487
Artículo 254	Caracteres del procedimiento sancionador.....	496
Artículo 255	Procedimiento sancionador	503
Artículo 256	Medidas de carácter provisional	507
Artículo 257	Eximentes y atenuantes de responsabilidad por infracciones	512
Artículo 258	Resolución.....	528
Artículo 259	Caducidad administrativa del procedimiento sancionador	532

TÍTULO V

DE LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DEL PERSONAL A SU SERVICIO

	La responsabilidad de la Administración Pública	545
--	---	-----

CAPÍTULO I RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Artículo 260	Disposiciones generales.....	547
--------------	------------------------------	-----

**CAPÍTULO II
RESPONSABILIDAD DE LAS AUTORIDADES
Y PERSONAL AL SERVICIO
DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

Artículo 261	Faltas administrativas	563
Artículo 262	Restricciones a ex autoridades de las entidades	575
Artículo 263	Registro Nacional de Sanciones contra Servidores Civiles	577
Artículo 264	Autonomía de responsabilidades	580
Artículo 265	Denuncia por delito de omisión o retardo de función	588

**DISPOSICIONES
COMPLEMENTARIAS FINALES**

Primera	Referencias a esta Ley	593
Segunda	Prohibición de reiterar contenidos normativos	594
Tercera	Vigencia de la presente Ley	595
Cuarta	596
Quinta	597
Sexta	Aprobación de Textos Únicos Ordenados	598
Sétima	Elaboración de Guía para la elaboración de proyectos de normas reglamentarias	624
Octava	Adecuación del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General	626
Novena	Fundamentación del silencio administrativo negativo	626
Décima	Proceso de tránsito	626

**DISPOSICIONES
COMPLEMENTARIAS TRANSITORIAS**

Primera	Regulación transitoria	629
Segunda	Plazo para la adecuación de procedimientos especiales	629
Tercera	Plazo para la aprobación del TUPA	630
Cuarta	Régimen de fedatarios	630
Quinta	Difusión de la presente Ley	630
Sexta	631
Sétima	631
Octava	631
Novena	631
Décima	632

Décimo Primera	632
Décimo Segunda	632
Décimo Tercera Casillas electrónicas o sistemas informáticos existentes o en proceso de implementación.....	633

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS DEROGATORIAS

Primera	Derogación genérica	637
Segunda	Derogación expresa	641
Tercera	641

ANEXOS

• Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1246	645
• Decreto Legislativo N° 1246, Decreto Legislativo que aprueba diversas medidas de simplificación administrativa (10/11/2016).....	655
• Decreto Legislativo N° 1256, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas (08/12/2016).....	661
• Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1272	683
• Decreto Legislativo N° 1272, Decreto Legislativo que modifica la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, y deroga la Ley N° 29060, Ley del Silencio Administrativo (21/12/2016).....	745
• Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1310	749
• Decreto Legislativo N° 1310, Decreto Legislativo que aprueba medidas adicionales de simplificación administrativa (30/12/2016).....	765
• Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1367	775
• Decreto Legislativo N° 1367, Decreto Legislativo que amplía los alcances de los Decretos Legislativos N°s 1243 y 1295 (29/07/2018)	781
• Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1452	791
• Decreto Legislativo N° 1452, Decreto Legislativo que modifica la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (16/09/2018) ...	819

BIBLIOGRAFÍA

Referencias bibliográficas	835
Índice general.....	855

Este libro se terminó de imprimir
en mayo de 2019 en los talleres gráficos
de Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.
San Alberto N° 201, Surquillo
Central: 242-2281
Lima, Perú

