

Los Actos Administrativos en el régimen de las Personas Jurídicas del régimen privado

Richard Martin Tirado*

SUMILLA

El autor retorna a la doctrina y teoría administrativa, para responder la siguiente interrogante: ¿son las actuaciones o decisiones de las personas jurídicas de derecho privado, que prestan Servicios Públicos o ejercen función administrativa - en virtud de una concesión, delegación o autorización, actos administrativos- actos administrativos? Realiza un análisis a la luz de la Ley del Procedimiento Administrativo, lo cual permitirá reconocer si este régimen por extensión o ficción jurídica es aplicable a personas jurídicas de régimen privado que ejercen funciones públicas.

1. Introducción

Si hubiera que remontarse a la década de los setenta, el tema de este trabajo no estaría en discusión, dado que el Estado abarcaba casi la totalidad de los Servicios Públicos y el desarrollo de la actividad empresarial estaba íntimamente ligada a la economía nacional¹. No obstante ello, y luego del colapso económico de la década de los ochenta, se estableció principio de subsidiariedad de la iniciativa pública y la necesidad de privatizar, en un primer momento, empresas estatales y en un segundo momento, actividades económicas que no involucraban un interés público tal que justifique el desarrollo de dicha actividad por el Estado².

Estas reformas en materia económica, indudablemente afectaron la estructura del Estado peruano. La transformación de un Estado

Intervencionista a un Estado Regulador y Garantista, redujo considerablemente el tamaño del aparato estatal; sin embargo, una de las razones de considerar como “parte de la administración pública” a personas jurídicas bajo el régimen privado, para efectos de la aplicación de la Ley del Procedimiento Administrativo General, en adelante LPAG, fue tal como lo indica MORÓN, el interés del Estado en proteger las relaciones de dichas personas jurídicas con sus usuarios³.

En este sentido, el presente artículo busca analizar el régimen de los actos administrativos regulado en la LPAG en lo que les resulta aplicable a las Personas Jurídicas bajo el régimen privado pues, en la medida que se trata de entidades que en principio no tienen potestades administrativas, se debe analizar qué aspectos de la mencionada Ley, les son aplicables y cuáles no. Asimismo, es de

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magister en Derecho Administrativo. Maestría en Derecho Internacional Económico. Profesor de Derecho Administrativo en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Universidad de Lima, Universidad San Ignacio de Loyola y ESAN.

¹ Sobre este tema debemos entender el trasfondo histórico de la norma que estamos analizando, el cual ha sido descrito por KRESALJA y OCHOA:

(...)Para entender la constitucionalización del principio de subsidiariedad, de aplicación preferente en la mayoría de democracias capitalistas occidentales, debemos señalar que surge como una reacción a la expansión de la iniciativa pública durante el Gobierno Revolucionario de las Fuerzas Armadas (1968-1980), en el cual el Estado asumió una participación directa en la propiedad de sectores vinculados a la explotación de recursos naturales –petróleo, minería, pesca- industria básica – aceros, metales no ferrosos, química, fertilizantes, cemento, papel-, servicios públicos, finanzas y la comercialización de los principales productos de exportación e internamente de los productos agropecuarios. La participación de las empresas estatales llegó a superar la quinta parte del PBI en los años siguientes a 1975. El primer censo de empresas estatales realizado en 1977 reveló que existían 174 empresas. (KRESALJA, Baldo y OCHOA, César. Derecho Constitucional Económico. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2010, p. 361)

² KRESALJA, Baldo y OCHOA, César. Op. cit., p. 362

³ Ver: MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Lima: Gaceta Jurídica, 2011.

vital importancia determinar si estas decisiones tienen o no carácter de acto administrativo.

Por ello, será necesario definir la naturaleza jurídica de estas empresas en el ordenamiento jurídico peruano, en función de las normas aplicables en cada caso y estudiar la relevancia práctica de este análisis. A partir de ello, se podrá delimitar criterios para definir el régimen de los actos que emiten.

Al igual que en otros ordenamientos jurídicos, el panorama no es claro en el Perú. Los pocos pronunciamientos respecto de la aplicación de la LPAG a los actos de las personas jurídicas bajo el régimen privado son sentencias del Tribunal Constitucional en materia de acceso a la información pública; sin embargo, en un proceso de hábeas data no se puede esperar que se resuelva el problema de fondo y tampoco que se logre analizar los motivos por los cuales las disposiciones de la LPAG son aplicables, no obstante será de importancia analizar dichas sentencias con la finalidad de extraer ciertos criterios que serán de suma importancia para construir nuestro razonamiento.

2. Las entidades públicas en el ordenamiento jurídico peruano: el caso de las Empresas que prestan Servicios Públicos y las Empresas Estatales

El análisis sobre el concepto de entidad pública en el ordenamiento jurídico peruano ya ha sido desarrollado en un trabajo anterior, tomando como punto de partida la organización del Estado Peruano, dentro del cual existen distintas instituciones denominadas *entidades públicas* con funciones y regímenes distintos⁴.

Existen entidades públicas, calificadas como tales por la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, cuya organización, funciones y características son

detalladas independientemente de su personalidad jurídica⁵. Sin embargo, es fácil advertir que el Estado peruano no es el Poder Ejecutivo y que por ende, existen más entidades públicas, que no ostentan una Ley de creación ni funciones o características fácilmente identificables.

Una parte importante del problema, es la referida a la dispersión de regímenes de entidades públicas y a la dificultad de entender todas ellas en un solo concepto. La propia dispersión del Derecho Administrativo y la Administración Pública en el Perú agrava esta situación. Por ello, sería de gran ayuda contar con una Ley de Bases de la Administración Pública⁶ que permita identificar de manera uniforme las entidades de la Administración Pública y que a su vez, establezca un marco jurídico claro, guiado por principios del derecho administrativo.

Mientras este problema no quede resuelto, seguirán existiendo normas como la Directiva N° 002-2010-PCM/SGP, aprobada por Resolución N° 734-2010-PCM, que establece en el ordenamiento jurídico peruano el concepto de entidad pública⁷, lo cual no es malo; sin embargo, al ser una norma de inferior rango a la Ley, puede ser fácilmente modificada o derogada.

La mencionada Directiva, con buenas intenciones pretende uniformar el concepto de Entidad Pública en el ordenamiento jurídico peruano, para su fácil identificación y aplicación de las normas de Derecho Público correspondientes; no obstante, establece una noción incompleta que excluye a todas aquellas entidades que no tienen personalidad jurídica y que fueron previamente calificadas como tales por la Ley N° 28159, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, como los programas, comisiones y proyectos.

Por tal motivo, también hemos advertido en trabajos anteriores la necesidad de incorporar

⁴ Ver: MARTIN TIRADO, Richard. Foro iberoamericano.

⁵ *Ibidem*.

⁶ MARTIN TIRADO, Richard. La Administración Pública en el Perú.

El Anteproyecto de la Ley de Bases de la Administración Pública, tal como explica su exposición de motivos, busca establecer definiciones claras sobre las principales instituciones jurídicas que forman parte de la Administración Pública. De este modo, este proyecto de Ley, en caso de aprobarse, aportaría sin duda, un marco legal a la Administración Pública, que evite la dispersión normativa y garantice con parámetros claros, quienes son y quienes no son Administración Pública.

⁷ VI. De la jerarquía normativa y la definición de entidad

La presente definición de Entidad Pública se rige con sujeción a la jerarquía y disposiciones de su marco normativo superior que se encuentra contenido en:

1. Constitución Política del Perú

2. Leyes Orgánicas

3. Otras Leyes que complementen las funciones, competencias y atribuciones de las entidades.

Se considera Entidad Pública a toda organización del Estado Peruano, con Personería Jurídica de Derecho Público, creada por norma expresa en el que se le confiere atribuciones, mediante la administración de recursos públicos, para contribuir a la satisfacción de las necesidades y expectativas de la sociedad, y como tal está sujeta al control, fiscalización y rendición de cuentas.

dos elementos adicionales al concepto de Entidad Pública, como la posibilidad de incluir a entidades sin personalidad jurídica como los programas y proyectos; así como, también una característica determinante, como es el ejercicio de funciones administrativas.

Hasta este punto, la noción puede parecer clara; no obstante, es oportuno indicar que el numeral 8 del artículo I del Título Preliminar de la LPAG⁸ plantea el problema de considerar para efectos de la aplicación de la mencionada Ley, como entidades de la administración pública a las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia.

Este problema, se debe a la “eterna” interrelación entre el Derecho Público y el Derecho Privado por el cual, mientras uno apuesta por la huída del Derecho Administrativo, el otro se expande u ocurren ambas situaciones a la vez, lo cual hace confusas las categorías jurídicas propias de cada uno de dichos sistemas. Al respecto, LISA señala:

Tal condición se agudiza frente a la conocida y profunda interpenetración que actualmente se predica de lo público y lo privado, la que –entre otras manifestaciones- puede traducirse en un proceso de constitucionalización del derecho privado, en una huída o apostasía del derecho administrativo, en ambos fenómenos a la vez o en una expansión del derecho administrativo a sectores en los que no actúa la Administración Pública en sentido subjetivo.

Esta mudadiza condición del ordenamiento jurídico administrativo, y esta interrelación entre lo público y lo privado, naturalmente impide en muchos casos ver con claridad la naturaleza jurídica de las

normas aplicables, la de los sujetos que actúan en función de ella, la de los bienes que se sirven, la de sus actos, la de sus contratos, etc.⁹.

Por tal motivo, tal como indica ABRUÑA, no es ocioso preguntarse si ¿puede ser parte de la Administración Pública las personas jurídicas bajo el régimen privado?¹⁰, pues, si sabemos que las Entidades de la Administración Pública conforman la organización del Estado peruano y ejercen funciones administrativas, entonces ¿cómo es posible que una persona jurídica bajo el régimen privado ejerza tales funciones?

Si bien es cierto que la LPAG responde la interrogante, indicando que *las empresas que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia*, no es menos cierto que al hablar de concesiones, delegaciones o autorizaciones necesitamos precisar lo siguiente:

2.1. Concesión

En el denominado régimen general, establecido por el Decreto Supremo N° 059-96-PCM y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 060-96-PCM, la concesión tiene una triple dimensión, donde puede entenderse como un acto, un procedimiento y contrato administrativo. En el caso materia de análisis, debe entenderse que el término concesión está referido al contrato de concesión, toda vez que el numeral 8 del artículo I de la LPAG se refiere a las personas jurídicas que prestan Servicios Públicos en virtud de concesión.

No obstante, se debe analizar si es correcto el siguiente supuesto de la norma, el cual se refiere a las personas jurídicas que ejercen función administrativa en virtud a una concesión. Al respecto, resulta oportuno preguntarnos ¿si está

⁸ Artículo I.- 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 función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia.

⁹ LISA, Federico J. La presunción de legitimidad de los “actos administrativos” emanados de particulares. En: Cuestiones de Acto Administrativo, Reglamento oras fuentes de Derecho Administrativo. Buenos Aires: RAP, 2009, p. 462.

¹⁰ ABRUÑA, Antonio. ¿Pueden ser administraciones públicas las personas jurídicas bajo régimen privado? p. 131

en la calidad de concesionarios el ejercicio de poder público característico de toda entidad de la administración pública?¹¹

Evidentemente, una persona jurídica que no está contemplada en la organización del Estado, cuyas funciones no provienen de la Constitución o la Ley y que no pertenece al régimen del Derecho Público, no pueden ser consideradas como entidades de la Administración Pública.

La LPAG es clara al establecer que para sus fines, se entenderá por "entidad" o "entidades" de la Administración Pública: (...) a las empresas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa en virtud de concesión (...); por ello, lo que la norma quiere decir es que el ejercicio de poder público no radica en la calidad de concesionario, toda vez la mencionada Ley es aplicable a empresas concesionarias por ficción y sobre todo con la finalidad de garantizar la defensa de los derechos fundamentales de los usuarios.

Ahora bien, en la medida que la concesión es un título habilitante por el cual la empresa concesionaria presta un Servicio Público cuya titularidad la tenía reservada el Estado, estamos de acuerdo con ABRUÑA en aceptar que es un título razonable y adecuado¹² para hacer extensiva la aplicación de la LPAG y admitir la ficción por la cual, se considera a estas empresas como entidades de la Administración Pública.

2.2. Delegación

En el caso de la delegación, estamos aludiendo directamente al ámbito de la competencia de las entidades de la Administración Pública. La competencia es en términos sencillos un deber facultad de la autoridad administrativa, cuyas características según CASSAGNE¹³ son las siguientes:

- a) Objetiva, pues surge de una norma que determina la aptitud legal del órgano sobre la base de un principio de especialidad.
- b) Obligatoria, pues el órgano se ve obligado a actuar sobre la base de un mandato legal encomendado, salvo tenga un margen de libertad para decidir.
- c) Improrrogable, puesto que su fundamento se encuentra en el interés público.
- d) Irrenunciable, pues pertenece al órgano y no a la persona física que lo representa.

A partir de estas características de la competencia es posible en determinadas circunstancias admitir supuestos de delegación, encargo de gestión, avocación y desconcentración, supuestos que se encuentran regulados en la LPAG.

De acuerdo con el artículo 67° de la LPAG, la delegación es una facultad de las entidades de la Administración Pública, por la cual se admite delegar el ejercicio de la competencia conferida a sus órganos *en otras entidades cuando existan circunstancias de índole técnica, económica, social o territorial que lo hagan conveniente*.

Una de las características de la delegación es que mediante esta figura no se podría delegar atribuciones esenciales del órgano delegante, entendiéndose por tales a las siguientes¹⁴:

- a) Las que justifican su existencia,
- b) Las atribuciones para emitir normas legales,
- c) Las atribuciones para resolver recursos administrativos, y
- d) Las que fueron a su vez recibidas en delegación

Asimismo, la citada norma precisa que la delegación es temporal, dado que se extingue por revocación o avocación y por el cumplimiento del plazo o la condición prevista en el acto de delegación.

¹¹ ABRUÑA, Antonio. Op cit. p. 131.

¹² Loc. cit., p. 132

¹³ CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho Administrativo. Lima: Palestra. Tomo I, p. 272

¹⁴ Artículo 67°.- Delegación de competencia

67.1 Las entidades pueden delegar el ejercicio de competencia conferida a sus órganos en otras entidades cuando existan circunstancias de índole técnica, económica, social o territorial que lo hagan conveniente.

67.2 Son indelegables las atribuciones esenciales del órgano que justifican su existencia, las atribuciones para emitir normas generales, para resolver recursos administrativos en los órganos que hayan dictado los actos objeto de recurso, y las atribuciones a su vez recibidas en delegación.

67.3 Mientras dure la delegación, no podrá el delegante ejercer la competencia que hubiese delegado, salvo los supuestos en que la ley permite la avocación.

67.4 Los actos administrativos emitidos por delegación indican expresamente esta circunstancia y son considerados emitidos por la entidad delegante.

67.5 La delegación se extingue:

a) Por revocación o avocación.

b) Por el cumplimiento del plazo o la condición previstos en el acto de delegación.

Tal como puede advertirse este es un caso donde lo que se delega, bajo ciertas reglas es la competencia de la autoridad administrativa a una entidad que, temporalmente, será competente para ejercer la función administrativa delegada. Por tanto, coincidimos con ABRUÑA con que esta sería una técnica válida para considerar a una persona jurídica bajo el régimen privado como entidad de la Administración Pública. Sin embargo, resulta oportuno también estudiar los demás supuestos regulados en la LPAG, donde la autoridad administrativa puede disponer de su competencia.

2.3. Avocación

Según CASSAGNE, la avocación es una técnica opuesta a la delegación que dinamiza toda organización administrativa; por tanto, tiene carácter transitorio para el conocimiento de determinadas actuaciones. En sus palabras, la avocación consiste:

En la asunción por parte del órgano superior de la competencia para conocer y decidir en un acto o asunto que correspondía a las facultades atribuidas al órgano inferior¹⁵.

En nuestro ordenamiento jurídico, la avocación de competencia está regulada en el artículo 69º de la LPAG¹⁶ como un supuesto excepcional por el cual la Ley admite que los “superiores” puedan avocarse conocimiento en razón de materia o de la particular estructura de cada entidad.

Tal como se puede advertir, este no sería un supuesto válido para que una persona jurídica del régimen público pueda asumir funciones administrativas, en la medida que se establece en nuestro ordenamiento jurídico que dicha atribución sería privativa de las entidades de la Administración

Pública, cuyas funciones, la Ley haya dispuesto que pueden ser materia de avocación.

2.4. Encargo de gestión

El encargo de gestión en nuestro ordenamiento jurídico está regulado en el artículo 71º de la LPAG¹⁷ y presupone la realización de actividades materiales, técnicas o de servicios, de competencia por parte de un órgano o entidad distinta, por razones de eficiencia, o cuando la encargada posea los medios idóneos para su desempeño por sí misma.

En nuestro ordenamiento, el encargo se formaliza mediante un convenio, donde debe constar expresamente la actividad o actividades encargadas, el tiempo del encargo, la naturaleza y el alcance. Asimismo, esta modalidad no presupone transferencia de competencia, pues el órgano encargante continúa con la titularidad de la competencia y con la responsabilidad por ella, por tanto debe supervisar el encargo.

Un aspecto que llama la atención de esta modalidad es que mediante Ley se podría encargar la gestión de ciertas actividades a *personas jurídicas no estatales* cuando por razones de índole técnico y presupuestado sea aconsejable. Asimismo, la norma precisa que dicho encargo deberá realizarse con sujeción al Derecho Administrativo.

En tal sentido, este último supuesto facultaría a entidades del régimen privado el ejercicio de funciones administrativas, mediante el encargo de función, sin embargo ello debe estar previamente calificado en una Ley; por lo que resultaría controvertido admitir que el encargo de gestión haría presumir a una entidad del régimen privado como entidad de la Administración Pública.

El encargo de gestión según SANTAMARÍA PASTOR¹⁸, es una modalidad limitada de traslación

¹⁵ CASSAGNE, Juan Carlos. Op cit. 279

¹⁶ Artículo 69º.- Avocación de competencia

69.1 Con carácter general, la ley puede considerar casos excepcionales de avocación de conocimiento, por parte de los superiores, en razón de la materia, o de la particular estructura de cada entidad.

69.2 La entidad delegante podrá avocarse al conocimiento y decisión de cualquier asunto concreto que corresponda decidir a otra, en virtud de delegación.

¹⁷ Artículo 71º.- Encargo de gestión

71.1 La realización de actividades con carácter material, técnico o de servicios de competencia de un órgano puede ser encargada a otros órganos o entidades por razones de eficacia, o cuando la encargada posea los medios idóneos para su desempeño por sí misma.

71.2 El encargo es formalizado mediante convenio, donde conste la expresa mención de la actividad o actividades a las que afecten el plazo de vigencia, la naturaleza y su alcance.

71.3 El órgano encargante permanece con la titularidad de la competencia y con la responsabilidad por ella, debiendo supervisar la actividad.

71.4 Mediante norma con rango de ley, puede facultarse a las entidades a realizar encargos de gestión a personas jurídicas no estatales, cuando razones de índole técnico y presupuestado lo haga aconsejable bajo los mismos términos previstos en este artículo, dicho encargo deberá realizarse con sujeción al Derecho Administrativo.

¹⁸ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Principios de Derecho Administrativo, p. 427.

competencial, por la que se traslada de un órgano a otro el ejercicio de una potestad en su sentido material y no jurídico, por tanto, si consideramos este criterio en nuestro ordenamiento jurídico, el encargo de gestión no sería una figura adecuada para el ejercicio de funciones administrativas en un sentido material y jurídico; por tanto, la figura de la delegación, como se ha venido estudiando anteriormente es la técnica más adecuada para el ejercicio de potestades administrativas por parte de entidades del régimen privado.

2.5. Autorización

Según ABRUÑA, esta técnica no sería adecuada para que una entidad del régimen privado pueda ejercer funciones administrativas, puesto que en sus palabras:

Es una técnica de control en virtud de la cual se levanta a un sujeto la prohibición inicial e instrumental del ejercicio de un derecho tras verificarse que se cumplan con las condiciones legales o reglamentarias establecidas, por lo que no es una técnica adecuada para otorgar la prestación de servicios públicos o el ejercicio de función administrativa, que comportan efectos constitutivos y no meramente declarativos.

De acuerdo con lo expuesto, estamos de acuerdo que no es una técnica para el ejercicio de función administrativa, no obstante, si hablamos del Servicio Público en sentido amplio, donde podemos admitir cualquier servicio de interés general como la educación, sanidad¹⁹, entre otros, la autorización es una técnica adecuada para admitir la prestación de estos servicios.

Tal como se puede advertir, los títulos en mérito de los cuales las referidas empresas “ejercerían función administrativa”, implican a un sinnúmero de personas jurídicas bajo el régimen privado, que se verán obligadas a aplicar una Ley que en principio está dirigida a las entidades de la administración pública y a los administrados.

Por ello, el único factor que permitiría admitir considerar a las referidas empresas como Administración Pública es la necesidad de garantizar a los ciudadanos la tutela y protección de sus derechos, que inevitablemente se ven involucrados, en la medida que los títulos habilitantes en mérito de los cuales dichas empresas ejercerían “funciones públicas”, son de un alto interés público.

En el ordenamiento jurídico argentino sucede una situación similar, que es descrita por LISA del siguiente modo:

Por ende, siendo que donde hay derecho administrativo – como régimen exorbitante en su formulación actual – hay no solo “prerrogativas” administrativas sino control y garantías para los particulares destinatarios de la actividad, consideramos que la expansión del derecho administrativo a ciertas actividades de particulares se justificaría principalmente en la necesidad de exaltar los controles y las garantías de los particulares destinatarios de esa actividad²⁰.

3. Las personas jurídicas del régimen privado en la jurisprudencia del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional

No obstante ello, a nivel jurisprudencial surgió la confusión de considerar a todo este amplio abanico de empresas como Administración Pública, dado que, contra sus actos que agoten la vía administrativa, es posible recurrir al proceso contencioso administrativo y otros procesos constitucionales como el amparo o el hábeas data.

Un caso de estos es la Casación Previsional N° 2123-2005-SAN MARTÍN, la cual establece lo siguiente:

Que, en tal virtud la demandada ha ejercido función administrativa, particularmente al ampararse en la Ley [sic.] veintiséis mil novecientos tres 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;

La mencionada sentencia de la Corte Suprema señala que una empresa estatal forma parte de

¹⁹ ABRUÑA, Antonio. Op. cit., p. 132

²⁰ LISA, Federico. Op. cit., p. 465.

la Administración Pública y que, por ello, sus actuaciones pueden ser impugnadas a través del proceso contencioso administrativo. Esta afirmación puede llevar a confundir ciertos la verdadera intención del numeral 8 del artículo I de la LPAG.

Por tal motivo, no es correcto afirmar que las empresas estatales que presten servicios públicos o ejerzan funciones administrativas califiquen como entidades de la Administración Pública y no como privadas²¹, pues tal como indica ABRUÑA, en rigor no ejercen funciones públicas²².

Por su parte, el Tribunal Constitucional, en el marco de procesos de hábeas data, por vulneraciones al derecho de acceso a la información pública se ha pronunciado respecto de estas empresas indicando lo siguiente:

3. (...) las personas jurídicas privadas que brinden servicios públicos o efectúen funciones administrativas, están obligadas a informar sobre las características de los servicios públicos que prestan, sobre sus tarifas y sobre las funciones administrativas que ejercen. Lo que supone que la información accesible siempre habrá de referirse a alguno de estos tres aspectos, y no a otros, siendo este el ámbito de información que puede solicitarse a una persona jurídica de derecho privado²³.

Lo que hace el Tribunal es indicar, de acuerdo con el artículo 9º del Texto Único Ordenado (T.U.O) de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública²⁴, que los aspectos que exceden a esos tres indicados no podrán ser solicitados a una persona jurídica de derecho privado.

No obstante, tal como indica ABRUÑA, contrariamente una interpretación ideal del numeral 8 del artículo I del Título Preliminar de la LPAG, la interpretación amplia, admite el sentido amplio del Servicio Público, que incluye cualquier servicio esencial o de interés general como los servicios educativos y de sanidad, los cuales pueden ser ejercidos mediante la técnica de la autorización.

Esta interpretación es la utilizada por el Tribunal Constitucional:

5. Respecto de la actividad realizada por la entidad demandada, cabe señalar que ésta se circunscribe al ámbito de la educación. En ese sentido, y como ya lo ha señalado este Tribunal en anterior oportunidad (Expediente N° 4232-2004-AA/TC), “la educación se configura también como un servicio público, en la medida que se trata de una prestación pública que explicita una de las funciones – fines del Estado, de ejecución per se o por terceros bajo fiscalización estatal”.

Así las cosas, al considerarse a la educación como un servicio de naturaleza pública, la información que se encuentre estrechamente vinculada con el referido servicio debe ser brindada a cualquier ciudadano que así lo solicite, pues de lo contrario dichos actos se configurarían como lesivos al derecho fundamental de acceso a la información²⁵.

¿Qué se debe entender por información estrechamente vinculada? ¿Debemos entender por aquella indicada en el artículo 9º del T.U.O de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública o la sentencia está ampliando el alcance de dicha disposición legal?

En primer lugar, no podríamos hablar de tarifas propiamente dichas y menos aún del ejercicio de funciones administrativas. Asimismo, la información estrechamente vinculada al servicio de educación puede ser amplísima por tanto, es necesario un pronunciamiento que ayude a delimitar estos márgenes, pues al parecer el citado artículo 9º está dirigido a las Empresas Prestadoras de Servicios Públicos reconocidos por el ordenamiento.

A pesar de que el Tribunal Constitucional no se pronuncia sobre el carácter de estas empresas, afirma que estas ejercen funciones administrativas, con lo cual estaría asumiendo, al igual que la Corte Suprema que son entidades de la administración pública, cuando ello no debería ser así.

²¹ HUAMÁN ORDOÑEZ, L. Alberto. Las personas jurídicas privadas que ejercen funciones administrativas como entidades públicas. El Proceso Contencioso Administrativo. En: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/view/2444/2395>, p. 6.

²² ABRUÑA, Antonio. Op cit. p. 132.

²³ <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/03156-2009-HD.html>

²⁴ Artículo 9º.- Personas jurídicas sujetas al régimen privado que prestan servicios públicos
Las personas jurídicas sujetas al régimen privado descritas en el inciso 8) del Artículo I del Título Preliminar de la Ley N° 27444 que gestionen servicios públicos o ejerzan funciones administrativas del sector público bajo cualquier modalidad están obligadas a informar sobre las características de los servicios públicos que presta, sus tarifas y sobre las funciones administrativas que ejerce.

²⁵ <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/02892-2009-HD.html>

La LPAG crea una suerte de ficción jurídica para considerar a estas empresas que pertenecen al régimen privado “como” entidades de la administración pública, solo para efectos de la aplicación de la LPAG. Ello indica que no se trata de entidades de la Administración Pública, sino empresas a las que extensivamente se les aplica la mencionada Ley, en virtud de *concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia*.

Este criterio, luego de un detenido análisis puede ser claro, pero no podría comprenderse inicialmente ni considerarse como Administración Pública a empresas privadas que no lo son, tal es el caso de Instituciones Educativas, Clínicas y las demás Empresas Prestadoras de Servicios Públicos.

4. El régimen de los actos o decisiones emitidas por las personas jurídicas del régimen privado

Hablar de actos administrativos emitidos por personas jurídicas del régimen privado según MARIENHOFF, citado por LISA, sería un absurdo:

La posición de Marienhoff es, en este sentido, paradigmática: “Todo acto administrativo requiere, esencialmente, la intervención de la Administración pública. De ahí que no sea concebible un acto administrativo exclusivamente por administrados o particulares. Un acto emitido exclusivamente por estos últimos nunca podrá ser acto administrativo. En el acto administrativo siempre debe estar presente la Administración pública obrando como tal²⁶.”

Para autores como BIELSA, DIEZ, MARIENHOFF, SAYAGUÉS LASO entre otros, un elemento fundamental en la definición del acto administrativo es el carácter estatal del sujeto emisor, es decir, la Administración Pública siempre debe estar presente; por lo que, no sería admisible un acto administrativo emitido por particulares²⁷.

Por otro lado, autores como GORDILLO, SANTAMARÍA PASTOR, ALTAMIRA GIGENA, entre otros, afirman que la posibilidad que privados emitan actos administrativos radica en la necesidad de *garantizar el control y los derechos de los particulares destinatarios de esos actos*²⁸.

Ahora bien, en el ordenamiento jurídico peruano, habiendo definido que las entidades a las que se refiere el numeral 8 del artículo I de la LPAG **no son Administración Pública**, corresponde preguntarse si son actos administrativos los que estas emiten o qué tipo de actos son.

Esta interrogante surge a partir que la mencionada Ley les aplicable por extensión o ficción jurídica, tomando en consideración que estas entidades no ejercen potestades ni funciones administrativas dado que este es un poder privativo del Estado. Coincidimos con ABRUÑA, quien sostiene lo siguiente:

En conclusión, los concesionarios de servicios públicos, por el hecho del contrato de concesión no ejercen poder administrativo. En consecuencia aunque en ciertos casos pudieran aplicárseles las normas generales administrativas, ni son Administraciones públicas ni se constituyen como tales por el mero hecho de ocuparse de la gestión de un servicio público²⁹.

Esta afirmación genera un sustancial problema en la aplicación de la LPAG. El régimen de los actos administrativos está diseñado para entidades de la Administración Pública, de modo tal que al realizar la ficción y aplicar extensivamente la Ley se generan problemas los cuales expondremos a continuación.

4.1. En la definición del acto administrativo

En relación con la definición del acto administrativo, tal como señala la LPAG existe un gran problema, dado que es una definición clara que se puede adoptar al caso de las personas jurídicas del régimen privado

Artículo 1º. - Concepto de acto administrativo

1.1 Son actos administrativos, las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta.

(...)

Nuestra LPAG establece como requisito subjetivo que sea una entidad de la Administración Pública

²⁶ LISA, Federico J. Op. cit., p. 473.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ LISA, Federico J. Op. cit., p. 474.

²⁹ ABRUÑA, Antonio. Op. cit., pp. 138-139.

la que emita el acto administrativo, pues al referirse a la categoría de *entidad*, se entiende que esta categoría comprende a las entidades administrativas propiamente dichas, lo cual excluye a las entidades del régimen privado, las cuales en principio no pueden ejercer función administrativa.

Este problema se puede verificar, cuando analizamos los demás requisitos de validez establecidos en el artículo 3° de la LPAG, que son los siguientes:

A) Competencia

Ser emitido por el órgano facultado en razón de la materia, territorio, grado, tiempo o cuantía, a través de la autoridad regularmente nominada al momento del dictado y en caso de órganos colegiados, cumpliendo los requisitos de sesión, quórum y deliberación indispensables para su emisión.

En derecho administrativo, la competencia es tal como precisa CASSAGNE, *la aptitud legal que surge del conjunto de facultades y atribuciones que corresponden a los órganos y sujetos estatales*³⁰.

Si hacemos extensiva la aplicación del requisito de la competencia a las personas jurídicas del régimen privado esta noción de competencia, probablemente les estaríamos exigiendo conocer quiénes son los funcionarios que dirigen dicha empresa y conocer también cuáles son sus funciones.

Ello no es posible, dado que en principio su organización empresarial, muchas veces es un valor que la empresa prefiere mantener en reserva. Por tanto, surge la pregunta ¿cómo saber si un acto emitido por una de estas empresas cumple con el requisito de validez de la competencia?

Por tal motivo, podemos corroborar que el requisito de la competencia no siempre podrá ajustarse a las exigencias de la LPAG en el caso materia de análisis; sin embargo, es preciso indicar que independientemente de la exigencia de este requisito, la competencia en términos muy generales, estaría otorgada por el propio numeral 8 del artículo I de la LPAG.

B) Objeto o contenido

Los actos administrativos deben expresar su respectivo objeto, de tal modo que pueda determinarse inequívocamente sus efectos jurídicos. Su contenido se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, debiendo ser lícito, preciso, posible física y jurídicamente, y comprender las cuestiones surgidas de la motivación.

El objeto del acto, como requisito de validez, según MORÓN es aquello que se obtiene con la decisión adoptada, sea que se certifique o declare. Es el sentido de la materia determinada por la autoridad dentro de sus competencias³¹.

Esta noción de objeto o contenido del acto administrativo es compatible con los actos de las personas jurídicas del régimen privado, toda vez que sí se les puede exigir que sus actos expresen inequívocamente sus efectos jurídicos, que su objeto se ajuste al ordenamiento jurídico, que certifiquen o declaren una situación jurídica. Este requisito de validez, no representa mayor problema al momento de asimilarlo al régimen que estamos estudiando.

C) Finalidad pública

Adecuarse a las finalidades de interés público asumidas por las normas que otorgan las facultades al órgano emisor, sin que pueda habilitarse a perseguir mediante el acto, aun encubiertamente, alguna finalidad sea personal de la propia autoridad, a favor de un tercero, u otra finalidad pública distinta a la prevista en la Ley. La ausencia de normas que indique los fines de una facultad no genera discrecionalidad.

Según CASSAGNE, la finalidad pública del acto está estrechamente relacionada con la función administrativa y el ordenamiento jurídico, sea que se trate de un acto reglado o discrecional, pues el acto administrativo siempre debe perseguir una finalidad pública³².

Este requisito de validez, tampoco puede ser extensible al caso de las personas jurídicas del régimen privado, pues solo al ser estas empresas cuya finalidad es lucrar o competir en un mercado determinado, tienen *per se* un interés privado que

³⁰ Ver: CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho Administrativo. Lima: Palestra, Tomo 2.

³¹ MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Lima: Gaceta Jurídica, 2011, p. 144.

³² CASSAGNE, Juan Carlos. Op cit, p. 216.

prevalece al interés general y es difícil intentar que protejan un interés público que no es y no debe ser de su competencia.

En este sentido, al momento de cuestionar un "acto administrativo" emitido por una de estas empresas, va ser cuestionable si la finalidad pública en mérito del cual fue emitida, es realmente una finalidad pública o una finalidad empresarial privada.

Consideramos que en este extremo el "acto administrativo" difícilmente va poder argumentar un interés público para poder ser válido conforme a LPAG.

D) Motivación

El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.

La motivación, según CASSAGNE es la exigencia del ordenamiento jurídico por la protección de los derechos individuales, con la finalidad que el administrado conozca de manera efectiva y expresa las razones que justifican la emisión del referido acto³³.

Este es un requisito de validez del acto administrativo que muchas veces es ignorado por los servidores públicos, toda vez que la motivación insuficiente o parcial es un supuesto de conservación del acto que no cumple con este requisito³⁴.

No obstante, esta no debe ser la regla, por ello la exigencia de motivar adecuadamente es un límite también a la arbitrariedad de servidores encargados de aplicar esta norma. Por tanto, en el caso que estamos analizando este requisito debe ser observado antes de emitir un acto que afecte a un particular.

E) Procedimiento regular

Antes de su emisión, el acto debe ser conformado mediante el cumplimiento del procedimiento administrativo previsto para su generación.

El procedimiento regular, presupone un procedimiento previamente establecido por una Ley o norma legal, lo cual tal como indica MORÓN es

un elemento medular para la generación de un acto administrativo, dado que la falta de procedimiento determina la invalidez del acto emitido en armonía con el debido procedimiento³⁵.

Este podría ser un requisito que si bien va acorde al ordenamiento jurídico en el caso de las personas jurídicas del régimen privado reguladas, como las Empresas Prestadoras de un Servicio Público, no podría ser igualmente aplicable al otro gran rubro de empresas que no están reguladas, como es el caso de las instituciones educativas y las de servicios de salud.

En el caso de los servicios públicos regulados, los organismos reguladores han emitido los denominados "Reglamentos para la atención de reclamos de usuarios" (que difieren en denominación, pero en rigor buscan la misma finalidad), los cuales establecen el procedimiento que se debe seguir ante una empresa regulada y cuándo proceden los recursos administrativos.

Por ejemplo en el caso de OSITRAN, el Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 019-2011-CD-OSITRAN, establece que en primera instancia los reclamos proceden ante la empresa concesionaria y en segunda instancia ante el Tribunal de Solución de Controversias.

Asimismo, tal como se puede observar en el siguiente flujograma³⁶, existen empresas concesionarias que publican el procedimiento que deben seguir los administrados, con la finalidad de otorgar publicidad a este tipo de procedimientos.

En este caso, no hay duda que existe un procedimiento regular, el cual es conocido por los particulares y es exigible un como un requisito validez, sin embargo, ¿qué pasa en el otro rubro de empresas que prestan servicios públicos en sentido amplio y no es posible conocer "el procedimiento regular"?

Probablemente, salvo en los casos del procedimiento de acceso a la información pública se vulnere el debido procedimiento o este el procedimiento regular, nunca pueda ser conocido por el administrado, pues la exigencia legal de publicidad de estos procedimientos que involucran a los particulares no siempre es cumplida.

³³ Loc. cit. p. 208

³⁴ Artículo 14°.- Conservación del acto

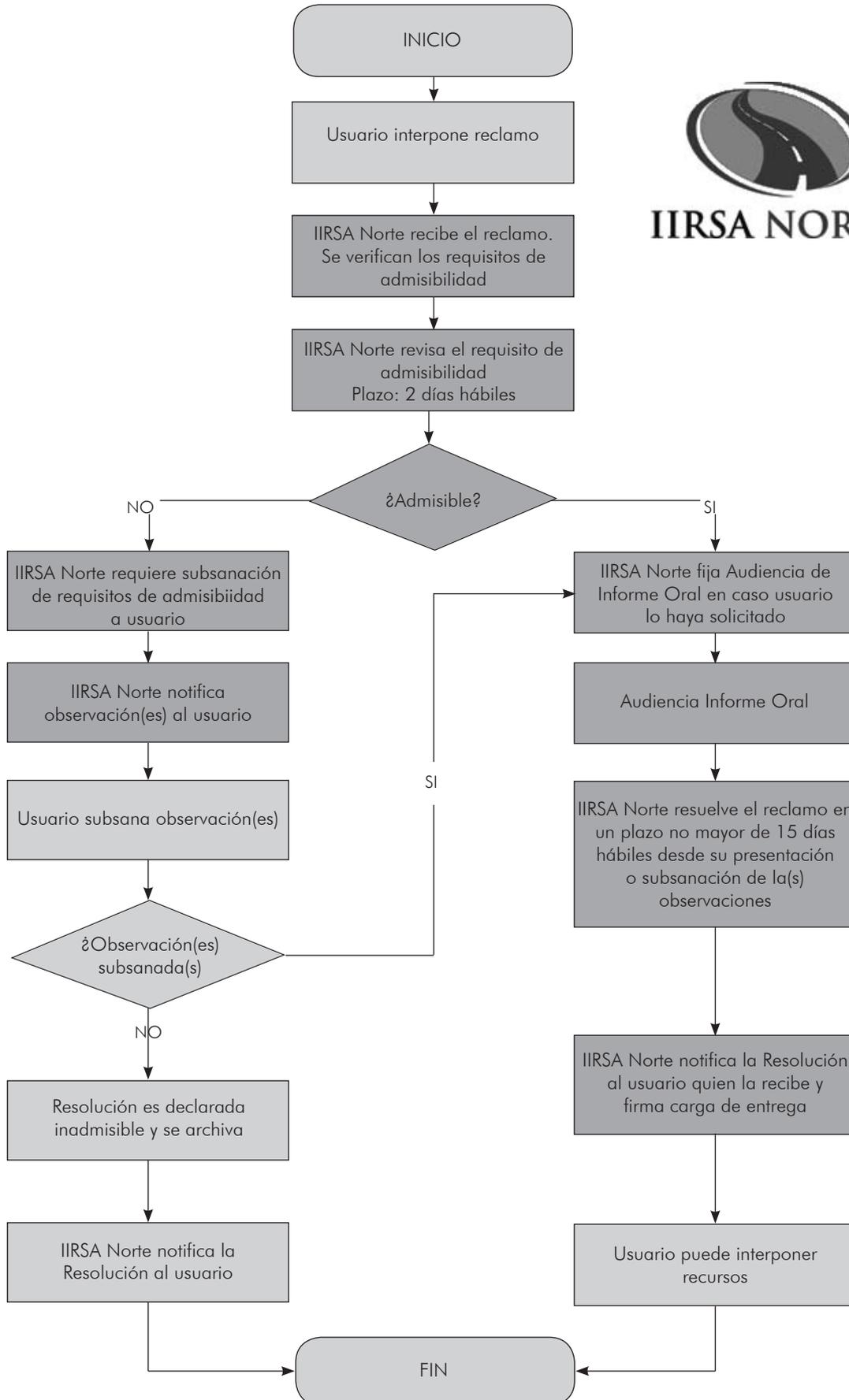
14.2 Son actos administrativos afectados por vicios no trascendentes, los siguientes:

(...)

14.2.2 El acto emitido con una motivación insuficiente o parcial.

³⁵ Ver: MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General.

³⁶ <http://es.iirsanorte.com.pe/flujograma-de-reclamos>



Ello nos lleva a la siguiente pregunta, ¿aún en el caso que se identifique un procedimiento irregular? ¿Dicha empresa tendría la facultad para declarar la nulidad de los actos que emite?

4.2. En la presunción de validez

De acuerdo con el artículo 9° de la LPAG, todo acto administrativo desde su emisión se presume válido, salvo su nulidad no sea declarada por la autoridad administrativa competente:

Artículo 9°.- Presunción de validez

Todo acto administrativo se considera válido en tanto su pretendida nulidad no sea declarada por autoridad administrativa o jurisdiccional, según corresponda.

Esta presunción le otorga una legitimidad al acto administrativo que no poseen otras actuaciones de los privados. Al respecto, LISA ha señalado lo siguiente:

(...) para algunos, la presunción de legitimidad de los actos administrativos radica en la presunción de validez que acompaña a todos los actos estatales, con lo que toda ley se considera constitucional, toda sentencia se considera válida y todo acto administrativo se presume legítimo, lo que es así “porque tanto la ley, como la sentencia o el acto constituyen una expresión del poder soberano del Estado”.

En el ordenamiento jurídico argentino, según LISA, esta presunción no podría ser extensible a los actos emanados por las personas jurídicas del régimen privado y en particular por los concesionarios de servicios públicos, no podrán gozar de tal presunción, en tanto la relación que tienen con sus usuarios es básicamente una “relación de consumo”, donde la presunción siempre es a favor del consumidor³⁷.

No obstante ello, en el ordenamiento jurídico peruano, no existen normas que le otorguen esta calidad a los actos emitidos por las empresas privadas. Por tanto, la presunción de veracidad se extiende también a estos actos.

4.3. En la nulidad del acto administrativo y la nulidad de oficio

De acuerdo con el artículo 10° de la LPAG, las causales de nulidad son las siguientes:

Artículo 10°.- Causales de nulidad

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.
2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el artículo 14°.
3. Los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o trámites esenciales para su adquisición.
4. Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma.

Tal como se ha indicado en los párrafos anteriores, este panorama es meridianamente claro, en la medida que existen normas y reglamentos que regulan el procedimiento para que el administrado pueda pedir la declaración de nulidad de los “actos administrativos” que emitan las personas jurídicas de derecho privado. No obstante, ¿qué pasa con los procedimientos internos de estas empresas que afecten a los particulares y no hayan sido regulados?

Antes de analizar esta interrogante es preciso indicar que las causales de nulidad establecidas por la LPAG son los requisitos que el ordenamiento jurídico establece para que cualquier acto alcance la categoría de acto jurídico reconocible, de modo tal que, cuando estos requisitos no concurren, la voluntad expresada resulta inválida³⁸.

En este sentido, en el ordenamiento jurídico peruano se requiere de una declaración de nulidad para invalidar el acto administrativo viciado con una de las causales antes indicadas, a fin de retirar sus efectos del ordenamiento jurídico.

Por su parte, los administrados pueden pedir a la administración la revisión de sus actos a través de los recursos administrativos establecidos en la LPAG, los cuales son la reconsideración, apelación y revisión³⁹.

Ahora bien, con la finalidad de absolver la interrogante anteriormente planteada, se debe

³⁷ LISA, Federico J. Op. Cit.

³⁸ MORÓN URBINA, Juan Carlos. Op cit., p. 168.

³⁹ Artículo 11°.- Instancia competente para declarar la nulidad

11.1 Los administrados plantean la nulidad de los actos administrativos que les conciernan por medio de los recursos administrativos previstos en el Título III Capítulo II de la presente Ley.

tener en consideración que, a diferencia de lo que ocurre en las entidades de la Administración Pública, las personas jurídicas del régimen público, no podrían invocar ni alegar la afectación de un interés público para declarar una nulidad, toda vez que no tienen competencia para ello.

No obstante, luego de verificar el cumplimiento de los demás requisitos de validez, el cumplimiento de Constitución, la Ley y normas reglamentarias y las demás causales de nulidad, se podría declarar la nulidad de un acto, en ejercicio de sus funciones.

Con relación a la nulidad de oficio, DANÓS señala que es la potestad revisora de los propios actos de la Administración, que constituye, a su vez, una vía para la restitución de la legalidad afectada por un acto administrativo viciado. Es así, que según el mencionado autor, se trata de un *poder-deber* otorgado a la Administración para que adecúe sus actos al ordenamiento jurídico⁴⁰.

En el mismo sentido el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 0884-2004-AA/TC indicó lo siguiente:

4. Finalmente, la resolución cuestionada adolece también de falta de motivación, al no acreditar el agravio al interés público, tal como lo exige el artículo 202° numeral 202.1 de la Ley del Procedimiento Administrativo General. Efectivamente, "(...) no basta que los actos administrativos objeto de la potestad de nulidad de oficio estén afectados por vicios graves que determinen su invalidez absoluta, sino que, además, deben agraviar el interés público, lo que trasciende el estricto ámbito de los intereses de los particulares destinatarios del acto viciado porque se exige que para ejercer la potestad de nulificar de oficio sus propios actos la Administración determine, previa evaluación, el perjuicio para los intereses públicos que le compete tutelar o realizar" (Danós Ordóñez, Jorge. "Régimen de la Nulidad de los Actos Administrativos en la nueva Ley N° 27444". En: Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Segunda parte. Ara Editores. Lima, 2003, pág. 258)⁴¹.

Si bien, optamos por no atribuir potestades públicas a las personas jurídicas de derecho privado, en este caso se puede aplicar la ficción jurídica por la cual, la propia Ley establece que es aplicable a las empresas que estamos analizando. Por tal motivo, estos actos podrán ser revisados a través del proceso contencioso administrativo, una vez que hayan quedado firmes.

4.4. En la eficacia del acto administrativo

La eficacia del acto administrativo es una atribución por la cual el acto produce efectos en la esfera de los administrados desde el momento de su notificación. El artículo 16° de la LPAG establece lo siguiente:

Artículo 16°.- Eficacia del acto administrativo

16.1 El acto administrativo es eficaz a partir de que la notificación legalmente realizada produce sus efectos, conforme a lo dispuesto en el presente capítulo.

16.2 El acto administrativo que otorga beneficio al administrado se entiende eficaz desde la fecha de su emisión, salvo disposición diferente del mismo acto.

Hasta este punto el panorama tanto para las empresas reguladas como para aquellas que no cuenta con regulación es claro. No obstante, ¿qué pasa con la ejecutoriedad establecida en el artículo 192° de la LPAG del acto administrativo?

Artículo 192°.- Ejecutoriedad del acto administrativo

Los actos administrativos tendrán carácter ejecutorio, salvo disposición legal expresa en contrario, mandato judicial o que estén sujetos a condición o plazo conforme a ley.

La distinción entre ejecutividad y ejecutoriedad del acto administrativo, tal como apunta TIRADO BARRERA, radica en que mientras la ejecutividad es característica de todo acto administrativo, la *ejecutoriedad* alude, a una característica que solo es admisible para aquellos actos que impongan una obligación de dar, hacer o no hacer a un

11.2 La nulidad será conocida y declarada por la autoridad superior de quien dictó el acto. Si se tratara de un acto dictado por una autoridad que no está sometida a subordinación jerárquica, la nulidad se declarará por resolución de la misma autoridad.

11.3 La resolución que declara la nulidad, además dispondrá lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad del emisor del acto inválido.

⁴⁰ DANÓS ORDOÑEZ, Jorge. Régimen de la Nulidad de los Actos Administrativos en la Nueva Ley N° 27444. En: Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Lima: ARA Editores. 2003. p. 257.

⁴¹ <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00884-2004-AA.html>

administrado y que, dependiendo de su contenido y la negativa del administrado, podría permitir su ejecución forzosa⁴².

Este supuesto, ni por ficción jurídica podría ser aplicable a las empresas prestadoras de Servicios Públicos, reguladas o no, dado que consiste en una especial manifestación su eficacia, por lo cual, cuando imponen deberes y restricciones a los particulares, pueden ser realizados aún contra su voluntad por los órganos directos de la administración, sin necesidad de declaración previa de los órganos jurisdiccionales⁴³.

Esta especial manifestación del acto administrativo es manifestación de la auto tutela de la Administración Pública, que no es otra cosa que una atribución propia e indelegable de poder público. Por tal motivo, esta característica de la ejecutoriedad del acto administrativo no podría ser aplicable a los actos que emiten las empresas bajo el régimen privado.

No obstante lo indicado, existe un caso excepcional en el ordenamiento jurídico peruano. El caso de la empresa estatal SEDAPAL, que por mandato legal, tiene la facultad de cobrar coactivamente por el uso y/o extracción de agua subterránea dentro de la jurisdicción de la Provincia de Lima y Constitucional del Callao, el cual tiene vigencia desde el día de su notificación, contra el cual procede interponer Recurso de Reclamación⁴⁴.

Aparentemente, la aplicación de la LPAG no tendría mayor inconveniente en el caso que estamos estudiando; sin embargo, hemos encontrado a lo largo de este artículo, numerosas manifestaciones de poder público y potestades administrativas que no pueden ser ejercidas en igual forma por las personas jurídicas del régimen privado, por tal motivo, esta breve reflexión merece aún mayores análisis a fin de otorgar publicidad a los procedimientos que merecen ser conocidos por los particulares.

5. Conclusiones

5.1. Las entidades que forman parte de la Administración Pública no tienen un tratamiento uniforme en el ordenamiento jurídico peruano, tal es el caso de las personas jurídicas del régimen privado a las que se

refiere el numeral 8 del artículo I de la LPAG, las cuales no son propiamente entidades de la Administración Pública, puesto que no ejercen potestades administrativas y tampoco están incluidas en la organización del Estado peruano.

No obstante, les son aplicables algunas disposiciones de la LPAG realizando una ficción jurídica que las permite asimilar como tales entidades solo para efectos de las relaciones de estas empresas con los particulares.

5.2. No todos los requisitos de validez son posibles de ser aplicados a las personas jurídicas del régimen privado, pues en la medida que no son Administración Pública, no pueden alegar una finalidad pública en sus actos y tampoco se puede verificar en todos los casos la existencia de un procedimiento regular, dado que los procedimientos administrativos deben estar previamente establecidos por una norma legal para poder ser exigibles a los administrados.

5.3. En relación con el régimen de la nulidad en el acto administrativo, es posible afirmar que se puede aplicar la misma ficción jurídica por la cual la LPAG es aplicable a las personas jurídicas del régimen privado, toda vez que podrían evaluar de oficio la validez de sus actos, los cuales una vez declarados nulos, pueden ser controlados a través del proceso contencioso administrativo.

5.4. En relación con el régimen de la ejecutoriedad y ejecutoriedad del acto administrativo llegamos a la conclusión de que la característica de la ejecutoriedad puede ser argumentada con facilidad; no obstante, el carácter de la ejecutoriedad no puede ser aplicable en todos los casos, toda vez que impone obligaciones de dar, hacer o no hacer a los particulares y eventualmente puede llegar a una ejecución forzosa.

Esto se debe a la potestad de autotutela que tienen las entidades de la Administración frente a las personas jurídicas del régimen privado que no ostentan estas atribuciones, salvo en el caso de SEDAPAL, como indicamos, esta

⁴² TIRADO BARRERA, José Antonio. La ejecución forzosa de los actos administrativos. En: La Ley del procedimiento administrativo general. Diez años después. Lima: Palestra Editores, 2011, p. 160

⁴³ MORÓN URBINA, Juan Carlos. Op cit., p. 550

⁴⁴ http://www.sedapal.com.pe/c/document_library/get_file?uuid=461b8cb0-ac66-4354-827f-bb874c985246&groupId=10154

Empresa Estatal por mandato legal puede cobrar coactivamente el uso de aguas subterráneas.

6. Bibliografía

ABRUÑA, Antonio. ¿Pueden ser administraciones públicas las personas jurídicas bajo régimen privado? En: Derecho Administrativo Contemporáneo. Ponencias del II Congreso de Derecho Administrativo. Lima: Palestra Editores, 2007, p. 131

CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho Administrativo. Lima: Palestra, Tomo 1.

CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho Administrativo. Lima: Palestra, Tomo 2.

DANÓS ORDOÑEZ, Jorge. Régimen de la Nulidad de los Actos Administrativos en la Nueva Ley N° 27444. En: Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Lima: ARA Editores. 2003. p. 257.

HUAMÁN ORDOÑEZ, L. Alberto. Las personas jurídicas privadas que ejercen funciones administrativas como entidades públicas. El Proceso Contencioso Administrativo. En: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/view/2444/2395>

KRESALJA, Baldo y OCHOA, César. Derecho Constitucional Económico. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2010, p. 361

LISA, Federico J. La presunción de legitimidad de los "actos administrativos" emanados de particulares.

En: Cuestiones de Acto Administrativo, Reglamento oras fuentes de Derecho Administrativo. Buenos Aires: RAP, 2009, pp. 461-488.

MARTIN TIRADO, Richard. Foro iberoamericano.

MARTIN TIRADO, Richard. La Administración Pública en el Perú.

MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Lima: Gaceta Jurídica, 2011.

TIRADO BARRERA, José Antonio. La ejecución forzosa de los actos administrativos. En: La Ley del procedimiento administrativo general. Diez años después. Lima: Palestra Editores, 2011, p 160

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Principios de Derecho Administrativo. Tomo I. 2000.

SEDAPAL. http://www.sedapal.com.pe/c/document_library/get_file?uuid=461b8cb0-ac66-4354-827f-bb874c985246&groupId=10154

7. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00884-2004-AA.html>

<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/03156-2009-HD.html>

<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/02892-2009-HD.html>