

LAS PERSONAS JURÍDICAS PRIVADAS QUE EJERCEN FUNCIONES ADMINISTRATIVAS COMO ENTIDADES PÚBLICAS.

El Proceso Contencioso Administrativo como cauce del artículo I, 8 de la LPAG¹.

L. ALBERTO HUAMÁN ORDÓÑEZ².

SUMARIO: I.- Introducción. II. Las entidades de la Administración Pública conforme al artículo I, 8 del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General y el Derecho Administrativo Económico. III. Los hechos que sustentan el Proceso Contencioso Administrativo en el proceso seguido contra la E.P.S. Moyabamba Sociedad de Responsabilidad Limitada. IV. Esquema empresarial de la E.P.S. Moyabamba Sociedad de Responsabilidad Limitada, procedimiento administrativo (LPAG) y el Proceso Contencioso Administrativo (LPCA) como cauce procesal de su actuación. V. Conclusiones.

¹ A los Dres. Ramón A. Huapaya Tapia y Víctor Anacleto Guerrero, profesores de la cátedra de Derecho Administrativo Económico de la PUCP y de Derecho Administrativo de la UNPRG, respectivamente, por sus puntuales, meritorios y bien recibidos aportes y consejos en la elaboración de mi Tesis para optar el Grado de Abogado por la UNPRG: “*La regulación legislativa de la interdicción de la arbitrariedad en la Ley del Procedimiento Administrativo General-Ley N° 27444*” (2008).

² Abogado por la Universidad Nacional “Pedro Ruiz Gallo” de Lambayeque, Perú. Miembro de Bobadilla Sáenz & Asociado. Responsable de las áreas de Derecho Administrativo y Constitucional. Estudios de Especialización en Administración de Recursos Humanos por el Instituto Peruano de Administración de Empresas (IPAE)-Chiclayo. Discente de la Maestría en Derecho Procesal en la Universidad César Vallejo. Correo electrónico: sieyes10@hotmail.com

CAS. PREV. Nº 2123-2005-SAN MARTÍN³.Lima, diecinueve de abril del dos mil siete.- **LA SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. VISTA;** la causa número dos mil ciento veintitrés del dos mil cinco; de conformidad con el Dictamen del señor Fiscal Supremo; en audiencia pública llevada a cabo en la fecha; y luego de verificada la votación con arreglo a Ley, emite la siguiente sentencia: **MATERIA DEL RECURSO:** Se trata del recurso de casación interpuesto a fojas ciento ochentiséis por la demandada Empresa Prestadora de Servicios Moyabamba Sociedad de Responsabilidad Limitada, contra la sentencia de vista de fojas ciento sesenta, de fecha cinco de setiembre del dos mil cinco, que confirma la sentencia apelada de fojas ciento veintinueve, de fecha veinticuatro de mayo del dos mil cinco, que declara fundada la demanda; en consecuencia nulo el procedimiento administrativo de evaluación de personal iniciado en enero del dos mil, que dio origen a la Resolución de Gerencia General de fojas dos; **CAUSALES DEL RECURSO:** El recurso [de] casación ha sido declarado procedente mediante resolución de fecha veintiuno de diciembre del dos mil cinco, que corre a fojas cuarenta y siete del cuadernillo, por las causales de aplicación indebida de la Ley veintisiete mil quinientos ochenta y cuatro y contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso; **CONSIDERANDO: Primero:** Que, al argumentar respecto de la causal de aplicación indebida de la Ley veintisiete mil quinientos ochenta y cuatro, la parte recurrente argumenta que la Empresa Prestadora de Servicios Moyabamba Sociedad de Responsabilidad Limitada, no es un ente administrativo, por lo tanto no corresponde que su actuación sea revisada judicialmente en el proceso contencioso administrativo; **Segundo:** Que, mediante Resolución Suprema [sic.] de fojas cincuentidós se declaró nulo todo lo actuado y se ordenó remitir los autos al Juzgado Mixto de Moyabamba para que conociera el proceso de acuerdo con la Ley veintisiete mil quinientos ochenta y cuatro, fijando de esta manera la vía procedimental y la competencia del Juez encargado de los procesos contencioso administrativos, siendo esta decisión definitiva y sobre cuya base se ha tramitado todo el presente proceso; **Tercero:** Que, además de acuerdo con el inciso ocho artículo primero del Título Preliminar de la Ley veintisiete mil cuatrocientos cuarenta y cuatro, para los fines de esta Ley, se entiende por “entidad” o “entidades” de la Administración Pública, las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud

³ Casación del 19 de abril de 2007 publicada en el Diario Oficial “El Peruano” en su sección Sentencias en Casación del 01 de octubre.

de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia; **Cuarto:** Que, en tal virtud la demandada ha ejercido función administrativa, particularmente al ampararse en la Ley [sic.] veintiséis mil novecientos tres⁴ para realizar proceso de evaluación de personal, en tanto el supuesto de hecho de la norma se refería a la actividad pública, que la demandada efectivamente desarrolla como empresa municipal; **Quinto:** Que, de acuerdo con el artículo cuatro inciso seis de la Ley veintisiete mil quinientos ochenta y cuatro son impugnables en el proceso contencioso administrativo, las actuaciones administrativas sobre el personal dependiente al servicio de la administración pública, de manera que en concordancia con el citado artículo primero inciso ocho del Título Preliminar de la Ley veintisiete mil cuatrocientos cuarenta y cuatro, la vía procedimental aplicada en el presente proceso es adecuada; **Sexto:** Que, respecto a la contravención del debido proceso la parte recurrente alega la afectación al principio de motivación; sin embargo no existen en las sentencias de primera y segunda instancia defectos trascendentes en dicho aspecto, por el contrario la sentencia de vista integra adecuadamente los aspectos omitidos en el fallo de la sentencia apelada y amplia la argumentación que sustenta la confirmatoria; **RESOLUCION:** Por estas consideraciones declararon: **INFUNDADO** el recurso de casación de fojas ciento ochentiséis por la Empresa Prestadora de Servicios Moyabamba Sociedad de Responsabilidad Limitada; en consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista de fojas ciento sesenta, su fecha cinco de setiembre del dos mil cinco; **CONDENARON** a la recurrente al pago de una multa ascendente a dos Unidades de Referencia Procesal, así como al pago de las costas y costos de la tramitación del presente recurso; **ORDENARON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial El Peruano por sentar precedente de observancia obligatoria en el modo y forma previsto en la ley; en los

⁴ En realidad la norma citada por la Corte Suprema de la República corresponde a la redefinición de objetivos y ámbito de acción del Banco de Materiales (BANMAT), entidad de derecho privado dependiente del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento.

La mención a la norma materia del proceso, por consiguiente, debe dirigirse al **Decreto Ley N° 26903** del 24 de diciembre de 1992, dispositivo legal dado por el llamado “Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional” por el cual se disponía que los titulares de los Ministerios y de las instituciones públicas descentralizadas efectúen semestralmente programas de evaluación de personal, norma que fue cumplida para descongestionar el aparato del Estado, motivando los famosos “ceses colectivos”.

Felizmente esta norma fue derogada por el artículo primero de la Ley N° 27487 publicada el 23 de junio de 2001 mediante la cual se autoriza la conformación de comisiones encargadas de revisar los ceses colectivos en el Sector Público.

seguidos por Edwin Mestanza Ramírez, sobre Nulidad de Acto Administrativo; y los devolvieron.

SS.

VILLA STEIN

VILLACORTA RAMÍREZ

ACEVEDO MENA

ESTRELLA CAMA

ROJAS MARAVI.

I.- INTRODUCCIÓN:

Como es común concebir en la actualidad de nuestro Derecho Público no solo nacional sino también sudamericano⁵, el sentido que ha tomado el concepto de las entidades públicas ha sido, a diferencia de una concepción tradicional hasta antes de 1990, aplicado a aquellos entes públicos tradicionalmente concebidos como son los clásicos poderes funcionales más otros órganos pero extendido junto a otros que no siendo en estricto parte de la estructura del Estado, cumplen el cometido de la prestación efectiva de servicios públicos⁶ o en todo caso asumen una función administrativa mediante concesión, delegación o autorización del Estado conforme a normas específicas, contribuyendo a partir de allí al bienestar general.

⁵ La República de Argentina a través de su Parlamento sancionó la Ley N° 23.696 en el marco de privatización de entidades que antes eran pertenecientes al Estado y hoy a los particulares; cambiando así el clásico esquema del Derecho Público. De lo cual se asume que en el bienestar general de la Nación argentina intervienen, desde el molde de “Constitución Económica” propagado desde la globalización del nuevo liberalismo, el Estado –mínimamente- como los privados.

⁶ En auspicio de considerarse la “huida del Derecho Administrativo” como parte del nuevo Estado peruano corre la jurisprudencia de la STC N° 0009-2007-PI/TC y acumulados, fdm. 2 (Sirumbal Ramos y 8.438 ciudadanos y Congresistas de la República contra diversos artículos de la Ley N.º 28925, Ley que Modifica la Ley N.º 27692, Ley de creación de la Agencia Peruana de Cooperación Internacional – APCI, y la Ley N.º 28875, Ley que crea el Sistema Nacional Descentralizado de Cooperación): “En el Derecho comparado se observa que uno de los principales procesos de fortalecimiento del Estado social, expresión entendida como «Estado que ha permeado a la sociedad y como Estado que la sociedad ha permeado»; consiste en la progresiva sustitución de la gestión directa y con medios propios de la Administración de los servicios públicos asistenciales, por formas diversas de regulación y financiación de su prestación por entes de la sociedad civil –o el llamado «tercer sector»”.

En la decisión objeto de la Casación N° 2123-2005-SAN MARTÍN⁷ expedida por la Sala Segunda de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República se analiza el papel de entidades de derecho privado que cumplen funciones administrativas como entidades públicas; en el caso en concreto, se trata de la Empresa Prestadora de Servicios Moyabamba Sociedad de Responsabilidad Limitada que en el marco de un procedimiento administrativo somete a su personal a evaluación, resultado decisorio sometido al proceso de la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo-Ley N° 27584.

II. LAS ENTIDADES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA CONFORME AL ARTÍCULO I, 8 DEL TÍTULO PRELIMINAR DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO:

La Ley del Procedimiento Administrativo General-Ley N° 27444 (en adelante LPAG) de lleno al abrir su marco normativo, establece el catálogo de las entidades de la Administración Pública. Sin embargo es puntual en lo que nos interesa como idea fuerza de este trabajo, cuando señala en su artículo I, inciso 8 de de su Título Preliminar como parte de las entidades públicas a determinadas entidades que no formando parte del esquema de poder público, son catalogadas como entidades de la Administración en cumplimiento a determinados aspectos⁸.

⁷ Por error se ha asignado a la casación materia de nuestras glosas, como una de corte previsional, cuando más bien el proceso contencioso iniciado es laboral y no relativo a pensiones.

⁸ **Artículo I TP LPAG.- Ámbito de aplicación de la Ley:** “La presente Ley será de aplicación para todas las entidades de la Administración Pública. Para los fines de la presente Ley, se entenderá por "entidad" o "entidades" de la Administración Pública:

1. El poder Ejecutivo, incluyendo Ministerios y Organismos Públicos Descentralizados
2. El poder Legislativo;
3. El poder Judicial
4. Los Gobiernos Regionales
5. Los Gobiernos Locales
6. Los Organismos a los que la Constitución Política del Perú y las leyes confieren autonomía.
7. Las demás entidades y organismos proyectos y programas del estado, cuyas actividades se realizan en virtud de potestades administrativas y, por tanto se consideran sujetas a las normas comunes de derecho público, salvo mandato expreso de ley que las refiera a otro régimen; y
8. Las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen funciones administrativas, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia”.

La Administración Pública no es más la sumatoria de aquellas instituciones concebidas del modo clásico, sino también otras de corte especial, que no siendo en realidad parte del aparato público entran en los supuestos de entidades de la Administración Pública; por tanto *pasibles de control judicial con el proceso contencioso administrativo siempre que su actuación se sostenga en el Derecho Administrativo*, escrutinio judicial que no admite otro órgano contralor general más que el juzgador de justicia administrativa de la LPCA cuando se trata de una lesión de derechos subjetivos de los administrados.

Una estructura clásica apuntaba al entendimiento de la entidad como una organización destinada al bienestar general, posición asumida desde la estructura del Estado.

Cambia esto en la década del 90 cuando el fenómeno de desregulación de servicios públicos dentro del **Derecho Administrativo Económico** se atreve a cambiar diametralmente el esquema concebido y hasta entonces prevalente y tratado como dogma; posición desde la cual el Estado comienza por vender las empresas suyas, pero las dedicadas a las de servicios públicos (*v.gr.* saneamiento, telecomunicaciones) entrega a los poderes públicos municipales, quienes para dotar de eficiencia y eficacia la prestación de los servicios a su cargo, optan dentro del marco de su organización por un programa empresarial dirigido desde la Ley General de Sociedades-Ley N° 26887 (LGS), cual si fuera un privado más.

De allí que en la actualidad del Derecho Administrativo, *existan entidades bajo régimen privado que al prestar un servicio público o ejercer funciones administrativas según normas específicas califiquen como entidades de la Administración Pública y no como simplemente privadas, dado que con esa labor también están cumpliendo con la búsqueda del bienestar general, asignado de común al Estado* pero que en la actualidad admite un esquema de permeabilidad con el artículo I, 8 de la LPAG en su Título Preliminar.

III. LOS HECHOS QUE SUSTENTAN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN EL PROCESO SEGUIDO CONTRA LA E.P.S. MOYABAMBA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA:

La decisión judicial recaída en la Casación N° 2123-2005-SAN MARTÍN del 19 de abril de 2007 que expide la Corte Suprema de Justicia de la República a

través de su Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social es la de declarar infundado el recurso impugnativo presentado a la alta sede de justicia de la Nación.

Recurso presentado por la Empresa Prestadora de Servicios Moyabamba Sociedad de Responsabilidad Limitada, empresa de la Municipalidad Provincial de Moyabamba, en la región San Martín; pero que la Corte Suprema decide acoger desfavorablemente al no casar la sentencia contradicha en última sede judicial, fallo sustentado en los hechos siguientes a describir:

- El ciudadano Mestanza Ramírez interpone proceso contra la Empresa Prestadora de Servicios Moyabamba Sociedad de Responsabilidad Limitada en vía de jurisdicción administrativa, proceso signado con la Ley N° 27584, solicitando como pretensión la nulidad del acto administrativo consistente en la Resolución de Gerencia por la que se acuerda la evaluación del personal de la entidad demandada en consonancia con el Decreto Ley N° 26903.
- Dicha pretensión es declarada fundada en primer grado y confirmada en segundo grado. Nulo en consecuencia el procedimiento administrativo de evaluación de personal iniciado en el mes de enero de 2000. Ante ello, la demandada activa los medios de impugnación de decisiones judiciales con la casación, arguyendo que por su estructura empresarial no entra en los supuestos de entidad de la Administración Pública, no siendo pasible de ser ventilado el conflicto de intereses generados entre las partes por el proceso de la LPCA.
- Admitido a trámite el recurso de casación, éste se sustenta por las causales de: *a)* aplicación indebida de la norma procesal contenciosa administrativa, cual es la Ley N° 27584 o LPCA y *b)* contravención de las normas que garantizan un debido proceso.
- Para el caso de la causal *a)* se argumenta que la Empresa Prestadora de Servicios Moyabamba Sociedad de Responsabilidad Limitada no es una entidad de la Administración, no siendo entonces objetable, según argumenta sus decisiones materializadas en el acto administrativo cuestionado con la LPCA.

- En cuanto a la causal *b)* no se logra convencer al Tribunal de Casación que se esté en presencia de contravención al debido proceso como causal casatoria; siendo antes bien que el mencionado Tribunal afirma que el fallo de la Sala respectiva ha encajado aspectos motivatorios ausentes del primer fallo; no cabiendo amparar el examen lógico de la norma por parte de la Corte Suprema ya que la misma ha sido en su debida oportunidad, correctamente aplicada e interpretada.

De modo ulterior nos dice la Corte Suprema que aquellas entidades privadas que no siendo parte del organigrama estatal pero prestan servicios públicos o realizan funciones administrativas o desempeñan ambos papeles a la vez -como es el caso de la empresa demandada- encajan con perfección en los supuestos de entidades de la Administración Pública, por ello sus actuaciones sujetas al Derecho Administrativo caben ser evaluadas por la justicia administrativa.

IV. ESQUEMA EMPRESARIAL DE LA E.P.S. MOYABAMBA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA, PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO (LPAG) Y EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO (LPCA) COMO CAUCE PROCESAL DE SU ACTUACIÓN:

La Ley General de Sociedades-Ley N° 26887 (LGS) de principio, no consigna en su texto la definición de la institución materia del Derecho societario como es la **sociedad**. Ya que solo nos dice en su artículo inaugural que, quienes constituyen tal figura jurídico-comercial convienen en el aporte de bienes y servicios para el ejercicio en común de desarrollo de actividades económicas forman la misma. En cuanto a la sociedad de responsabilidad limitada o en abreviaturas S.R.L., es una sociedad que está dividida en participaciones iguales, acumulables e indivisibles; no pasibles de su incorporación en títulos valores ni de modo igual, denominarse acciones. Este es el esquema que adopta la institución demandada.

Si nos detenemos en que la Empresa Prestadora de Servicios Moyabamba Sociedad de Responsabilidad Limitada como su nombre mismo le indica, es una persona jurídica de derecho privado sujeta a las normas de naturaleza societaria, quedaría claro su naturaleza netamente no estatal.

No obstante, al abocarse aún dentro de ese esquema empresarial, a la **prestación de servicios públicos** es lógico poder cuestionar la decisión de sus actos como de sus omisiones dentro del proceso de la LPCA pues es tenida para efectos

del proceso correspondiente como entidad de la Administración Pública⁹ dada su pertenencia a la Municipalidad Provincial de Moyabamba, en la región San Martín.

Su condición pública y no privada no se pone en duda cuando además de la prestación efectiva de servicios públicos inicia a su personal, un procedimiento administrativo de evaluación de personal, merced a una norma aplicable al personal del Sector Público como es el Decreto Ley N° 26903.

Norma legal dada por el Poder Ejecutivo en el marco de racionalización de personal adoptado la década del 90 en dicha esfera laboral no privada, por la cual se disponía que los titulares de los Ministerios y de las instituciones públicas descentralizadas cumplan con efectuar semestralmente programas de evaluación de su personal¹⁰.

⁹ **Artículo 1 LPCA.- Finalidad:** “La acción contencioso administrativa prevista en el Artículo 148 de la Constitución Política tiene por finalidad *el control jurídico por el Poder Judicial de las actuaciones de la Administración Pública sujetas al Derecho Administrativo y la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados.*”

Para los efectos de esta Ley, la acción contencioso administrativa se denominará proceso contencioso administrativo”. Los textos consignados en cursivas nos corresponden.

¹⁰ El Decreto Ley N° 26093 cuya sumilla es: **Disponen que los titulares de los Ministerios y de las Instituciones Públicas Descentralizadas deberán cumplir con efectuar semestralmente programas de evaluación de personal** establecía como causal de cesación de la relación de trabajo en el Sector Público la excedencia del número de personal de las entidades públicas.

Citamos para orientar al lector, 2 de sus 3 artículos, por resultar relevantes para entender a cabalidad el fallo en casación glosado:

Artículo 1: “Los Titulares de los distintos Ministerios y de las Instituciones Públicas Descentralizadas, deberán cumplir con efectuar semestralmente programas de evaluación de personal de acuerdo a las normas que para tal efecto se establezcan. Autorízase a los referidos titulares a dictar las normas necesarias para la correcta aplicación del presente dispositivo, mediante Resolución”.

Artículo 2: “El personal que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo anterior no califique, podrá ser cesado por causal de excedencia”.

Como se ha precisado esta norma evidentemente contraria al plexo normativo resulta derogada por el artículo 1 de la Ley N° 27487, norma publicada el 23 de junio de 2001 en el marco revisorio de normas inconstitucionales, seguido por el Gobierno instaurador de la legitimidad del poder público en el Perú en aquel año.

En base a esta norma es que la empresa empieza la evaluación de personal mediante un procedimiento administrativo. Como se sabe, conforme al dictado de la LPAG, representa éste el conjunto organizado y coherente de actos y diligencias a ser tramitados en las entidades, reservados a la emisión de un acto administrativo generador de efectos jurídicos individuales o individualizables sobre intereses, obligaciones o derechos de los administrados¹¹. Entra en este sentido el procedimiento seguido por la Empresa Prestadora de Servicios Moyabamba Sociedad de Responsabilidad Limitada, institución que al igual que adopta un esquema empresarial se desenvuelve en la prestación de servicios públicos calificando como entidad para efectos procesales.

La utilización del procedimiento de evaluación de personal se hace, más aún conforme a lo precisado en el Decreto Ley N° 26903, norma legal del 28 de diciembre de 1992 por la cual se dispone que los titulares de los Ministerios y de las instituciones públicas descentralizadas cumplan con efectuar semestralmente programas de evaluación de su personal; pretexto para una regularización a ultranza de los servidores del Estado asumida por el Gobierno de aquel entonces.

Entonces se nota que el ejercicio de funciones administrativas que culminan en el acto administrativo consistente en la Resolución de Gerencia General sometida a revisión jurisdiccional, se hace en relación a dichas funciones.

Nos detenemos en este punto para hacer la pregunta que sigue: **¿cuándo hablamos de función administrativa?**

El autor nacional **RUIZ ELDREDGE** a este respecto nos ilustra: “(...) comprende –la función administrativa– tanto actividades jurídicas como operaciones materiales de los diversos órganos de poder del Estado. Consiste en actos jurídicos creativos de normas generales (reglamentos) o de derechos subjetivos; así como quehacer concreto y material vinculado a los fines del Estado”¹². Si tomamos por consiguiente la cita transcrita veremos que la actuación sometida al juzgador entra en el esquema funcional público¹³.

¹¹ **Artículo 29 LPAG.-Definición de procedimiento administrativo:** “Se entiende por procedimiento administrativo al conjunto de actos y diligencias tramitados en las entidades, conducentes a la emisión de un acto administrativo que conduzca efectos jurídicos individuales o individualizables sobre intereses, obligaciones o derechos de los administrados”.

¹² **RUIZ ELDREDGE, Alberto:** *Manual de Derecho Administrativo*. Gaceta Jurídica S.A., 1ª edición, Lima, setiembre 2000, p. 21.

Recuérdese que la función administrativa en su ejercicio se materializa de común en el acto administrativo –como en el presente caso- además de los actos de la Administración. Además se tiene al reglamento. Como forma patológica califica igualmente la “vía de hecho”, esto es las actuaciones administrativas no sustentadas en la actuación formal de la Administración Pública, sin sustento de acto administrativo alguno, actuación puramente material o vulneratoria del ordenamiento jurídico constitucional o legal. Y finalmente los contratos celebrados por la Administración Pública.

Advertimos que **la adopción de un esquema empresarial de una entidad prestadora de un servicio público y de otro lado el ejercicio de función administrativa fusionan la viabilidad de considerar a una persona jurídica de derecho privado con estas características como una entidad pública, por ello viable el proceso contencioso administrativo peruano con la LPCA; lógica que se sigue a nivel del continente tal como se observa a modo de guía en la República de**

¹³ La Corte de Casación de la República asume que conforme a las normas de la LPAG y en concreto respecto de su artículo I, 8 del Título Preliminar, la función administrativa -recogiendo el parecer de **MORÓN URBINA**- no es privativa únicamente de los estamentos del Estado, obrando de forma igual la concurrencia de entidades privadas desde el fenómeno de Estado mínimo. El procedimiento seguido ante ella se rige *ergo* por la norma general procedimental o LPAG, de resultas que será el proceso de la LPCA el indicado para cuestionar en lo jurisdiccional la decisión tomada.

En la **Consulta Previsional Nº 001764-2006** del 09 de agosto de 2006, respecto al conflicto negativo de competencia entre el 3º Juzgado Especializado en lo Contencioso Administrativo y la 3ª Sala Laboral de Lima en cuanto a la vía procedimental sobre impugnación de actos administrativos de una entidad privada como es la Caja de Beneficios y Seguridad Social del Pescador que brinda el servicio público de pensión de jubilación, el voto singular del Vocal Supremo Acevedo Mena es que conforme al fundamento casatorio décimo “(...) *la Ley veintisiete mil cuatrocientos cuarenta y cuatro (...) comprende para los efectos de su aplicación dentro del concepto de: entidades de la Administración Pública a: las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia según el tenor del numeral ocho del artículo primero de la Ley del Procedimiento Administrativo General (...)*”; esto es que de acuerdo al fundamento siguiente “(...) *la normativa vigente confiere una categoría funcional a la entidad que ejerza la función administrativa, la cual se regirá, respecto a los servicios públicos, por la Ley veintisiete mil cuatrocientos cuarenta y cuatro (...)*”. Los textos de la consulta judicial precisados en cursivas nos corresponden.

Argentina, específicamente en los Códigos Procesal Contencioso Administrativo de las provincias de Córdoba¹⁴ y Buenos Aires¹⁵.

Esta precisión no queda en manos solamente de la regulación legislativa sino también se añade a ello la nota de creación jurisdiccional del Derecho con la jurisprudencia, o “derecho vivo” como alguna vez lo llamó D’ ORS. La clave la proporciona en el escenario de Derecho Comparado, el Tribunal Constitucional español (TCE) el mismo que en la STCE N° 14/1986 de 31 de enero, fundamento jurídico octavo, consagró la existencia de entidades públicas cuyo esquema organizacional venía desde notas del Derecho Privado, adquiriendo forma societaria; técnica que muy a pesar de ser utilizada no debe ser tomado como un abandono de la regulación en nota administrativa.

Siendo así, es meritorio la transcripción del mencionado razonamiento constitucional español: “(...) en la actualidad [adquiere] carta de naturaleza la creación por la Administración de entes institucionales bajo formas privadas de personificación, muy en particular bajo la forma de sociedades anónimas, lo que conduce a la actuación bajo un régimen de Derecho Privado de entes que se han

¹⁴ El Código Procesal Contencioso-Administrativo de la provincia de Córdoba en su parte inaugural del Capítulo I dedicado a los principios generales de la materia contencioso administrativa advierte:

Artículo 1: “Corresponde la jurisdicción contencioso administrativa a las causas que se promuevan por parte legítima, impugnando los actos administrativos de los Poderes Legislativo, Ejecutivo o Judicial del Estado Provincial, del Tribunal de Cuentas de la Provincia; de las entidades descentralizadas autárquicas, de las Municipalidades y de *cualquier otro órgano o ente dotado de potestad pública*, con facultad para decidir en última instancia administrativa, siempre que concurren los siguientes requisitos: (...) b) *Que sea consecuencia del ejercicio de la función administrativa (...)*”. Los textos en cursivas nos corresponden.

Artículo 3: A los efectos de la presente ley se consideran como parte del proceso, legitimados activos o pasivos, a: (...) **b) La Administración:** La Provincia, las Municipalidades, las entidades descentralizadas autárquicas *y las personas jurídicas que ejerzan función administrativa por autorización o delegación estatal*, en defensa de sus prerrogativas o competencias administrativas, y por lesividad de sus actos administrativos irrevocables”.

¹⁵ A su vez el Código Procesal Contencioso-Administrativo de la provincia de Buenos Aires señala la procedencia del proceso de justicia administrativa en la norma que sigue:

Artículo 1: “Corresponde a los Tribunales Contencioso Administrativos el conocimiento y decisión de las pretensiones que se deduzcan de los casos originados por la actuación u omisión, en el ejercicio de *funciones administrativas* de los órganos de la Provincia, los Municipios, los Entes descentralizados *y otras personas con arreglo a las prescripciones del presente Código*”. Los textos en cursivas nos corresponden.

personificado bajo una forma jurídica pública (...) Parece claro que, como observa la doctrina, la instrumentalidad de los entes que se personifican o que funcionan de acuerdo con el Derecho Privado, remiten su titularidad final a una instancia administrativa inequívocamente pública, como público es también el ámbito interno de las relaciones que conexas dichos entes con la Administración de la que dependen, tratándose en definitiva de la utilización por la Administración de técnicas ofrecidas por el Derecho Privado, como un medio práctico de ampliar su acción social y económica. Se ha dicho también que la forma mercantil supone la introducción en el tráfico de una entidad que externamente, en sus relaciones con terceros, va a producirse bajo un régimen de Derecho Privado, pero internamente tal sociedad es realmente una pertenencia de la Administración (...) un ente institucional propio de la misma, y a estos conceptos responde la regulación legal española”. La nota de jurisprudencia es decisoria ya que lo que hace es construir un razonamiento donde los poderes públicos por más técnicas extra administrativas que utilicen, terminan siendo poderes públicos.

Bajo lo dicho es puntual la concordancia con el fundamento quinto de la decisión casatoria por el cual al estar la demandada dentro de los alcances de la LPAG termina siendo procedente por los alcances del artículo 4, 6 de la LPCA de someter por tanto a la vía procesal detallada, las actuaciones administrativas recaídas sobre el personal dependiente al servicio de las entidades públicas¹⁶, realizadas como se detalla en el fallo de la Corte Suprema de la Nación dentro de actuaciones administrativas y no privadas.

De allí que *la LPCA es la vía procesal de justicia en la que se ventile oportunamente y de forma idónea el debate del conflicto de intereses con relevancia jurídica materia de Casación*, cuando con la justicia administrativa se active dicha norma procesal cuyo trabajo no es tanto ejercer un control de legalidad sobre el procedimiento administrativo y con su producto, el acto administrativo como la defensa de los derechos subjetivos de toda persona.

¹⁶ **Artículo 4,6 LPCA.- Actuaciones impugnables:** “Conforme a las previsiones de la presente Ley y cumpliendo los requisitos expresamente aplicables a cada caso, procede la demanda contra toda actuación realizada en ejercicio de potestades administrativas. Son impugnables en este proceso las siguientes actuaciones administrativas:

(...) 6. Las actuaciones administrativas sobre el personal dependiente al servicio de la Administración Pública”.

El Tribunal de Casación en situación que debe ser objetada, pierde la oportunidad de reafirmar el actual carácter del proceso de la LPCA: Carácter doble, atendible no solo a lo **objetivo**, *ergo* controlar la legalidad de las actuaciones administrativas de las entidades sino también **subjetivo**, como es la satisfacción de las pretensiones iniciadas contra las Administraciones Públicas, entrando en ellas la demandada; no dándole la razón con la decisión judicial asumida, declarando en consecuencia infundado con acierto el recurso impugnativo interpuesto.

Hacemos notar a los integrantes del Tribunal casatorio que éste es un proceso que también le ha sido asignado la tutela de los derechos fundamentales; los cuales no son ya objeto de protección con únicamente los procesos constitucionales. Sino además a través de otros procesos, incluido como resulta prudente, el de la Ley N° 27584 a cargo del Poder Judicial.

Obra igualmente un **precedente vinculante** a ser cumplido por todos los jueces y Tribunales de la Nación, por el que se ha dejado en claro que *la justicia administrativa es la vía normalmente satisfactoria de las pretensiones en materia laboral de corte público* planteadas a la judicatura.

El proceso contencioso administrativo del artículo 148 de la Constitución de 1993 tiene de modo ulterior por **finalidad** el *control jurídico por el Poder Judicial de las actuaciones de la Administración Pública sujetas al Derecho Administrativo y la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados*, algo que se ha omitido en la resolución glosada para dotar de mayor fuerza el razonamiento de los jueces. Esto porque como se hace saber en la STC N° 0206-2005-PA/TC (Baylón Flores vs. E.P.S. EMAPA HUACHO S.A. y otro) que en importante considerando, precedente vinculante conforme al tercer punto de la parte resolutive del fallo supralegal:

“Vía procedimental igualmente satisfactoria para la protección del derecho al trabajo y derechos conexos en el régimen laboral público

21. Con relación a los trabajadores sujetos al régimen laboral público, se debe considerar que el Estado es el único empleador en las diversas entidades de la Administración Pública. Por ello, el artículo 4.º literal 6) de la Ley N.º 27584, que regula el proceso contencioso administrativo, dispone que las actuaciones administrativas sobre el personal dependiente al servicio de la Administración Pública son impugnables a través del proceso contencioso

administrativo. Consecuentemente, el Tribunal Constitucional estima que *la vía normal para resolver las pretensiones individuales por conflictos jurídicos derivados de la aplicación de la legislación laboral pública es el proceso contencioso administrativo*, dado que permite la reposición del trabajador despedido y prevé la concesión de medidas cautelares”¹⁷.

Tal parece que hasta la fecha, las decisiones judiciales siguen congeladas en el tiempo al calificar al contencioso administrativo como un “proceso al acto” y no como un proceso de jurisdicción plena o de ambos a la vez en la misma sentencia.

La cita de **HUAPAYA TAPIA** es la más oportuna en este momento para hacer notar el poder de nuestro proceso de justicia administrativa: “(...) El proceso contencioso administrativo (...) *no es una instancia casatoria, nomofiláctica, de mera revisión de formalidades*, o de una comprobación del ajuste de la actuación administrativa previa a los imperativos de la legalidad (...)”¹⁸.

Tal como hemos detallado con estas breves líneas dedicadas al artículo I, 8 de la LPAG en su Título Preliminar y a su control judicial con la LPCA, el proceso administrativo es mucho más que eso. Es al igual que proceso encargado al Poder Judicial, justicia y realidad y ha venido para quedarse, guste o no.

V. CONCLUSIONES:

1. Con la LPAG las entidades públicas no son ya las clásicamente así entendidas sino también las que cumplen desplazando al Estado el cometido de la prestación efectiva de servicios públicos o en todo caso asumen una función administrativa mediante concesión, delegación o autorización del poder público.
2. Una desplazada estructura clásica apuntaba al entendimiento de la entidad como una organización destinada al bienestar general desde el Estado. Ahora esto se ha asignado a los particulares como a los mismos poderes públicos en el

¹⁷ STC N° 0206-2005-PA/TC, fdm. 21 (Baylón Flores vs. E.P.S. EMAPA HUACHO S.A. y otro). Los textos en cursiva son nuestros.

¹⁸ **HUAPAYA TAPIA, Ramón A.**: *Tratado del Proceso Contencioso Administrativo*. Jurista Editores E.I.R.L., Lima, mayo 2006, p. 485.

nivel local de colaboración estatal pero desde un esquema estrictamente no público: **Desregulación de servicios públicos + Derecho Administrativo Económico.**

3. La entidad municipal demandada vía proceso contencioso administrativo es una Sociedad de Responsabilidad Limitada abocada a la prestación de servicios públicos, por lo cual clasifica como entidad de la Administración Pública y en virtud a ello **despliega su derecho empresarial laboral para calificar vía procedimiento administrativo de evaluación de personal a sus trabajadores.** De allí que su esquema de desenvolvimiento empresarial es perfectamente compatible con su condición de entidad de la Administración Pública; más aún al utilizar en dicho procedimiento administrativo una norma por la cual los titulares de los Ministerios y de las instituciones públicas descentralizadas debían cumplir con efectuar semestralmente programas de evaluación de su personal.
4. Si se toma en cuenta que función administrativa conforme a la doctrina es todo **quehacer concreto y material vinculado a los fines del Estado**, no cabe duda que la decisión asumida por la demandada es tal; por ello perfectamente fiscalizable por la LPCA pues tal finalidad estatal la tienen los *privatus.*, conforme al modelo económico de Estado mínimo.
5. Entonces manifestamos nuestro acuerdo con la Casación sostenida por la Corte Suprema, de allí que la empresa demandada este dentro de los alcances de la LPAG y de la LPCA por ser de la Municipalidad Provincial de Moyabamba. Sin embargo la decisión asumida por los altos magistrados pierde la oportunidad de reafirmar **lo objetivo (control de la legalidad de las actuaciones administrativas) + lo subjetivo (satisfacción de las pretensiones iniciadas contra en el conflicto en la relación administrados-Administraciones Públicas) del proceso de la LPCA** pues con él, se asume el total e incondicional control jurídico por el Poder Judicial de las actuaciones de la Administración Pública sujetas al Derecho Administrativo y la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados.