

¿Constituye el Acto Administrativo fuente del Derecho en el Ordenamiento Jurídico Peruano?

Jorge Danós Ordóñez*

El presente trabajo analiza la finalidad de la Ley del Procedimiento Administrativo - Ley 27444. Además, analiza el acto administrativo, como fuente creador de normas jurídicas y, a su vez, realiza una detallada diferencia entre el Acto Administrativo y las fuentes del Derecho en el ordenamiento administrativo peruano. Finalmente, describe la naturaleza y características de los Actos Administrativos, de los organismos de regulación

I. RÉGIMEN LEGAL DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EN EL PERÚ

La Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General (en adelante LPAG) no sólo establece las reglas que regulan el cauce formal por el que debe discurrir la actividad de la Administración Pública en sus relaciones con los ciudadanos, sino que ha prestado especial atención a la regulación del régimen jurídico de los Actos Administrativos como producto típico de la actuación administrativa o resultado final de los procedimientos administrativos, para lo cual dedica su Primer Título a establecer los caracteres básicos de las citadas modalidades de pronunciamientos formales de la Administración Pública estableciendo sus elementos esenciales, la forma de elaboración y las reglas para determinar la validez y eficacia de los mismos

No tenemos duda que uno de los objetivos que inspiró al legislador para otorgarle un tratamiento preferencial y sistemático a la regulación del régimen de los Actos Administrativos residió en la necesidad de fortalecer la autonomía de dicho régimen con respecto al de los actos jurídicos de origen privado en el Código Civil, tradicionalmente objeto de una regulación legal más sistemática, respaldada con un mayor desarrollo jurisprudencial y doctrinal.

La LPAG ha regulado el régimen de los Actos Administrativos con la intención de que se constituya en el marco legal general de las referidas actuaciones, aplicable en todo el ordenamiento administrativo, lo que ha sucedido a la fecha, porque en el ordenamiento nacional casi no existen leyes que se aparten de dichas reglas.

Ha diferencia de otros cuerpos legales que omiten establecer definiciones de las materias que regulan, la LPAG deliberadamente ha optado por consagrar en el numeral 1.1) de su artículo 1° una definición de Acto Administrativo acorde con las definiciones más usuales de la doctrina y la legislación comparada, seguramente con el propósito de facilitar su comprensión y aplicación por los destinatarios de la citada norma:

“Artículo 1°.- 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.
(...)”.*

Conforme a la glosada definición el Acto Administrativo constituye una manifestación de voluntad, lo que supone siempre la exteriorización de un proceso intelectual de cognición o juicio que conforme al numeral 5.1) del artículo 5° de la LPAG¹ puede consistir en una decisión, opinión o constatación por parte de la administración y que está destinada a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados. Por tal razón, no son consideradas como Actos Administrativos por el numeral 1.2.2)², las actuaciones puramente materiales de la Administración que se realicen desprovistas de la cobertura de un Acto Administrativo, las cuales son conocidas como hechos administrativos porque no implica una exteriorización intelectual sino puramente material.

* Profesor principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú en el curso de Derecho Administrativo. Presidente de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo. Miembro del Instituto Chileno de Derecho Administrativo. Vicepresidente del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Socio Estudio Echeconpar abogados.

1 “5.1. El objeto o contenido del Acto Administrativo es aquello que decide, declara o certifica la autoridad”.

2 Artículo 1. - 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.

1.2 No son actos administrativos:

1.2.1 Los actos de administración interna de las entidades destinados a organizar o hacer funcionar sus propias actividades o

Asimismo, los Actos Administrativos deben proceder de una autoridad, funcionario u organismo que forma parte de la Administración Pública, lo cual excluye a los Actos Jurídicos que realicen los administrados para iniciar, o al interior de, un procedimiento administrativo como cuando presentan solicitudes, interponen recursos, etc. Por ser un acto de carácter esencialmente unilateral tampoco están comprendidos los contratos que celebre el Estado con los privados o los convenios interadministrativos por cuanto son producto de un acuerdo de voluntades y no de una decisión administrativa unilateral. Además los Actos Administrativos deben ser producto del ejercicio de potestades regidas por normas del derecho público, lo que también excluye a las actuaciones que en ocasiones lleva a cabo la Administración sujetándose a las normas del derecho privado como cualquier particular.

En el numeral 1.2.1) del citado artículo 1° se precisa que los Actos de Administración Interna de las entidades administrativas³, en ocasiones también conocidos por la denominación de origen más bien francés “Actos de la Administración”, no estarán regulados por las normas de la LPAG, salvo en lo que se refiere a las disposiciones del Título Preliminar y por aquellas normas de la citada Ley que expresamente los comprenda como es el caso de los artículos 7° (“Régimen de los actos de administración interna”) y 28° (“Comunicaciones al interior de la administración”) entre otros, lo cual se justifica en la necesidad de permitirle a la Administración organizarse internamente de forma más dinámica según criterios de celeridad, flexibilidad y eficacia, ya que se trata de actuaciones que no están sujetas a las mismas garantías y requisitos que los Actos Administrativos que si tienen repercusión sobre los particulares. Como sucede en la mayor parte de los países que cuentan con una regulación general del procedimiento administrativo, la LPAG peruana regula lo que podríamos denominar las “actuaciones externas” de las entidades administrativas, es decir la actividad orientada a producir efectos jurídicos en el exterior de la organización administrativa.⁴

Asimismo, el artículo 2° de la LPAG⁵ tácitamente proscribiera toda posibilidad de que la Administración

pueda dictar Actos Administrativos sujetos a condición, término o modo, porque condiciona dicha posibilidad de “modalización” de los actos a que una Ley especial previamente lo autorice, sujeto además al cumplimiento de una serie de requisitos rigurosos, con la finalidad de garantizar el principio de legalidad en la actuación de la Administración Pública y que no se genere un marco muy amplio de discrecionalidad administrativa que pueda dar origen a arbitrariedades en perjuicio de los derechos de los particulares.

Conviene advertir que en acatamiento de lo dispuesto por los organizadores de la presente edición del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo en esta ponencia no se realizará una descripción general del régimen de los Actos Administrativos en la LPAG, razón por la que no se abordarán algunos de sus aspectos medulares como sus elementos, requisitos de validez y de eficacia, el régimen de nulidad, los caracteres de ejecutoriedad e imputabilidad y las reglas de extinción de los Actos Administrativos. En atención al tema central de la convocatoria que propone el análisis del Acto Administrativo como fuente, pasaremos en primer lugar a describir someramente el régimen de las fuentes del derecho en el ordenamiento jurídico peruano, a fin de verificar si el Acto Administrativo puede ser considerado como fuente creador de normas jurídicas o más bien como la aplicación por parte de la administración pública de un determinado marco legal.

II. FUENTES DEL DERECHO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

La LPAG peruana cuidó de establecer en el artículo V de su Título Preliminar un listado ordenado de fuentes del derecho bajo el título de “Fuentes del Procedimiento Administrativo”, que no obstante el aparente carácter circunscrito de su ámbito (nominalmente referido con carácter exclusivo al procedimiento administrativo) en verdad sistematiza con carácter general las fuentes del derecho para todo el ámbito del Derecho Público.

Para los autores del anteproyecto que dio origen a la LPAG era necesario condensar en un precepto

servicios. Estos actos son regulados por cada entidad, con sujeción a las disposiciones del Título Preliminar de esta Ley, y de aquellas normas que expresamente así lo establezcan.

1.2.2 Los comportamientos y actividades materiales de las entidades.

3 La norma glosada en el pie de página anterior dispone que no son Actos Administrativos: “1.2.1. Los Actos de Administración interna de las entidades destinados a organizar o hacer funcionar sus propias actividades o servicios. Estos actos son regulados por cada entidad, con sujeción a las disposiciones del Título Preliminar de esta Ley y de aquellas normas que expresamente así lo establecen”.

4 Respecto del régimen de los Actos Administrativos en el Perú se puede revisar a Juan Carlos MORÓN URBINA. “El nuevo régimen de los Actos Administrativos en la Ley N° 27444”, publicado en AAV. Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General Ley N° 27444. Segunda parte. Ara Editores, Lima 2003. p. 153 y ss.

5 “Artículo 2°.- Modalidades del Acto Administrativo

2.1 Cuando una Ley lo autorice, la autoridad mediante decisión expresa puede someter el Acto Administrativo a condición, término o modo, siempre que dichos elementos incorporables al Acto, sean compatibles con el ordenamiento legal, o cuando se trate de asegurar con ellos el cumplimiento del fin público que persigue el Acto.

2.2 Una modalidad accesoria no puede ser aplicada contra el fin perseguido por el acto administrativo”.

específico las fuentes del Procedimiento Administrativo, porque las transformaciones operadas en las últimas décadas habían determinado el surgimiento de una pluralidad de centros productores de disposiciones legales administrativas, como sucede no sólo con los entes territoriales dotados de facultades normativas como las regiones y los municipios, sino también de diferentes entidades públicas a los que en mayor o menor medida y acierto, las Leyes les atribuyen expresamente facultades para dictar disposiciones de carácter reglamentario de mucha gravitación en los derechos y deberes de los particulares, como es el caso de los organismos reguladores de servicios públicos y de concesiones de infraestructura, entre otros.

Por tales razones, la LPAG señala que el ordenamiento jurídico administrativo constituye un sistema orgánico integrado por varias modalidades de fuentes del derecho, a la vez que proclama la autonomía del ordenamiento jurídico administrativo respecto de otras ramas del Derecho y establece una relación de normas que tienen la calidad de fuentes del Derecho Público.

Sobre este tema es conveniente resaltar que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano ha contribuido decisivamente a perfilar el régimen de las principales fuentes del derecho (las que tienen rango legal) que deben a la norma constitucional la configuración de sus caracteres fundamentales⁶.

Llegado a este punto debemos detenernos en el análisis del régimen de los Reglamentos porque a pesar de constituir fuentes secundarias (rango infralegal) son las más abundantes y regulan los aspectos centrales de los sectores del ordenamiento administrativo. Como la experiencia lo demuestra, la mayor parte de las veces para comprender o enterarse del régimen legal de una determinada materia o sector no es suficiente el análisis de la respectiva Ley o normas con dicho rango que la regulan, más bien es indispensable el estudio del respectivo Reglamento que establece las normas de desarrollo indispensables para viabilizar la aplicación y efectividad del respectivo régimen legal.

El protagonismo (predominancia cuantitativa y cualitativa) de los Reglamentos como fuentes del derecho con respecto de la Ley o normas con ese rango, principalmente en las materias propias del Derecho Administrativo y en particular en las que tienen que ver con temas técnicos o con fuerte incidencia en la regulación sectorial de las actividades económicas, determina que el espacio idóneo para análisis sea precisamente el Derecho Administrativo, disciplina

«La LPAG ha regulado el régimen de los actos administrativos con la intención de que se constituya en el marco legal general de las referidas actuaciones, aplicable en todo el ordenamiento administrativo, lo que ha sucedido a la fecha, porque en el ordenamiento nacional casi no existen leyes que se aparten de dichas reglas».

que esta dogmáticamente en mejores condiciones que otras ramas del Derecho para determinar sus caracteres.

Al respecto, como se puede apreciar de los preceptos de la LPAG que han sido glosados, en el ordenamiento jurídico peruano existe una clara distinción entre los reglamentos como fuentes del derecho (Artículo V del Título Preliminar) y los Actos Administrativos (Título I) que constituyen declaraciones de la administración pública en aplicación o ejecución de un determinado marco legal que le confiere dicha potestad y que por tal razón no tienen la consideración de fuentes productoras de normas jurídicas. Conforme analizaremos más adelante, es evidente que la administración pública mediante la emisión de un Acto Administrativo puede crear, modificar o extinguir derechos, relaciones, obligaciones o situaciones jurídicas subjetivas de otros sujetos, pero como bien señalan los Profesores GARCÍA DE ENTERRÍA y RAMÓN FERNÁNDEZ⁷ tales efectos jurídicos se presenten como el ejercicio de potestades administrativas basados precisamente en normas legales que lo autorizan

Respecto a la distinción entre reglamentos y Actos Administrativos, el clásico y primario criterio de diferenciación en función al carácter singular de uno y general del otro, ha sido desvirtuada por la doctrina y la realidad. Como se sabe existen Reglamentos singulares como los que establecen las reglas de organización interior de una determinada

6 La sentencia que sistematiza y resume los criterios del Tribunal sobre el sistema de fuentes del derecho diseñado por la Constitución es la recaída en el Exp N° 047-2004-AI/TC, de 14 de abril del 2006.

7 Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás RAMÓN FERNÁNDEZ. "Curso de Derecho Administrativo". Tomo 1, Palestra, Temis, Lima-Bogotá 2006, p. 590.

entidad de la administración pública, tal es el caso de los denominados Reglamentos de Organización y Funciones (ROF) de los organismos públicos, así como también existen Actos Administrativos generales, como es el caso de las convocatorias a licitaciones públicas que aunque están dirigidas a un número indeterminado de interesados, como bien señalaba el profesor Julio COMADIRA⁸ constituyen Actos Administrativos de alcance general de carácter no normativo. Esta clase de Actos Administrativos generales de contenido no normativo es indirectamente reconocida por el numeral 23.1.1 de la LPAG que cuando regula la notificación de los Actos Administrativos mediante la modalidad de publicación en el Diario Oficial, hace referencia a los "Actos Administrativos que interesan a un número indeterminado de administrados no apersonados al procedimiento y sin domicilio conocido".

Habida cuenta de ello, quizás el punto que pueda generar mayor confusión respecto del tema que se ha venido tratando sea la diferencia entre los Actos Administrativos generales y los Reglamentos, en vista de que ambos tienen por objetivo común surtir efectos sobre una pluralidad o grupo indeterminado de sujetos.

A continuación pasaremos revista a los criterios comúnmente esbozados por la doctrina para trazar la línea divisoria entre un Reglamento y un Acto Administrativo:⁹

1. Criterio de la abstracción o generalidad en sentido subjetivo u objetivo.- La primera y más elemental diferencia reside en la redacción utilizada. En principio, los Reglamentos suelen utilizar un lenguaje impersonal, general y abstracto de situaciones concretas existentes. En cambio los Actos Administrativos se dirigen o tienen como objetivo un destinatario concreto,

se refieren a una situación jurídica existente e individualizada o a una materia determinada; tal es el caso de la aplicación de una sanción administrativa, el otorgamiento de una licencia, el nombramiento de un funcionario, etc. Sin embargo, este criterio de indeterminación o no de los destinatarios, o de los supuestos de hecho al que el mandato se refiere, no siempre es definitivo porque puede llevar a calificaciones discutibles¹⁰.

2. Criterio ordinamental.- La diferencia más estimable en nuestra opinión, deriva de la naturaleza normativa del Reglamento. En esa medida, el Reglamento tiene una vocación "ordinamental", mientras que el Acto Administrativo (general) resulta ser algo "ordenado". Como bien señalan Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás RAMÓN FERNÁNDEZ:

"El Reglamento innova el ordenamiento (deroga otro Reglamento anterior, crea normas nuevas, habilita relaciones o Actos hasta ese momento no previstos), el Acto se limita a aplicar el ordenamiento a un supuesto dado o por dicho ordenamiento previsto".¹¹

En ese sentido, será Reglamento toda actuación administrativa que se incorpore al ordenamiento jurídico cuyos preceptos trasciendan, en ese sentido, a un supuesto determinado; en cambio, aquella actuación administrativa que viene a concretar lo establecido anteriormente por una norma jurídica, será un Acto Administrativo.

3. Criterio de la consunción.- Finalmente, el Acto Administrativo sea singular o general el círculo de sus destinatarios, se agota en su simple cumplimiento, se consume en este; por dicha razón, para un nuevo cumplimiento requiere

8 En: La Licitación Pública (Nociones, principios, cuestiones). Ediciones Depalma, Bs As, 2000, p. 7.

9 Esta parte la hemos tomado de nuestra ponencia: "El régimen de los reglamentos en el ordenamiento jurídico peruano", presentada en el VI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, celebrado en la Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 207. Consideramos necesario reproducir en este trabajo la citada sección porque es importante resaltar las diferencias entre los Actos Administrativos y los Reglamentos que constituyen una de las modalidades de fuentes del Derecho más cercanas a los primeros y que a veces el intérprete debe esforzarse en distinguir porque se presta a confusión debido a que son producidos por la propia administración y muchas veces dictados por autoridades administrativas dotadas simultáneamente de la potestad para dictar Actos Administrativos y Reglamento, incluso empleando el mismo vehículo formal (resoluciones), como sucede con los organismos reguladores de servicios públicos cuyos consejos directivos emiten Actos Administrativos y están facultados para dictar disposiciones reglamentarias adoptando la forma de resoluciones, claro está en ejercicio de potestades de diferente naturaleza.

10 Sin embargo, es el criterio utilizado por el Decreto Supremo N° 018-97-PCM que determina que normas deben publicarse en forma gratuita en el Diario Oficial El Peruano, que en su artículo 3° establece lo siguiente: "...se entienden por normas de carácter general a aquellas a partir de cuyo texto no es posible identificar a las personas naturales o jurídicas específicas que deben obedecerlas, o a aquellas en cuyo beneficio han sido dictadas, y que dada la naturaleza del dispositivo, su contenido debe ser puesto en conocimiento de todas las personas, pues podría demandar de cualquiera de ellas, el cumplimiento de una obligación o un derecho, o generar otra consecuencia jurídica". Recientemente mediante Decreto Supremo N° 001-2009-JUS se ha aprobado el reglamento que establece disposiciones relativas a la publicidad, publicación de proyectos normativos y difusión de normas legales de carácter general, en cuyo artículo 4° de establece: "...entiéndase por norma legal de carácter general a aquella que crea, modifica, regula, declare o extingue derechos u obligaciones de carácter general, de cuyo texto se derive un mandato genérico, objetivo y obligatorio, vinculando a la Administración Pública y a los administrados, sea para el cumplimiento de una disposición o para la generación de una consecuencia jurídica".

11 Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás RAMÓN FERNÁNDEZ. En: Curso de Derecho Administrativo. Tomo I. Palestra- Temis, Lima - Bogotá 2006, p. 198.

que se dicte un nuevo Acto Administrativo.

En cambio, el Reglamento en su calidad de dispositivo legal que forma parte del ordenamiento jurídico no se consume en su cumplimiento singular, porque es susceptible de infinidad de cumplimientos, debido a que como fuente del Derecho sigue ordenando la vida social. Conforme a lo señalado por Lorenzo MARTÍN – RETORTILLO:

“(...)la actuación administrativa será un Reglamento en cuanto se incruste en el ordenamiento jurídico y no en otro caso. La prueba de la consumición será su signo más significativo: si la actuación administrativa se consume en sí misma, estaremos ante un acto administrativo; si por el contrario, mantiene y extiende su valor preceptivo para sucesivos cumplimientos, estaremos ante una norma, ante un Reglamento.”¹²

Este último criterio es especialmente importante porque en la realidad administrativa es frecuente encontrar Actos Administrativos generales que tienen por destinatarios a una pluralidad indeterminada de sujetos, que no deben confundirse con los Reglamentos, tal es el caso de las resoluciones que determinan horarios o turnos de atención, establecen calendarios de pagos, declaran días feriados, etc.

Retomando el ejemplo de las convocatorias a los procedimientos administrativos de selección como sucede con las Licitaciones o Concursos Públicos, señala el mismo Julio COMADIRA que:

*“...se trata de un acto de esencia no normativa porque sus efectos se agotan al cumplirse la finalidad perseguida, que no es otra que la lograr, sobre la base de una concurrencia pública e igualitaria, la presentación de la mayor cantidad posible de proponentes, de entre cuyas ofertas se seleccionará la más conveniente al interés público”.*¹³

En este punto, es conveniente recordar que la distinción entre Reglamentos y Actos Administrativos no constituye un mero ejercicio teórico, porque tiene una enorme trascendencia jurídica y relevan-

cia práctica debido a la diversidad de efectos y de regulación que de ambas figuras consagra el ordenamiento jurídico administrativo y que reseñamos a continuación:

(i) Es importante tener presente que la potestad reglamentaria sólo la pueden ejercer aquellas autoridades, instancias u organismos de la administración pública que la tienen específicamente atribuida por el ordenamiento jurídico. La potestad reglamentaria no es un atributo natural de la Administración Pública. En cambio la potestad de dictar Actos Administrativos es una cualidad general de prácticamente toda instancia u órgano de la administración pública, porque constituye su modo normal de expresarse

En el ordenamiento jurídico peruano la Constitución únicamente reconoce en forma expresa la potestad reglamentaria del Presidente de la República, por ello para que otro nivel de Gobierno, organismo, autoridad o instancia que forme parte del entramado organizativo que constituye la administración pública pueda dictar normas reglamentarias se requiere que dicha potestad le haya sido expresamente otorgada por alguna Ley o dispositivo con ese rango. La titularidad de la potestad reglamentaria tiene un carácter estricto porque sólo corresponde a unos determinados órganos, específicamente determinados en nuestro ordenamiento jurídico.

(ii) La puesta en vigencia de los Reglamentos requiere su publicación en el Diario Oficial o en el medio de publicidad que haya establecido la Ley que regula su proceso de producción¹⁴, en cambio la adquisición de eficacia de los Actos Administrativos no está supeditada por regla general al requisito de su publicación en el Diario Oficial, sino al de su notificación a los interesados, conforme a las reglas establecidas en la Ley N° 27444 de Procedimiento Administrativo General¹⁵.

(iii) El titular de la potestad reglamentaria, puede derogar o dejar sin efecto los Reglamentos, en tanto que constituyen normas legales, con entera libertad, en cualquier momento, pero siempre con eficacia hacia el futuro (ex nunc).

12 Lorenzo MARTÍN RETORTILLO. “Actos administrativos generales y Reglamentos. Sobre la naturaleza de la convocatoria a oposiciones”. Revista de Administración Pública- RAP N° 40, Madrid 1963, p. 249.

13 Opus Cit. p. 8.

14 Sin embargo, a partir de la reciente entrada en vigencia del anteriormente citado Decreto Supremo N° 001-2009-JUS se esta produciendo la paradoja de que en el Diario Oficial se están publicando únicamente las disposiciones legales (Decretos Supremos) que aprueban las normas reglamentarias, omitiéndose la publicación del texto mismo del reglamento, sustentándose erróneamente en el artículo 9° del citado Decreto para remitir la publicación del texto del reglamento al portal electrónico de la entidad emisora, lo que constituye una práctica que vulnera el ordenamiento constitucional y legal que dispone la publicación como requisito esencial para la eficacia de toda norma jurídica, conforme lo ha recordado reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

15 Como bien señala BOQUERA OLIVER: “Decimos que las resoluciones administrativas se notifican y que las disposiciones se publican. La notificación es una comunicación individual; la publicación, una comunicación general e impersonal”. En: “La Publicación de Disposiciones Generales”. Revista de Administración Pública – RAP N° 31. Madrid. 1960. p. 76.

«La LPAG señala que el ordenamiento jurídico administrativo constituye un sistema orgánico integrado por varias modalidades de fuentes del derecho, a la vez que proclama la autonomía del ordenamiento jurídico administrativo respecto de otras ramas del Derecho y establece una relación de normas que tienen la calidad de fuentes del Derecho Público».

Por el contrario el régimen legal de los Actos Administrativos impide que la autoridad pueda dejarlos sin efecto de manera inopinada o injustificada, porque se busca garantizar los derechos que el Acto Administrativo haya podido generar a favor de los particulares. Por dicha razón es que la LPAG contiene en su Título III (arts. 201° a 218°) los mecanismos de revisión de los Actos Administrativos a pedido de parte (recursos administrativos), o de oficio, los que en determinados supuestos permiten que la declaratoria de nulidad del acto tenga efectos retroactivos.

- (iv) Finalmente, los Reglamentos y los Actos Administrativos tienen diferentes cauces procesales y requisitos para su impugnación. Así, mientras que para cuestionar la constitucionalidad y/o legalidad de los Reglamentos la Constitución ha previsto el proceso constitucional de la Acción Popular que se tramita directamente ante el Poder Judicial, a pedido de cualquier persona sin

necesidad de acreditar interés directo, en cambio para impugnar la legalidad o validez de los Actos Administrativos se debe acudir al proceso Contencioso Administrativo de competencia también del Poder Judicial, pero se requiere que previamente se agote la vía administrativa, es decir, que el interesado interponga los recursos administrativos que la Ley le franquea contra el Acto Administrativo cuestionado.

III. CONTENIDO DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

Terminada una somera descripción del régimen de las fuentes del derecho en el ordenamiento jurídico – administrativo peruano y acreditado que los Actos Administrativos no participan de dicho carácter, para lo cual se han enfatizado sus diferencias capitales con las disposiciones reglamentarias, corresponde retomar en esta parte la regulación del contenido del Acto Administrativo.

Al respecto, la LPAG dedica dos preceptos para regular de manera específica lo relativo al contenido del Acto Administrativo. El primero de ellos se localiza en el artículo 3°¹⁶ que lista los requisitos de validez que debe cumplir todo Acto Administrativo: entre los que se cuenta los que la doctrina denomina elementos subjetivos de los Actos Administrativos (competencia), elementos objetivos (objeto o contenido y finalidad pública) y elementos formales (la motivación y el procedimiento regular). En el numeral 2) del citado artículo 3°, se establecen reglas a las que se deben sujetar los Actos Administrativos al expresar o delimitar su objeto o contenido, las que al constituir requisitos de validez, su contravención podría dar lugar a su nulidad.

Conforme a la sistemática de la LPAG, que luego de establecer en el artículo 3° la relación de los requisitos de validez del Acto Administrativo (con la finalidad de facilitar el análisis de su legalidad por parte del funcionario encargado de su revisión a pedido o de parte o de oficio, o por los jueces), desarrolla a continuación cada uno de ellos, lo referido al objeto o contenido de los Actos Administrativos ha sido materia de regulación detallada en el artículo 5°¹⁷, del cual extraemos solo las siguientes reglas:

16 **“Artículo 3°.- Requisitos de validez de los actos administrativos**

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

(...)

2.- 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”.

(...)

17 **“Artículo 5°.- Objeto o contenido del Acto Administrativo**

5.1 El objeto o contenido del acto administrativo es aquello que decide, declara o certifica la autoridad.

5.2 En ningún caso será admisible un objeto o contenido prohibido por el orden normativo, ni incompatible con la situación de hecho prevista en las normas, ni impreciso, oscuro o imposible de realizar.

5.3 No podrá contravenir en el caso concreto disposiciones constitucionales, legales, mandatos judiciales firmes; ni podrá infringir normas administrativas de carácter general provenientes de autoridad de igual, inferior o superior jerarquía, e incluso de la misma autoridad que dicta el acto.

- El objeto o contenido del Acto es aquello que el acto decide, certifica u opina, según la materia del mismo.
- Debido a su carácter concretizador destinado como señala el numeral 1.1) de la LPAG “a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta”, el Acto Administrativo no podrá contravenir la regla de la “inderogabilidad singular de los Reglamentos” basada en el principio de legalidad, conforme a la cual la decisión de la Administración no podrá apartarse del marco legal que le sirve de referencia, aunque el acto que resuelve una situación en concreto sea producido por la misma instancia o autoridad que dictó el referido marco legal.

Hasta aquí hemos reseñado en forma sucinta algunos de los aspectos de la temática del contenido del Acto Administrativo en el régimen jurídico – administrativo peruano, de lo que podemos concluir que el contenido del Acto es la decisión, la manifestación de la voluntad de la Administración que produce unas determinadas consecuencias en derecho “dentro de una situación concreta”, es decir en un caso particular, a diferencia de las fuentes del Derecho que poseen un carácter abstracto – general.

Una vez remarcadas las diferencias entre el Acto Administrativo y las fuentes del Derecho en el ordenamiento administrativo peruano, consideramos conveniente traer a colación la concepción alemana del carácter “regulador” de los Actos Administrativos a efectos de analizar si en el ordenamiento de dicho país le asignan a los Actos Administrativos el carácter de fuente del Derecho.

Conforme señala el profesor BOCANEGRA¹⁸, a tenor del artículo 35° de la Ley de Procedimiento Administrativo Alemana¹⁹ el carácter “regulador” de su contenido es, sin duda, la característica definitoria más importante de los Actos Administrativos en Alemania. En dicho país el citado carácter “regulador” constituye condición necesaria de la existencia de los Actos Administrativos razón por la que “...deben

encaminarse a la creación, a la modificación o a la extinción de una determinada relación jurídica, o a la declaración (o a la negación de la declaración) de un derecho (o de otra circunstancia jurídicamente relevante), respecto de una persona, cosa o situación”.

El citado carácter “regulador” del contenido de los Actos Administrativos como nota esencial de su régimen en Alemania sirve para delimitar con toda nitidez su concepto frente al resto de la actividad administrativa en general, de tal modo dice BOCANEGRA²⁰ que las actuaciones administrativas en las que este ausente el referido carácter “regulador” no tienen jurídicamente la consideración de actos administrativos. Tal es el caso, entre otros, de la actividad puramente material o técnica de la Administración, de las llamadas declaraciones administrativas de conocimiento o de juicio como las certificaciones o informes, las meras informaciones administrativas, los consejos, las advertencias, las denominadas promesas administrativas, ciertas declaraciones cuyo efecto vinculante no es autónomo, aunque produzcan efectos jurídicos al exterior, los actos de trámite y preparatorios y los que se limitan a confirmar otro acto anterior.

Sin embargo, el carácter “regulador” de los Actos Administrativos en Alemania no admite su confusión con los Reglamentos que forman parte de la Teoría de las fuentes del Derecho, porque se dirigen a la regulación de un caso particular o de una situación jurídica concreta aplicando el Derecho, a diferencia de los reglamentos o de otras fuentes del Derecho que más bien innovan o alteran el marco legal.

IV. Estabilidad de los Actos Administrativos creadores de derechos y alcances de la presunción de legalidad²¹

La estabilidad de los Actos Administrativos constituye un principio garantístico implícito en la LPAG peruana que preserva la seguridad de las relaciones jurídicas que crea la Administración con los administrados y que se deriva de los preceptos legales que consagran la presunción de validez de los Actos Administrativos (art. 9°)²², que regulan las formas de revisión de los Actos Administrativos (art. 201°

5.4 El contenido debe comprender todas las cuestiones de hecho y derecho planteadas por los administrados, pudiendo involucrar otras no propuestas por éstos que hayan sido apreciadas de oficio, siempre que otorgue posibilidad de exponer su posición al administrado y, en su caso, aporten las pruebas a su favor”.

18 Raúl BOCANEGRA SIERRA. Lecciones sobre el acto administrativo. Civitas. Madrid. 2002, p. 31 y La Teoría del acto administrativo. IUSTEL, Madrid, 2005, p. 57.

19 “Art. 35°.- Acto administrativo es toda disposición, resolución u otra medida de autoridad adoptada por un órgano administrativo y dirigida a la regulación de un caso particular en el ámbito del Derecho público, con efectos inmediatos en el exterior”. (subrayado nuestro).

20 En: La Teoría del Acto Administrativo, opus cit, pp. 60 a 64.

21 Se incluye esta sección en la presente Ponencia en acatamiento a las indicaciones de los organizadores. Buena parte de su contenido ha sido tomado de nuestro trabajo: “Régimen de la nulidad de los Actos Administrativos en la nueva Ley N° 27444 del Procedimiento Administrativo General” publicado en: AAVV. Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General Ley N° 27444. Segunda parte. Ara Editores, Lima 2003. p. 221 y ss, al que se han incorporado las reformas que sobre la materia dispuso el Decreto Legislativo N° 1029 de Junio del año 2008.

22 “Artículo. 9°.- Presunción de validez

y siguientes), a pedido de parte o de oficio, y que caracterizan el régimen de los Actos Administrativos que adquieren firmeza (art. 212º)²³.

La estabilidad es una cualidad de los Actos Administrativos²⁴ que ordena o disciplina la actuación de la Administración Pública la que no puede ser inconstante o errática en sus opiniones y que como todo órgano que forma parte de los poderes públicos se encuentra sujeta al principio constitucional de seguridad jurídica, reconocido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano²⁵.

Sin embargo, como bien señala Beladiez ROJO en el Derecho Administrativo adquiere especial relevancia la necesidad de armonizar el principio de seguridad jurídica con el respeto del principio de legalidad²⁶.

Cuando la Administración Pública dicta un acto ilegal la confrontación entre ambos principios debe ser resuelta por el ordenamiento ponderando el requerimiento de seguridad por parte de quien podría ser beneficiado por el citado acto (y que por ende será afectado por su revisión) y la necesidad de la comunidad de que se respete el ordenamiento legal configurado para la tutela de los intereses generales de la colectividad. Como se verá a continuación en la LPAG peruana se establecen distintos mecanismos para arbitrar la tensión entre los principios de seguridad y legalidad

En tal sentido, la estabilidad de los Actos Administrativos es corolario de la regla de la presunción de validez de los citados actos, consagrada de manera expresa por el artículo 9º ²⁷ de la LPAG conforme

al cual todo acto se considera válido en tanto que su nulidad no sea expresamente declarada en sede administrativa mediante los mecanismos que la ley establece o en sede judicial como resultado de los procesos judiciales tramitados con ese propósito.

El denominado por la doctrina principio de presunción de validez de los Actos Administrativos constituye uno de los elementos característicos del Derecho Administrativo en cuya virtud los actos dictados por una autoridad administrativa se presumen legítimos en tanto su invalidez o disconformidad con el ordenamiento jurídico no sea expresamente declarada por quienes están facultados legalmente para constatarlo.

Dicho principio consagra una presunción *iuris tantum* (admite prueba en contrario) y tiene por fundamento la necesidad de asegurar que la Administración pública pueda realizar sus funciones en tutela del interés público sin que los llamados a cumplir sus decisiones puedan obstaculizar las actuaciones de la Administración sobre la base de cuestionamientos que no hayan sido confirmados por las autoridades administrativas o judiciales competentes para controlar la legalidad de los actos administrativos. Como señala el profesor Juan Carlos CASSAGNE²⁸ "Si no existiera tal principio, toda la actividad estatal podría ser cuestionada con la posibilidad de justificar la desobediencia como regla normal en el cumplimiento de los actos administrativos, obstaculizando el cumplimiento de los fines públicos al anteponer el interés individual y privado al bien común, sin atender a la preponderancia que aquellos representan como causa final del Estado".

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

23 **"Artículo. 212º.- Acto firme**

Una vez vencidos los plazos para interponer los recursos administrativos se perderá el derecho a articularlos quedando firme el acto".

24 Sobre el tema señala Raúl BOCANEGRA SIERRA. La teoría del acto administrativo, opus cit., p. 24: "El acto administrativo en cuanto determina de forma coactiva para el ciudadano qué es lo que el Derecho sea para él en el caso concreto, se presenta como una institución dirigida a garantizar la seguridad jurídica y la estabilidad de las situaciones que el propio acto administrativo reconoce o crea, cumpliendo, pues, una esencial función de clarificación y equilibrio de las relaciones jurídicas, precisamente al servicio de la seguridad jurídica"

25 En la sentencia recaída en el expediente N° 0016-2002-AI/TC, del 30 abril 2003, el Tribunal Constitucional trata de "la seguridad jurídica como principio constitucional", dice que a diferencia de otras constituciones la peruana "no reconoce de modo expreso a la seguridad jurídica como principio constitucional", pero que "(...) la seguridad jurídica forma parte consustancial del Estado de Derecho. La predictibilidad de las conductas (en especial, las de los poderes público) frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho, es garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y que consolida la interdicción de la arbitrariedad (...)"

26 Margarita BÉLADIEZ ROJO. Validez y Eficacia de los actos administrativos. Marcial Pons, Madrid 1994, p. 261 y ss dice: "Tenemos a dos principios enfrentados seguridad y legalidad...Es necesario adoptar una solución que permita armonizar los dos intereses en conflicto, y para ello deben ponderarse y valorar cuando la conservación puede excluir a la anulación y viceversa. La única manera de compatibilizar estos derechos es arbitrando un sistema en el que se permita el ejercicio de ambos, y ello, obviamente, sólo se puede conseguir limitándolos en el tiempo....."

27 **"Artículo 9º.- Presunción de validez**

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

28 Juan Carlos CASSAGNE, "Derecho Administrativo", Tomo II, 5ta edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, pp. 20, 21.

En sintonía con lo explicado el artículo 12.2^{o29} de la LPAG establece que los particulares y los servidores públicos únicamente podrán oponerse o negarse al cumplimiento de los Actos Administrativos sólo cuando se trate de aquellos expresamente declarados nulos, ya sea por la propia Administración Pública en virtud de los recursos que puedan haber interpuesto los interesados o en base a la potestad que le confiere el ordenamiento (art. 202^o) para declarar la nulidad de oficio de sus propios actos, o por el Poder Judicial en ejercicio de la competencia que la Constitución le confiere de controlar la legalidad de la actuación administrativa.

En cuanto a los mecanismos de revisión de los Actos Administrativos la LPAG sistematiza en dos Capítulos los mecanismos de revisión de los Actos Administrativos de oficio por la propia Administración y los medios de impugnación a instancia de los interesados (los recursos administrativos).

La posibilidad de que la Administración pueda declarar la nulidad de oficio de sus propios Actos Administrativos cuando padezcan de vicios de nulidad y agraven el interés público constituye una de las atribuciones más importantes conferidas a la Administración por el ordenamiento jurídico – administrativo y es objeto de frecuentes controversias en su aplicación³⁰.

La citada potestad es consagrada por el artículo 202^o de la LPAG ubicado en el Título dedicado a regular la revisión de los actos en sede administrativa que se puede promover ya sea de oficio por decisión de la propia Administración o mediante recursos administrativos interpuestos por los que se consideran perjudicados para impugnar una decisión administrativa. La nulidad de oficio como su nombre lo indica constituye uno de los tres mecanismos de revisión de oficio previstos por la LPAG, los otros dos lo constituyen la rectificación de errores materiales establecida por el artículo 201^o que permite corregir los errores de redacción o de cálculo incurridos en la emisión de los Actos Administrativos y la revocación prevista por el artículo 203^o como una potestad que genera la extinción de

Actos Administrativos con fundamento en razones de oportunidad, mérito o conveniencia por causa de interés público.

La nulidad de oficio es una vía para la restitución de la legalidad afectada por un Acto Administrativo viciado que constituye un auténtico poder – deber otorgado a la Administración que esta obligada a adecuar sus actos al ordenamiento jurídico. El pedido o solicitud formulada por un particular para que la Administración ejercite la potestad de declarar la nulidad de oficio de sus actos no tiene el carácter ni puede tramitarse como un recurso porque conforme al artículo 11.1^{o31} de la LPAG los administrados sólo pueden plantear la nulidad de los Actos Administrativos que les afecten mediante los recursos administrativos previstos en la Ley y dentro de los plazos establecidos legalmente para interponerlos. Por dicha razón la solicitud presentada luego de vencido el plazo para recurrir el Acto Administrativo en cuestión sólo puede merecer el trato de una comunicación o denuncia formulada a título de colaboración con la entidad para que tome conocimiento del posible vicio que aqueja a uno de sus actos. En nuestra opinión, no cabe duda que la potestad contemplada por el artículo 202^{o32} de la LPAG es siempre una actuación de oficio, en el sentido de que se inicia siempre a iniciativa de la propia Administración, que no reconoce al denunciante la calidad de interesado. La entidad administrativa autora del acto puede descubrir por si misma en alguno de sus actos de la existencia de alguna de las causales de invalidez o ser puesta en conocimiento o enterada del vicio en virtud de comunicación o denuncia de los interesados, que en este caso no puede tener más relevancia que la de excitar el celo de la Administración.

Conforme al artículo 202^o de la LPAG la potestad de la Administración Pública de declarar la nulidad de oficio de sus propios actos no sólo está sujeta al estricto cumplimiento de los requisitos establecidos por dicho precepto, sino que en determinados supuestos se transforma en la potestad de promover ante el Poder Judicial la revisión de sus propios actos mediante el proceso contencioso administrativo.

29 **“Artículo 12^o.- Efectos de la declaración de nulidad**

(...)

12.2 Respecto del acto declarado nulo, los administrados no están obligados a su cumplimiento y los servidores públicos deberán oponerse a la ejecución del acto, fundando y motivando la negativa”.

30 Sobre el tema el ilustre profesor Jesús González Pérez ha estudiado el régimen peruano en: “La revisión de los actos en vía administrativa en la ley del procedimiento administrativo general”. En: Revista Peruano de Derecho Público. N° 2. Lima 2001. p. 35 y ss.

31 **“Artículo 11^o.- Instancia competente para declarar la nulidad**

11.1 Los administrados plantean la nulidad de los Actos Administrativos que les conciernen por medio de los recursos administrativos previstos en el Título III Capítulo II de la presente ley. (...)”

32 **“Artículo 202^o.- Nulidad de oficio**

202.1 En cualquiera de los casos enumerados en el artículo 10, puede declararse de oficio la nulidad de los actos administrativos, aun cuando hayan quedado firmes, siempre que agraven el interés público.

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

El primer requisito que debe cumplirse es que la nulidad de oficio sólo procede respecto de actos que padecen de vicios de nulidad de pleno derecho por las causales contempladas en el artículo 10³³ de la LPAG. No cabe declarar la nulidad de oficio de los actos que padecen de vicios no trascendentes o leves porque en tales casos la Administración debe proceder de oficio a su subsanación en aplicación de las reglas de conservación establecidas por el artículo 14³⁴ de la LPAG. La potestad de la Administración de invalidar de oficio sus actos sólo puede actuarse cuando medien razones de estricta legalidad que la obliguen al control de sus propias actuaciones para depurar o invalidar aquellas que resulten aquejadas de graves vicios de invalidez absoluta y radical contrarios al ordenamiento jurídico.

En segundo lugar, conforme al artículo 202.1^o 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.

El tercer requisito de tipo competencial consiste en que la nulidad de oficio sólo puede ser declarada por el funcionario que ocupa una posición jerárquicamente superior de aquél que expidió el acto que se invalida³⁵, pero no cualquier superior sino sólo aquél superior jerárquico materialmente competente, es decir, el superior que hubiera podido conocer del caso en la hipótesis que se interpusiera un recurso administrativo para impugnar el Acto Administrativo cuestionado. Una interpretación contraria, que favorezca la posibilidad de que cualquier superior jerárquico en sentido lato anule de oficio el acto administrativo, desconocería las reglas esenciales de competencia, haciendo perder el sentido de que la legislación administrativa establezca instancias competentes para la tramitación de un procedimiento administrativo. La única excepción en la que la nulidad de oficio no es declarada por el superior jerárquico, es el caso de los Actos Administrativos producidos por una autoridad administrativa que no está sometida a subordinación jerárquica, caso en el cual la nulidad será declarada por el mismo

Además de declarar la nulidad, la autoridad podrá resolver sobre el fondo del asunto de contarse con los elementos suficientes para ello. En este caso, este extremo sólo podrá ser objeto de reconsideración. Cuando no sea posible pronunciarse sobre el fondo del asunto, se dispondrá la reposición del procedimiento al momento en que el vicio se produjo.

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

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

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

33 "Artículo 10^o.- 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".

34 "Artículo 14^o.- Conservación del acto

14.1 Cuando el vicio del acto administrativo por el incumplimiento a sus elementos de validez, no sea trascendente, prevalece la conservación del acto, procediéndose a su enmienda por la propia autoridad emisora.

14.2 Son Actos Administrativos afectados por vicios no trascendentes, los siguientes:

14.2.1 El acto cuyo contenido sea impreciso o incongruente con las cuestiones surgidas en la motivación.

14.2.2 El acto emitido con una motivación insuficiente o parcial.

14.2.3 El acto emitido con infracción a las formalidades no esenciales del procedimiento, considerando como tales aquellas cuya realización correcta no hubiera impedido o cambiado el sentido de la decisión final en aspectos importantes, o cuyo incumplimiento no afectare el debido proceso del administrado.

14.2.4 Cuando se concluya indudablemente de cualquier otro modo que el acto administrativo hubiese tenido el mismo contenido, de no haberse producido el vicio.

14.2.5 Aquellos emitidos con omisión de documentación no esencial

14.3 No obstante la conservación del acto, subsiste la responsabilidad administrativa de quien emite el acto viciado, salvo que la enmienda se produzca sin pedido de parte y antes de su ejecución".

35 Lo que encuentra fundamento en el poder jurídico de control que en la organización administrativa ejercen los superiores jerárquicos respecto de los subordinados.

funcionario que lo expidió (artículo 202.3°), regla concordante con la prevista en el artículo 11.2°³⁶ de la Ley.

El cuarto requisito es de carácter temporal, la nulidad de oficio puede ser declarada por la Administración aunque el Acto Administrativo en cuestión haya quedado firme, lo que de conformidad al artículo 212°³⁷ de la Ley se produce una vez vencidos los plazos legales para que los interesados puedan interponer recursos administrativos, pero siempre dentro del plazo de un año a contar desde la fecha en que el acto haya quedado consentido (artículo 202.3°). Por tanto, a diferencia de otros países que en sus ordenamientos administrativos han establecido que la potestad de la Administración para invalidar sus propios Actos Administrativos puede ejercerse en cualquier momento, sin plazos límites, fundado en que sólo procede respecto de Actos Administrativos viciados de nulidad absoluta, es decir definitivamente contrarios al ordenamiento legal y que por ende no pueden convalidarse por el simple transcurso del tiempo o la falta de impugnación oportuna por los interesados, en la Ley si se han establecido plazos para que la Administración Pública pueda ejercer de oficio dicha potestad, ya sea para invalidar sus actos en sede administrativa o para promover su revisión a cargo del Poder Judicial.

Existe un quinto requisito no recogido por la Ley, pero si establecido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional con sustento en los principios – derechos constitucionales del debido procedimiento y de defensa, nos referimos a la obligación de las autoridades administrativas de otorgar al administrado destinatario del acto en cuestión (que por ende podría ser afectado o perjudicado por su posible declaratoria de nulidad) la oportunidad para que dentro de un plazo adecuado pueda formular los argumentos que estime convenientes para apuntalar la legalidad del citado acto administrativo. Así en la sentencia recaída en el Expediente No. 0884-2004-AA/TC (Caso Eusebia Judith Buendía Fernández), el Tribunal declaró que:

“En el presente caso, aun cuando la emisión de la citada resolución afectaba derechos e intereses de la actora, no se le ha concedido a ésta la oportunidad de defenderlos. Así, si bien es cierto que la norma atributiva de la potestad de anulación (artículo 202° de la Ley del Procedimiento Administrativo General) no lo indica expresamente, “(...) deriva razonablemente del principio del debido procedimiento administrativo y de los artículos 3.5°, 161.2°, 187.2°,

*que ninguna autoridad administrativa podrá dictar una anulación de oficio, sin otorgar anteladamente audiencia al interesado para que pueda presentar sus argumentos a favor de la sostenibilidad del acto que le reconoce derechos o intereses. Adicionalmente a ello, la resolución anulatoria de oficio debe ser notificada a los administrados concernidos a fin de que tengan la posibilidad de controlar su legalidad.”*³⁸

Este requisito que se deriva de la jurisprudencia constitucional tiene como base legal el artículo 161° de la LPAG al disponer que únicamente es posible dictar actos de gravámenes (es decir actos extintivos de derechos) contra algún administrado, solo después de haberse otorgado un plazo perentorio no menor de cinco días para presentar sus alegatos o las pruebas que estime pertinentes.

Como se puede apreciar en nuestro ordenamiento administrativo el legislador ha procurado armonizar la obligación de la Administración de cautelar de oficio la legalidad de sus propios actos con las exigencias que la protección de la seguridad jurídica impone al actuar de la Administración en un Estado de Derecho y como resultado de la armonización de dichos intereses contrapuestos (legalidad versus seguridad) ha establecido límites temporales precisos en el plazo para ejercer la potestad de invalidar de oficio sus propios actos en sede administrativa o mediante el recurso a la vía judicial, a cuyo vencimiento el acto en cuestión adquiere firmeza.

Como se ha señalado anteriormente el artículo 202° de la LPAG establece que la nulidad de oficio puede ejercerse tanto respecto de aquellos actos que han sido materia de impugnación por los interesados en la vía administrativa mediante los recursos administrativos previstos legalmente, como respecto de aquellos actos que no han sido impugnados dentro de los plazos establecidos legalmente y que por tanto se consideran firmes, y de aquellos actos que habiendo sido impugnados y resuelto desfavorablemente por el Administración el respectivo recurso formulado por los interesados no son oportunamente impugnados en sede administrativa o judicial y por tanto se consideran consentidos por los obligados.

Es importante resaltar que en todos los casos descritos en el párrafo anterior el plazo de un año otorgado a la Administración para declarar de oficio la invalidez en sede administrativa de sus propios actos no se empieza a computar a partir de que

36 “Artículo 11°.- Instancia competente para declarar la nulidad (...)

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”.

37 Artículo 212°.- Acto firme.- “Una vez vencidos los plazos para interponer los recursos administrativos se perderá el derecho a articularlos quedando firme el acto”.

38 Fundamento Tercero de la referida sentencia.

dichos actos hayan sido emitidos o notificados, sino más bien a partir de la fecha en que hayan quedado consentidos o adquirido firmeza.

Conforme al inciso d) del artículo 218.2³⁹ de la Ley las resoluciones de la Administración Pública que declaren de oficio la nulidad de sus propios actos agotan la vía administrativa y por ende no pueden ser objeto de impugnación por los interesados en sede administrativa, los que sólo podrán cuestionarlos ante el Poder Judicial a través del proceso contencioso administrativo o de los procesos constitucionales correspondientes si se considera afectado en algún derecho constitucional.

Al vencimiento del citado plazo de un año la Administración pierde la potestad de declarar la nulidad de oficio de sus propios actos en sede administrativa pero de conformidad con el artículo 202.4° de la Ley no pierde la potestad de promover ante el Poder Judicial la revisión de sus actos mediante el proceso contencioso administrativo, porque se establece de manera expresa que puede demandar la nulidad de sus propios actos vía el proceso contencioso administrativo dentro del plazo de dos años que comienzan a computarse a partir de la fecha en que prescribe la potestad para declarar la nulidad de oficio en sede administrativa (un año desde que el acto quedo consentido).

En otras palabras, el ordenamiento administrativo peruano establece el plazo de un año para que la Administración pueda ejercer la potestad de declarar unilateralmente la nulidad de oficio de sus propios actos, pero el vencimiento de dicho plazo sin que la potestad haya sido ejercida solo menoscaba la posibilidad de que la invalidez de oficio pueda ser producida en sede administrativa, porque la Administración conserva la potestad de promover la revisión de la legalidad de sus Actos Administrativos a través del proceso contencioso administrativo que se interponga ante el Poder Judicial dentro de los dos años siguientes a contar desde la fecha en que prescribió el plazo de un año para que la nulidad sea declarada en sede administrativa⁴⁰.

Como se puede apreciar el legislador peruano ha querido armonizar la tensión entre los principios

de legalidad y seguridad jurídica, estableciendo el plazo de un año para que la Administración pueda unilateralmente declarar en sede administrativa la nulidad de sus propios actos, pero a cuyo vencimiento en garantía de la imparcialidad y objetividad solo se le permite dentro del plazo de dos años adicionales acudir ante el Poder Judicial para que sea otro poder del Estado, es decir un tercero imparcial, el que verifique la legalidad de los actos emitidos por la Administración promotora del proceso contencioso administrativo⁴¹.

El plazo de dos años que se le reconoce a la Administración Pública para demandar ante el Poder Judicial la revisión de la legalidad de sus propios Actos Administrativos (a contar desde el vencimiento del plazo de un año para declarar la nulidad en sede administrativa) no puede ser comparado con el plazo de tres meses que la Ley N° 27584 reguladora del proceso contencioso administrativo otorga a los particulares para interponer la correspondiente demanda a fin de cuestionar los Actos Administrativos contrarios al ordenamiento jurídico que lesionan sus derechos o intereses, porque este último plazo más breve se establece para quienes constituyen parte interesada en la actuación administrativa correspondiente a fin de que puedan demandar la tutela judicial respecto de actos que consideran perjudiciales y a quienes el ordenamiento jurídico normalmente les exige un mínimo de diligencia en la utilización de los mecanismos establecidos legalmente para la protección de sus derechos. En cambio el plazo de dos años conferido a la Administración Pública para demandar al Poder Judicial la revisión de la legalidad de sus actos se establece en tutela no de intereses propios de la Administración sino para restituir la legalidad afectada por actuaciones de las entidades administrativas y la protección de los intereses públicos que tiene legalmente encomendados. Resulta evidente que el legislador ha querido otorgar potestades a la Administración con el objeto de que realice el control de sus propios actos (autocontrol), para que el sometimiento de las entidades administrativas a la legalidad no esté supeditado a los intereses de los particulares y que sea la propia Administración la que verifique en sede administrativa o inste al Poder Judicial a revisar la adecuación al Ordenamiento Jurídico de sus Actos

39 " **Artículo 218°.- Agotamiento de la vía administrativa.-** (...).

218.2 Son actos que agotan la vía administrativa: (...) d) El acto que declara de oficio la nulidad o revoca otros Actos Administrativos en los casos a que se refieren los artículos 202° y 203° de esta ley...."

40 La versión original del Anteproyecto elaborado por la Comisión constituida por el Ministerio de Justicia mediante Resolución Ministerial N° 198-97 JUS de 22 de setiembre de 1997 que sirvió base para la aprobación de la Ley N° 27444 propuso establecer plazos más amplios que los finalmente aprobados en la citada ley: dos (2) años para declarar la nulidad en sede administrativa y tres (3) años, a contar desde el vencimiento del plazo anterior, para promover la revisión a cargo del Poder Judicial mediante el proceso contencioso administrativo.

41 Dice el profesor Juan Carlos MORÓN "El proceso de lesividad: El contencioso promovido por la Administración", Proceso y Justicia Revista de Derecho Procesal Civil N° 3, Lima 2002, p. 33, que el mencionado tipo de proceso "...se fundamenta en la voluntad legislativa de evitar que la Administración se irroge de modo ilimitado temporalmente la verificación unilateral de la legitimidad de un acto que ella misma ha dictado y cuyos efectos se han incorporado ya al patrimonio del administrado. Con su incorporación se pretende resguardar a los administrados de avasallamientos administrativos, premuniéndole un escenario en el cual le sea más factible ejercer su derecho de defensa".

Administrativos, en tutela de los intereses públicos que esta llamada a defender.

Finalmente, en el artículo 202.5° de la LPAG se establece un tratamiento especial para la revisión de oficio de los actos emitidos por tribunales administrativos creados para resolver controversias en última instancia administrativa, respecto de los cuales no cabe que ninguna autoridad administrativa extraña a los mismos, cualquiera fuera su jerarquía, pueda declarar la nulidad de sus actos en sede administrativa, porque sólo procede que la Administración demande su nulidad ante el Poder Judicial mediante un proceso contencioso administrativo para lo cual se le confiere un plazo de tres (3) años computados desde que el acto en cuestión quedó firme.

Como se puede apreciar el artículo 202.5° glosado veda toda posibilidad de que las resoluciones de los tribunales administrativos puedan ser declaradas nulas de oficio en sede administrativa por una autoridad ajena a los citados órganos, aunque se trate del Ministro titular del sector del cual formen parte; la única posibilidad que establece la Ley para su revisión de oficio es que la instancia competente de la Administración Pública interponga la correspondiente demanda para que sea otro poder el Estado, es decir, el Poder Judicial, quien en vía contenciosa administrativa revise la legalidad de la resolución en cuestión.

Consideramos que el objetivo de la LPAG al no permitir que se declare la nulidad de oficio en sede administrativa de los actos de los tribunales administrativos por una instancia ajena a los mismos, es preservar el estatus de dichos órganos creados con el propósito de resolver en última instancia administrativa las controversias que el legislador estime conveniente sean atendidas por órganos colegiados especializados en las materias generalmente de índole sumamente técnico que son sometidas a su conocimiento.

V. LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE LOS ORGANISMOS REGULADORES

Los organismos reguladores de los servicios públicos se crearon en el Perú⁴³ en el marco del proceso de transformación del rol del Estado en la economía que se desarrolló en nuestro medio durante la última década del Siglo XX y que determinó la liberalización de amplios sectores de los mercados y la promo-

ción de la competencia en dichas actividades, la transferencia al sector privado de la propiedad de numerosas empresas estatales y la promoción de inversiones privadas, mediante el otorgamiento de concesiones para la prestación de servicios públicos y la explotación de obras públicas de infraestructura, proceso relativamente similar al que se experimentó en períodos muy cercanos en países de nuestro entorno como Argentina y Chile, entre otros.

Hasta antes del referido proceso de reorientación del rol del Estado en la economía la casi totalidad de los servicios públicos de carácter nacional y la explotación de obras públicas de infraestructura de transportes estaban en manos exclusivas del Estado, quien desarrollaba dichas actividades a través de diferentes empresas de su propiedad. Es recién como consecuencia de la referida reforma, que trae consigo la transferencia a empresas privadas de la gestión en la prestación de varios servicios públicos, rompiendo el monopolio de facto que ostentaba el Estado, que se crean organismos reguladores de los servicios públicos (telecomunicaciones, electricidad, saneamiento) y de las concesiones para la explotación de obras públicas de infraestructura de transportes (puertos, aeropuertos, carreteras, vías ferroviarias), claramente inspirados en los modelos de los países anglosajones, con el objeto de

«(...)el contenido del acto es la decisión, la manifestación de la voluntad de la Administración que produce unas determinadas consecuencias en derecho “dentro de una situación concreta”, es decir en un caso particular, a diferencia de las fuentes del Derecho que poseen un carácter abstracto – general».

42 Se incluye esta sección en la presente Ponencia en acatamiento a las indicaciones de los organizadores. Parte de su contenido ha sido tomado de nuestro trabajo: “Los organismos reguladores de los servicios públicos en el Perú: su régimen jurídico, organización, funciones de resolución de controversias y de reclamos de usuarios”, publicado en la obra colectiva *Derecho Administrativo*, que recoge las ponencias presentadas al Primer Congreso peruano de Derecho Administrativo, El Jurista, Lima, 2004, p. 417 y ss.

43 Son 4 los organismos reguladores, generalmente conocidos por sus siglas: (1) Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Energía y Minería – OSINERGMIN; (2) Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL; (3) Organismo Supervisor de la Inversión privada en los Servicios de Saneamiento – SUNASS y (4) el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte – OSITRAN.

asegurar un ejercicio técnico de las potestades de regulación económica y supervisión de las actividades calificadas legalmente en nuestro ordenamiento como servicios públicos.

En el Perú, como en otros países, la principal razón por la que se crean los organismos reguladores de servicios públicos estriba en la necesidad de distinguir entre la función de determinación de las políticas que van a ordenar con carácter general el desarrollo de las actividades consideradas servicios públicos, tarea que corresponde a los poderes del Estado con legitimidad democrática directa (Congreso y Poder Ejecutivo), respecto de las funciones de supervisión de la prestación de los servicios y de determinación de las tarifas a ser cobradas por los operadores de servicios públicos, tareas que requieren ser ejercidas por entidades de carácter eminentemente técnico dotadas de autonomía funcional.

En el Ordenamiento Jurídico peruano vigente se consideran servicios públicos a aquellas actividades de contenido económico y de carácter prestacional expresamente calificadas como tales por el legislador, en virtud de su carácter esencial o indispensable para la vida de las personas en colectividad. La categoría servicio público hace referencia a un régimen jurídico especial solo aplicable a las actividades que el legislador expresamente califica como tales porque las considera esenciales y que se caracteriza porque somete a los operadores al cumplimiento de determinados principios que se desarrollan y adoptan manifestaciones concretas en la normativa que regula cada uno de los indicados servicios: (i) generalidad o igualdad, conforme al cual no se le puede negar a ninguna persona el acceso a los servicios; (ii) continuidad en la prestación debido al carácter indispensable de los mismos, (iii) regularidad para asegurar parámetros mínimos de calidad en las prestaciones y (iv) adaptabilidad a las evoluciones técnicas en las condiciones de prestación de los servicios.

En el Ordenamiento Jurídico peruano el rol del Estado en los servicios públicos consiste en garantizar la prestación de los mismos mediante el establecimiento de los marcos legales necesarios que aseguren las condiciones para su desarrollo preferentemente a cargo de operadores privados. En un Estado social y democrático de Derecho que consagra la economía social de mercado la responsabilidad del Estado respecto de los servicios públicos de contenido económico y de carácter prestacional se justifica en la obligación asignada al Estado de generar las condiciones materiales indispensables que permitan a los ciudadanos obtener el pleno ejercicio de sus derechos constitucionales. Desde esta perspectiva

los servicios públicos refuerzan la legitimidad del Estado respecto de sus ciudadanos.

Las notables diferencias en la evolución de la normatividad de cada uno de los organismos reguladores determinó que se aprobara la Ley N° 27332 denominada "Ley Marco de organismos reguladores de la inversión privada en servicios públicos"⁴⁴ con el propósito de establecer normas básicas comunes de organización y funcionamiento de tales entidades .

La citada ley precisa las entidades comprendidas en su ámbito de aplicación (OSIPTEL, OSINERGMIN, SUNASS Y OSITRAN); determina la ubicación de las citadas entidades en la estructura del Estado; clasifica las funciones que les corresponde ejercer (supervisora, reguladora, normativa, fiscalizadora y sancionadora, solución de controversias entre empresas y de reclamos de los usuarios); las hace responsable de la supervisión de las actividades de postprivatización; potencia sus potestades de investigación; dispone que la dirección de los citados organismos corresponde a su respectivo Consejo Directivo y determina su composición y régimen de sus integrantes; establece que los organismos reguladores contarán con un Tribunal de Solución de Controversias; que se financian con el denominado "aporte por regulación" que recaudan las empresas y entidades bajo su ámbito y que su personal se sujeta al régimen laboral de la actividad privada.

Conviene tener presente que el marco legal de los organismos reguladores, se completa con las Leyes de creación de cada organismo regulador y con otras Leyes que modifican aspectos puntuales del régimen de algunos organismos reguladores: tal es el caso de la Ley N° 27336⁴⁵ denominada "Ley de desarrollo de las funciones y facultades del organismo supervisor de la inversión privada en telecomunicaciones-OSIPTEL" con el deliberado objetivo de potenciar sus potestades de supervisión y sanción a las entidades prestadoras bajo su ámbito de competencia; y la Ley N° 27699⁴⁶ denominada "Ley complementaria de fortalecimiento institucional del organismo supervisor de la inversión en energía - OSINERG" con propósito similar a la anterior Ley mencionada, a además de la Ley N° 28964 que amplió la competencia de este último organismo para que supervise la protección del medio ambiente en la actividad minera, modificando su denominación y asignándole oficialmente la sigla de OSINERGMIN. Asimismo, con fecha posterior la Ley N° 29158, Nueva Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, ha caracterizado a los organismos reguladores de servicios públicos como organismos públicos especializados con un grado mayor de autonomía

44 Publicada el 29/7/2000 y reglamentada mediante Decreto Supremo N° 032-2001-PCM, pub: 29/3/2001.

45 Publicada el 5/8/2000

46 Publicada el 16/4/2002

respecto de otros organismos que también forman parte del Gobierno⁴⁷.

Se trata pues de entidades con personalidad jurídica de derecho público, dotadas de una organización, con presupuesto propio y autonomía dentro del marco de la Ley. Conforme a nuestro diseño constitucional no pueden depender directamente del Presidente de la República, porque se requiere que toda entidad del Poder Ejecutivo este adscrita a un Ministro para que sea el responsable político ante el Parlamento, razón por la que se les adscribe a la Presidencia del Consejo de Ministros, lo cual a la vez denota la importancia que se les asigna en la estructura de la Administración Pública.

La Ley Marco de los Organismos Reguladores y las Leyes y demás disposiciones reglamentarias especiales que disciplinan su régimen establecen el conjunto de funciones y potestades de carácter público (Supervisora, Reguladora, Normativa, Fiscalizadora, Solución de controversias entre empresas y Solución de reclamos de los usuarios) que se les atribuye para cumplir de la manera más eficaz el objetivo de interés general que constituye su cometido.

En el caso del Perú, en principio podemos afirmar que los organismos reguladores de la inversión privada en servicios públicos son entidades que actúan dentro del marco de la normativa vigente establecida para cada tipo de servicio público y la que se derive de los respectivos contratos de concesión, cuya principal función es de carácter supervisor o de control de la actividad desarrollada por las empresas prestadoras de servicio público y de los compromisos contraídos en los citados contratos de concesión, que ejercen potestades de regulación económica principalmente en materia de determinación de tarifas, promoción de la competitividad en los mercados, determinación de niveles de calidad y cobertura del servicio, y garantía de las condiciones de acceso a la actividad y utilización de las redes, pero que concurren con los ministerios de los respectivos sectores en el ejercicio de otras manifestaciones de dicha función reguladora, aunque con matices, a quienes también corresponde

dictar normas que inciden de manera decisiva sobre la prestación de los servicios públicos.

La situación descrita es fácil de comprobar en el ámbito de los reguladores de suministro de electricidad y energía- OSINERGMIN; del servicio de saneamiento-SUNASS y del supervisor de la inversión privada en infraestructura de transporte público-OSITRAN. Tiene mayores matices en el caso del regulador de telecomunicaciones- OSIPTEL.

En el caso de OSINERGMIN se crea⁴⁸ como un organismo de carácter esencialmente supervisor y fiscalizador del cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas relacionadas con los subsectores de electricidad e hidrocarburos, así como el cumplimiento de las normas legales y técnicas, referidas a la conservación y protección del medio ambiente en el desarrollo de dichas actividades⁴⁹. Como se puede apreciar, a diferencia de los demás organismos reguladores su competencia abarca la supervisión de actividades de hidrocarburos (y posteriormente de minería) que no constituyen servicios públicos, sino actividades privadas en las existe un marcado interés público en fiscalizar su realización seguramente con el objeto de resguardar la seguridad de las personas y del medio ambiente. Pero lo más resaltante es que el Ministerio del sector (Ministerio de Energía y Minas) que cuenta con una órgano de línea especializado en la materia (la Dirección General de Electricidad) retiene importantes funciones de carácter normativo (por ejemplo, la aprobación del Código Nacional de Electricidad-Suministro), mientras que la función de determinar las tarifas de energía eléctrica de acuerdo a los criterios establecidos en la Ley de la actividad (Ley N° 25844 de concesiones eléctricas) es otorgada a otro organismo denominado Comisión de Tarifas Eléctricas, que se integro recién a OSINERG a partir de lo dispuesto por la Tercera Disposición Complementaria y Final de la Ley Marco de organismos reguladores.

En el caso del regulador de los servicios de saneamiento- SUNASS la evolución normativa de la actividad ha determinado que a partir de la expedición de la denominada Ley de fomento y

47 "Artículo 32°.- Organismos Reguladores

Los Organismos Reguladores:

1. Se crean para actuar en ámbitos especializados de regulación de mercados o para garantizar el adecuado funcionamiento de mercados no regulados, asegurando cobertura de atención en todo el territorio nacional.

2. Están adscritos a la Presidencia del Consejo de Ministros.

3. Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, tienen funciones supervisoras, reguladoras, normativas, fiscalizadoras y sancionadoras; y de solución de controversias y reclamos, en los términos previstos por la Ley de la materia.

4. Definen sus lineamientos técnicos, sus objetivos y estrategias.

5. Determinan su política de gasto de acuerdo con la política general de Gobierno.

6. Están dirigidos por un Consejo Directivo. Sus miembros son designados mediante concurso público. La ley establece los requisitos y el procedimiento para su designación. Sólo podrán ser removidos en caso de falta grave e incompetencia manifiesta debidamente comprobada, y con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros. La Ley establece el procedimiento para su cese".

48 Mediante Ley N° 26734

49 Cabe recordar que mediante la Ley N° 28964 se amplió la competencia de OSINERGMIN para comprender la actividad de Minería.

«Los organismos reguladores en el Perú están sujetos a un marco legal que trata de caracterizar hasta cierto punto de manera homogénea las distintas funciones que se les encomiendan, entre la que destaca (...) la función normativa».

desarrollo del sector saneamiento⁵⁰ se distinga con mayor precisión las funciones del ente rector (el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento creado por la Ley N° 27792) de las del regulador. De conformidad con el artículo 5° de la citada ley al ente rector le corresponde, entre otras funciones, formular la política del sector, adoptando las correcciones y demás medidas que correspondan, promover el desarrollo y la sostenibilidad de los servicios, proporcionar asistencia técnica para el desarrollo de los servicios, etc.

El caso del ente supervisor de la inversión privada en infraestructura de transporte de uso público-OSITRAN presenta algunos matices, porque de conformidad con su Ley de creación⁵¹ le corresponde regular el comportamiento de los mercados en los que actúan las empresas públicas o privadas que realizan actividades de explotación de infraestructura de transporte de uso público, así como el cumplimiento de los contratos de concesión, "...cautelando en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, de los inversionistas y de los usuarios, en el marco de las políticas y normas que dicta el Ministerio de Transportes y Comunicaciones a fin de garantizar la eficiencia en la explotación de la infraestructura bajo su ámbito". Como se puede observar aparte de la expresa mención a las políticas que dicte el Ministerio del sector correspondiente a través de órganos especializados⁵², que tienen competencias para otorgar licencias de operaciones y aprobar normas técnicas para la construcción y mantenimiento de la infraestructura, etc.; gran parte del marco normativo de la actividad a supervisar por OSITRAN está predeterminado por los respectivos contratos de concesión, elaborados muchas veces sobre la base de consideraciones de índole política,

económica y social ajenos a la competencia propia del ente regulador. En el caso peruano se da la singularidad que el proceso de promoción de la inversión privada en la privatización de empresas del Estado y en el otorgamiento de concesiones de servicios públicos y en obras públicas, es conducido por un ente especializado del Poder Ejecutivo denominado PROINVERSIÓN, dirigido por un grupo de ministros titulares de los sectores involucrados. Sin perjuicio de que el otorgamiento del respectivo contrato de concesión corresponde sin lugar a dudas al sector correspondiente.

El caso del organismo regulador en materia de telecomunicaciones-OSIPTEL es probablemente el más complejo y que más aristas presenta para su análisis. De conformidad con el artículo 18° de su Reglamento General tiene por objetivo general: "regular, normar, supervisar y fiscalizar, dentro del ámbito de los servicios públicos de telecomunicaciones el comportamiento de las empresas operadoras, las relaciones de dichas empresas entre sí, y las de éstas con los usuarios, garantizando la calidad y eficiencia del servicio brindado al usuario, regulando el equilibrio de las tarifas y facilitando al mercado una explotación y uso eficiente de los servicios públicos de telecomunicaciones", tareas que como se puede apreciar son las usuales de un organismo regulador. El Ministerio de Transportes y Comunicaciones es competente para establecer la política y estrategias del sector, otorgar concesiones y administrar el uso del espacio radioeléctrico, en lo referente al servicio público de telecomunicaciones. Asimismo, el contrato de concesión suscrito con la empresa Telefónica del Perú que marcó en 1994 el inicio del proceso de apertura de la competencia en el sector, contiene diversas cláusulas, especialmente las referidas a materia tarifaria, que repercute en la disciplina del sector.

En resumen, consideramos que los aspectos que distinguen el marco normativo de los organismos reguladores peruanos con las agencias reguladoras del Derecho Norteamericano que les han servido de inspiración son los siguientes: (i) Nuestro Ordenamiento le otorga la categoría jurídica de servicio público a determinadas actividades en función de su carácter esencial para satisfacer necesidades colectivas, por lo que el Estado debe garantizar su prestación lo que no significa que deba apropiarse materialmente de la actividad; (ii) Existe un marco legislativo específico (ley y reglamentos de desarrollo) para cada actividad considerada servicio público que establece en gran parte la disciplina del sector; (iii) los contratos de concesión de servicios públicos, en especial los de concesiones de obra pública de

50 Decreto Legislativo N° 908, pub: 3/8/2000.

51 Ley N° 26917, publicada 23/1/1998.

52 La Dirección General de Aeronáutica Civil cuenta con una Dirección de Infraestructura Aeroportuaria; La Dirección General de Transporte Acuático cuenta con una Dirección de Puertos; la Dirección General de Caminos cuenta con una Dirección de Infraestructura Vial; la Dirección General de Ferrocarriles cuenta con una Dirección de Infraestructura Vial Ferroviaria.

infraestructura de transportes, también establecen el marco regulatorio de la actividad; y (iv) aunque con matices, los organismos reguladores de servicios públicos concurren en la función normativa de la actividad de servicio público que les compete con el ministerio del sector correspondiente.

Como se puede apreciar los organismos reguladores en el Perú están sujetos a un marco legal que trata de caracterizar hasta cierto punto de manera homogénea las distintas funciones que se les encomiendan, entre las que destaca para los fines de esta ponencia la función normativa que corresponde ser ejercida por sus respectivos Consejos Directivos para dictar normas reglamentarias sobre las obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios, normas de procedimiento administrativo especial e incluso tipificar infracciones y determinar las correspondientes sanciones administrativas⁵³.

El ejercicio por los organismos reguladores de la referida función normativa no se confunde con las otras funciones de carácter netamente administrativo que desarrollan (tarifaria, supervisora, sancionadora, de solución de controversias, etc.) y que se expresa formalmente en todos los casos mediante Actos Administrativos⁵⁴, que como se ha señalado anteriormente, en el ordenamiento jurídico – administrativo peruano no tienen carácter de fuente del Derecho.

En este punto corresponde traer a colación la opinión del profesor Oscar R. AGUILAR VALDEZ⁵⁵, para quien los Actos Administrativos dictados por los organismos reguladores de servicios públicos tienen carácter regulador porque si bien están dirigidos a un destinatario directo e individualizado, muchas veces proyectan sus efectos hacia terceros sujetos que aunque no son, técnicamente, los formalmente destinatarios de los mismos, son efectivamente

afectados o incididos en su esfera de intereses por las decisiones administrativas de los reguladores. Cita a título de ejemplo las decisiones de los organismos reguladores que disponen la interconexión de redes entre empresas operadoras, las que ordenan otorgar facilidades esenciales de acceso a infraestructuras escasas, y podríamos agregar la importante potestad de determinación de tarifas en los servicios en los que no existe competencia o ésta es escasa, que se dictan como consecuencia de un procedimiento administrativo y que tienen eficacia no solo para las empresas operadoras que han sido parte del mismo, porque sus efectos económicos se extienden a otras empresas e inciden directamente sobre los usuarios de las mismas.

Para AGUILAR el carácter regulador de los Actos Administrativos de los organismos reguladores de servicios públicos es fruto del carácter triangular de la relación jurídico- regulatoria, que exige una permanente interacción entre el organismo regulador, las empresas reguladas y los usuarios y consumidores, y es lo que determina las diferencias con la concepción que califica como tradicional del Acto Administrativo que propugna un ámbito individual de exclusiva eficacia personal.

En nuestra opinión, si bien podemos participar de gran parte de las afirmaciones del profesor AGUILAR, cabe recordar que el fenómeno de la incidencia de algunos Actos Administrativos en terceros diferentes a sus destinatarios, no es una consecuencia exclusiva de las decisiones de los organismos reguladores de servicios públicos porque se puede presentar en otras manifestaciones o ámbitos de la actuación administrativa, lo que no desnaturaliza las profundas diferencias que hemos venido acotando a lo largo de esta ponencia entre el régimen de los Actos Administrativos y de las fuentes del derecho, en el ordenamiento jurídico administrativo peruano. CA

53 Ley 27332, Ley Marco de Organismos Reguladores de la Inversión Privada en Servicios Públicos.

Artículo 3º.- Funciones

3.1 Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, los Organismos Reguladores ejercen las siguientes funciones:

(.....)

c) Función Normativa: comprende la facultad de dictar en el ámbito de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo, otras de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios.

(.... .)

54 A diferencia de los Ordenamientos de otros países de nuestro entorno, en el Perú no se le reconoce a las entidades de la Administración Pública potestades jurisdiccionales, por tanto cuando ejercen las potestades públicas (no normativas) que el régimen legal les confiere dictan Actos Administrativos que en ningún caso serán considerados "jurisdiccionales", aunque tales actos sean el producto de procedimientos administrativos en los que el ente administrativo haya resuelto una controversia entre dos particulares (por ejemplo entre una empresa operadora de servicios públicos y sus usuarios), porque en el ordenamiento peruano cuando la Administración tramita un procedimiento administrativo para resolver un conflicto entre particulares dicho procedimiento es caracterizado por la LPAG como un "procedimiento administrativo trilateral".

55 Oscar R. AGUILAR VALDEZ. "El acto administrativo regulatorio", publicado en AAVV Documentación Administrativa N° 265 – 268, setiembre 2003 – Abril 2004. El derecho administrativo en Argentina: situación y tendencias actuales (I). Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, p. 289 y ss.