

ALGUNOS TEMAS PUNTUALES EN RELACIÓN A LA REGULACIÓN NORMATIVA DEL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE “AGRAVIO” O DE LESIVIDAD EN LA LEY QUE REGULA EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL PERÚ

Dr. Ramón Huapaya Tapia
Abogado graduado “summa cum laude” por la Universidad de Lima. Estudios concluidos de Maestría en Regulación por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Profesor de Derecho Administrativo en la Pontificia Universidad Católica del Perú, la Universidad de Lima y la Academia de la Magistratura.

A los profesores Juan Carlos Cassagne y Pablo Perrino, con sumo afecto.
El presente artículo, es la versión revisada y actualizada a agosto de 2010 del texto de la ponencia inédita presentada al “IV Congreso Nacional de Derecho Administrativo”, celebrado en Lima, en la Pontificia Universidad Católica del Perú, del 22 al 24 de abril de 2010.

Sumario

I. Introducción. II. Breve referencia a la legitimación en el proceso contencioso-administrativo. III. El proceso de “agravio” como excepción a la regla general de la legitimación activa en el proceso contencioso-administrativo. IV. Diferenciación del proceso de agravio de otros supuestos similares pero no idénticos. V. El trámite del proceso de agravio. VI. La declaración de agravio como presupuesto procesal. VII. Efectos procesales en el proceso de agravio. VIII. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

El necesario estudio del origen proceso peruano de “agravio” y su vinculación con el “proceso de lesividad” español y la “grave” potestad de revisión de oficio en la vía administrativa. Un esbozo de estudio histórico y un necesario deslinde con las figuras españolas que inspiraron nuestro ordenamiento.

La problemática del proceso de “agravio” regulado en el segundo párrafo del artículo 13º del TUOLPCA¹³⁰ así como en los numerales 202.4 y 202.5 de la LPAG¹³¹, nos remite a la regulación clásica del “proceso de lesividad”, institución procesal clásica

¹³⁰ D.S. 013-2008-JUS. TUOLPCA. 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.

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.

Artículo 202.- Nulidad de oficio

(...)

¹³¹ 202.3 La facultad para declarar la nulidad de oficio de los actos administrativos prescribe al año, contado a partir de la fecha en que hayan quedado consentidos.

en el derecho administrativo hispanoamericano¹³², por la cual la Administración está facultada para demandar ante el Poder Judicial la nulidad de un acto propio¹³³, sea porque no cuenta con la potestad de anular o revocar los actos administrativos por ella emitidos (como acontece en algunos ordenamientos provinciales argentinos), o sea porque prescribieron los plazos necesarios para ejercer la potestad de declaración de nulidad de oficio del acto en sede administrativa (como ha sucedido históricamente en el ordenamiento jurídico peruano).

Aún cuando en otras experiencias jurídicas el proceso de lesividad ha sido suficientemente estudiado¹³⁴, y asimismo, entendido en sus alcances, lo cierto es que en nuestro medio, fuera del buen trabajo del profesor Juan Carlos MORÓN que manejamos para los fines de esta ponencia, el tema no ha sido suficientemente estudiado, ni en sus orígenes, ni tampoco en sus consecuencias, o en su alcance, sobre todo para desentrañar las potencialidades de este proceso y para diferenciarlos de supuestos de hecho normativos similares. Por dicho motivo, consideramos necesario e importante emprender el estudio de algunos temas puntuales vinculados a la regulación de este singular proceso contencioso administrativo de “agravio” – considerando además que el trabajo del profesor MORÓN es de primer nivel -, lo cual haremos en esta entrega en el marco del IV Congreso Nacional de Derecho Administrativo.

En tal sentido, conviene en primer lugar, vincular pero también deslindar lo que el legislador peruano ha denominado “proceso de agravio” con el españolísimo

“proceso de lesividad”, puesto que, aunque son parecidos en su regulación, lo cierto es que existen diferencias harto considerables, en sus orígenes y en sus alcances. Para ello, es preciso en primer lugar desentrañar algunas verdades a medias y también las vinculaciones que existen entre este proceso de “agravio” peruano, y la potestad administrativa de revisión de oficio de los actos administrativos. *¿Por qué existe esta vinculación?*. Es preciso afirmar, como declaración operativa, que en concreto, el proceso peruano “de agravio” ha estado ligado desde sus orígenes a la potestad administrativa (derivada de la autotutela administrativa), de revisión de oficio de los actos propios de la Administración Pública. A continuación vamos a desarrollar esta idea, pero para ello es necesario remontarnos al antiguo Reglamento de Normas Generales de Procedimientos Administrativos - RNGPA, vigente en el Perú desde diciembre de 1967.

El artículo 112º del RNGPA, en su texto original señalaba, a la letra, lo siguiente:

“En cualquiera de los casos enumerados en el Artículo 45^{el 135} podrá declararse de oficio la nulidad de resoluciones administrativas, aún cuando hayan quedado consentidas, siempre que agravien el interés público”.

Se ha señalado que el RNGPA de 1967, es la primera norma a nivel latinoamericano, que siguiendo el ejemplo de la LPA española de 1958, codificó el procedimiento administrativo a través de la regulación de “normas generales” para su tramitación ante las entidades públicas. Sin embargo, el nivel reglamentario

202.4 En caso de que haya prescrito el plazo previsto en el numeral anterior, sólo procede demandar la nulidad ante el Poder Judicial vía el proceso contencioso administrativo, siempre que la demanda se interponga dentro de los dos (2) años siguientes a contar desde la fecha en que prescribió la facultad para declarar la nulidad en sede administrativa.

202.5 Los actos administrativos emitidos por consejos o tribunales regidos por leyes especiales, competentes para resolver controversias en última instancia administrativa, sólo pueden ser objeto de declaración de nulidad de oficio en sede administrativa por el propio consejo o tribunal con el acuerdo unánime de sus miembros. Esta atribución sólo podrá ejercerse dentro del plazo de un año contado desde la fecha en que el acto es notificado al interesado. También procede que el titular de la Entidad demande su nulidad en la vía de proceso contencioso administrativo, siempre que la demanda se interponga dentro de los tres años siguientes de notificada la resolución emitida por el consejo o tribunal.

¹³² Cfr. MORÓN, JUAN CARLOS: El proceso de lesividad: El contencioso promovido por la Administración. Publicado en: Proceso & Justicia. N° 3. Lima, 2002. Cito por la versión pro-manuscripto que gentilmente nos fuera facilitada por dicho autor. Asimismo, véase, GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Tercera edición. Tomo II. Editorial Civitas. Madrid, 1998. Páginas 883-900.

¹³³ Cfr. HUTCHINSON, TOMÁS: Derecho Procesal Administrativo. Tomo III. Rubinzal-Culzoni. Rosario, 2009. Páginas 625 y ss., especialmente, p. 629.

¹³⁴ Para doctrina reciente sobre el proceso antes referido, puede verse, ESCUIN PALOP, Vicente: El recurso contencioso-administrativo de lesividad. Editorial Civitas. Madrid, 2004. Asimismo, no puede dejar de compulsarse el histórico trabajo de GUAITA, AURELIO: El proceso administrativo de lesividad. (El recurso contencioso interpuesto por la Administración). Bosch Casa Editorial. Barcelona, 1953.

¹³⁵ El artículo 45º del RNGPA (inspirado por su parte en el artículo 47º de la Ley de Procedimiento Administrativo - LPA española) señalaba lo siguiente: “Son nulos de pleno derecho los actos administrativos:

- a) Dictados por órgano incompetente.
- b) Contrarios a la Constitución y a las leyes y los que contengan un imposible jurídico.
- c) Dictados prescindiendo de las normas especiales del procedimiento y de la forma prescrita por la ley.

de dicha norma conspiró contra su vigencia efectiva, dado que en varias leyes especiales se regularon normas específicas para distintos procedimientos administrativos, las cuales por su rango normativo superior (ley del Congreso) prevalecieron siempre frente a las disposiciones de la norma reglamentaria.

Resulta evidente que, el RNGPA reguló el poder de declarar la “*nulidad de oficio de los actos administrativos*”, como un potestad administrativa exorbitante, propia del derecho público, nulidad que podría ser declarada invocando algunas de las causales del artículo 45º del referido Reglamento, siempre que las “*resoluciones administrativas*” [entendiendo como tales a los actos administrativos] que se encuentren incursas en causal de nulidad, agraven el interés público. Es decir, se reguló la típica figura de la declaración administrativa de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos, prevista en el artículo 109º de la Ley española de procedimiento administrativo de 1958¹³⁶ (LPA), pero con el agregado expreso de justificación en una causal de apreciación discrecional llamada “*agravio al interés público*”.

Ahora bien, sin querer hacer una referencia histórica al desarrollo y evolución de la nulidad de los actos administrativos como categoría procesal propia del derecho administrativo¹³⁷, lo cierto es que históricamente, el legislador peruano (RNGPA), apartándose del antecedente español (LPA) y al resto de ordenamientos jurídicos del procedimiento administrativo, reguló únicamente a la nulidad como la respuesta del ordenamiento jurídico frente a los actos administrativos aquejados de un vicio de legalidad en su estructuración o conformación. En tal sentido, a diferencia de la LPA española (que específicamente disciplinó este tema en su artículo 48º¹³⁸), en el ordenamiento general del procedimiento administrativo

peruano nunca se reguló la anulación o el régimen de anulabilidad de los actos administrativos. Aún cuando es importante investigar sobre por qué el legislador del RNGPA no reguló la anulabilidad de los actos administrativos siguiendo a su pretendido modelo (la LPA española), este tema permaneció indiscutido en la doctrina peruana sobre la materia¹³⁹.

Con todo, es mérito del importante artículo 112º del RNGPA haber reconocido a la potestad administrativa derivada del privilegio general de autotutela administrativa en su faceta declarativa, que es la potestad de la Administración Pública de declarar, de oficio, la nulidad de sus propios actos, al amparo de las causales previstas en el artículo 45º del propio Reglamento.

Ciertamente, la potestad de declaración de la nulidad de oficio de sus propios actos, se trató en principio de una potestad muy discutida en la primera mitad del siglo XX en España (la fuente e inspiración de la regulación normativa hispanoamericana del procedimiento administrativo), toda vez que imperaba en dicho entonces la idea general de la “irrevocabilidad” de los actos administrativos, vinculado a la idea general de estabilidad de las situaciones jurídicas creadas por la Administración al amparo del viejo principio “*venire contra factum proprium non valet*”, el cual influyó bastante sobre las mentes de ese entonces, las cuales no podían concebir como algo ajustado a Derecho que la Administración declare la nulidad de sus propios actos, puesto que ello violaría el principio de la prohibición de venir contra los actos propios (*venire contra factum proprium non valet*) que se reputaba aplicable también a la Administración. Por ello es que en la legislación procesal española antigua (específicamente la Ley de 1888-1894, denominada “Santamaría de Paredes”) se reguló el proceso de lesividad, vinculado a la idea de

¹³⁶ Norma que señalaba: “La Administración podrá en cualquier momento, de oficio o a instancia del interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado, declarar la nulidad de los actos enumerados en el artículo cuarenta y siete”.

¹³⁷ Una referencia amplia de doctrina sobre la materia puede verse en DANOS ORDÓÑEZ, Jorge: Régimen de la nulidad de los actos administrativos en la Ley Nº 27444. En: AAVV. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Segunda Parte. ARA Editores. Lima, 2003.; otra perspectiva, ampliamente documentada en BACA ONETO, Víctor: La invalidez de los contratos públicos. Thomson-Civitas. Madrid, 2006.

¹³⁸ LPA. Artículo 48º.-

1. Son anulables, utilizando los medios de fiscalización que se regulan en el título V de esta Ley, los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder.
2. No obstante, el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o de lugar a la indefensión de los interesados.

¹³⁹ Cfr. En este tema, pueden verse las escasas referencias hechas por BACACORZO o RUIZ ELDREDGE sobre el particular. En el caso de BACACORZO, es preciso señalar que nunca hizo el esfuerzo por desarrollar una teoría sobre la diferencia entre la nulidad y la anulabilidad administrativa, o sobre la interpretación del tema de la potestad de declaración de nulidad de oficio (Cfr. BACACORZO, GUSTAVO: Comentarios. Ley de Procedimientos Administrativos. Normas generales. 13ª edición revisada actualizada. Gaceta Jurídica Editores. Lima, 1999. Especialmente véase el comentario a los artículos 109 y 110 del TUOLNGPA, páginas 187-189). Hay que diferenciarlo del caso de RUIZ ELDREDGE, quien pese a la parquedad de sus argumentos si desarrolló la diferencia teórica entre revocación y nulidad y sobre los alcances de dichas figuras en el ordenamiento jurídico-administrativo. Cfr. RUIZ ELDREDGE, ALBERTO: Manual de Derecho Administrativo. Temática esencial. Cultural Cuzco. Lima, 1990. Páginas 172-173.

que, si la Administración requería declarar la anulación de un acto, debía hacerlo únicamente en la vía judicial, mediante el proceso contencioso-administrativo¹⁴⁰.

Precisamente, frente a dicha doctrina tradicional que concibió al “recurso contencioso-administrativo” de lesividad como el “único” medio para lograr la anulación de los actos administrativos, es GARCÍA DE ENTERRÍA quien reaccionó vigorosamente contra dichas ideas, vinculándolas a un supuesto “falseamiento” de los orígenes del proceso de lesividad, motivo por el cual sostuvo enfáticamente que “el recurso de lesividad no contiene ningún privilegio para la Administración, sino que, por el contrario, implica un verdadero despojo de una cualidad esencial de su status y la reducción de la misma a un régimen inferior al de los propios administrados, inferior todavía al que correspondería en el sistema de derecho privado a los mismos particulares”¹⁴¹, en razón a lo cual postuló el reconocimiento legal expreso de la potestad de revisión de oficio en sede administrativa de los actos nulos, lo cual finalmente se vería reconocido posteriormente en dos normas importantísimas, precisamente tanto en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado – LRJAE del año 1957 y en la Ley de Procedimiento Administrativo – LPA del año 1958¹⁴².

Luego de las anteriores referencias comparadas del derecho español, necesarias a fin de esclarecer el origen de la potestad administrativa de revisión de oficio, es preciso señalar que nuestra Ley peruana se diferenció específicamente de la legislación española no sólo en la regulación de la nulidad de los actos administrativos, sino que también lo hizo en cuanto a la regulación del proceso de lesividad, toda vez que en la legislación española de 1958, el proceso de lesividad se reguló solamente para la declaración judicial de anulabilidad de los actos administrativos, conforme al numeral 2) del artículo 110º de la LPA, proceso que podía iniciarse, ciertamente, luego de transcurrido el plazo para el ejercicio de la facultad de anulación de oficio en sede administrativa, en los términos siguientes:

“LPA. Artículo 110.-

1. *La Administración no podrá anular de oficio sus propios actos declarativos de derechos, salvo*

cuando dichos actos infrinjan manifiestamente la Ley, según dictamen del Consejo de Estado y no hayan transcurrido cuatro años desde que fueron adoptados.

2. *En los demás casos, para conseguir la anulación de dichos actos, la Administración deberá previamente declararlos lesivos para el interés público e impugnarlos ante la Jurisdicción contencioso-administrativa”.*

En cambio, a diferencia de la legislación española que lo inspiraba, el RNGPA peruano reguló al proceso de lesividad como un sucedáneo de la potestad administrativa de declaración de nulidad de oficio, y acotado específicamente para un caso concreto: la declaración de nulidad de las decisiones de Tribunales administrativos. Así, conviene citar los artículos 114 y 115 del RGNPA, los cuales señalaron lo siguiente:

“RNGPA.

Artículo 114º.- *No es aplicable lo dispuesto en el artículo 112 [el cual se refiere justamente a la potestad administrativa de declaración de nulidad de oficio de los actos administrativos], cuando se trata de resoluciones expedidas por tribunales o consejos regidos por leyes especiales, casos en los que se estará conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente.*

Artículo 115º.- *Si las resoluciones que expidan los órganos a que se refiere el artículo anterior, hubieran infringido manifiestamente la ley en agravio del interés público, podrán ser impugnadas por el propio Estado en la vía judicial, previa resolución suprema autoritativa”.*

En tal sentido, en lo que respecta a la regulación de la potestad administrativa de revisión de oficio de sus propios actos y del proceso de lesividad, la legislación peruana (RNGPA) siempre se diferenció de la legislación española (LPA) en los siguientes temas:

a) La legislación peruana reguló la figura de la declaración de nulidad de oficio de los actos administrativos en sede administrativa como único medio procesal posible que tenía la Administración para retirar aquellos actos administrativos aquejados de vicios de validez, mientras que la española (LPA) reguló tanto la nulidad de oficio

¹⁴⁰ Cfr., la evolución histórica sobre este tema en ESCUIN PALOP, Vicente: El recurso contencioso... Op. Cit. Páginas 53-94. Asimismo, LAVILLA ALSINA, LANDELINO: La revisión de oficio de los actos administrativos. En: Revista de Administración Pública. Nº 34. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1961, especialmente, página 97 para la idea del proceso de lesividad como el “único” cauce para promover la revisión de los actos administrativos declarativos de derecho.

¹⁴¹ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO: La doctrina de los actos propios y el sistema de la lesividad. En: Revista de Administración Pública. Nº 20. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1956. Páginas 69-77. Especialmente, páginas 70-71. Asimismo, véase, del mismo autor: La configuración del recurso de lesividad. En: Revista de Administración Pública. Nº 15. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1954. Páginas 109-151.

¹⁴² El más completo estudio sobre el tema, inmediatamente luego de las leyes de 1957 y 1958, es el de LAVILLA ALSINA, LANDELINO: La revisión de oficio de los actos administrativos. En: Revista de Administración Pública. Nº 34. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1961. Páginas 53-98.

- como la declaración de anulabilidad de oficio de los actos administrativos.
- b) La legislación peruana reguló a la nulidad de oficio en sede administrativa como una potestad imprescriptible, y con la previa declaración de agravio al interés público, mientras que la española (LPA) no previó el requisito del “agravio”.
- c) La legislación peruana previó al proceso de lesividad como el único cauce procesal específico para lograr la nulidad de las decisiones de tribunales o consejos regidos por leyes especiales “que infrinjan manifiestamente la ley en agravio del interés público”, lo cual debería canalizarse exclusivamente a través de un proceso judicial. Mientras tanto, la legislación española (LPA) reguló en un ámbito totalmente distinto al proceso de lesividad, puesto que fue regulado como un sucedáneo de la potestad de anulación de los actos administrativos declarativos de derechos en sede administrativa, toda vez que si la anulación no se hacía efectiva en dicha sede en un plazo de cuatro años, solamente era posible invocarla en un proceso judicial de “lesividad”.

Dicho sistema en el Perú, vino aplicándose pacíficamente hasta el año 1992, en el cual el referido sistema se vió alterado violentamente, puesto que se estableció un plazo para el ejercicio de la potestad administrativa de declaración de nulidad de oficio de sus propios actos, mediante un añadido al artículo 113º del RINGPA, a través del artículo 6º del Decreto Ley 26111, norma que estableció lo siguiente:

“DECRETO LEY 26111.

Artículo 6º.- Agrégase como segundo párrafo del artículo 113º del Decreto Supremo Nº 006-67-SC, el siguiente:

La facultad de la Administración Pública para declarar la nulidad de las resoluciones administrativas prescribe a los seis (06) meses, contados a partir de la fecha en que hayan quedado consentidas”.

Posteriormente, sobre la base que las modificaciones efectuadas sobre el RINGPA (dispositivo elevado a rango de ley por el D. Ley 26111), se emitió el Texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos (en adelante, el TUOLNGPA), el cual recogió en su artículo 110º la modificación antes indicada.

Con la referida modificación al RINGPA (año 1992 en adelante), pasamos en nuestro ordenamiento

procedimental administrativo de un esquema en el cual la declaración de nulidad de oficio en sede administrativa era imprescriptible (al alimón con la doctrina tradicional que considera que la nulidad tanto en el derecho privado como en el público es imprescriptible) a un esquema en el cual se le sujeta a plazo, limitado en el tiempo, de seis meses. Con ello, se generaron una serie de problemas operativos para las entidades públicas, que veían limitada temporalmente su potestad de declaración de nulidad de oficio de sus propios actos en vía administrativa, con un plazo brevísimo, que en realidad perjudicaba el interés público.

Por tal motivo, ante la prescripción en plazo breve, se empezaron a formular demandas judiciales para la declaración de nulidad de los actos administrativos ilegales y lesivos al interés público, demandas que se formulaban sea amparándose en el artículo 2001, inciso 1) del Código Civil¹⁴³, o sea amparándose doctrinaria o dogmáticamente en el carácter imprescriptible de la nulidad, y hasta inclusive hubieron quienes (como la Defensoría del Pueblo) entendían que el Estado solamente podría solicitar la nulidad mediante el proceso contencioso-administrativo con sujeción al plazo del inciso 3) del artículo 541º del Código Procesal Civil (que regulaba un plazo de tres meses para solicitar la nulidad de una resolución administrativa).

Ante esta situación de imprecisión normativa, se sucedieron pronunciamientos judiciales contradictorios, “jurisprudencia” espúrea, y finalmente, muchos casos en los cuales los intereses públicos quedaron perjudicados. Por ello, en dichas épocas, específicamente en el año 1998 se emitió la Ley 26960, norma que si bien regulaba específicamente la situación del personal de la sanidad de las fuerzas policiales, “añadió” una modificación al TUOLNGPA, específicamente en su Primera Disposición Final y Complementaria:

“LEY 26960. DISPOSICIONES FINALES Y COMPLEMENTARIAS.

PRIMERA. *De la nulidad de las resoluciones administrativas.*

Modifícase los Artículos 109 y 110 del Decreto Supremo Nº 02-94-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, los cuales quedarán redactados de la siguiente manera:

Artículo 109.- En cualquiera de los casos enumerados en el Artículo 43, podrá declararse de oficio la nulidad de las resoluciones administrativas, aún cuando hayan

¹⁴³ CÓDIGO CIVIL. Artículo 2001. Prescriben, salvo disposición diversa de la ley:

1.- A los diez años, la acción personal, la acción real, la que nace de una ejecutoria y la de nulidad del acto jurídico.
(...)

quedado consentidas, siempre que agravien el interés público.

En caso haya caducado el plazo correspondiente, el Estado deberá interponer la acción de nulidad ante el Poder Judicial. Dicha acción es imprescriptible, salvo ley expresa en contrario.

Artículo 110.- La nulidad a que se refiere el artículo anterior deberá ser declarada por el funcionario jerárquicamente superior al que expidió la resolución que se anula. Si se tratara de resolución suprema, la nulidad se declarará también por Resolución Suprema. La facultad de la Administración Pública para declarar la nulidad de las resoluciones administrativas prescribe a los tres (03) años, contados a partir de la fecha en que hayan quedado consentidas”.

Precisamente, con esta modificación normativa, pese a su ubicación antitécnica (en una ley especial y no en una norma que modifique precisamente el TUO de la LNGPA) se completó la ordenación jurídica de la nulidad de oficio y su distinción del proceso de lesividad como su complemento, de acuerdo a la tradición jurídica peruana. Concretamente, se estableció un plazo de prescripción para el ejercicio de la potestad de declaración administrativa de nulidad de oficio de los actos administrativos, prescrito el cual (pese al error del artículo 109 que menciona a la “caducidad” del plazo), correspondería iniciar un proceso judicial dirigido a la declaración de nulidad del acto administrativo ilícito que agravie el interés público.

Con todos sus defectos, la modificación establecida por la Ley 26960, tuvo el acierto de regular adecuadamente la nulidad de oficio en vía administrativa, sujetándola a un plazo, y además reguló el “proceso contencioso-administrativo de agravio al interés público” como un proceso judicial sucedáneo de la potestad administrativa de declaración de nulidad de oficio de los actos administrativos, que debería ejercerse únicamente en defecto de la posibilidad de declarar la nulidad en vía administrativa.

Sin embargo, el contenido material notoriamente injusto de la Ley 26960 (en cuanto se imponían una serie de disposiciones perjudiciales para el personal policial en cuanto a su situación laboral) llevó a que la Defensoría del Pueblo se pronunciara en contra de su contenido, específicamente mediante la Resolución Defensorial N° 41-98-DP, de agosto de 1998. En dicha Resolución se planteó, entre otras cuestiones, que la modificación de los artículos 109 y 110 del TUOLNGPA violaba el “principio de igualdad”, al establecer plazos disímiles entre la Administración Pública y los particulares para la impugnación de actos administrativos.

Es imprescindible citar lo que en su oportunidad señaló la Defensoría del Pueblo, para entender su visión (ciertamente errada, por lo que veremos a continuación) sobre el proceso contencioso-administrativo de lesividad:

“(…) la primera disposición complementaria de la Ley N° 26960 contiene la modificación al Texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, referida a la nulidad de los actos administrativos. Mediante dicha modificación se añade un párrafo al Artículo 109 del mencionado texto, que dispone que en caso de que haya caducado el plazo correspondiente -en alusión al plazo para declarar de oficio la nulidad de los actos administrativos- el Estado deberá interponer la acción de nulidad ante el Poder Judicial. Dicha acción es imprescriptible, salvo ley expresa en contrario.

Lo expuesto desnaturaliza el proceso contencioso administrativo, previsto como un mecanismo de protección de las personas frente a la actuación de la Administración Pública. Dicha acción constituye un mecanismo de seguridad para los administrados, habida cuenta de la desigual relación que mantienen con la Administración, la cual, salvo excepciones, actúa como juez y parte en los procedimientos administrativos.

Por el contrario, la posibilidad de que la Administración recurra al órgano jurisdiccional para solicitar la nulidad de sus propios actos es una potestad que debe ser admitida por excepción y en igualdad de condiciones. En ese sentido, se genera una situación de manifiesta desigualdad cuando la citada primera disposición complementaria reconoce en favor del Estado una acción imprescriptible, mientras que el Código Procesal Civil exigía en el inciso 3) del Artículo 541, modificado por la Ley N° 26810, que la demanda de impugnación del acto administrativo “se interponga dentro de los tres meses de notificada o publicada la resolución impugnada, lo que ocurra primero”.

De esta forma, la modificación del citado Artículo 109 es inconstitucional por generar una situación de injustificable desigualdad del administrado frente a la administración, desnaturalizando el proceso contencioso administrativo y convirtiéndolo en una extensión de las facultades de la Administración.”

Pese a que en el fondo, era necesario compartir la preocupación de la Defensoría del Pueblo con respecto a la situación del personal afectado por las severas y prácticamente abusivas disposiciones de la Ley 26960, no era posible hacer lo mismo con respecto a sus errados argumentos con respecto a la concepción del proceso de lesividad.

Precisamente, el proceso contencioso administrativo de agravio al interés público o de lesividad es un proceso contencioso-administrativo especial, extraordinario,

que no se justifica en la lesión de derechos subjetivos como sucede en un proceso contencioso-administrativo iniciado por un particular, sino que se sustenta en la necesidad de protección del interés público y de la legalidad administrativa, y que, al final de cuentas no es un privilegio, sino por el contrario, es una expresión de sometimiento de la Administración Pública a la férula judicial, toda vez que solamente procede en caso de “pérdida” del privilegio de declaración de nulidad de oficio de sus propios actos en sede administrativa, lo cual, a puras cuentas, comporta una desaparición del privilegio de autotutela, y por el contrario, equipara a la Administración Pública a un simple particular, que tiene que recurrir forzosamente a la vía judicial para lograr la declaración de nulidad de un acto no solamente ilegal, sino también lesivo al interés público.

Lo más lamentable de todo es que, la Defensoría del Pueblo propició una demanda de inconstitucionalidad en el año 2000 contra la Ley 26960, no solamente contra las disposiciones de fondo de dicha norma, sino también contra la Primera Disposición Final y Complementaria de la misma, la cual regulaba el régimen general de la nulidad de oficio y del proceso de lesividad, norma que fue declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional, en una de las sentencias más incongruentes y carentes de argumentación emitidas por dicho Tribunal (STC Exp. Nº 004-2000-AI/TC), en la cual argumentando una “violación del principio de igualdad y del ejercicio de la potestad de normar por la naturaleza de las cosas y no por la diferencia de personas”, se derogó la posibilidad de que la Administración declare la nulidad de oficio de sus propios actos, y además el marco legal para el proceso de lesividad.

Esto fue realizado en mayo de 2001, durante el período de vacatio legis de la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (norma que entró en vigencia el 05 de octubre de 2001), pero tuvo el singular efecto de dejar a la Administración Pública sin marco legal para la declaración de nulidad de oficio cerca de cuatro meses (entre junio y octubre de 2001).

Finalmente, la situación del marco jurídico aplicable al proceso de agravio, se normalizó con la entrada en vigencia de la Ley Nº 27444 (LPAG), norma que, en base a la cuestionada Ley 26960 y a lo ya establecido en el TUOLNGPA y el Decreto Ley 26111, reguló el régimen de la revisión de oficio de los actos nulos en vía administrativa, y asimismo, sentó partida para el proceso de “agravio”, mediante lo establecido en su artículo 202, norma que estableció lo siguiente:

“LPAG. Artículo 202.- Nulidad de oficio

202.1 En cualquiera de los casos enumerados en el artículo 10, puede declararse de oficio la nulidad de

los actos administrativos, aun cuando hayan quedado firmes, siempre que agraven el interés público.

202.2 La nulidad de oficio sólo puede ser declarada por el funcionario jerárquico superior al que expidió el acto que se invalida. Si se tratara de un acto emitido por una autoridad que no está sometida a subordinación jerárquica, la nulidad será declarada también por resolución del mismo funcionario.

202.3 La facultad para declarar la nulidad de oficio de los actos administrativos prescribe a partir de la fecha en que hayan quedado consentidos.

202.4 En caso de que haya prescrito el plazo previsto en el numeral anterior, sólo procede demandar la nulidad ante el Poder Judicial vía el proceso contencioso administrativo, siempre que la demanda se interponga dentro de los dos (2) años siguientes a contar desde la fecha en que prescribió la facultad para declarar la nulidad en sede administrativa.

202.5 Los actos administrativos emitidos por consejos o tribunales regidos por leyes especiales competentes para resolver controversias en última instancia administrativa, no pueden ser objeto de declaración de nulidad de oficio. Sólo procede demandar su nulidad ante el Poder Judicial, vía el proceso contencioso-administrativo, siempre que la demanda se interponga dentro de los tres años siguientes a contar desde la fecha en que el acto quedó firme”.

Bajo el sistema establecido por la LPAG (en su texto original), se reconoció la potestad administrativa para la declaración de nulidad de los actos administrativos propios, sujeto al plazo de un (1) año (numeral 202.3 del artículo 202 LPAG), computado desde que el acto ha quedado consentido. Asimismo, se reconoció al proceso de “agravio”, tanto en los numerales 202.4 (como un sucedáneo de la potestad administrativa de declaración de nulidad de oficio), como en el 202.5 (en el cual se le reguló como única vía procesal para declarar la nulidad de oficio de las decisiones de Tribunales y consejos administrativos regidos por leyes especiales).

A esta regulación, se hermanó lo establecido en el segundo párrafo del artículo 11º de la LPCA (actualmente artículo 13 del TUOLPCA), norma que reguló la legitimación activa de la Administración para el caso del “Proceso de Agravio”.

Aún cuando actualmente la regulación normativa del proceso de agravio ha variado en algunos aspectos (como producto de la modificación del texto del artículo 202º de la LPAG por el Decreto Legislativo 1029, norma que posibilita que ahora los Tribunales y Consejos administrativos puedan declarar la nulidad de sus propios actos en el plazo de un año, conforme a la modificación practicada en el numeral 202.5 del artículo 202º de la LPAG¹⁴⁴), podemos afirmar que

luego de la azarosa evolución normativa de los últimos años, actualmente contamos con el reconocimiento legal expreso de un verdadero proceso contencioso-administrativo de agravio, en el cual la Administración Pública debe solicitar al Poder Judicial la declaración de nulidad de sus propios actos, debido a que ya no puede ejercer dicha potestad en sede administrativa. Como tal, el proceso de agravio es un proceso subsidiario con respecto a la potestad de autotutela administrativa, y procede únicamente cuando la Administración no haya ejercido su potestad – sujeta a plazo – de declarar la nulidad de oficio de sus propios actos en vía administrativa.

Con todo, esta regulación peruana de la potestad de revisión de oficio de los actos administrativos y del proceso de agravio, aunque inspirada en la regulación española vigente¹⁴⁵ (contenida en la Ley 30/1992, modificada fundamentalmente por la Ley 4/1999), ha encontrado una identidad propia, vinculada históricamente a la evolución normativa de estos institutos en el ordenamiento jurídico peruano.

Conveniente o no, o en todo caso, ajustada o no a la dogmática imperante en el derecho administrativo comparado¹⁴⁶, podemos afirmar que la regulación normativa peruana actual, tanto de la revisión de oficio, como del proceso contencioso-administrativo de agravio, se han configurado lejos de los supuestos antecedentes españoles, y son producto de las particulares circunstancias normativas de la evolución de la ordenación legal del procedimiento administrativo en el Perú, y como tal, es preciso estudiarlas reconociendo este origen, y tratando de interpretarlo a la luz de lo actualmente establecido.

Dicho lo anterior, debemos estudiar brevemente algunos aspectos puntuales de la regulación de este proceso singular, subsidiario y especial con respecto al régimen particular del contencioso-administrativo subjetivo que se ha regulado a partir de la LPCA en nuestro país.

II. BREVE REFERENCIA A LA LEGITIMACIÓN EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.

La regla general de legitimación activa de los administrados / legitimación pasiva de la Administración vs. La regla especial (y necesaria) de legitimación activa de la administración en el proceso contencioso-administrativo de agravio.

Por regla general, la legitimación activa en el proceso contencioso-administrativo pertenece a los particulares, circunstancia que ha llevado a señalar que el proceso contencioso-administrativo debe ser un proceso subjetivo¹⁴⁷, en la medida que en su seno, quien lo inicia debe ostentar una legitimación procesal fundada en una relación jurídica administrativa que haya sido afectada por una actuación administrativa que precisamente la lesione o la desconozca.

Así, el proceso contencioso-administrativo clásicamente es reaccional, está pensado y diseñado para que sea un particular el que, en ejercicio de su “derecho público subjetivo de acción” inicie un proceso contencioso-administrativo dirigido sea a buscar que un Juez declare la nulidad de un acto administrativo o sea que la autoridad jurisdiccional disponga el reconocimiento y/o reestablecimiento

¹⁴⁴ Ciertamente, una modificación, como varias de las contenidas en el DL 1029, carente de contenido, significado y además de técnica legislativa.

¹⁴⁵ Sobre la regulación española actual de la revisión de oficio, puede verse: CUCHILLO FOIX, MONTSERRAT: La revisión de oficio y la revocación en la LRJPAC. En: TORNOS MÁS, JOAQUÍN (Coordinador). Administración Pública y Procedimiento Administrativo. Bosch. Barcelona, 1994. Páginas 347-427; y, FRANCH, MARTA: Revisión de Oficio. En: AAVV. Control de la Administración Pública. Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo. UNAM. México, 2007. Páginas 185-203.

¹⁴⁶ Una visión distinta puede verse en ABRUÑA, ANTONIO Y VÍCTOR BACA: Notas al Curso de Derecho Administrativo. Universidad de Piura. Piura, 2008. Lección 12ª. La invalidez de los actos administrativos en el derecho peruano. 18 páginas. Pro-manuscrito, donde se defiende una posición radicalmente distinta a la LPAG y a la evolución normativa de la regulación de la nulidad de los actos administrativos (y en general del régimen de los actos administrativos). La riqueza de los argumentos de estos reputados autores, hace que enunciemos solamente la existencia de esta doctrina, minoritaria en sede nacional, pero sólidamente sustentada en la dogmática comparada del derecho administrativo. Para una ampliación de los argumentos de esta doctrina, véase, BACA, Víctor: La invalidez de los contratos públicos. Editorial Thomson-Civitas. Madrid, 2006; e ídem, La anulación de los contratos públicos regulados en la nueva Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento. En: Revista de Derecho Administrativo. N° 7. Círculo de Derecho Administrativo. Lima, 2009. Páginas 69-93. Asimismo, BACA, VÍCTOR: El carácter necesariamente originario de la invalidez del acto administrativo: exposición y crítica de la noción de invalidez sobrevenida. En: Revista de Derecho de la Universidad de Piura. N° 6. Piura, 2005. Páginas 35 y ss.

¹⁴⁷ Por ejemplo, GARRIDO FALLA, FERNANDO: El recurso subjetivo de anulación. En: Revista de Administración Pública. N° 8. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1952. Páginas 177-189. Recientemente, véase: PEREIRA DA SILVA, VASCO: Para um Contencioso Administrativo dos Particulares? Esboço de uma Teoria Subjectivista do Recurso Directo de Anulação, Almedina, Coimbra, 1989 (1ª reimpressão 1997).

de un derecho afectado por una actuación administrativa, entre otras pretensiones posibles, todas enmarcadas dentro de un esquema reaccional, es decir, el administrado reaccionando frente a una actuación administrativa previa que reputa contraria a sus derechos e intereses.

Bajo dicho esquema (que también inspira a nuestra LPCA), a la Administración siempre le corresponde una situación de legitimación pasiva, es decir, es el sujeto que soporta o contra el cual se deducen las pretensiones activas de los particulares, y que debe apersonarse al proceso para “defender” la presunta legalidad de sus actuaciones y que finalmente, será condenada o no, en un eventual fallo estimatorio que se pronuncie luego de tramitado y seguido el proceso contencioso-administrativo.

Sin embargo, como una excepción al principio general de legitimación activa del particular en lo contencioso-administrativo, el proceso de agravo reconoce una realidad distinta: aquí la Administración aparece como demandante, pero no invocando una situación subjetiva lesionada por el particular, sino, por el contrario, invocando puramente la defensa del ordenamiento jurídico y del interés público.

Este punto es clave para entender que, en el plano dogmático, en el proceso de lesividad no existe legitimación activa (toda vez que la Administración no tiene un “derecho o interés” afectado para “reaccionar frente a un particular”) sino que es la Ley, la que obliga a la Administración a iniciar un proceso contencioso-administrativo dirigido a que el Juez declare la nulidad de un acto administrativo declarativo de derechos en el entendido que la entidad que lo emitió, no puede hacerlo, porque el plazo para ejercer dicha potestad derivada de la autotutela administrativa decayó por el transcurso del tiempo (en este caso, el transcurso de un año conforme a lo señalado en los artículos 202.3 y 202.5 de la LPAG).

De esta manera, la legitimación activa de la Administración para iniciar un proceso de agravo, es excepcional, subsidiaria a la declaración de nulidad de oficio en vía administrativa, y además, refleja que el contencioso de agravo, es un proceso objetivo, dirigido exclusivamente a buscar la nulidad de un acto administrativo que lesione tanto la legalidad como el interés público.

III. EL PROCESO DE “AGRAVIO” COMO EXCEPCIÓN A LA REGLA GENERAL DE LA LEGITIMACIÓN ACTIVA EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.

Su fundamento en el “carácter necesario” del proceso de agravo.

Como ya lo hemos señalado, el proceso de agravo, ha sido regulado como un medio subsidiario con respecto a la potestad de la Administración de declarar la nulidad de oficio de sus propios actos en sede administrativa. Esto es así, toda vez que en caso vencieran los plazos prescriptivos de la nulidad de oficio en sede administrativa establecidos en el artículo 202º de la LPAG, la única vía procesal con que cuenta la Administración para poder lograr la nulidad de los actos que agravan la legalidad y el interés público, sería la del proceso de agravo, previsto en el artículo 202º de la LPAG y el segundo párrafo del artículo 13º del TUOLPCA.

En este sentido, el proceso de agravo es un proceso “necesario”, como lo llama GONZÁLEZ PÉREZ, en la medida que su inicio es el único camino con el que cuenta la Administración, en caso pretenda la declaración de nulidad de un acto reñido con la legalidad y que además agravie el interés público, cuando tenga vedada dicha posibilidad en la sede administrativa.

De esta característica se desprende además, que el proceso de agravo es un proceso objetivo, tal como lo señalase años atrás CLAVERO ARÉVALO¹⁴⁸, toda vez que en el proceso de agravo, la Administración no pretende que se “reestablezcan sus derechos subjetivos” (los cuales por lo demás, en principio, no existen), sino que acude al Juez pretendiendo únicamente la declaración de nulidad de un acto administrativo (expreso o presunto – ganado por Silencio Positivo o por medio de un procedimiento de aprobación automática¹⁴⁹), toda vez que se deben alegar como fundamentos de esta pretensión nulificante, cualquiera de los vicios de nulidad del acto administrativo previstos en el artículo 10º de la LPAG o en las leyes especiales, así como el agravo al interés público que causa la permanencia del acto cuya nulidad se pretende.

Ligado a lo anterior, entonces, estará la consideración de que en el proceso de agravo, la legitimación activa que da lugar a iniciar la demanda, reside únicamente

¹⁴⁸ CLAVERO ARÉVALO, MANUEL: El recurso contencioso-administrativo objetivo de lesividad. En: Estudios de Derecho Administrativo. Instituto García Oviedo - Editorial Civitas. Madrid, 1992. Páginas 215-227.

¹⁴⁹ Procedimiento previsto en el artículo 31º de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Nº 27444.

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 202º LPAG. Entonces, en el proceso de agravio la legitimidad para obrar activa reside únicamente en la entidad pública, conforme lo establece la ley. En términos procesales, insistimos, esta “legitimación activa” no sería tal, puesto que no se afirma una “titularidad de una situación subjetiva”, sino que es la ley la que confiere la habilitación extraordinaria e insistimos, necesaria, para que la Administración inicie un proceso de agravio dirigido exclusivamente a eliminar las consecuencias jurídicas derivadas de un acto expreso o presunto declarativo de derechos que esté aquejado de vicios de nulidad y que además agravie el interés público.

IV. DIFERENCIACIÓN DEL PROCESO DE AGRAVIO DE OTROS SUPUESTOS SIMILARES PERO NO IDÉNTICOS

(Un tema es el proceso de agravio y otro tema es la legitimación extraordinaria de la Administración Pública)

Uno de los temas que nos llama la atención en este trabajo, y que se derivan del alcance amplio que se podría colegir de la actual redacción del segundo párrafo del artículo 13º del TUOLPCA, es que actualmente, muchos entienden que bajo el proceso de agravio se deben canalizar todas las demandas contencioso-administrativas que sean formuladas por la Administración Pública. En ese sentido, es preciso puntualizar, que dicha afirmación es falsa y carente de todo fundamento, toda vez que la legitimación activa prevista en la norma antes referida, se reduce única y exclusivamente a los supuestos en los cuales una entidad pública pretende demandar la nulidad de un acto propio (expreso o presunto) por vencimiento de los plazos previstos para la declaración administrativa de nulidad de oficio previstos en el artículo 202º de la LPAG¹⁵⁰. Es decir, no hay que confundir el proceso de agravio, con toda situación en la cual la Administración Pública aparezca como demandante en un proceso contencioso-administrativo, conforme veremos a continuación.

Dicho lo anterior, no se comprende entonces la razón por la cual el legislador, al momento de regular tanto la legitimación activa (ex artículo 13º segundo párrafo del TUOLPCA) como la legitimación pasiva en

el régimen legal del proceso contencioso-administrativo de agravio, en el artículo 15º del TUOLPCA (antiguo artículo 13º de la Ley 27584), ha optado por establecer dos reglas que conspiran contra la coherencia y la correcta interpretación normativa en la regulación procesal del “proceso de agravio”:

(i) El legislador ha normado algo confusamente la legitimación activa en los procesos de agravio conforme al segundo párrafo del artículo 13º del TUOLPCA, la misma que podría interpretarse de manera amplísima, contraviniéndose de esta manera el sentido del proceso de agravio como proceso vinculado a la potestad de declarar la nulidad de oficio de sus propios actos establecida en el artículo 202º de la LPAG, cuando establece que “También tiene legitimidad para obrar activa la entidad pública facultada por ley para impugnar cualquier actuación administrativa que declare derechos subjetivos” y,

(ii) El legislador ha regulado dos supuestos de legitimación pasiva en el proceso de agravio, precisamente en los numerales 5 y 6 de dicha norma, que señalan lo siguiente:

“TUOLPCA. Artículo 15º.- Legitimidad para obrar pasiva

La demanda contencioso administrativa se dirige contra:

(...)

5. El particular titular de los derechos declarados por el acto cuya nulidad pretenda la entidad administrativa que lo expidió en el supuesto previsto en el segundo párrafo del Artículo 13 de la presente Ley.

6. La entidad administrativa que expidió el acto y la persona en cuyo favor se deriven derechos de la actuación impugnada en el supuesto previsto en el segundo párrafo del Artículo 13 de la presente Ley.

(...)”

Francamente, consideramos incomprensible la redacción de los supuestos que regulan ambas normas, toda vez que atentan contra la claridad y precisión de las leyes procesales, novedosas sobre todo, como la LPCA. Si bien es cierto, como sostenemos en la primera parte de la presente investigación, el proceso de “agravio” no es novedoso en nuestra experiencia jurídica, si hay que tener en claro que conforme a la singularidad de dicho proceso hay que comprender adecuadamente el alcance de la referida institución jurídico-procesal.

¹⁵⁰ En tal sentido, concordamos con MORON URBINA, JUAN CARLOS: El contencioso... Op. Cit. Página 4 versión pro manuscrito, nota a pie número 9.

Concretamente, 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.

La ligazón inescindible entre el artículo 202° de la LPAG y la regulación procesal del proceso de “agravio” motiva nuestra discordancia con la regla del segundo párrafo del artículo 13° del TUOLPCA cuando establece que en el proceso de agravio tiene legitimidad para obra activa *“la entidad pública facultada por ley para impugnar cualquier actuación que declare derechos subjetivos”*, frase poco feliz, toda vez que no concuerda con las siguientes reglas de aplicación de la referida norma, que señala que dicha legitimidad para obra activa sólo es posible de ser ejercida *“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”*.

Consiguientemente, no es que “cualquier” entidad pública pueda ser facultada por ley para impugnar los actos de “cualquier otra” entidad, sino que únicamente 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 mismos¹⁵¹.

En tal sentido, ¿en quién reside *exclusivamente* la legitimación para obrar activa en orden a interponer una demanda contencioso-administrativa de agravio? Sostenemos enfáticamente que dicha legitimación activa residirá únicamente en la misma entidad que emitió los actos que se pretenden declarar nulos por medio del proceso de agravio.

Por otro lado, con respecto a la legitimación para obrar pasiva en los procesos de agravio existe un marcado problema, propio de la desconexión

existente entre la norma del segundo párrafo del artículo 13° del TUOLPCA, y el artículo 202° de la LPAG. Si la regulación normativa nos hace entender que la legitimación activa reside en la Administración Pública que no puede declarar la nulidad de un acto propio en el cual ilegalmente se declaró derechos a favor de un sujeto determinado, en agravio al interés público, lo lógico es que la regla de legitimación pasiva sea establecida en la persona del particular beneficiado por los efectos declarativos del acto cuya nulidad se pretende declarar en sede judicial.

Con lo cual, sólo tiene coherencia la regulación de la legitimación pasiva en los procesos de agravio, prevista en el numeral 5) del artículo 15° del TUOLPCA, cuando claramente se establece que en el proceso de agravio, la legitimación pasiva reside en *“el particular beneficiado con los derechos derivados del acto que se pretende declarar nulo”*.

Siendo ello así, carece de sentido haber regulado una situación adicional de legitimación pasiva en el numeral 6) del artículo 15° del TUOLPCA, cuando se señala que tienen legitimación pasiva *“la entidad que expidió el acto y el particular en cuyo favor se deriven derechos otorgados por el acto cuya nulidad se pretende”* ¿cómo entender dicha regla, cuando el contencioso de agravio se entiende únicamente desde la perspectiva de que la entidad que expidió el acto es la que *demand*a en estos procesos?¹⁵²

Lo que sucede en este tema, es que el legislador falló en cuando al entendimiento acertado del proceso de lesividad (en el caso peruano: proceso de agravio).

Es que como venimos explicando, y ahora se entenderá mejor, en el proceso de agravio, la entidad busca la nulidad de un acto propio por vencimiento del plazo para declararlo así en la vía administrativa, mientras que esta figura excepcional, deberá ser diferenciada de los supuestos donde la Administración Pública aparezca como demandante por gozar de legitimidad extraordinaria en un proceso contencioso-administrativo, o porque ha sido afectada en sus

¹⁵¹ Al parecer conforme lo señala GIOVANNI PRIORI (Cfr. Manual de Derecho Procesal Administrativo. RAE Jurisprudencia. Caballero Bustamante Editores. Lima, 2010), que cuando la regla del artículo 13° del TUOLPCA se refiere a *“la entidad facultada por ley”*, ello significa que puede existir una Ley que faculte a una entidad cualquiera (¿la Contraloría General de la República?) a que demande los actos de otra entidad cuando estime que los mismos son ilegales. Nosotros pensamos que esta interpretación dista de los orígenes conceptuales del proceso de lesividad, y además, sería una solución que no aprecia la complejidad de autorizar a que cualquier entidad pública pueda demandar la nulidad de los actos de cualquier otra, lo cual crearía un escenario de inseguridad jurídica y de falta de predictibilidad de las actuaciones administrativas, ni qué decir del duro embate que constituiría contra el principio de presunción de validez de los actos administrativos. En tal sentido, creemos que si ese fue el sentir de la Comisión que redactó la LPCA, ello sería erróneo puesto que desconoce el origen administrativo del proceso de lesividad y de su manifestación peruana, el proceso contencioso-administrativo de agravio.

¹⁵² Nuevamente, si se aceptara la interpretación del profesor PRIORI, la cual hemos señalado en la nota inmediatamente anterior (y que además, es la primera vez que la enuncia, ya que en su anterior obra *“Comentarios a la Ley que regula el Proceso Contencioso-Administrativo”*, no desarrolló mayores comentarios sobre la misma), la regla de legitimación pasiva

derechos patrimoniales por el acto de otra entidad pública.

Esto último parece que no ha sido entendido por el legislador, al momento de regular el proceso de agravio. Una cosa es la legitimación activa en el proceso de agravio, y otra es la legitimación activa de la Administración para iniciar un proceso contencioso-administrativo cuando la ley lo establezca o para iniciar un proceso contencioso-administrativo al haber sido afectado por un acto de otra entidad pública. A estos casos nos referiremos en las siguientes líneas:

a) La legislación peruana ha regulado casos muy extraños de legitimación activa de las entidades de la Administración Pública para impugnar actos de otras entidades públicas. Así por ejemplo, el artículo 157° del Código Tributario (en su texto conforme al Decreto Legislativo 981, concordado con la Ley 28969, Cuarta Disposición Complementaria Final), establece que la Administración Tributaria puede impugnar actos del Tribunal Fiscal cuando incurra en alguna de las causales de nulidad del artículo 10° de la Ley 27444. Esto, es preciso señalarlo, no es un proceso de agravio, sino una prescripción especial donde la Ley faculta a la Administración Tributaria a impugnar o solicitar judicialmente la declaración de nulidad de un acto expedido por otro órgano de la Administración Tributaria, en puridad, el máximo órgano de la “jurisdicción administrativa” tributaria.

En este caso, la SUNAT tendrá “legitimación activa extraordinaria” prevista por Ley para impugnar un acto del Tribunal Fiscal, pero insistimos, esto no es un proceso de agravio (toda vez que la SUNAT no busca la nulidad de un acto propio), sino de un caso concreto de legitimación activa extraordinaria prevista por ley.

Por consiguiente, la Administración Tributaria tendrá que iniciar el proceso contencioso-administrativo como un particular más, con sujeción a los plazos y reglas propias de los particulares en el proceso contencioso-administrativo, siendo ilegal e irrazonable emplear para este caso la vía del proceso de agravio, la cual está reservada para otras circunstancias conforme a lo señalado en este texto.

b) Asimismo, hay que distinguir que la legislación peruana no ha regulado el caso del “contencioso interadministrativo”, es decir, un proceso

contencioso-administrativo por el cual una entidad de la Administración Pública busca impugnar un acto de otra entidad pública, debido a que esta entidad ha invadido su ámbito competencial propio. Esto es una falencia del ordenamiento jurídico peruano, donde la mayoría de conflictos inter administrativos se resuelven mediante el proceso constitucional de conflicto de competencias (extendiendo el concepto de “bloque de constitucionalidad”), y no se resuelven en la vía contencioso-administrativa como debería ser.

c) Finalmente, la LPCA no regula otro supuesto donde debería haber prescrito algunas reglas especiales. Nos referimos al supuesto que se derivará de la aplicación del numeral 1) del artículo 50° de la LPAG, que novedosamente regula el caso de “una entidad que participa como administrado en un procedimiento administrativo”, en los siguientes términos:

“LPAG. Artículo 50.- 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.

(...).”

Concretamente, puede darse el caso en que una entidad pública haya participado como administrado en un procedimiento administrativo sustanciado ante otra entidad pública. Por ejemplo, un procedimiento trilateral, o un procedimiento seguido ante una entidad municipal para la obtención de una licencia municipal, o cualquier otro caso donde se da el supuesto que una entidad pública se somete al procedimiento de otra entidad para lograr el reconocimiento de un derecho patrimonial sujeto al ámbito de determinación de otra entidad pública.

Aquí, jamás podríamos estar en el ámbito de un proceso de agravio, puesto que agotada la vía administrativa, la Administración afectada por el acto de otra entidad pública, deberá iniciar un contencioso-administrativo por la afectación de un

del numeral 6) del artículo 13° del TUO encontraría sentido. Sin embargo, nosotros no compartimos dicha opinión por las razones ya expresadas, siendo que, por el contrario, lo ideal es entender que el proceso de lesividad o de agravio siempre será iniciado, únicamente, por la misma entidad que emitió el acto administrativo cuya nulidad se pretenderá en el proceso contencioso-administrativo respectivo, en aplicación del artículo 202° de la LPAG.

derecho patrimonial concreto, proceso que se motivará en la decisión de otra entidad pública, y donde la Administración tendrá que someterse a la carga de iniciar el proceso contencioso-administrativo para buscar el reconocimiento de su derecho patrimonial afectado por la acción de otra entidad pública, es decir, “como si fuera un administrado” conforme a lo establecido en el numeral 1) del artículo 50º de la LPAG.

Consiguientemente, si no se trata de un acto propio, jamás podríamos estar en este caso en un proceso de agravio, sino que en estos casos la Administración deberá proceder como si fuera un particular más, con sujeción a las reglas del proceso contencioso-administrativo “ordinario” y con los plazos propios del artículo 19º del TUOLPCA (vale decir, tres meses para impugnar un acto administrativo).

Con todo, es preciso concluir en este punto que la regla de legitimación pasiva establecida en el numeral 6) del artículo 15º del TUOLPCA, actualmente, como está regulada, es inaplicable, y no sirve a los efectos del proceso de agravio, el cual es unilateral, donde las partes siempre serán la Administración emisora del acto nulo, y el particular beneficiario de dicho acto cuya nulidad se pretende declarar vía un proceso judicial.

Esto implica que no en todos los casos en los cuales la Administración sea parte actora en un proceso judicial se usará la vía del proceso de agravio, sino únicamente cuando esté en juego el artículo 202º de la LPAG, es decir, para solicitar que se declare judicialmente la nulidad de un acto propio por el transcurso del plazo previsto en los numerales 202.3 y 202.5 del artículo 202º de la LPAG.

V. EL TRÁMITE DEL PROCESO DE AGRAVIO

Actos contra los que procede. Pretensiones.

En el caso del proceso de agravio entonces, entendido como un proceso subsidiario a la declaración administrativa de nulidad de oficio, y necesario, porque

es la única vía con que cuenta la Administración para solicitar que se declare la nulidad de sus propios actos, considerados nulos y además lesivos al interés público, la Administración quedará sujeta para su ejercicio, a las siguientes reglas:

a) La demanda deberá ser ejercida en los plazos previstos en los numerales 202.4 y 202.5 del artículo 202º de la LPAG. Es decir, tiene que haber transcurrido el plazo de un año para que la entidad administrativa o el tribunal o consejo administrativo declaren la nulidad de oficio de sus propios actos. En tal sentido, luego de transcurrido o decaído el plazo para la declaración administrativa de nulidad de oficio, podrá recurrirse al proceso de agravio, en el plazo de dos (2) años contados a partir de la prescripción del plazo del año para declarar la nulidad de oficio en el caso general de todas las entidades públicas (numeral 202.4), o en el plazo de tres (3) años contados a partir del plazo del año para declarar la nulidad de oficio en el caso de los actos de tribunales o consejos administrativos regidos por leyes especiales, plazo éste último que deberá aplicarse con todo y los bemoles de la última modificación que ha desarrollado el Decreto Legislativo 1029. (numeral 202.5).

b) El proceso de agravio procede únicamente para la declaración de nulidad de actos administrativos expresos o presuntos. Vale decir, procede para solicitar la nulidad de decisiones administrativas expresas, verdaderos actos administrativos, y también para declarar la nulidad de actos ganados por silencio administrativo positivo, verdaderos actos presuntos, que pueden ser declarados nulos al amparo de la causal establecida en el numeral 10.3 del artículo 10º de la LPAG.

Un tema singular es que el proceso contencioso de agravio no es aplicable para el caso de contratos de la Administración regidos por la Ley de Contrataciones del Estado, toda vez que tales contratos pueden ser declarados nulos de oficio una vez celebrados sin límite temporal alguno de acuerdo a las causales establecidas en el tercer párrafo del artículo 56º del Decreto Legislativo 1017¹⁵³.

¹⁵³ D. LEG. 1017. Artículo 56.- Nulidad de los actos derivados de los procesos de selección

El Tribunal de Contrataciones del Estado, en los casos que conozca, declarará nulos los actos expedidos, cuando hayan sido dictados por órgano incompetente, contravengan las normas legales, contengan un imposible jurídico o prescindan de las normas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita por la normatividad aplicable, debiendo expresar en la Resolución que expida la etapa a la que se retrotraerá el proceso de selección.

El Titular de la Entidad declarará de oficio la nulidad del proceso de selección, por las mismas causales previstas en el párrafo anterior, sólo hasta antes de la celebración del contrato, sin perjuicio que pueda ser declarada en la resolución recaída sobre el recurso de apelación.

Después de celebrados los contratos, la Entidad podrá declarar la nulidad de oficio en los siguientes casos:

a) Por haberse suscrito en contravención con el artículo 10 de la presente norma;

c) Derivado de lo anterior es que la única pretensión posible en un proceso de agravio es la nulidad del acto administrativo expreso o presunto, conforme a las reglas del numeral 1) del artículo 5º del TUOLPCA. Consiguientemente, la única pretensión que puede deducirse es la nulificante.

d) Otros temas vinculados al trámite del proceso de agravio, en lo que a la perspectiva procesal se refiere son tres: (i) en el proceso de agravio no se requiere agotar la vía administrativa, conforme a lo establecido en el numeral 1) del artículo 21º del TUOLPCA; (ii) en el proceso de agravio un requisito especial de admisibilidad de la demanda es que se acompañe el expediente administrativo que motiva el proceso de agravio, en aplicación del numeral 2) del artículo 22º del TUOLPCA, y, (iii) en el proceso de agravio un requisito sine qua non de procedencia de la demanda será presentar la declaración administrativa de agravio del acto cuya nulidad se pretende, a tenor de lo establecido en el numeral 6) del artículo 23º del TUOLPCA.

En tal sentido, sin declaración de lesividad previa, el proceso de agravio iniciado será declarado improcedente. Ligado a lo anterior, está la causal de improcedencia regulada en el numeral 5) del artículo 23º del TUOLPCA, la cual establece que la demanda será improcedente *“cuando no se haya vencido el plazo para que la entidad administrativa declare su nulidad de oficio en el supuesto del segundo párrafo del Artículo 13 de la presente Ley”*, con lo cual un requisito de procedencia, importantísimo en el proceso de agravio es que el plazo para declarar la nulidad de oficio del acto propio en sede administrativa haya vencido conforme a las reglas del artículo 202º de la LPAG.

VI. LA DECLARACIÓN DE AGRAVIO COMO PRESUPUESTO PROCESAL

¿Acto administrativo o declaración administrativa informativa?

Generalmente, la doctrina (haciendo referencia a la declaración de lesividad), entiende que la declaración de “agravio” establecida en el segundo párrafo del artículo 13º del TUOLPCA, implica que estamos frente

a un acto administrativo. Así se ha entendido, al menos en la doctrina española, a tenor de lo señalado por GUAITA y GONZÁLEZ PÉREZ, entre otros.

Sin embargo, recientemente, ESCUIN PALOP ha manifestado agudamente su crítica, que compartimos, con respecto a la naturaleza y alcances del acto en el cual se declara que un acto administrativo ha sido emitido en agravio del interés público. En la posición de este último autor, es imposible que el acto que declara el “agravio” o la “lesividad”, sea un acto administrativo en la medida que no afecta la esfera subjetiva del destinatario, ni es una declaración que tenga efectos jurídicos que alteren o afecten una situación jurídica. En tal sentido, ESCUIN PALOP señala que estamos en este caso frente a una situación en la cual el “acto que declara la lesividad” es un mero presupuesto procesal, necesario para incoar la demanda de lesividad pero no es un acto administrativo¹⁵⁴.

A nuestro entender, lo señalado por ESCUIN es cierto, sin embargo, nos queda la duda sobre la naturaleza de la declaración de lesividad. Obviamente estamos frente a una declaración de voluntad emitida por una entidad administrativa con respecto a un acto propio que pretende declarar nulo por vía judicial, pero ello no es suficiente para calificarla como un acto administrativo, sobre todo si, en otro lugar¹⁵⁵, hemos señalado que nos acogemos a las tesis de BOCANEGRA¹⁵⁶, sobre el necesario “carácter regulador” del acto administrativo como elemento que define al mismo, tesis reduccionista que nosotros amparamos en la interpretación conjunta de los artículos 1.1 y 206 de la LPAG. En tal sentido, consideramos que la “declaración de agravio al interés público” es una declaración administrativa meramente informativa, regida por esta norma especial, y que no es, en estricto, un acto administrativo entendido como una decisión de contenido regulador, que crea, modifica o extingue una relación jurídica administrativa.

Es preciso reparar que nuestra idea sobre la “declaración de agravio al interés público” que exige el artículo 13º del TUOLPCA no comparte una que es moneda común en nuestro medio, donde se acostumbra señalar que todo lo que no es acto administrativo es “acto de administración interna” al amparo del artículo 1.2 de la LPAG. Por el contrario, nosotros admitimos

b) Cuando se verifique la trasgresión del principio de presunción de veracidad durante el proceso de selección o para la suscripción del contrato;

c) Cuando se haya suscrito el contrato no obstante encontrarse en trámite un recurso de apelación; o,

d) Cuando no se haya utilizado el proceso de selección correspondiente.

(...)

¹⁵⁴ Cfr. ESCUIN PALOP, VICENTE: El recurso... Op. Cit. Páginas 111-135, especialmente, páginas 120 y ss.

¹⁵⁵ Cfr. Nuestro Tratado del Proceso Contencioso-Administrativo. Jurista Editores. Lima, 2006.

¹⁵⁶ Cfr. BOCANEGRA, RAÚL: Lecciones sobre el acto administrativo. Editorial Civitas. Madrid, 2002.

que la “declaración de lesividad” es una declaración administrativa con efectos externos, pero no tiene el carácter regulador, ergo, el carácter de decisión que afecta la posición jurídica de un sujeto de derecho. Consiguientemente, nos parece que es una declaración administrativa meramente informativa que no constituye un acto administrativo impugnabile en sede administrativa (al menos en los términos del artículo 206º de la LPAG), y tampoco requiere audiencia previa de los posiblemente afectados por su emisión.

La declaración de agravio, únicamente comporta la declaración expresa y precisa de las razones por las cuales se considera que un acto administrativo está aquejado de vicios de nulidad y además, y por sobre todo lo demás, sirve para exponer por qué dicho acto ha sido emitido en agravio al interés público, motivo por el cual su subsistencia repudia al ordenamiento jurídico administrativo, siendo necesario entonces para la Administración iniciar la demanda contencioso-administrativa respectiva al amparo del artículo 202º de la LPAG y segundo párrafo del artículo 13º del TUOLPCA.

Ahora bien, dos temas quedan pendientes sobre la declaración de lesividad. ¿Quién la efectúa?, y adicionalmente, ¿cuáles son sus alcances en el proceso posterior que se inicie?. La LPCA calla ampliamente sobre estos alcances, sobre los cuales manifestaremos nuestra opinión inmediatamente.

En primer lugar, la LPCA no señala quién debe ser encargado de realizar la declaración de lesividad o agravio al interés público, a diferencia de otras legislaciones como la española, que en su Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, señala las siguientes prescripciones respecto de qué órgano debe emitir la declaración de lesividad¹⁵⁷ (artículo 103º, numerales 4 y 5):

“Si el acto proviniera de la Administración General del Estado o de las Comunidades Autónomas, la declaración de lesividad se adoptará por el órgano de cada Administración competente en la materia.

Si el acto proviniera de las entidades que integran la Administración Local, la declaración de lesividad se adoptará por el pleno de la Corporación o, en defecto de éste, por el órgano colegiado superior de la entidad”.

Frente a ello, ni la LPAG ni la LPCA han señalado quién debe ser el órgano encargado de declarar el agravio al interés público. Ante ello, algunos han señalado por vía interpretativa, que quien debe declarar el agravio es el mismo órgano encargado de declarar la nulidad de oficio en la vía administrativa a tenor del artículo 202 de la LPAG. Sin embargo, ello parte de la suposición de que ambas potestades son similares.

A nuestro entender, la declaración de agravio debe ser declarada por la misma autoridad administrativa que tiene el poder de autorizar a los Procuradores encargados de la defensa jurídica del Estado a iniciar el proceso contencioso-administrativo respectivo para lograr la nulidad del acto presuntamente lesivo a los intereses públicos. De tal manera, que corresponderá a la más alta autoridad administrativa de la entidad correspondiente emitir la declaración administrativa de agravio necesaria para iniciar el proceso contencioso-administrativo respectivo, autoridad que además, deberá emitir inmediatamente, resolución que autorice al Procurador Público para que inicie el proceso contencioso-administrativo correspondiente, en base a la previa declaración de agravio emitida.

Finalmente, cabe señalar que es importante reflexionar sobre los alcances y suerte de la declaración de agravio en el proceso contencioso-administrativo que se inicie posteriormente. Este es un tema importante, toda vez que se podría afirmar que la declaración de agravio define el objeto del proceso y que el Juzgador vendría a ser obligado a declarar la nulidad por el sólo mérito de la declaración administrativa de agravio. Nada más inexacto, en la medida que la Administración concurre al proceso en la medida que ya perdió sus facultades de declarar administrativamente la nulidad de oficio del acto administrativo lesivo y sólo le queda plantear una demanda ante el Poder Judicial, el mismo que juzgará plenamente el acto cuya nulidad se demanda, señalando oportunamente si es que la pretensión nulificante amerita o no un pronunciamiento estimatorio.

En tal sentido, la declaración de agravio, siendo un presupuesto procesal, no es más que eso, en la medida que no predetermina, ni obliga al Juzgador al trámite del proceso ni tampoco condiciona su pronunciamiento de fondo, el cual depende exclusivamente del análisis de las cuestiones procesales y de fondo respectivas por parte del Juzgador.

¹⁵⁷ Cfr. ESCUIN PALOP, VICENTE: El recurso... Op. Cit. Páginas 140 y ss.

VII. EFECTOS PROCESALES EN EL PROCESO DE AGRAVIO

No hemos querido terminar estas líneas sin señalar que en el caso del proceso de lesividad, siendo la pretensión de nulidad la única admisible (puesto que hablamos de actos expresos o presuntos), los efectos de la sentencia irán vinculados del pronunciamiento respectivo de nulidad correspondiente. En tal sentido, la declaración judicial estimatoria implicará la nulidad del acto administrativo y su expulsión del ordenamiento jurídico, debiendo retrotraerse los efectos de la nulidad hasta el origen del vicio.

Ello implica que el pronunciamiento de nulidad, también deberá preocuparse de las situaciones jurídicas creadas por el acto nulo. Por ejemplo, si se otorgó una prestación administrativa pecuniaria o dineraria a favor de una persona a la cual no le correspondía legalmente recibirla.

En este caso, la declaración judicial de nulidad dispondrá además, la devolución de la prestación indebidamente recibida, si es que fuera posible. Sin embargo, si ello no fuera posible (por ejemplo, por existir terceros de buena fe) se estará a las reglas del artículo 12º de la LPAG, específicamente del numeral 12.3, norma que establece que *“En caso de que el acto viciado se hubiera consumado, o bien sea imposible retrotraer sus efectos, sólo dará lugar a la responsabilidad de quien dictó el acto y en su caso, a la indemnización para el afectado”*.

VIII. CONCLUSIONES

A título de conclusiones, podemos enunciar las siguientes:

VIII.1 El proceso de agravio, si bien inspirado en la tradición española e iberoamericana sobre la materia, en nuestro ordenamiento jurídico ha tenido una evolución normativa propia, sumamente interesante, y siempre ligado a la potestad administrativa de declaración de nulidad de oficio de los actos propios de la Administración Pública.

Como tal, no ha estado nunca ligado a la “anulabilidad” de los actos administrativos (como sucedió y sucede actualmente en España), sino por el contrario, vinculado a la nulidad de oficio de los actos administrativos.

VIII.2 Concretamente, el proceso de agravio es un proceso singular, excepcional, definitivamente *subsidiario* en cuanto a la potestad administrativa de declarar la nulidad de sus propios actos en

sede administrativa, y a la vez, *necesario*, en la medida que es la única vía con que cuenta la Administración para solicitar judicialmente la declaración de invalidez de sus propios actos, como producto del vencimiento para el ejercicio de dicha potestad en la sede administrativa (conforme al artículo 202 de la LPAG).

VIII.3 Asimismo, el proceso de agravio no es “el” contencioso-administrativo iniciado por la Administración, sino que es un supuesto especial de contencioso-administrativo, donde en concreto no hay titularidad de derechos cuyo reconocimiento o restitución se pretenda en sede judicial, sino que estamos frente a un *proceso objetivo* donde no se discutirán derechos (al menos no directamente), sino donde se discutirá la legalidad o no de la actuación mediante acto administrativo expreso o presunto emitido por una autoridad administrativa.

Adicionalmente, cabe señalar que hay que diferenciar al proceso de agravio de dos supuestos bastante concretos: (i) no es proceso de agravio cuando la Administración tiene legitimación activa extraordinaria otorgada por ley para impugnar un acto de otra entidad pública, por ejemplo en el caso del artículo 157º del Código Tributario; y, (ii) no es proceso de agravio cuando la Administración Pública resulta afectada en sus derechos o intereses patrimoniales por un acto de otra entidad pública a resultas de su participación en un procedimiento administrativo como administrado (numeral 1) del artículo 50º de la LPAG).

En ambos casos, no estaremos frente a un proceso de agravio, toda vez que la Administración no actúa para la declaración de nulidad de un acto propio, sino que en los dos casos anteriormente citados, son casos donde extraordinariamente el título jurídico de la Administración para iniciar un proceso contencioso-administrativo es la Ley y no el artículo 202º de la LPAG.

Por consiguiente, en tales casos no estaremos en un proceso de agravio, sino que la Administración tendrá que seguir los plazos, requisitos y normas propias del proceso contencioso-administrativo “ordinario”, es decir, como si fueran meros particulares, lo cual se distingue del caso de un proceso de agravio.

VIII.4 El TUOLPCA ha reconocido algunas reglas especiales para el proceso de agravio, mayormente con poco éxito (v.gr. la amplísima interpretación que puede surgir con respecto a la legitimación activa del segundo párrafo del artículo 13º del TUOLPCA, o por ejemplo,

la deficiente regulación de la situación de legitimación pasiva prevista en el numeral 6) del artículo 15° de la misma norma), pero que al menos permiten identificar los rasgos propios del proceso de agravio.

En todo caso, hacen falta otras normas que complementen el sentido de lo regulado tanto en la LPAG como en el TUOLPCA, para darle mayor viabilidad a la regulación de este proceso contencioso-administrativo *especial*.

VIII.5 En el proceso de agravio únicamente debe pretenderse la nulidad de actos administrativos expresos o presuntos. No cabe agotarse la vía administrativa (puesto que no existe) y deben atenderse a los requisitos especiales de admisibilidad y procedencia regulados en el TUOLPCA.

VIII.6 Finalmente, la declaración de lesividad es un presupuesto procesal necesario para el inicio del proceso de agravio. No es un supuesto de acto administrativo en sentido estricto, toda vez que no tiene el carácter de decisión que cause efectos en la esfera jurídica externa de los administrados, y porque tampoco tiene carácter “regulador” (BOCANEGRA).

Asimismo, su emisión únicamente responde a la necesidad de manifestar el interés para obrar de la Administración en el proceso de agravio, debe ser una declaración motivada y, finalmente, su contenido no condiciona, ni limita el ejercicio de la potestad judicial de declarar o no, finalmente, la nulidad del acto administrativo que ha sido demandada por la Administración Pública en defensa de la legalidad y del interés público, motivaciones y fundamentos que, insistimos, finalmente serán de revisión amplia y objetiva por parte del juzgador.