

Las resoluciones que ponen fin al procedimiento administrativo. Las llamadas resoluciones “que causan estado”

Jorge Danós Ordóñez

Profesor de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad de Lima

Introducción

Mediante Ley N° 26810, publicada el 18 de junio de 1997, se han modificado varios artículos de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos (en adelante LNGPA), según Texto Único Ordenado aprobado mediante Decreto Supremo N° 02-94-JUS, así como el numeral 3) del artículo 541° del Código Procesal Civil en la parte referida al plazo para interponer la denominada acción contenciosa-administrativa.

Del tenor de las modificaciones operadas sobre la LNGPA es claro que el objetivo central del legislador ha sido precisar en qué situaciones se puede considerar agotada la denominada vía administrativa, de modo que quede expedito el camino para que los particulares puedan impugnar judicialmente las resoluciones administrativas que consideren violan sus derechos o atentan contra sus intereses legítimos.

La necesidad de dicha precisión legislativa se justifica porque son numerosos los casos en que se han generado controversias acerca del cumplimiento o no de la regla de agotamiento de la denominada “vía gubernativa o previa”, lo que motiva que con mucha frecuencia los jueces y tribunales declaren la improcedencia de los procesos judiciales iniciados por los particulares contra resoluciones administrativas que se considera no satisfacen el requisito de ser las que ponen fin al procedimiento administrativo. La ausencia de normas precisas al respecto ha traído consigo que se expida jurisprudencia contradictoria, la que origina que el particular vea rechazadas sus pretensiones ante el Poder Judicial con grave lesión a sus derechos constitucionales a la tutela judicial y de acceso a la justicia, porque los magistrados muchas veces por desconocimiento rechazan demandas bajo el criterio equivocado de que no se agotó la vía previa.

Asimismo resultaba indispensable regular los casos en que las resoluciones son expe-

didadas por órganos administrativos que no están sometidos a un superior jerárquico (caso de los alcaldes, ministros, jefes o titulares de entidades públicas descentralizadas, etc.) y por ende respecto de las cuales no es posible la interposición del recurso de apelación, como lo prescribía inexorablemente el tenor –ahora suprimido– de la primera parte del artículo 100° de la Ley, conforme al cual la vía administrativa sólo se consideraba agotada con la resolución expedida en segunda instancia.

El objetivo de este trabajo es estudiar los alcances de las mencionadas modificaciones introducidas por la Ley N° 26810 en la LNGPA y en el Código Procesal Civil, ya que dichas normas tendrán repercusiones incluso respecto de las leyes relativas a los procesos constitucionales de garantía en las que, como sucede en la acción de amparo, la regla general también consiste en que los particulares ejerciten previamente todos los recursos administrativos que precisamente la LNGPA les franquea.

1. Base constitucional: la exigencia de que la resolución “cause estado”

La primera Constitución que consagró a ese nivel la acción contenciosa-administrativa como mecanismo de control judicial de las actuaciones administrativas fue la de 1979, cuyo artículo 240° precisamente estableció que dicha acción sólo procedía contra acto o resolución administrativa “que causa estado”.

El contenido del mencionado precepto ha sido virtualmente reproducido en el artículo 148° de la Constitución de 1993¹, por lo que actualmente la acción contenciosa-administrativa sigue siendo el cauce ordinario para el control jurisdiccional de las decisiones administrativas, ostentando carácter indisponible para el legislador, el mismo que estaría prohibido constitucionalmente de impedir o restringir su ejercicio².

El precedente legislativo más antiguo de los preceptos constitucionales citados fue el artículo 11° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, dictada en 1962 mediante Decreto Ley N° 14605, que también dispuso la necesidad de agotar la vía administrativa para impugnar la legalidad de los actos administrativos.

Asimismo, el denominado “Reglamento de Normas Generales de Procedimientos Administrativos” aprobado por Decreto Supremo N° 006-SC de 21 de noviembre de 1967, que constituye la base de la vigente LNGPA, reiteró, principalmente en sus artículos 8° y 117°, la exigencia del requisito indispensable del agotamiento de la vía administrativa para que los particulares pudieran cuestionar las resoluciones administrativas ante el Poder Judicial.

¹ Art. 148°.- “Las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contenciosa-administrativa”. Llama la atención que Gustavo Bacacorzo en su “Tratado de Derecho Administrativo”, Lima, 1997; Tomo II, pp. 115 y 117, critique que la Carta de 1993 no haya consagrado la acción contenciosa-administrativa, como en su opinión sí lo hizo acertadamente su antecesora.

² En tal virtud resultaría violatorio de la Constitución el enunciado amplio del segundo párrafo del artículo 540° del Código Procesal Civil vigente, en la parte que regula el proceso contencioso-administrativo bajo la denominación de “Impugnación de acto o resolución administrativa”, porque admite con carácter general que por ley se puedan establecer casos de inimpugnabilidad de actos administrativos, lo que atenta contra el principio de control judicial de las decisiones administrativas, que constituye uno de los elementos esenciales del Estado de Derecho en orden a encausar la actuación de la administración pública dentro del marco de la legalidad.

Sin embargo, aun mucho antes que los mencionados precedentes normativos, la exigibilidad del agotamiento de la vía administrativa fue una regla creada jurisprudencialmente por la Corte Suprema para permitir la impugnación judicial de resoluciones administrativas³. Incluso el anteproyecto de Constitución preparado en 1931 por la comisión presidida por Manuel Vicente Villarán proponía en su artículo 145° la consagración del denominado recurso contencioso-administrativo sujeto también al condicionamiento de agotar de manera previa el procedimiento administrativo, regla con toda seguridad recogida de los mencionados precedentes judiciales.

La expresión "causar estado" utilizada por el artículo 148° de la Constitución vigente para referirse a los actos o resoluciones que pueden ser objeto de impugnación judicial parece haber sido tomada de la Ley Española de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa de 1888, que en su artículo 1° establecía como primer requisito del recurso contencioso-administrativo que las resoluciones administrativas "causen estado", es decir que no fueran susceptibles de recurso alguno por la denominada "vía gubernativa"⁴.

En opinión de Vicente Santamaría de Paredes⁵ conforme a la citada Ley española de 1888, para que una resolución administrativa causare estado se requería que tuviese el "...carácter de definitiva, porque mientras no lo tenga todavía puede la administración dictar otra, en virtud de la facultad que tiene el superior de revocar, suspender y corregir los actos del inferior, sin dar lugar al agravio". Según dicho autor "no hay agravio, no hay conflicto, en tanto que la administración no dice su última palabra, por medio de la autoridad a quien compete decirla en el orden jerárquico correspondiente. Cuando la resolución de que se trata adquiere ese carácter de firmeza, que impide toda reforma o mudanza por parte de la Administración, ya porque desde luego la dictó quien podía dictarla sin apelación a nadie, o porque siendo apelable se ha llegado al último límite de la apelación, se dice que causa estado".

Aparentemente buena parte de la doctrina española considera que la exigencia de la reclamación administrativa previa para demandar al Estado surge influida por la obligatoriedad entonces vigente de realizar conciliación previa a todo proceso judicial de carácter civil, establecida en España desde la Constitución de 1812⁶. Por dicha razón, como veremos más adelante, el concepto de reclamación administrativa previa está asociado, principalmente en sus orígenes, a una suerte de técnica para promover la conciliación o transacción en aquellos conflictos en que sea parte la administración pública.

En este punto es conveniente precisar algunos conceptos: acto administrativo que "causa estado" es aquél que agota o pone fin a la vía administrativa porque fija de manera

³ Sobre el tema: Alberto Ruiz-Eldredge. "Manual de Derecho Administrativo", Lima, 1990; pp. 276 y 277. Se pueden leer antecedentes jurisprudenciales en: Juan C. Morón Urbina. "La vía administrativa en el derecho peruano". Lima, 1992; pp. 208 y 209.

⁴ Pemán Gavín, Juan. Vía administrativa previa y derecho a la tutela judicial. En: *Revista de Administración Pública*. Madrid, 1992; N° 127, p. 145.

⁵ En: "Curso de Derecho Administrativo". Madrid, 1890; p. 766.

⁶ Revisar: Santamaría Pastor, Juan Alfonso. Sobre el origen y evolución de la reclamación administrativa previa. En: *Revista de Administración Pública*. Madrid, N° 77; pp. 84 a 101, para quien la reclamación administrativa previa surgió como consecuencia de la conjunción de varias necesidades coyunturales existentes en España en la segunda mitad del siglo XIX, y aunque a su criterio constituye "un auténtico fósil de singular valor", considera que representa uno de los aspectos capitales del Derecho Administrativo como ordenamiento exorbitante o privilegiado de la administración. Sobre el tema se puede revisar también: Manuel Clavero Arévalo "Estudios de Derecho Administrativo", Ed. Civitas, Madrid, 1992; pp. 185 y ss.; asimismo Enrique Serrano Girado. "El recurso contencioso-administrativo y el requisito de que la resolución cause estado". En: *Revista de Administración Pública*, N° 10. Madrid, 1953; pp. 109 y ss. y Andrés Betancor R. "El Acto Ejecutivo", CEC., Madrid, 1992; pp. 186 y ss.

definitiva la voluntad de la Administración, constituye la manifestación final de la acción administrativa respecto de la cual no es posible la interposición de otro recurso impugnativo, debiendo entenderse que ello ocurre cuando se ha llegado al funcionario superior con competencia para decidir en definitiva sobre el acto impugnado, por lo que únicamente podría ser objeto de cuestionamiento ante el Poder Judicial.

En cambio, el concepto de "acto definitivo" o acto que hace "cosa juzgada administrativa" no es siempre lo mismo que acto que causa estado, porque sólo quiere referirse al acto o resolución que goza de un estado de permanencia que impide su modificación, pero que no necesariamente pone fin al procedimiento. Se trata de actos firmes, o consentidos por el transcurso de los plazos para recurrir, respecto de los cuales no cabe impugnación alguna. Sin lugar a dudas el acto que causa estado puede ser un acto definitivo o hacer cosa juzgada administrativa, pero también hay actos administrativos que producen el mismo efecto sin causar estado, como sería el caso de una resolución dictada por un funcionario de menor rango que no es recurrida oportunamente por el interesado ante el órgano superior que le preceda inmediatamente en la línea jerárquica⁷.

Finalmente, cabe hacer referencia que en el Derecho español y en el argentino se permite la impugnación judicial no sólo de los actos administrativos que causan estado o ponen fin al procedimiento administrativo, sino también de aquellos actos de trámite cualificados que impiden la continuación del procedimiento administrativo o producen indefensión, pese a no decidir sobre el fondo de la cuestión, con el objeto de que el particular no vea melladas sus posibilidades de tutela judicial para el control de la legalidad administrativa⁸.

2. Debate doctrinal acerca de la conveniencia del mantenimiento de la "vía previa" administrativa

Actualmente existe en la doctrina de Derecho Administrativo un arduo debate sobre la conveniencia o no de mantener la exigencia impuesta al particular de agotar las instancias administrativas como presupuesto necesario para cuestionar judicialmente los actos administrativos.

Las posturas contrarias consideran que condicionar la justiciabilidad de los actos administrativos a la obligación de impugnarlos previamente en sede administrativa constituye una carga procesal impuesta a los particulares en beneficio exclusivo de la administra-

⁷ Sobre los conceptos de "acto que causa estado" y "acto definitivo" o que "hace cosa juzgada administrativa" revisar entre otros autores: Tomas Hutchinson "Ley Nacional de Procedimientos Administrativos". Astrea, Buenos Aires, 1997; Tomo 1, pp. 339 y ss.; Eladio Escusol Barra y Jorge Rodríguez-Zapata Perea "Derecho procesal Administrativo". Tecnos, Madrid, 1995; p. 347; Luis De la Morena y De La Morena "Curso de Derecho Administrativo". Madrid, 1990; T 2, p. 88 y Jesús González Pérez "Comentarios a la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común". Civitas, Madrid, 1997; Tomo II, p. 1712.

⁸ En España la posibilidad de iniciar el contencioso-administrativo contra resoluciones de trámite que impiden la culminación del procedimiento administrativo provocando indefensión está contemplada en el artículo 37.1 de la denominada Ley de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa de 1956, en Argentina la misma regla está recogida en el inciso b) del artículo 23° de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Sobre España se puede revisar a José A. García-Trevijano Garnica "La Impugnación de los actos administrativos de trámite". Ed. Montecorvo, Madrid, 1993. Respecto de Argentina revisar Tomas Hutchinson, *op. cit.*; T. 1, p. 443.

ción, situación que puede vulnerar los derechos constitucionales de acceso a la jurisdicción, de defensa y de tutela judicial.

Sin perjuicio de que posteriormente ahondemos sobre lo expuesto, es conveniente sistematizar los argumentos que en la doctrina se han esbozado para explicar y justificar la obligatoriedad de agotar la vía administrativa previa como condición para demandar judicialmente las actuaciones de la administración:

a) Desde el ángulo de los fines que sirven a los intereses de la administración:

- Señala Luis De la Morena y De la Morena⁹ que los recursos administrativos "cumplen una función de garantía para la administración: la de darle, al menos, una segunda oportunidad de rectificar sus errores jurídicos, si considera que actuó de manera ilegal o inconveniente, o de aprestarse a mejor defender el interés público, si estima que actuó correctamente...".
- Para Juan José Díez Sánchez¹⁰ los recursos impugnativos "pueden funcionar como filtros de reclamaciones evitando que conozcan los tribunales de asuntos que hubieran sido zanjados, quizá por la administración atendiendo los argumentos de los recurrentes"; también permiten que la propia administración pueda "rectificar o resolver a instancia de parte esos litigios sin necesidad de recurrir a las instancias judiciales".
- Asimismo, en palabras de Luis De la Morena y De la Morena (*op. cit.*), los recursos impugnativos tienden a asegurar el control de legitimidad y conveniencia de los actos administrativos de los órganos inferiores por los superiores, porque como la administración tiene una estructura jerarquizada "le interesa mucho que los órganos superiores puedan controlar lo que hacen los inferiores. Y es evidente que ese control, salvo que una norma les permita, excepcionalmente, revocar o suspender de oficio los actos de sus subordinados..., sólo lo podrán ejercer si los administrados recurren ante ellos (en vía de recurso de alzada) los actos de estos últimos trasladando así desde abajo hacia arriba, unas competencias decisorias que, en circunstancias normales, no podrán ejercer por no ser suyas".

b) Desde el ángulo de los fines que sirven a los intereses de los administrados:

- Comenta Luis De la Morena y De la Morena (*op. cit.*; p. 108) que a través de los recursos administrativos podría llegar a obtenerse una suerte de solución negociada extrajudicial o amistosa (etapa previa conciliatoria), mediante la utilización del "poder decisorio que la obligación de resolver el recurso interpuesto pone en sus manos, para convenir, de hecho, con el recurrente el contenido de la resolución a dictar, por cuanto en ella, sí podrá reconocerle ya los derechos que tenga y, excepcionalmente, también los que no tenga, si existen razones de equidad para con él o de conveniencia para el interés público si así lo exigieran". A decir de Martín Ma. Razquin Lizárraga¹¹ los recursos administrativos evitan que los parti-

⁹ "Curso de Derecho Administrativo", Tomo III. Madrid, 1990; pp. 106 y 107.

¹⁰ "El Procedimiento Administrativo Común y la Doctrina Constitucional". Ed. Civitas, Madrid, 1992; p. 238.

¹¹ "Recursos Administrativos y Administración Local. Régimen general y régimen especial". En: *Revista Vasca de Administración Pública* N° 41, 1995; p. 452.

culares acudan a un proceso judicial "que es lento (tardanza en las sentencias) y caro (costes de abogado), cuando en muchos casos su caso se resolvería fácil y gratuitamente a través de la interposición de un recurso administrativo", más aún cuando se trata de pretensiones de escaso valor económico.

- Para Juan José Díez Sánchez (*op. cit.*; p. 238) los recursos administrativos se justifican porque permiten que los administrados puedan reaccionar en defensa de sus derechos e intereses legítimos contra las decisiones administrativas que los afectan y eventualmente eliminar el perjuicio que comportan.

c) Desde el ángulo de los fines que sirven al Poder Judicial:

- Reduce el volumen de la carga procesal porque evita que los jueces y tribunales conozcan de asuntos que podrían ser resueltos en forma satisfactoria para los particulares previamente en sede administrativa. Evita la proliferación de litigios judiciales innecesarios (función conciliatoria).
- Resulta conveniente que en materias muchas veces muy técnicas y complejas los jueces y tribunales dispongan de los elementos técnicos de juicio suficientes que le puede proporcionar una entidad administrativa especializada (como las superintendencias, tribunales administrativos, etc.) que resuelva en última instancia los recursos impugnativos, a fin de valorar si se encuentran o no conformes a Derecho las controversias administrativas llevadas para su conocimiento (función preparatoria).

En contra de la obligatoriedad de agotar la vía administrativa previa como requisito procesal obligatorio para que los particulares impugnen ante el Poder Judicial las decisiones administrativas que los afecten, se han pronunciado amplios sectores de la doctrina administrativa entre los que se cuentan voces autorizadas como Eduardo García De Enterría, Tomás-Ramón Fernández y Jesús González Pérez, entre muchos otros, para quienes el sistema de recursos administrativos, en cuanto presupuesto indispensable para la impugnación judicial, parece concebido más como un privilegio de la administración creado en su exclusivo beneficio que como una garantía de los particulares, para quienes constituye más bien una carga.

Al respecto transcribimos la opinión de Eduardo García De Enterría y Tomás-Ramón Fernández (*op. cit.*; p. 439) porque es particularmente ilustrativa de las objeciones que se formulan a la regla de la exigencia del agotamiento de la vía administrativa previa, para quienes:

"el cumplimiento de esta carga de recurrir previamente en la vía administrativa, dentro, además, de plazos fugacísimos..., del que dependen tan importantes efectos..., implica un importante aplazamiento de la posibilidad de obtener una decisión en justicia a través de un verdadero proceso y ante una instancia neutral e independiente..., lo cual es especialmente grave si se tiene en cuenta que los actos administrativos comienzan a producir efectos desde la fecha en que se dictan..., sin que el recurso sirva por sí mismo para frenar o paralizar esa inmediata eficacia, que sólo excepcionalmente puede ser suspendida. La desorbitada dura-

ción que en algunos casos alcanza la vía gubernativa previa...hace especialmente dramática esta situación, que parece concebida más en beneficio de la administración, que en garantía de los administrados".

Para el mencionado sector dominante de la doctrina administrativa decididamente crítico a la regla de la obligatoriedad de la exigencia del agotamiento de la vía previa como presupuesto procesal para admitir el cuestionamiento de las decisiones administrativas ante el Poder Judicial, debe convertirse la vía previa de preceptiva en facultativa, que es como opera en Francia e Italia, entre otros ejemplos.

Como consecuencia del escepticismo generalizado sobre la utilidad de la vía previa administrativa se observa que en España la relativamente reciente "Ley del Régimen Jurídico de la Administración Pública y del Procedimiento Administrativo Común" N° 30/1992 ha reducido el número de recursos impugnativos suprimiendo el denominado recurso de "reposición" (que es el equivalente al que en nuestro ordenamiento es el de reconsideración), dejando al recurso de "alzada" (equivalente a nuestro recurso de apelación) bajo la denominación de recurso "ordinario" como el único posible recurso impugnativo de obligatoria interposición para agotar la vía administrativa¹².

En nuestro país la única norma que ha flexibilizado la exigencia del agotamiento de la "vía previa" como presupuesto de la impugnación judicial de los actos administrativos ha sido la Ley N° 23506, reguladora de las acciones de Hábeas Corpus y de Amparo que en su artículo 28° contempla importantes excepciones a dicho requisito en atención a la posición preferente que ocupan los derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional peruano¹³. No existe, sin embargo, regla semejante que establezca supuestos de excepción para la interposición de la demanda contenciosa-administrativa en la que sí opera en toda su plenitud el mencionado requisito¹⁴.

En nuestra opinión la práctica demuestra que la regla que exige el agotamiento de la vía previa administrativa ha sido entendida por la jurisprudencia nacional con un sentido virtualmente ritualista, como un requisito de cumplimiento fatal o inexorable, aun en aquellos casos en que era evidente la inexistencia de recurso impugnativo alguno disponible para el particular. El excesivo formalismo de la jurisprudencia ha convertido a dicha regla en una barrera infranqueable o imposición irrazonable a los fines de acceso a la jurisdicción, olvidándose que los requisitos formales se establecen para asegurar el acierto de las decisiones jurisdiccionales y su conformidad con la regla de justicia y no como una carrera

¹² José Álvarez Cienfuegos hace notar que la legislación administrativa española se ha equiparado en cierta medida a la alemana en la que desde 1960 se sustituyeron todos los recursos impugnativos dispersos por un único recurso administrativo denominado de contradicción. En: "Comentario Sistemático a la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común", Juan A. Santamaría Pastor y otros autores. Madrid, 1993; p. 337.

¹³ En el derecho comparado no es extraño que se exima de la obligación de agotar la vía administrativa a los particulares que demandan la tutela judicial de sus derechos fundamentales, tal es el caso de España cuya Ley 62/1978 titulada de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, en su artículo 7.1. le otorga carácter potestativo al agotamiento de la vía administrativa para la interposición del denominado "recurso de amparo ordinario" (Marc Carrillo. "La aplicación jurisdiccional del recurso de amparo ordinario". En: *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N° 11, Madrid, 1992; p. 93), es también el caso de Colombia respecto de la Acción de Tutela para cuya interposición no es requisito agotar previamente la vía administrativa, según lo establece el artículo 9° del respectivo Decreto reglamentario. (Jorge Arenas Salazar. "La tutela. Una acción humanitaria". Bogotá, 1993; p. 160).

¹⁴ El numeral 5 del artículo 446° del Código Procesal Civil consagra la denominada excepción de "falta de agotamiento de la vía administrativa".

de obstáculos que prive a los particulares de la posibilidad de acceder a la tutela judicial respecto de actos muchas veces arbitrarios de la administración pública.

De conformidad con la doctrina más avanzada¹⁵ consideramos que la vía previa como requisito formal debería ser interpretada con criterio restrictivo, atenuando el excesivo rigorismo impuesto por la jurisprudencia que la hace aparecer como un poderoso privilegio que beneficia a los entes administrativos en desmedro de las posibilidades de defensa de los ciudadanos.

3. Las formas de agotamiento de la vía previa

Como señalábamos en la introducción de este trabajo, la Ley N° 26810 ha incorporado modificaciones en la redacción de algunos dispositivos del Texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos con el deliberado objeto de precisar los supuestos en que se considera agotada la vía administrativa, en aquellos casos en que no exista norma expresa sobre la materia.

En nuestra opinión dicha ley no ha realizado en realidad ninguna innovación sobre el tema limitándose más bien a formular meras precisiones a las reglas que se puede considerar que ya estaban presentes en el texto vigente desde fecha anterior a la nueva ley.

Lo importante radica en que, en nuestro concepto, las precisiones introducidas por la mencionada ley respecto de las resoluciones que ponen fin al procedimiento administrativo tendrán repercusiones no sólo en lo que respecta a la evaluación del cumplimiento de los requisitos de procedibilidad del proceso contencioso-administrativo, sino también para los procesos constitucionales como el de amparo y otros para los que rige también la exigencia de agotar la vía previa administrativa como requisito para cuestionar una decisión administrativa.

1) Al respecto, el segundo párrafo del nuevo texto del artículo 8° del TUO. de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos señala que el criterio determinante para establecer si un acto administrativo agota o no la vía administrativa es alternativamente la situación subordinada o de superioridad jerárquica de la autoridad u órgano administrativo que lo expidió¹⁶, por ello sistematizaremos las siguientes reglas:

¹⁵ Sobre el tema ver: Jorge E. Soriano García. "¿Desaparece la vía previa?" En: *Civitas-Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 34, 1982; pp. 505 y ss.; Juan Pernán Gavín. "Vía administrativa y derecho a la tutela judicial". En: *Revista de Administración Pública*, N° 127. Madrid, 1992; pp. 145 y ss, también Tomás-Ramón Fernández. "Reflexiones sobre la utilidad de la vía administrativa de recurso". En: *Documentación Administrativa*, N° 221, monográfico dedicado a los recursos administrativos, Madrid, 1990; pp. 5 y ss.

¹⁶ Ello es perfectamente explicable porque la Administración Pública como toda organización de gran dimensión se asienta en una estructura básicamente jerarquizada y piramidal, es decir con escalonamiento de los órganos en una estructura de mayor a menor mando sobre la organización. Entre los poderes que doctrinalmente se le reconocen a un superior jerárquico se cuenta precisamente la posibilidad de controlar la actuación de los órganos inferiores vía la resolución de los recursos que se interpongan para impugnar sus actos. Sobre el tema se puede revisar: Luciano Parejo Alfonso "Apuntes de Derecho Administrativo. La organización administrativa en general". Universidad Complutense, Madrid, 1982; pp. 75 y ss. En cambio Gustavo Bacacorso parece estar en contra de la utilización de los criterios de jerarquía y correlativamente de subordinación para determinar cuando se agota la vía administrativa, op. cit.; T. 1, p. 103.

Conforme al inciso a) del mencionado artículo 8° si el acto o resolución administrativa ha sido dictado por un funcionario que no está sometido a subordinación, es decir que carece de superior jerárquico, dicho acto por sí mismo agota la vía administrativa porque no constituye un requisito exigible la interposición del recurso de reconsideración, ya que como reza expresamente el artículo 98° del TUO dicho tipo de recurso impugnativo tiene carácter opcional, y es obvio que no cabe interponer recurso de apelación porque en el supuesto indicado no existiría superior jerárquico que pueda resolverlo. Tal es el caso de los actos administrativos dictados por titulares de entidades públicas que no están funcionalmente sometidos a superiores jerárquicos, como entre muchos otros, el del Superintendente de Banca y Seguros, del Contralor General, de los ministros¹⁷, de los titulares de entidades descentralizadas del gobierno central y de los alcaldes, porque en nuestra opinión los respectivos concejos de los gobiernos locales no pueden considerarse "superiores jerárquicos" de los alcaldes ya que ejercen funciones que han sido plenamente diferenciadas por la Constitución de 1993¹⁸.

Como se puede apreciar en el caso descrito la interposición del recurso de reconsideración es una facultad enteramente discrecional del interesado, quien deberá evaluar la conveniencia o no de su planteamiento, lo cual es una regla que nos parece justificada para no dilatar innecesariamente el acceso a la jurisdicción, porque corresponderá al particular realizar la evaluación de la posibilidad de que sus argumentos encuentren o no receptibilidad ante la misma instancia administrativa que expidió el acto administrativo cuestionado.

El dispositivo objeto de este comentario precisa que igual regla se aplica respecto del silencio administrativo negativo que se produzca como consecuencia de la no expedición de la correspondiente resolución por el órgano o funcionario no subordinado dentro del plazo de 30 días útiles establecido por el artículo 87° del TUO. Asimismo norma semejante se aplica en virtud del segundo párrafo del artículo 98° del TUO si el particular hubiere optado por interponer recurso de reconsideración contra la resolución administrativa expresa o contra el silencio administrativo de carácter negativo. En este punto conviene enfatizar que en caso de producirse el silencio administrativo negativo por la no resolución dentro de los plazos legales ello no determina el inicio del cómputo de los plazos para impugnar en sede administrativa o interponer demanda contenciosa-administrativa o de garantía ante el Poder Judicial porque, conforme desarrollaremos más adelante, el silencio administrativo negativo es una figura creada por la ley en garantía y nunca en perjuicio de los particulares.

Nos parece importante resaltar que el legislador no ha considerado inexorable la vigencia del principio de la instancia plural en el procedimiento administrativo porque, en criterio que compartimos, es evidente que existen circunstancias en que es imposible la apelación de un acto administrativo ante un superior jerárquico que no existe, como suce-

¹⁷ Conforme al penúltimo párrafo del artículo 37° de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo dictada mediante Decreto Legislativo N° 560 por regla general el Ministro es la última instancia administrativa del sector o de los sectores a su cargo respecto de las reclamaciones interpuestas contra *órganos* (no organismos con personalidad jurídica) dependientes de él (conviene hacer notar que conforme a los artículos 46° al 50° sólo son órganos las Oficinas o Direcciones internas de los Ministerios), salvo aquellos casos, en nuestro concepto excepcionales, en que las leyes especiales exigen la expedición de una Resolución Suprema con intervención del Presidente de la República.

¹⁸ Ver segundo párrafo del artículo 191° de la Constitución: "Corresponden al Concejo las funciones normativas y fiscalizadoras; y a la alcaldía, las funciones ejecutivas".

de cuando un acto ha sido dictado por funcionarios que por mandato constitucional o legal gozan de autonomía administrativa en sus funciones. Ello no es novedoso en nuestro ordenamiento administrativo en el que existen numerosas normas que establecen una sola instancia de impugnación en sede administrativa, porque lo decisivo para la protección de los derechos e intereses de los particulares no es el establecimiento de numerosas instancias administrativas, sino que no se obstaculice innecesariamente sus posibilidades de acceder a la tutela judicial en demanda del control de legalidad de la administración pública.

2) Conforme al inciso b) del artículo 8° del TUO si el acto o resolución administrativa ha sido dictado por un funcionario subordinado a otro de superior jerarquía se requiere la interposición del correspondiente recurso de apelación para agotar la vía administrativa. En dicho caso se considera que causa estado el acto administrativo que resuelva expresamente la apelación o el silencio administrativo que se produzca como consecuencia de la no resolución del recurso de apelación dentro del plazo de 30 días útiles fijado por el segundo párrafo del artículo 99° del TUO.

En virtud de la citada norma queda claro que el recurso de apelación es el recurso impugnativo que por regla general agota la vía previa cuando se trata de resoluciones o actos dictados por órganos administrativos sometidos a jerarquía.

Lo dicho no significa en modo alguno que en nuestro ordenamiento procesal administrativo se haya consagrado con carácter obligatorio la regla de la doble instancia, porque es evidente que en virtud de las modificaciones dispuestas por la Ley N° 26810 se ha suprimido lo expresado por la primera parte del artículo 100° del TUO que textualmente establecía lo siguiente: "La vía administrativa queda agotada con la resolución expedida en segunda instancia...", en base a las siguientes consideraciones que resumimos de la exposición de motivos del proyecto que dio origen a la mencionada ley:

- a) Como se ha comentado en el acápite anterior es perfectamente posible que la vía administrativa se agote con la sola resolución expedida por una autoridad no sometida a subordinación jerárquica o con la interposición del recurso de reconsideración en el mismo supuesto,
- b) En el caso de actos o resoluciones expedidos por una autoridad sometida a jerarquía se puede agotar la vía administrativa con la sola interposición de un recurso de apelación sin que se tenga que recurrir a dos instancias porque el recurso de reconsideración es por naturaleza de carácter voluntario.
- c) Finalmente, es necesario recordar que no siempre es posible para los particulares interponer recurso de reconsideración porque el artículo 98° del TUO exige para dichos efectos el acompañamiento de "nueva prueba instrumental" lo cual no es viable en todos los casos, razón por la cual en ocasiones los particulares sólo pueden interponer el recurso de apelación que permite la discusión de asuntos de puro derecho.

3) Conforme al inciso c) del artículo 8° del TUO es indispensable interponer recurso de revisión para agotar la vía administrativa cuando se trate de actos o resoluciones admi-

nistrativas que hayan sido impugnadas ante instancias administrativas que no tienen competencia nacional, siempre que la autoridad que en última instancia resolvería el recurso de revisión sí tenga dicho carácter. La obligatoriedad de interponer el recurso de revisión sólo opera respecto de entidades administrativas con presencia nacional cuando la controversia se ha originado respecto de actos o resoluciones dictados por órganos desconcentrados ubicados fuera de la capital, tal es el caso de los ministerios y de otras entidades como el Instituto Peruano de Seguridad Social, etc. Por dicha razón se debe entender que jamás procede el recurso de revisión en el caso de actos administrativos dictados por municipalidades, porque no existe constitucionalmente posibilidad de que exista alguna autoridad administrativa "de competencia nacional" que tenga jurisdicción para resolver en última instancia administrativa sus controversias.

En nuestra opinión el inciso c) del artículo 8° del TUO y la modificación operada sobre el texto del artículo 100° del TUO ponen en evidencia que el denominado recurso de revisión tiene carácter sumamente extraordinario porque sólo es indispensable su interposición como requisito para agotar la vía previa cuando se impugnen actos o resoluciones administrativas expedidas por autoridades descentralizadas o desconcentradas dependientes de otra autoridad de competencia nacional que será la llamada a resolverlo¹⁹.

4) Finalmente, en el inciso d) del artículo 8° del TUO se repite una norma que ha estado vigente desde que fuera dictado en 1967 el Decreto Supremo N° 006-SC, denominado Reglamento de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, conforme a la cual las resoluciones expedidas por la Administración Pública en ejercicio de la facultad de declarar la nulidad de oficio de los actos administrativos en base a los artículos 109° y siguientes del TUO no requieren de impugnación alguna en sede administrativa, por lo que agotan por sí mismas la vía administrativa pudiendo ser demandadas directamente ante el Poder Judicial.

Entendemos que la regla glosada se justifica porque la referida potestad de la Administración para declarar de oficio la nulidad de sus propios actos administrativos es una de las modalidades de procedimientos que la legislación contempla para la revisión de sus actos en sede administrativa.

Como se sabe, los actos administrativos pueden ser objeto de revisión en vía administrativa a pedido de parte o de oficio por decisión de la propia Administración. La revisión de los actos administrativos a pedido de parte se instrumenta través de la interposición de los recursos administrativos que la ley franquea a los particulares para impugnarlos y que pueden dar lugar a la modificación, revocación o declaratoria de nulidad de los actos cuestionados. En cambio la revisión de los actos administrativos de oficio por la Administración motu proprio, sin requerimiento de parte, se produce cuando ejerce la potestad que le confiere el artículo 109° y siguientes del TUO para declarar la nulidad de un acto administrativo por razones de legalidad siempre y cuando se cumpla con los requisitos previstos por los citados dispositivos: que se trate de un acto que padezca de vicio de

¹⁹ Sobre los recursos administrativos se puede consultar a Juan Carlos Morón Urbina "Derecho Procesal Administrativo", Página Blanca editores, Lima, 1997; pp. 305 y ss., obra que no obstante haber sido escrita con anterioridad a las modificaciones dispuestas por la ley N° 26810 formula interesantes apreciaciones sobre la materia.

nulidad de pleno derecho, que agravie el interés público, que la nulidad sea declarada por el superior jerárquico del funcionario que expidió el acto administrativo que se anula y que dicha potestad sea ejercitada antes de los seis (6) meses contados a partir de la fecha en que quedó consentido el acto objeto de la revisión.

Como se puede apreciar, siendo la declaratoria de nulidad de oficio de un acto administrativo una manifestación de las modalidades de revisión de los actos administrativos en sede administrativa, se justifica que el TUO le asigne la calidad de resolución que pone fin al procedimiento administrativo eximiendo al particular de la carga de impugnarla mediante recursos administrativos, dejando más bien la puerta abierta para su impugnación directa ante el Poder Judicial.

No podemos terminar este trabajo que da cuenta de las reglas sobre agotamiento de la vía previa en la ley de procedimientos administrativos sin explicar el propósito de la modificación del texto del numeral 3) del artículo 541° del Código Procesal Civil, en lo referido al silencio administrativo negativo. Conforme a dicho dispositivo, en caso de que se produzca el mencionado silencio administrativo negativo en los procedimientos iniciados por interposición de recursos administrativos en cualesquiera de los casos contemplados por los incisos a) b) y c) del segundo párrafo del artículo 8° del TUO dicha circunstancia no implica el inicio del cómputo de los plazos para que el particular interponga la correspondiente demanda contenciosa-administrativa, quedando más bien habilitado para interponer la demanda en cualquier momento, en tanto la Administración no cumpla con resolver de manera expresa.

En nuestra opinión ésta es una norma correcta porque responde al carácter garantista del silencio administrativo negativo que es una figura creada por el legislativo con el solo propósito de favorecer al particular frente a la inercia de los órganos administrativos. El silencio administrativo no produce un acto presunto, se trata más bien de un hecho al que la ley permite que el particular le asigne efectos jurídicos. En tal virtud debe entenderse que la Administración conserva la obligación de resolver de manera expresa en tanto el particular no ejercite su derecho a impugnar el referido silencio en el momento que lo considere conveniente²⁰. El vencimiento de los plazos establecidos para que la Administración conteste los recursos de los administrados no puede volverse en perjuicio de estos últimos ni dar lugar a la caducidad del derecho o prescripción de la acción.

La norma objeto de este comentario final se ha limitado a recoger el criterio establecido por la jurisprudencia de la Corte Suprema en diversas ejecutorias publicadas en el Diario Oficial respecto de procesos contenciosos-administrativos y de amparo, por lo que consideramos que si bien se trata de un dispositivo formalmente referido a dichos procesos contenciosos-administrativos que tienen por finalidad cuestionar la validez o eficacia de actos administrativos la misma regla es predicable respecto de los procesos constituciona-

²⁰ Sobre el tema se puede revisar un trabajo nuestro. "El silencio administrativo como técnica de garantía del particular frente a la inactividad formal de la Administración". En: *Ius et Veritas*, revista de estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 13, 1996; pp. 225 y ss. Señala Tomas Hutchinson, *op. cit.*, T. 1, p. 503 que el artículo 26° de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos de Argentina consagra también la regla que en caso de producirse silencio administrativo negativo se puede iniciar el contencioso-administrativo contra el Estado en cualquier momento. Semejante es también la solución consagrada por el artículo 94° de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo de México de 1994. En: *Revista de Administración Pública*, N° 138. Madrid, 1995, p. 453.

les como el de amparo para la protección de derechos constitucionales, de modo que la producción del silencio administrativo negativo jamás puede determinar el inicio del cómputo de los plazos para interponer la correspondiente demanda ante el Poder Judicial.

La virtual inexistencia de plazos para que el particular interponga demanda contra la Administración ante el Poder Judicial en caso de producirse silencio administrativo negativo no atenta en modo alguno contra el principio de seguridad jurídica, el que más bien es violentado cuando es la propia Administración Pública llamada a garantizarlo, la que no cumple con el deber de resolver los procedimientos administrativos llevados a su conocimiento dentro de los plazos establecidos por la ley.