

El Proceso Contencioso Administrativo de Lesividad. Algunos supuestos de su aplicación respecto de Resoluciones de INDECOPI*

Marcos Trisoglio Carrión**

SUMILLA

El presente artículo pretende brindar un breve marco acerca del denominado proceso contencioso administrativo de lesividad y la forma como el mismo ha sido recogido en la legislación nacional, proceso que tiene como nota distintiva la peculiaridad de que es la propia entidad de la Administración Pública que emitió el acto administrativo, la que demanda su invalidez en sede judicial a través de la vía del proceso contencioso administrativo.

Tal como se señala en el desarrollo y análisis de este trabajo, la justificación del proceso contencioso administrativo de lesividad no es otra que la vigencia del propio interés público que la Administración Pública está llamada a satisfacer con cada uno de sus pronunciamientos. Cuando dicho interés público es desconocido merced a una decisión equivocada y ha vencido el plazo con que la administración contaba para declarar de oficio su nulidad, emerge su legitimidad para obrar y pretender su ineficacia, esta vez, ante el Poder Judicial.

Este breve, humilde y perfectible ensayo, culmina con algunos breves ejemplos de aplicación de la figura del proceso contencioso administrativo de lesividad, respecto de procedimientos vinculados con temas de Competencia de INDECOPI.

I. Algunas notas distintivas en torno al proceso contencioso administrativo de Lesividad

La Administración Pública, imbuida en su accionar por pilares básicos y transversales como el principio de legalidad y el de verdad material, satisface con sus decisiones la presencia del interés público que le ha sido encomendado tutelar. Esa debería ser la regla general, vale decir, que los pronunciamientos de las entidades administrativas siempre apunten y sean armónicos con la vigencia de dicho interés. En aquellos supuestos en los que ello no es así, en los cuales las decisiones administrativas padecen de algún error o vicio que les impide ajustarse a las prescripciones del interés que se les ha encomendado proteger, surge

el proceso contencioso administrativo de lesividad, como un mecanismo excepcional y de última ratio a fin de que la administración acuda a la vía judicial y reclame, ella misma, la ineficacia de su propio pronunciamiento. En palabras del profesor colombiano Santofimio Gamboa:

“Con el nombre de acción de lesividad se identifica a nivel doctrinal la posibilidad legal del Estado y de las demás entidades públicas de acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa con el propósito de impugnar sus propias decisiones. En el derecho colombiano esta modalidad de instrumento impugnatorio tiene sus fundamentos genéricos no sólo en las disposiciones constitucionales que procuran la prevalencia del ordenamiento constitucional

* El autor del presente artículo deja constancia que las opiniones vertidas son de su absoluta responsabilidad, por lo que no comprometen, en modo alguno, a la Institución a la cual pertenece.

** Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Egresado del Post-Título de Derecho Procesal de dicha casa de estudios. Actualmente sigue la maestría en Derecho Procesal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro del staff de jefes de equipo de la Secretaría Técnica de la Comisión de Protección al Consumidor de INDECOPI-Sede Central.

y de la sujeción al principio de legalidad (...) de la totalidad de actuaciones y decisiones de los servicios públicos, sino también en las normas adjetivas contenidas en el Código Contencioso Administrativo que habilitan a la Nación y demás entidades públicas para que comparezcan en los procesos contencioso administrativos como demandantes, (...)”¹.

Lo expresado en el párrafo y en la cita doctrinaria precedentes define, en muy pocas líneas, al proceso contencioso administrativo de lesividad en el que, a diferencia de los procesos contencioso administrativos típicos, no es un particular el que acude a la vía judicial para demandar la ineficacia de un acto de la administración que estima ilegítimo y que le causa agravio a sus derechos e intereses legítimos, sino que es la propia entidad administrativa emisora del acto la que acude a dicho proceso en procura de invalidar su decisión para, de esa forma, salvaguardar la vigencia del interés público que se le ha encomendado tutelar.

Cabe señalar que el fundamento de la existencia del proceso contencioso administrativo de lesividad se encuentra en que los actos firmes provenientes de la Administración Pública vinculan necesariamente a esta, no pudiendo, en principio, ser eliminados por ella de manera unilateral².

Como bien lo ha señalado entre nosotros Ramón Huapaya Tapia:

“Es necesario acotar que el proceso de lesividad, procede únicamente, para la impugnación de actos firmes, pero desde el sentido de la Administración, es decir, aquellos actos en los cuales haya precluido la potestad de declarar la nulidad de oficio, o en aquellos actos en los cuales la propia ley haya proscrito la declaración de nulidad de oficio de ciertos actos administrativos. Es una suerte de sustituto necesario de la pérdida o imposibilidad de que la Administración ejerza su potestad de autotutela declarativa en orden a declarar la nulidad de oficio de un acto administrativo aquejado no solamente de vicios de nulidad, sino también de un elemento especial: que dicho acto produzca agravio al interés público”^{3 4}. (Los resaltados son nuestros).

En el mismo sentido, podemos también citar a García Puellas, quien al referirse al tema en cuestión opina que:

“El examen de esta pretensión presenta aristas singulares, toda vez que la Administración no puede acudir a ella para desembarazarse de su obligación de revocar en sede administrativa los actos administrativos irregulares y sólo está legitimada para su ejercicio cuando el acto adquiere firmeza administrativa.

En efecto, el artículo 17° de la Ley N° 19.549 ordena a la Administración revocar el acto

¹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia, primera edición, noviembre del 2004, tomo III, p. 224.

² En este punto, cabe realizar una importante precisión, en el sentido de que la firmeza de un acto administrativo ocurre en distintos momentos para el administrado y para la entidad que lo dictó. Así, puede darse el caso que un acto sea firme para el administrado (no recurrió del mismo y con ello lo consistió), sin embargo, dicho acto aún puede ser declarado nulo de oficio por el superior jerárquico de la autoridad que lo dictó.

En ese sentido, cuando se habla de acto firme que justifica el inicio del proceso de lesividad, entendemos que dicha firmeza denota la prescripción de la potestad nulificante que tiene la Administración Pública para declarar de oficio la nulidad de sus propios actos que agravan el interés público.

³ HUAPAYA TAPIA, Ramón. “Tratado del Proceso Contencioso Administrativo”. Jurista Editores, Lima, 2006, p. 891.

⁴ Resulta interesante la opinión sostenida por el profesor español Jesús González Pérez, autor que con ocasión del comentario al texto actual de la norma que regula el proceso contencioso administrativo en España, señala que si bien, en principio, es presupuesto de la lesividad la imposibilidad que la entidad anule o revoque por sí misma el acto que pretende impugnar, dicha entidad, en favor de la transparencia y de la seguridad de los propios administrados, puede renunciar a sus prerrogativas nulificantes y someter inmediatamente a conocimiento de los tribunales de justicia la invalidez de aquellos actos administrativos que reconocen derechos subjetivos. Veamos lo que el citado profesor textualmente señala:

“El apartado 3 del artículo 28° de la Ley de 1956 se refería a que “La Administración autora del acto...no pudiera anularlo o revocarlo por sí misma”. Lo que no se interpretó como una exigencia de la legitimación activa en el proceso de lesividad. Es obvio que si la Administración pública puede utilizar los procedimientos administrativos de revisión de oficio no acudirá al proceso de lesividad, mucho más formal y lento que los expeditos procedimientos ante la Administración. Pero nada impide que la Administración renuncie a sus prerrogativas y se someta a los Tribunales para declarar la nulidad de sus actos. En definitiva, ello constituirá una mayor garantía para los administrados titulares de los derechos subjetivos, que es la finalidad última del Ordenamiento al estructurar los sistemas administrativos y judiciales para privar de efectos a los actos inválidos declarativos de derechos subjetivos.
(...)

Con la nueva redacción del número 2 de este artículo, en el que se ha suprimido la referencia a la imposibilidad de anular el acto por sí misma, no ofrece duda que, aunque la Administración autora del acto pueda acudir a los procedimientos de revisión del artículo N° 102°, LRJPA, está legitimada para interponer el “recurso contencioso-administrativo” con objeto de que los órganos del orden contencioso-administrativo anulen los actos.” (Ver: GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley N° 29/1998, de 13 de julio). Editorial Civitas, Madrid, cuarta edición, 2003, tomo I, pp. 548-549).

administrativo irregular, por razones de legitimidad, y solo la autoriza a demandar su nulidad cuando estuviera firme y consentido y hubiera generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo, para impedir su subsistencia o la de los efectos aún pendientes. **Es claro, pues, que la Administración no está legitimada para recurrir a los magistrados judiciales a los efectos de solicitar la declaración de nulidad de un acto irregular que puede revocar aun en sede administrativa**, criterio razonable, pues, de otro modo, se la autorizaría a diferir el cumplimiento de la ley y mantener la vigencia formal y eficacia de un acto administrativo irregular, mientras se desarrolla el proceso, sin la justificación que otorgan los extremos indicados, en beneficio de los derechos del administrado⁵. (Los énfasis son nuestros).

En ese contexto, y a fin de dar solución a la problemática señalada, en la cual la entidad es plenamente consciente de que su acto administrativo firme conlleva una inconstitucionalidad o ilegalidad manifiesta que agravia el interés público, surge el proceso contencioso administrativo de lesividad posibilitándose, de esa manera, que dicha entidad inste la revisión judicial de su propia decisión, para con ello obtener su invalidez y el restablecimiento del ordenamiento jurídico vulnerado⁶.

Cabe agregar que un presupuesto esencial para la viabilidad del proceso en estudio es la declaración previa de lesividad, la que es emitida por la propia entidad administrativa. En nuestro concepto, en aquellos escenarios de órganos sujetos a subordinación jerárquica, la declaración de lesividad debe dictarla el órgano de máxima jerarquía, quien, a su vez, ordena el inicio del proceso judicial respectivo encaminado a obtener la invalidez del acto administrativo viciado. Sobre la declaración previa de lesividad, resultan ilustrativas las palabras de Roberto Dromi:

“La declaración administrativa previa de lesividad es un presupuesto esencial y especialísimo que atañe a la naturaleza de la institución. Importa un acto administrativo previo mediante el cual, y con miras a un proceso judicial ulterior, la Administración declara que un acto suyo anterior es lesivo a sus intereses por ilegítimo.

Al ser la declaración de lesividad un presupuesto procesal, no tiene más valor que el de autorizar la admisión y tramitación de la acción, pero es el órgano jurisdiccional el que tendrá que declarar si efectivamente existe lesión y, en consecuencia, anular el acto objeto de ella. Por tanto, si la declaración de lesividad padece de algún vicio que afecte el objeto, competencia, voluntad o forma del acto administrativo, no producirá sus efectos normales y, de este modo, el tribunal deberá declarar la inadmisibilidad de la acción procesal administrativa, de oficio o a instancia de la parte demandada. Tal defecto procesal hará inadmisibile el proceso⁷. (El subrayado es nuestro).

Lo expuesto en la cita trascrita es pertinente resaltarlo, pues si bien es presupuesto de procedencia de la respectiva demanda la previa declaración de lesividad del acto por parte de la entidad administrativa, será finalmente el órgano jurisdiccional competente el que determine la ineficacia o no del acto administrativo. Vale decir, esta declaración de lesividad no vincula la decisión que sobre el fondo de la pretensión articulada por la Administración Pública debe adoptar la instancia judicial.

Otro aspecto que cabe acotar es que no hay proceso contencioso administrativo de lesividad por el solo hecho de que una entidad pública ocupe la posición de demandante -pues su cuestionamiento puede versar sobre la decisión de otra entidad pública en cuyo caso estamos frente a un contencioso administrativo absolutamente típico-, es vital que el objeto de la pretensión de la entidad demandante no sea otra cosa que un acto propio, emitido por uno de sus estamentos con capacidad resolutive:

“Una de las peculiaridades del Derecho procesal administrativo (...) es la existencia de un proceso especial en el que adopta la posición de demandante la misma Entidad que dictó el acto que constituye el objeto de la pretensión. El nombre con que tradicionalmente ha sido calificado este “recurso contencioso administrativo” es el de “lesividad”. No se da, por tanto, proceso de lesividad siempre que una Entidad pública, una de las Administraciones públicas (tal y como se enumeran en el art. 12, LJ), adopta la posición de demandante.

⁵ GARCÍA PUELLES, Fernando R. “Tratado de lo contencioso administrativo”. Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1era edición, 2004, tomo I, p. 605.

⁶ Cfr. HUAPAYA TAPIA, Ramón. Tratado. Op. Cit., p. 893.

⁷ DROMI, Roberto. “Derecho Administrativo”. Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 6ta edición, 1997, pp. 919-920.

Cuando una Entidad pública deduce una pretensión cuyo objeto es el acto de otra Entidad pública (v.gr., un Municipio pretende la anulación de un acto de un órgano del Estado), la misma será examinada y actuada a través del proceso ordinario o especial que corresponda, según la fundamentación de la pretensión. El que una administración pública aparezca como demandante en un proceso no da lugar al proceso de Lesividad.” (Los subrayados son nuestros).⁸

A modo de resumen, podemos concluir que el proceso contencioso administrativo de lesividad es un mecanismo excepcional, en manos de la Administración Pública, que la faculta a acudir a la vía judicial a fin de reclamar la invalidez de un acto propio y restaurar, de esa manera, el ordenamiento jurídico violentado como consecuencia de su dictado. Dada la nota de excepcionalidad que subyace a dicho mecanismo procesal, solo procede en aquellos supuestos en los cuales la Administración Pública se encuentra imposibilitada jurídicamente, debido al transcurso del tiempo, de hacer uso oficiosamente de su potestad nulificante, de forma tal que el único camino habilitado es el judicial.

II. El Proceso Contencioso Administrativo de Lesividad en la legislación nacional

De manera general, la figura del proceso contencioso administrativo se encuentra recogida por el artículo 148° de la Constitución Política del Estado, el que refiere a las resoluciones administrativas que causan estado como susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso-administrativa.

En principio, el contenido legislativo de dicho precepto constitucional estuvo contemplado en los ya derogados artículos 540° al 545° del Código Procesal Civil, ubicados en el Subcapítulo 6, del Capítulo II, del Título II de dicho cuerpo procesal, en los cuales, a partir del el rótulo de impugnación de acto o resolución administrativa, se contemplaba un modelo de proceso contencioso administrativo objetivo o de simple

nulidad, en la medida que únicamente estaba encaminado a obtener la ineficacia de un acto administrativo. No existía, según dicha normativa, un desarrollo de los modelos de pretensiones plausibles de ser incorporadas con ocasión de la demanda contencioso administrativa, ni tampoco se reconocía, dentro de la estructura del Poder Judicial, la especialidad contencioso administrativa, pues las demandas presentadas al amparo de los artículos 540° y siguientes eran conocidas, en primera instancia, por el Juez Civil del lugar donde se produjo el acto impugnado. En ese contexto normativo, era improbable encontrar un reconocimiento y desarrollo del denominado proceso contencioso administrativo de lesividad.

La dación de la Ley N° 27584, vigente desde abril de 2002, constituyó un hito importante en nuestra legislación procesal al reconocer, en el ámbito legislativo, y como extensión y desarrollo de lo previsto en el artículo 148° de la Constitución Política del Estado, una estructura y regulación propias para la impugnación, en sede judicial, de las actuaciones administrativas.

Dicha Ley, a la par de ampliar el espectro de resoluciones administrativas impugnables, de optar por el modelo de proceso contencioso administrativo subjetivo o de plena jurisdicción y de reconocer la especialidad contencioso administrativa en el Poder Judicial, acoge al proceso contencioso administrativo de lesividad, que ya había sido previsto por la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

En efecto, cabe señalar que es la Ley N° 27444, vigente desde el 11 de octubre de 2001, la que en su artículo N° 202 se refiere al proceso contencioso administrativo de lesividad. Así, el numeral 4) de dicho artículo, establece que procede que la entidad demande ante el Poder Judicial, en la vía proceso contencioso administrativo, la nulidad de sus propios actos, cuando ha vencido el plazo con el que contaba para declarar de oficio su ineficacia. Por su parte, el numeral 5) del mismo artículo, establecía que en el caso de actos emitidos por consejos o tribunales regidos por leyes especiales (entiéndase órganos de carácter colegiado) que resuelven controversias en última instancia administrativa,

⁸ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. Comentarios... Op. Cit., p. 546.

⁹ Es preciso señalar que el numeral 5) del artículo 202° de la Ley N° 27444 ha sido modificado por el Decreto Legislativo N° 1029 de junio de 2008. En virtud de dicho cambio normativo, actualmente se permite a los órganos colegiados que resuelven controversias en última instancia administrativa, declarar de oficio la nulidad de sus propios actos, siempre que medie acuerdo unánime de sus miembros y a condición de que el ejercicio de dicha potestad nulificante se ejerza dentro del plazo de un año desde la fecha en que el acto fue notificado al interesado. Transcurrido dicho plazo, solo procede demandar la nulidad del acto administrativo ante el Poder Judicial, para lo cual la entidad debe interponer la correspondiente demanda dentro de los tres años siguientes de notificada al interesado la resolución expedida por el órgano colegiado.

tales actos no podían ser objeto de declaración de nulidad de oficio, por lo que únicamente procedía solicitar su invalidez con ocasión del inicio de un proceso contencioso administrativo⁹.

En el mismo sentido, el segundo párrafo del artículo 13° del TUO de la Ley del proceso contencioso administrativo, aprobado por Decreto Supremo N° 013-2008-JUS, referido a la legitimación para obrar activa en el proceso contencioso administrativo, establece que dicha legitimación también pertenece a la entidad pública para impugnar los actos administrativos que declaren derechos subjetivos, siendo requisitos previos para su actuación judicial, la existencia de una resolución motivada previa en la que se determine el agravio que dichos actos producen a la legalidad administrativa. Es preciso indicar que, en nuestro concepto, de una interpretación sistemática de lo establecido en los numerales 2), 3) y 4) del artículo 202 de la Ley N° 27444, la declaración de lesividad y, con ello, la autorización para demandar judicialmente la invalidez de un acto administrativo que se juzga ilegítimo, debe ser emitida por el superior jerárquico de aquel que dictó dicho acto, pues es la máxima instancia administrativa la que, frente a la imposibilidad jurídica de disponer la nulidad de oficio de una determinada actuación, declara la lesividad de la misma y dispone el inicio de las acciones judiciales destinadas a dejarla sin efecto.

Ahora bien, a lo expuesto, cabe agregar que el artículo 13° debe concordarse con el numeral 5) del artículo 15° de dicho TUO, el que establece que la demanda contencioso administrativa de lesividad debe ser dirigida contra el administrado que se vio beneficiado con algún derecho otorgado por el acto administrativo cuestionado, para de esa forma salvaguardar la vigencia de su derecho de defensa, puesto que resulta obvio que si la pretensión contenida en esa demanda es amparada y se deja sin efecto el acto administrativo,

el derecho concedido al administrado producto de dicho acto será enervado.

Resulta claro que en estos casos de lesividad, el administrado, o de ser el caso los administrados beneficiados con algún derecho otorgado por el acto administrativo, se convierte en el único a ser demandado, ya que no es congruente que a fin de solicitar la nulidad de una de sus actuaciones, la entidad se demande a sí misma, o de ser el caso, a uno de sus estamentos jerárquicamente inferiores por ser este quien dictó directamente el acto administrativo cuestionado.

Finalmente, cabe preguntarse sobre la posibilidad de que la ineficacia judicial de un acto administrativo que otorgó algún derecho a un particular, genere correlativamente que dicho derecho sea concedido a otra persona. Estamos en el supuesto en el que la entidad al momento de expedir su acto, otorgó indebidamente un derecho a una persona cuando le correspondía a otra. Por nuestra parte, no vemos inconveniente para que, en el escenario descrito, además de la declaración de nulidad del acto administrativo cuestionado, el órgano jurisdiccional pueda otorgar el derecho a quien legítimamente le corresponde. Sustentamos dicha conclusión en que, como hemos visto, el modelo del proceso contencioso administrativo que ha sido recogido por la Ley es de plena jurisdicción, motivo por el cual no se circunscribe a invalidar la actuación administrativa cuestionada, sino también a reconocer o restablecer el derecho que fue conculcado como consecuencia de dicha actuación^{10 11}.

III. El Proceso Contencioso Administrativo de Lesividad frente a resoluciones emanadas de los distintos órganos resolutivos de INDECOPI

De conformidad con lo establecido en el artículo 1° del Decreto Legislativo N° 1033, Ley de

¹⁰ Ahora bien, sería recomendable que el particular a quien le corresponda legalmente el derecho que le fue desconocido por el acto administrativo impugnado, sea citado con la demanda y participe en el proceso como tercero coadyuvante de la entidad administrativa demandante.

¹¹ En este punto nos alejamos de la opinión sostenida por Roberto Dromi, para quien la petición esgrimida en el proceso contencioso administrativo de lesividad es exclusivamente de anulación por ilegitimidad del acto administrativo. El citado autor considera impropio que la Administración Pública, con ocasión del proceso de lesividad, pueda peticionar la modificación o sustitución del acto, pues ello violaría el principio de división de poderes. (Dromi, Roberto. Derecho.....Op. Cit., p. 920).

En nuestro concepto, Dromi está pensando en un modelo de contencioso administrativo objetivo o de mera nulidad, que en buena medida era el aplicable bajo la vigencia de los derogados artículos 540° y siguientes del Código Procesal Civil, en el que la pretensión contenida en el proceso contencioso administrativo está orientada a la simple anulación del acto impugnado, retornando a manos de la Administración el dictado de un nuevo acto que sustituya al invalidado.

Como se ha dicho, con la vigencia de la Ley N° 27584, se ha recogido el contencioso administrativo subjetivo o de plena jurisdicción, en virtud del cual la competencia del órgano jurisdiccional no se circunscribe a disponer la nulidad de la actuación administrativa impugnada, sino que se extiende a adoptar toda aquella medida que reconozca o restablezca el derecho o interés jurídicamente tutelado.

Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual-INDECOPI, dicha Institución constituye un organismo público especializado con personería jurídica de derecho público interno, que goza de autonomía funcional, técnica, económica, presupuestal y administrativa, y que se encuentra adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros.

Por su parte, el artículo 2° del citado Decreto Legislativo refiere las funciones que se encuentran encomendadas a INDECOPI, las que involucran, entre otras, la defensa de la libre y leal competencia, la corrección de las distorsiones en el mercado generadas por prácticas de *dumping* y subsidios, la protección de los derechos de los consumidores, la eliminación de las barreras burocráticas ilegales y/o irracionales que impiden la permanencia o el acceso de los agentes económicos en el mercado. Asimismo, se ha encargado a INDECOPI la administración del régimen relativo al sistema concursal y de los regímenes concernientes a la propiedad intelectual en todas sus manifestaciones (derechos de propiedad industrial, derechos de autor y conexos, etc).

En cuanto a la estructura resolutoria de INDECOPI, cabe señalar que, de conformidad con lo establecido en el artículo 12° y 14° del Decreto Legislativo N° 1033, las Salas del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual de dicho Instituto constituyen los órganos encargados de conocer y resolver, en segunda y última instancia, las apelaciones interpuestas contra las decisiones emanadas de los órganos de la instancia inferior. Es más, el numeral 2) del artículo 14°, contiene una previsión específica referida a que las Salas del citado Tribunal, de verificar algún supuesto de nulidad contemplado en el artículo N° 10 de la Ley N° 27444, Ley del procedimiento administrativo general, son las competentes para declarar de oficio la nulidad de los actos administrativos, aun cuando los mismos hayan quedado firmes, siempre que agraven el interés público o lesionen derechos fundamentales. Se precisa que dicha facultad prescribe al año contado a partir de la fecha en que tales actos hayan quedado consentidos.

De esta manera, siendo el Tribunal de INDECOPI a través de sus correspondientes Salas, el órgano competente para declarar la nulidad de oficio no solamente de los actos administrativos emitidos por las instancias inferiores, sino también de los actos propios, es dicho Tribunal, en su calidad de máxima instancia administrativa, el encargado de declarar el carácter lesivo de un acto administrativo que estima desconoce el interés público o afecta derechos fundamentales, y, en paralelo, de ordenar que la Institución promueva el proceso contencioso administrativo respectivo encaminado a obtener la invalidez judicial de dicho acto.

Es importante precisar que la declaración de lesividad implica, necesariamente, identificar y sustentar las razones por las que la permanencia de un determinado acto administrativo que ostenta la calidad de firme, afecta gravemente la legalidad administrativa. Cabe recordar que la declaración previa de lesividad por parte de la instancia administrativa es la llave de ingreso para el proceso contencioso administrativo, la ausencia de dicha declaración, determina la improcedencia, inclusive de manera liminar, de la demanda respectiva.

Por citar algunos ejemplos, una resolución firme que concede indebidamente el registro sobre una marca confundible con otra previamente inscrita, es un acto administrativo levisio en esencia, pues a la par de desconocer el derecho del titular de la marca previamente inscrita, obvia el adecuado funcionamiento del sistema marcario y con ello del interés público que está detrás, pues vulnera una prohibición relativa, como la recogida en el artículo 136° inciso a) de la Decisión Andina 486¹², que no tiene otro propósito que el procurar una adecuada elección de los consumidores, evitando que los bienes y servicios idénticos, similares o conexos que están a su disposición en el mercado, se encuentren identificados por marcas suficientemente diferenciables entre sí.

Otro supuesto de un acto administrativo lesivo es aquel que sobre la base de una indebida apreciación de los medios de prueba, reconoce créditos a favor de una persona y frente a un deudor, en el marco de un procedimiento concursal. En este punto, la lesividad puede venir dada por la inexistencia de toda la acreencia, o por el exceso de la cuantía

¹² Artículo 136°.- No podrán registrarse como marcas aquellos signos cuyo uso en el comercio afectara indebidamente un derecho de tercero, en particular cuando:
a) sean idénticos o se asemejen, a una marca anteriormente solicitada para registro o registrada por un tercero, para los mismos productos o servicios, o para productos o servicios respecto de los cuales el uso de la marca pueda causar un riesgo de confusión o de asociación.

que ha sido reconocida. De conformidad con lo establecido en el artículo 1° de la Ley N° 27809, Ley General del Sistema Concursal modificado por el Decreto Legislativo N° 1050, la finalidad del sistema concursal no es otra que la de procurar la recuperación del crédito, mediante la regulación de procedimientos concursales que busquen la asignación eficiente de recursos que consigan el mayor valor posible del patrimonio del deudor.

Como es sabido, el derecho a la recuperación del crédito es parte del derecho a la propiedad recogido por el numeral 16) artículo 2° de la Constitución Política del Estado. Un acto administrativo que, en el marco de un procedimiento concursal, reconoce créditos inexistentes o de cuantía irreal, constituye una decisión administrativa que no solo colisiona frontalmente con el citado derecho al menoscabar las posibilidades de recupero de los créditos de los legítimos acreedores de un deudor, sino que, a su vez, afecta la transparencia y el adecuado funcionamiento del sistema concursal en su conjunto, el cual se inspira en los principios de universalidad, colectividad y proporcionalidad, los que buscan que la participación de los acreedores en la crisis del deudor sea proporcional a los créditos reales que ellos mantienen, lo que se desvirtúa cuando se permite la participación de falsos acreedores o de acreedores con cuantía de créditos mayores a las que realmente les corresponde.

En los ejemplos propuestos, se reitera la posición de que debe ser la Sala correspondiente del Tribunal de Indecopi la que declare la lesividad del acto administrativo emitido por la instancia inferior o, inclusive de su propio acto¹³. La declaración de la lesividad conlleva la consiguiente autorización para que el titular de la entidad -en este caso de INDECOPI- entable el proceso contencioso administrativo correspondiente destinado a obtener la ineficacia del acto administrativo señalado y, de esa manera, se restaure la legalidad administrativa que fue desconocida con su dictado.

Respecto a este último punto, ha de referirse que si bien son las Salas del Tribunal de INDECOPI, en ejercicio de su autonomía resolutoria plena en las materias que son de su competencia, las que declaran la lesividad de un acto administrativo

firme y determinan el inicio del proceso judicial encaminado a obtener su ineficacia, dichas Salas no ostentan personería jurídica propia, motivo por el cual es INDECOPI, como organismo, quien debe ejercer la representación procesal en juicio de cada una de ellas y poner en práctica lo que han dispuesto, en el caso que nos ocupa, entablar el proceso contencioso administrativo pertinente encaminado a obtener la declaración judicial de un acto administrativo firme respecto del cual ha prescrito, en sede interna, toda posibilidad de declarar su nulidad de oficio¹⁴.

Hasta este momento la regla ha sido unívoca, en el sentido que son las Salas del Tribunal de INDECOPI, en tanto órganos de segunda y máxima instancia administrativa, las que determinan, previa declaración de lesividad y ante la imposibilidad jurídica de ejercer su potestad nulificante de oficio, el inicio de un proceso contencioso administrativo destinado a la ineficacia de actos propios o de aquellos que han sido dictados por las instancias administrativas jerárquicamente inferiores. Sin embargo, esta regla puede admitir una excepción, la que viene dada por lo establecido en el reciente Código de Protección y Defensa del Consumidor, aprobado mediante Ley N° 29571, vigente desde el 2 de octubre de 2010.

En el citado Código, en particular en sus artículos 124° al 127°, se consagra el denominado procedimiento sumarísimo en materia de protección al consumidor, procedimiento que es conocido, en primera instancia, por el correspondiente órgano resolutorio de procedimientos sumarísimos y, en segunda, por la Comisión de Protección al Consumidor. Se señala, expresamente, que excepcionalmente hay lugar a un recurso de revisión ante el Tribunal de INDECOPI, únicamente cuando se alegue la inaplicación o aplicación errónea de las normas contenidas en dicho Código, o cuando, al resolver, se ha enervado el cumplimiento de lo dispuesto en los precedentes de observancia obligatoria.

Cabe reiterar, como además lo refiere el Código señalado, que esta posibilidad de acudir al Tribunal de INDECOPI vía recurso de revisión es excepcional, motivo por el cual la segunda

¹³ Es preciso reiterar que, de conformidad con lo establecido en el artículo 202.5 de la Ley N° 27444, modificado por Decreto Legislativo N° 1029, los actos administrativos emitidos por órganos colegiados que son competentes para resolver controversias en última instancia administrativa, pueden ser objeto de nulidad de oficio por parte de dichos colegiados a condición que la citada potestad nulificante se ejerza dentro del año contado desde la fecha en que el acto es notificado al administrado. Transcurrido dicho plazo, la única alternativa viable es la de solicitar la nulidad del acto administrativo vía el proceso contencioso administrativo de lesividad.

¹⁴ Como se ha indicado, el artículo 1° del Decreto Legislativo N° 1033 al referirse a la naturaleza jurídica de INDECOPI, define a dicha entidad como un organismo público especializado con personería jurídica de derecho público.

instancia administrativa, y con ello el fin del procedimiento, queda cerrado, por regla general, con la decisión que emane de la Comisión de Protección al Consumidor. Por dicha razón el artículo 126° inciso d) del Código establece que “la resolución de la correspondiente comisión o, de ser el caso, del Tribunal da por agotada la vía administrativa”.

De esta manera, en estos casos relativos a los procedimientos sumarísimos en los que el procedimiento concluye con la decisión de la Comisión de Protección al Consumidor, es este órgano, en su calidad de máxima instancia administrativa, el que deberá emitir la correspondiente declaración de lesividad (e identificar en ella la afectación al interés público) como paso previo para acudir a sede judicial a fin de petitionar la ineficacia de un acto propio o de un acto emitido por algún órgano resolutorio de procedimientos sumarísimos, frente al cual ha prescrito el plazo para declarar su nulidad de oficio.

Resulta claro que en aquellos supuestos en los que el Tribunal de INDECOPI haya conocido y emitido un pronunciamiento sobre un recurso de revisión interpuesto al interior de un procedimiento sumarísimo, se mantiene la regla general enunciada, en el sentido que será la Sala correspondiente de dicho Tribunal la competente para la declaración de lesividad y el inicio del posterior proceso contencioso administrativo encaminado a la ineficacia del acto administrativo que se juzga lesivo al interés público o a los derechos fundamentales.

IV. Conclusiones

1. El proceso contencioso administrativo denominado de lesividad, constituye un mecanismo procesal excepcional y residual en manos de la Administración Pública a fin de

restaurar la legalidad dañada con ocasión del dictado de un acto administrativo propio, frente al cual ha prescrito la potestad para declarar, de oficio, su ineficacia.

2. El presupuesto básico para la procedencia del proceso contencioso administrativo de lesividad viene establecido por la afectación que, una determinada actuación administrativa considerada firme, genera en el interés público que la propia Administración Pública está llamada a tutelar. Precisamente, es dicha afectación la que debe ser identificada y declarada por la entidad administrativa, como paso previo a acudir al órgano judicial competente a fin de pretender la ineficacia de su propia decisión.
3. En la legislación patria, la figura del proceso contencioso administrativo de lesividad ha sido introducida como consecuencia de la vigencia de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, la que, específicamente, recoge al citado mecanismo procesal en los numerales 4) y 5) de su artículo 202°, al establecer que prescrito el plazo con el que cuenta la autoridad administrativa para ejercer oficiosamente su potestad nulificante, solo queda demandar la ineficacia de su propio acto vía el proceso contencioso administrativo de lesividad.
4. En el caso de los procedimientos administrativos tramitados en el ámbito de competencias de INDECOPI, la determinación de la lesividad de un acto debe ser dilucidada por la máxima instancia administrativa de dicha Institución, en este caso, por la Sala correspondiente de su Tribunal, la que frente a la imposibilidad jurídica de declarar de oficio la nulidad de un acto propio o de uno emitido por alguna instancia inferior, dispone el inicio del proceso contencioso administrativo encaminado a la ineficacia de dicho acto.