

Las nuevas relaciones entre el proceso constitucional de cumplimiento y el proceso contencioso-administrativo: la Sentencia recaída en el Expediente N° 0168-2005-PC/TC, caso “Maximiliano Villanueva Valverde”^(*)¹

Ramón Huapaya Tapia**

SUMARIO

1. EL TEMA CENTRAL: LA SUPERACIÓN DE LA INACTIVIDAD ADMINISTRATIVA. LAS VÍAS PROCESALES CLÁSICAS PARA SU SUPERACIÓN Y LAS NUEVAS PERSPECTIVAS. 2. LAS VÍAS PROCESALES PARA LA SUPERACIÓN DE LA INACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN ANTES DE LA LPCA. EL PROCESO DE CUMPLIMIENTO. SU ORIGEN CONSTITUCIONAL Y SU CARÁCTER DE VÍA EXCLUSIVA PARA EL CONTROL DE LA INACTIVIDAD MATERIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. 3. LAS RELACIONES ENTRE EL PROCESO DE CUMPLIMIENTO Y EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DURANTE LA VIGENCIA DE LA LPCA Y ANTES DEL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL. LA STC DEL EXP. N° 191-2003-AC/TC. LA VELADA “ALTERNATIVIDAD” DE AMBOS PROCESOS PARA LA SUPERACIÓN DE LA “INACTIVIDAD MATERIAL DE LA ADMINISTRACIÓN”. 4. LAS RELACIONES ENTRE AMBOS PROCESOS BAJO LA VIGENCIA DEL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL: RESIDUALIDAD DEL PROCESO DE CUMPLIMIENTO FRENTE AL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. 5. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL N° 0168-2005-PC/TC, SU IMPORTANCIA PARA DEFINIR LOS ÁMBITOS DE LAS RELACIONES ENTRE EL PROCESO CONSTITUCIONAL DE CUMPLIMIENTO Y EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO PARA LA SUPERACIÓN DE LA INACTIVIDAD ADMINISTRATIVA. 6. CONCLUSIONES.

1. EL TEMA CENTRAL: LA SUPERACIÓN DE LA INACTIVIDAD ADMINISTRATIVA. LAS VÍAS PROCESALES CLÁSICAS PARA SU SUPERACIÓN Y LAS NUEVAS PERSPECTIVAS.

El problema de la morosidad o inactividad administrativa constituye una

patología de la actuación administrativa, su completa negación². Presupone el incumplimiento de un deber legal de actuar por parte de la Administración Pública, que se encuentra regulado en las normas jurídicas que disciplina su actuación sujeta

^(*) A mi padre, el Ing. Ramón Huapaya Raygada.

^{**} Profesor de Derecho Administrativo Económico - Pontificia Universidad Católica del Perú.

¹ El presente trabajo es la versión completamente actualizada y corregida (a octubre de 2006) de la ponencia entregada a la Mesa de Tutela de los Derechos del Administrado, en el Segundo Congreso Nacional de Derecho Administrativo (Lima, abril de 2006, PUCP). Es preciso advertir que la misma recoge varias reflexiones expresadas previamente en nuestro *Tratado del Proceso Contencioso-Administrativo*, Jurista Editores, Lima, 2006. Sin embargo, se insertan bastantes reflexiones nuevas, que complementan y dan forma a este trabajo de manera independiente a lo que se expresa en dicha obra.

² Varias reflexiones importantes sobre el problema histórico de la inactividad administrativa pueden encontrarse en el

al Derecho Administrativo³.

Si bien es cierto, la lucha contra las inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo, mediante el proceso contencioso-administrativo, ha constituido un punto central de la atención de los juristas dedicados al Derecho Público, no es menos claro que sus enfoques se han centrado, principalmente, en el control jurisdiccional de la actividad administrativa, mediante el estudio de fórmulas procesales para superar la

ilegalidad del actuar administrativo a través de las figuras clásicas del acto administrativo, los reglamentos, o hasta inclusive, el silencio administrativo⁴. Sin embargo, la atención de los estudios procesales administrativos con respecto al tema de la superación de la inactividad administrativa, en un principio fueron escasos, y centrados casi todos en el anacrónico silencio administrativo⁵.

No obstante lo señalado anteriormente, desde el capital trabajo de

Prefacio de Tomás HUTCHINSON a la tercera edición póstuma (actualizada por HUTCHINSON mismo) del libro de Horacio CREO BAY: *Amparo por mora contra la Administración Pública*. Editorial Astrea. Buenos Aires, 2006. El prefacio de HUTCHINSON se encuentra en las páginas V a XII de la referida obra.

³ Sobre el particular, es ya clásico el trabajo de Alejandro NIETO: *La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo*. En: Revista de Administración Pública N° 37. Enero-abril 1962. IEP. Madrid, 1962. Páginas 75-126. También recogido en: Documentación Administrativa. N° 208. Abril-diciembre 1986. Monográfico dedicado a «La inactividad de la Administración». Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid, 1986. Páginas 229-262. Una visión renovada, y de mucha actualidad, en UROSA MAGGI, Daniela: *Tutela judicial frente a la inactividad administrativa en el Derecho español y venezolano*. Prólogo de Jesús González Pérez. Fundación de Estudios de Derecho Administrativo. Caracas, 2003; GOMEZ PUENTE, Marcos: *La inactividad de la Administración*. Segunda edición. Editorial Aranzadi. Pamplona, 2000; y, TORNOS MAS, Joaquín: *La nueva acción frente a la inactividad administrativa del artículo 29º de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998. Especial referencia a su ámbito objetivo*. En: MONTORO CHINER, María (Coordinadora): *La justicia administrativa*. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Rafael Entrena Cuesta. Atelier. Barcelona, 2003. Páginas 427-467.

⁴ COCA VITA, Eduardo: *Revisión jurisdiccional de la inactividad material de la Administración*. En: Civitas. Revista Española de Derecho Administrativo. N° 17. Abril-Junio 1978. Consultado digitalmente en el CD-ROM de los 100 números de dicha Revista, Editorial Civitas. Madrid, 2000. Página 1.

⁵ Consideramos que el silencio administrativo (tanto en su faz negativa como en la positiva), constituyen un anacronismo (BAÑO LEON), un verdadero Escándalo en el Estado de Derecho (SAINZ DE ROBLES), o cualquier cosa menos una garantía del administrado. Consiguientemente, en la actualidad (conforme a un informado trabajo: AGUADO I CUDOLÁ, Vicenc: *Silencio Administrativo e Inactividad. Límites y Técnicas Alternativas*. Prólogo de Tomás Font i Llovet. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid, 2001), se propone la superación de dicha supuesta "técnica de garantía", debido a que ninguna cumple con sus fines sociales de servicio a la ciudadanía. Muy recientemente editado, y en la línea de lo propuesto por AGUADO, véase un tratamiento pormenorizado y muy actual sobre el tema, en: QUINTANA LOPEZ, Tomás (Coordinador): *El silencio administrativo. Urbanismo y Medio Ambiente*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2006. En este último libro, véanse los muy importantes trabajos de Ricardo RIVERO ORTEGA, sobre "La obligación de resolver" y de María del Rosario ALONSO IBÁÑEZ, sobre "El incumplimiento de la obligación de resolver".

De un lado, al vetusto silencio positivo le debería sustituir un sinceramiento de los procedimientos administrativos, que se refleje en la mayoritaria adopción de procedimientos de "aprobación automática" (Art. 31º LPAG), dentro de un esquema "represivo" de autorización administrativa a los particulares, de tal suerte que el particular obtendrá la habilitación administrativa para desarrollar sus actividades por aprobación automática, y lógicamente, luego se someterá a la fiscalización posterior administrativa (Art. 32º LPAG), que es correlato de la presunción de veracidad (Art. 42º LPAG), verdadero fundamento de la aprobación automática de los trámites administrativos. Para esto último, véase el importante trabajo de María del Carmen NÚÑEZ LOZANO: *Las actividades comunicadas a la Administración. La potestad administrativa de veto sujeta a plazo*. Marcial Pons. Madrid, 2001. 230 p.

Por otro lado, al silencio negativo, le debería sustituir una profunda revisión de sus alcances, a través del establecimiento de draconianos mecanismos de responsabilidad disciplinaria ante el incumplimiento del deber de resolver, o

Alejandro Nieto sobre el control jurisdiccional de la inactividad de la Administración⁶, la doctrina ha comenzado a mostrar especial atención sobre el tema, destacando actualmente, entre varios trabajos españoles y americanos, los de Urosa Maggi, Gómez Puente, Aguado i Cudolà, y Tornos Mas⁷.

Pues bien, entrando ya en la materia que nos interesa, la primera pregunta que deberíamos plantearnos para comenzar este análisis es la siguiente: ¿en qué consiste la inactividad administrativa y por qué es tan repudiable frente a los intereses de los administrados?

Hemos señalado, en otro lugar⁸, que el concepto de inactividad más logrado en doctrina es el ofrecido por Marcos Gómez Puente, y que hacemos nuestro a efectos de nuestra investigación. Dicho autor señala que la inactividad administrativa es «la constatación de una omisión por la Administración de cualquier actividad, jurídica o material, legalmente debida y

materialmente posible»⁹. A partir de este concepto, se deducen tres elementos integradores del concepto de inactividad¹⁰, claramente identificables:

- a) La omisión de actividad jurídica o material.
- b) La existencia de un deber legal de actuar, previsto expresamente en una norma jurídica.
- c) Contenido posible del deber legal.

De modo complementario al concepto de inactividad administrativa, es preciso indicar que el fundamento de la atribución de efectos jurídicos a la inactividad de la Administración Pública reside en el incumplimiento del principio de legalidad¹¹. Debemos recordar que la existencia de potestades administrativas se sustenta en dotar efectivamente de herramientas jurídicas para la actuación de las entidades de la Administración Pública. En caso exista una norma jurídica que habilite a la Administración para actuar en

aplicando forzosamente a la Administración la factibilidad de recurrir a *Mediateurs* o terceros compondores que compelan a la Administración al cumplimiento de su obligación de resolver (Defensorías del contribuyente, asegurado, policía, etc.). En la línea de estas acotaciones, véase el trabajo de María del Rosario ALONSO IBÁÑEZ, “El incumplimiento de la obligación de resolver”. En: QUINTANA LOPEZ, Tomás (Coordinador): *El silencio administrativo...* Op.cit., así como el trabajo de Ricardo RIVERO ORTEGA “La obligación de resolver”, contenido en la misma obra.

Para mayores reflexiones sobre el tema, véase nuestro *Tratado...* Op.cit.

⁶ La inactividad... Op.cit.

⁷ Citados en la nota 2 del presente trabajo.

⁸ HUAPAYA TAPIA, Ramón: *Tratado...*

⁹ GOMEZ PUENTE, Marcos: *La inactividad...* Op.cit. Página 59. Este concepto es el que también comparten REAL FERRER, Gabriel: *La inactividad de la administración en la Ley de Jurisdicción contencioso-administrativa de 1998*. En: SOSA WAGNER, Francisco (Coordinador): *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI*. Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo. Tomo II. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2000. Páginas 2281-2406. Específicamente para el concepto, página 2386; y AGUADO I CUDOLA, Vicenc: *El recurso contra la inactividad de la Administración en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Editorial Marcial Pons. Madrid, 2001. La cita, en página 16, en nota.

¹⁰ Un amplio análisis sobre estos elementos lo hemos desarrollado en otro lugar: *Tratado...* Op.cit.

¹¹ Sobre este punto, especialmente véase, MONTORO CHINER, María Jesús: *La inactividad administrativa en el proceso de ejecución de las leyes. Control jurisdiccional “versus” fracaso legislativo. (Análisis en torno a las acciones de responsabilidad por daños derivados de la inactividad administrativa y legislativa por la “muerte de los bosques” en la RFA)*. En: *Revista de Administración Pública*. N° 110. Mayo-agosto 1986. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1986. Páginas 263-365.

el ordenamiento jurídico, la renuencia a actuar del funcionario u órgano competente motivará un incumplimiento necesariamente ilegítimo desde el punto de vista del ordenamiento jurídico administrativo. Por tal motivo, la pasividad, inactividad o morosidad administrativa implicará el incumplimiento de los deberes del Estado de cumplir y hacer cumplir las leyes, obedeciendo la jerarquía (art. 45° primer párrafo y art. 51° de la Constitución). Empero, no solamente la pasividad administrativa tendrá consecuencias jurídicas debido al incumplimiento del principio de legalidad, sino también porque se estaría desconociendo el principio de eficacia de la Administración Pública, que implica que las entidades administrativas deben ejercer sus potestades administrativas con servicio al interés general, pero también consiguiendo objetivos planteados para la satisfacción y el bienestar de los destinatarios de la actuación administrativa, vale decir, los ciudadanos¹².

La tipología de la inactividad administrativa:

La doctrina ha propuesto relativos a clasificar las formas en las que se puede presentar la inactividad administrativa. Precisamente, el trabajo pionero sobre el tema fue el de Alejandro Nieto del año 1962, el mismo que efectuó la clásica distinción entre inactividad material: «se corresponde con la idea originaria de la misma: es una pasividad, un no hacer de la Administración en el marco de sus competencias ordinarias». De otro lado, la

inactividad formal «se refiere, por su parte, a la pasividad de la Administración dentro de un procedimiento, es la simple no contestación a una petición de los particulares»¹³. Posteriormente, muchas investigaciones posteriores han tratado de dilucidar una adecuada tipología de la inactividad administrativa en orden a dejar sin resquicio alguno la existencia de posibilidades de exención del control jurisdiccional de las omisiones administrativas.

Al respecto, luego de evaluar las diferentes posiciones por las que ha transcurrido la doctrina comparada y nacional¹⁴, nosotros encontramos consistente el planteamiento recogido por el autor español Marcos Gómez Puente (en su obra, *La inactividad de la Administración*), aunque con ciertas matizaciones y aspectos en los cuales ampliaremos o disintiremos del criterio propuesto por el autor señalado. En tal sentido, proponemos la siguiente clasificación o tipología de la inactividad administrativa:

(i) Inactividad formal o inactividad en la producción de una declaración de voluntad administrativa: Estos supuestos nos refieren a la existencia de un deber jurídico de emisión de una declaración de voluntad vinculante de cargo de la Administración, el mismo que es omitido deliberadamente por la propia Administración. Efectivamente, estos supuestos de inactividad están referidos a la inexistencia de una declaración de voluntad expresa de la Administración

¹² Véanse las reflexiones sobre la eficacia como principio rector de la actuación administrativa del profesor Luciano PAREJO: *Eficacia y Administración*. Tres estudios. INAP. Madrid, 1995.

¹³ Cfr. NIETO GARCÍA, Alejandro: *La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo*. En: Revista de Administración Pública. N° 37. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1962.

¹⁴ Las cuales están reseñadas en el acápite donde analizamos la inactividad administrativa, Capítulo VI de nuestro *Tratado...* Op.cit.

Pública (en donde debería haberla), atribuyendo un sentido amplio a la expresión «declaración de voluntad», la misma que puede ser normativa (emisión de una norma reglamentaria), convencional (concurrir a una declaración de voluntad conjunta, para la celebración de contratos públicos, convenios y otras formas de colaboración administrativa); así como la falta de una declaración de voluntad en ejercicio de una potestad administrativa distinta a la reglamentaria (un acto administrativo), lo cual constituye el supuesto típico de no ejercicio de voluntad administrativa. De esta manera, existirían las siguientes formas o tipos de inactividad administrativa declarativa.

- a) Inactividad normativa (reglamentaria): Constituye la omisión de realización de un deber específico de emisión de una norma por parte de la Administración Pública. Concretamente, se trata de un supuesto de omisión de una declaración de voluntad normativa de la Administración, la misma que debía materializarse a través de la emisión de una norma reglamentaria.
 - b) Inactividad convencional: Es la forma de inactividad que se presenta cuando la Administración falta a un deber impuesto de concurrir a la celebración de un acuerdo o concierto en el marco de normas de derecho público, o cuando una vez celebrado éste falta a la emisión de declaraciones de voluntad necesarias para la ejecución del mismo. Puede ocurrir tanto en la celebración de contratos públicos de adquisiciones de bienes, servicios y consultorías, así como de obras públicas (regidos en nuestro país por el TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (D.S. N° 083-2004-PCM), su Reglamento y normas complementarias), contratos referidos a bienes de dominio privado del Estado, contratos de concesiones de obras públicas y servicios públicos, convenios de gestión, convenios de colaboración, entre otras formas de concierto administrativo con particulares.
 - c) Inactividad en la producción de un acto administrativo: Acontece cuando la Administración no emite una declaración de voluntad en sentido estricto, esto es cuando no emite un acto administrativo ante requerimiento o petición efectuada por un administrado. En concreto, estamos frente a la inactividad de la Administración en el ejercicio de cualesquiera de sus potestades administrativas (distintas de la reglamentaria), en orden a la producción de un resultado jurídico concreto, esto es, la emisión de una decisión administrativa, un acto administrativo.
- (ii) Inactividad material: Estamos aquí en un plano distinto, se ha impuesto a la Administración un deber jurídico de realización de una actuación material específica y concreta, una prestación de dar, hacer o no hacer establecida a favor de un particular. Esta imposición de un deber de actuación material puede venir de una norma, de una convención o de la propia Administración, la misma que se obligó a realizarla mediante el sistema de autovinculaciones en que constituye la ejecutividad de los actos administrativos de contenido obligatorio. De esta manera, se producirá inactividad material o prestacional en los

siguientes casos:

a) Inactividad derivada de la omisión del cumplimiento de un deber legal de prestación: En estos casos estaremos frente a la omisión de una prestación impuesta específicamente por una norma jurídica, sea constitucional, legal o reglamentaria. Puntualmente, se trata del incumplimiento de una prestación que no requiere de la emisión de una declaración jurídica en sentido estricto (un acto administrativo), sino únicamente de una realización material de un deber que viene impuesto por el ordenamiento, vale decir un *mandamus* o mandato legislativo expreso de prestación, explícitamente contenido en la norma¹⁵. A la consideración de esta categoría podría discutírsele que en realidad a toda actuación material precede una decisión jurídica concreta (sea un acto administrativo o cualquier tipo de declaración jurídica emitida por la Administración). Sin embargo, consideramos que, en buena cuenta, existen normas que imponen deberes concretos y específicos de prestación a cargo de la Administración, sin condicionamientos o evaluación previa por parte de ésta, por lo que, en estos casos, podrá argumentarse la existencia de la inactividad material producida por la falta de cumplimiento de un deber legal específico de prestación, previsto por el

ordenamiento.

b) Inactividad en la ejecución de sentencias ordenadas por la Administración. Estos son los casos denominados por Nieto como «inactividad resistencial», o la renuencia de la Administración a cumplir con un mandato específico y concreto ordenado por una autoridad jurisdiccional. Se trata de uno de los problemas más álgidos que han preocupado a la existencia del propio orden jurisdiccional especializado en lo contencioso-administrativo, específicamente en lo que respecta al cumplimiento de obligaciones pecuniarias de la Administración Pública, puesto que en principio, no era posible la ejecución de sentencias contra la Administración Pública, circunstancia superada brillantemente a través de una lenta evolución histórica de los principios que informan a la jurisdicción contencioso-administrativa¹⁶.

Nosotros consideraremos que estamos frente a una inactividad de este tipo cuando, existiendo un mandato ejecutorio ordenado por una autoridad jurisdiccional en la fase de ejecución de sentencia, la autoridad administrativa se encuentre renuente al cumplimiento de la obligación determinada en sede judicial, sin perjuicio de las

¹⁵ Dentro del razonamiento efectuado por el TC en sus sentencias recaídas en los Exp. N° 0191-2003-AC/TC y Exp. N° 0168-2005-PC/TC.

¹⁶ Vid. Por todos, la excelente exposición que hace Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA. *Hacia una nueva justicia administrativa*. 2ª edición. Editorial Civitas. Madrid, 1992. Asimismo, BELTRAN DE FELIPE, Miguel: *El poder de sustitución en la ejecución de las sentencias condenatorias de la Administración*. Prólogo de Eduardo GARCIA DE ENTERRIA. Editorial Civitas. Madrid, 1995. Muy actualmente, véase con interesantes propuestas, MARTIN DELGADO, Isaac: *Función jurisdiccional y ejecución de sentencias en lo contencioso-administrativo. Hacia un sistema de ejecución objetivo normalizado*. Prólogo de Tomás FONT I LLOVET. Marcial Pons. Madrid, 2006.

responsabilidades penales o civiles que surjan de la conducta infractora.

- c) Inactividad en el cumplimiento de una obligación surgida de un acto administrativo. En estos casos estamos frente al incumplimiento proveniente de la inejecución de obligaciones previstas en un acto administrativo ejecutivo y ejecutorio, emitido válidamente por la Administración Pública, y que goce del carácter de firme. De hecho, el sistema jurídico ha otorgado una categoría específica a los actos administrativos, la característica de su irrevocabilidad, salvo que medie una causal de nulidad en su emisión (supuestos de nulidad de oficio), o que se plantee su revocación excepcionalísima en función de causales de interés público (supuestos de revocación administrativa). A despecho de esto último, la característica de la firmeza de los actos administrativos permite afirmar la existencia de una autovinculación de la Administración Pública con respecto a sus propias decisiones, por lo que los actos administrativos, siendo ejecutivos y ejecutorios, también vinculan a la propia Administración, puesto que al establecerse una relación jurídico-pública entre aquélla y los particulares, se generarán necesariamente obligaciones y derechos entre ambas partes de tales relaciones así establecidas. En tal medida, si la Administración, a través de la emisión de una declaración de voluntad unilateral, se impuso el cumplimiento de obligaciones específicas (de dar, hacer o no hacer), necesariamente deberá de cumplirlas,

disponiendo la realización de las actuaciones materiales de lo ordenado por sus propias disposiciones jurídicas autovinculantes. En caso esto no se produjera, estaremos frente a los supuestos específicos de inactividad material, controlables específicamente en los ámbitos de la jurisdicción contencioso-administrativa.

- d) Inactividad material proveniente de la inejecución de prestaciones previstas en convenios o de actividades jurídicas de concertación de la Administración Pública: Finalmente, nos encontramos frente a otros supuestos de inactividad material derivados de la inejecución de obligaciones adquiridas mediante una convención o contrato celebrado por la Administración. En este supuesto específico, se trata del incumplimiento de prestaciones específicas de dar, hacer o no hacer, a las cuales se ha obligado la Administración en los supuestos en los que concurre con otras voluntades, en la celebración de acuerdos o convenios situados en el campo del Derecho Público.

Antes de iniciar al análisis correspondiente a este trabajo, consideramos que debe prestarse especial atención a que la inactividad reglamentaria en nuestro país no puede ser controlada por la vía del proceso contencioso-administrativo, debido al problema que surge del hecho de que la LPCA no regula la legitimación para pretender la superación de dicha forma de inactividad. En consecuencia, dicha inactividad reglamentaria únicamente podrá ser controlada por la vía del proceso de cumplimiento, conforme al art. 66° del

Código Procesal Constitucional. Por lo demás, en el presente artículo nos referiremos al control de todas las formas de inactividad administrativa distintas a la reglamentaria, la cual tiene un cauce procesal preestablecido y sobre el cual no hay mayor discusión con respecto a la vía procesal¹⁷.

Soluciones Procesales ofrecidas para superar las formas de inactividad administrativa¹⁸ en la doctrina del Derecho Procesal Administrativo:

En primer lugar, cabe indicar que la doctrina ha precisado de una primera “arma” a nivel del Derecho Administrativo para superar el problema de la inactividad. Esta supuesta “garantía” fue el silencio administrativo, figura procedimental administrativa que se genera (en su faceta negativa o positiva) debido al incumplimiento por parte de la Administración de su deber de resolver en plazo¹⁹ los procedimientos administrativos iniciados por los administrados. De un lado, se admite pacíficamente en doctrina que los efectos del silencio administrativo varían, si es positivo, el incumplimiento del deber de resolver genera una resolución o acto presunto favorable a los intereses del administrado, mientras que si estamos frente a un caso de silencio negativo, el acogimiento del particular a dicho régimen motivará que se le abran los plazos para poder impugnar ante la instancia superior administrativa o en la vía judicial (dependiendo de las instancias que tenga un procedimiento administrativo), sin

necesidad de esperar a un pronunciamiento expreso. Es decir, el silencio negativo genera un cuasi derecho potestativo a favor del particular dentro del trámite de un procedimiento de evaluación previa sujeta a dicho régimen: o espera a que la autoridad emita su resolución aunque sea fuera de plazo, o da por concluida esa instancia, mediante una denuncia de mora administrativa, y se acoge a una impugnación sea administrativa o jurisdiccional.

Es claro que el silencio administrativo, al ser una figura concebida dentro del trámite de los procedimientos administrativos (a fin de superar el deber de resolver, incumplido por la Administración instructora del procedimiento), es considerado por la doctrina como el medio perfecto para la superación de la inactividad formal. Pero ¿qué ocurría con las soluciones procesales contra la inactividad material de la Administración Pública?

La solución más común, al carecerse de canales procesales específicos para superar dicho tipo de inactividad, fue la de emplear la técnica de “conversión de la inactividad material en formal”. ¿Cómo se arbitra dicha “solución”? Pues un particular, ante el incumplimiento de un deber de prestación a cargo de una entidad de la Administración Pública, lo que hacía era presentar una petición. Si ésta no era contestada, se acogía al régimen del silencio administrativo negativo y procedía a deducir las impugnaciones procesales necesarias contra la pasividad administrativa consistente en el incumplimiento de

¹⁷ Para una ampliación en lo relativo al problema de la inactividad reglamentaria en nuestro país, véase nuestro *Tratado*. Op.cit.

¹⁸ Excluyendo la inactividad reglamentaria, por supuesto.

¹⁹ Este deber se encuentra regulado en los artículos 35°, 142° y 188.4° de la LPAG. Sobre el tema, con una visión actual, RIVERO ORTEGA, Ricardo: *La obligación de resolver*. En: QUINTANA LOPEZ, Tomás (Coordinador): *El silencio administrativo...* Op.cit.

un deber material de prestación, pero formalizado a través de una solicitud, dentro de un procedimiento. Esta situación, completamente desviada de una realidad que clamaba por mecanismos efectivos de tutela a favor del administrado, motivó que la doctrina, encabezada por Nieto, denunciara la necesidad de arbitrar vías procesales para superar el incumplimiento material por parte de las entidades administrativas. Así, por ejemplo, en el derecho comparado (Alemania) se comenzó a establecer canales procesales para superar en forma directa la inactividad de la Administración Pública, específicamente mediante la regulación de las pretensiones “prestacionales” o de superación de la inactividad administrativa (en Alemania, llamada *Allgemeines Leistungsklage*). Así, la moderna procesalística entiende que se deben arbitrar vías procesales específicas para la superación, mediante el proceso contencioso-administrativo, de la inactividad de la Administración. Así se ha hecho en leyes como la alemana (*Verwaltungsgerichtordnung* del año 1960), la española (Ley N° 29/1998, de la jurisdicción contencioso-administrativa), la portuguesa (Código del Proceso de los Tribunales Administrativos), o inclusive la argentina (Código del Proceso Contencioso Administrativo de la provincia de Buenos Aires, Ley 12.008, en su versión original)²⁰.

Ahora bien, la siguiente pregunta que debe formularse es, ¿qué canales procesales deben tener las pretensiones procesales de superación de la inactividad

o pasividad administrativa? ¿Responderán a los esquemas clásicos de la tutela cognitoria o, por el contrario, se arbitrarán formas nuevas de tutela?

Para dar respuesta a la interrogante anteriormente efectuada, es preciso indicar que en la tradición administrativa el proceso contencioso-administrativo (*rectius*: proceso administrativo), ha sido montado o diseñado bajo el esquema de los procesos cognitivos, en los cuales el juez tiene ante sí un conflicto de intereses o una incertidumbre jurídica, y debe analizar los hechos y el derecho que sustentan las pretensiones (cognición) para luego poder una decisión o fallo con respecto a los hechos controvertidos en el proceso. Ello implica, entonces, tener un tránsito por una vía cognitiva. Si luego se debe proceder a la *executio* de lo juzgado, debe procederse a un nuevo proceso, de ejecución de sentencia, en el cual se haga cumplir lo mandado por el juez.

Este esquema cognitivo es el que rige en los sistemas jurídicos comparados para el caso de la pretensión de nulidad y la de plena jurisdicción. Ello es así porque se entiende que el juez debe apreciar los hechos invocados por las partes, y el derecho aplicable, así como los principios materiales del Derecho Administrativo, para así emitir un juicio que implica cognición para poder dilucidar si es posible declarar la nulidad de un acto o decisión administrativa, o se ordenarán las medidas necesarias para poder reconocer o reestablecer un derecho vulnerado por una actuación administrativa. Consecuente-

²⁰ Lamentablemente, en una reforma introducida por la Ley N° 13.101 de la Provincia de Buenos Aires, se eliminó la pretensión dirigida contra la inactividad material de la Administración Pública en dicho Código. Para críticas sobre esta visión retrógrada en el contencioso-administrativo moderno, véase: CASSAGNE, Juan Carlos y PERRINO, Pablo Esteban: *El nuevo proceso contencioso-administrativo en la provincia de Buenos Aires*. Lexis Nexis. Buenos Aires, 2006. Asimismo, véase, CASSAGNE, Juan Carlos y GORDILLO, Agustín (Directores): *El nuevo proceso contencioso administrativo de la provincia de Buenos Aires*. 2ª edición. Librería Editorial Platense. La Plata, 2004.

mente, las principales pretensiones del proceso contencioso-administrativo moderno requerirán cognición.

La pregunta sería, ¿qué sucede cuando estamos frente a supuestos de inactividad de la Administración?, ¿Es necesario, dada la naturaleza de la inactividad, seguir en todos los casos en que ocurra ésta un proceso cognitivo (donde opera una forma de tutela declarativa y de condena, en una mixtura)?, o, por el contrario, ¿será necesario arbitrar nuevas formas procesales de tutela ejecutiva frente a la Administración renuente a cumplir con los mandatos legales que le imponen deberes positivos de actuación?

La respuesta a esta interrogante ha sido clarificada por sólida doctrina expresada por autores como Jesús González Pérez²¹ y Daniela Urosa Maggi²², y se sustenta en la idea de que no en todos los casos de inactividad la respuesta del sistema procesal debiera ser la misma. Por lo tanto, habrá que diferenciar del supuesto en que se trate:

a) Cuando existen claramente establecidas prestaciones a favor de los particulares (sea en una norma legal o reglamentaria, o en un acto administrativo firme), y la Administración Pública resiste a su cumplimiento, lo que procede es arbitrar un proceso ejecutivo para que la Administración renuente cumpla efectivamente la prestación debida. Esto es así debido a que carece de sentido obligar a un particular a seguir un

proceso cognitivo cuando ya tiene un título establecido a su favor en sede administrativa (sea una norma legal que establece claramente la prestación, o porque tiene un acto administrativo firme que ampara materialmente su derecho). Lo que procede en tales casos es un proceso ejecutivo, destinado a hacer cumplir la prestación incumplida a la Administración renuente.

b) Al contrario, si en el proceso se pretende discutir si es que la Administración está efectivamente obligada a brindar una prestación a los particulares, parece claro que no se deba arbitrar un proceso ejecutivo, puesto que precisamente se está discutiendo la existencia del deber (o título) que impone a la Administración el deber positivo de actuar. Por tal motivo, en estos casos no podrá arbitrase una vía ejecutiva sino que, por todo lo contrario, deberá darse un espacio a la tutela cognitiva para poder discutir en la sede jurisdiccional la existencia o no de tal deber incumplido de actuación, en el que consiste la inactividad de la Administración²³.

Si es que reconocemos todo lo anterior como una breve referencia al panorama actual del grave problema jurídico de la inactividad administrativa en el derecho administrativo moderno, así como de las soluciones procesales que ha arbitrado el ordenamiento para superar dicha problemática, es preciso mirar hacia nuestro entorno y estudiar la forma a través

²¹ GONZALEZ PEREZ, Jesús: *El control jurisdiccional de la inactividad de la Administración en el proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1997*. En: Civitas. Revista Española de Derecho Administrativo. N° 17. Abril-Junio 1978. Consultado digitalmente en el CD-ROM de los 100 números de dicha Revista, Editorial Civitas. Madrid, 2000.

²² UROSA MAGGI, Daniela: *Tutela judicial frente a la inactividad administrativa...* Op.cit.

²³ Véase, GONZALEZ PEREZ, Jesús: *El control jurisdiccional...* Op.cit.

de la cual se ha planteado la problemática de la inactividad administrativa y de las soluciones procesales arbitradas en nuestro ordenamiento para procurar su superación.

2. Las vías procesales para la superación de la inactividad de la Administración antes de la LPCA. El proceso de cumplimiento. Su origen constitucional y su carácter de vía exclusiva para el control de la inactividad material de la Administración Pública.

En nuestro ordenamiento jurídico no se planteó en la doctrina anterior a los años 90 (hasta que se publicó el capital trabajo de Jorge Danos Ordóñez²⁴, titulado: “*El silencio administrativo como técnica de garantía del particular frente a la inactividad formal de la Administración*”), el tema de la inactividad de la Administración Pública. A lo sumo, se estudiaba únicamente el tema del silencio negativo, como una solución procesal al tema de la inactividad formal. Sin embargo, con respecto a la inactividad material no se efectuaron estudios ni disquisiciones académicas. Menos se formularon soluciones procesales a tal problemática ni tampoco jurisprudenciales. A lo sumo, se vislumbró que la figura del amparo por omisión (derivado de la regulación de las garantías constitucionales en la Constitución de 1979 y de la Ley N° 23506) permitía superar la inactividad administrativa prestacional. Así, ingeniosamente, siguiendo los avances de la doctrina argentina sobre el particular²⁵, se pretendió señalar que procedía el proceso de amparo como un medio de superación de la

pasividad de la Administración en el ejercicio de sus competencias, es decir, para superar los supuestos de inactividad prestacional. Sin embargo, el amparo por omisión no tuvo mucho éxito, debido a la renuencia de los jueces a condenar a la Administración al cumplimiento de sus deberes incumplidos, muchas veces escudándose en el pretexto tantas veces manido de que “en sede de amparo que carece de estación probatoria, no se pueden discutir cuestiones relacionadas con prueba alguna”.

Este panorama varió necesariamente a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1993. Precisamente, esta norma, siguiendo las experiencias brasileña (*mandato de injuncao*) y la colombiana (acción de cumplimiento), introdujo en nuestro ordenamiento jurídico la figura del proceso constitucional de cumplimiento, regulado como tal en el artículo 200° de la Constitución actualmente vigente.

La cuestión central es que el proceso de cumplimiento fue incorporado por la Constitución de 1993 como una garantía o proceso constitucional destinado a la superación de la inactividad de la Administración Pública, tomando como modelo a las experiencias comparadas sobre la materia. Es menester indicar que la figura resulta un poco exótica, puesto que a nivel de derecho comparado, y como lo hemos indicado ya en el apartado primero de la presente investigación, las controversias sobre la inactividad de la Administración Pública se solucionan por intermedio del proceso contencioso-administrativo de

²⁴ En: *Ius et Veritas*. N° 13. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1995.

²⁵ A guisa de ejemplo, véase, SAGÜES, Néstor Pedro: *Derecho Procesal Constitucional*. Tomo 3. Acción de Amparo. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1988; CREO BAY, Horacio: *El amparo por mora contra la Administración Pública*. Editorial Astrea. Op.cit. (tanto en su edición del año 2006 como en las ediciones anteriores de 1988 y 1997).

superación de inactividad de la Administración Pública²⁶. Sin embargo, es claro que nuestra Constitución actualmente vigente introdujo el proceso de cumplimiento como un medio procesal destinado a otorgar tutela para la superación de la inactividad administrativa, debido a que «procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley» (Numeral 6 del artículo 200º de la Constitución de 1993).

Adoptamos entonces la tesis que entiende que el proceso de cumplimiento no es en estricto un proceso constitucional puesto que no protege ningún derecho fundamental²⁷, sino que, por el contrario, está diseñado como un proceso destinado a la protección de derechos legales (cumplimiento de obligaciones establecidas en normas legales y en actos administrativos firmes). No tiene entonces un carácter de “proceso constitucional” que en la doctrina es entendido como una garantía procesal destinada a tutelar la sustancia o esencia de los derechos fundamentales reconocidos en un texto constitucional. Es

del caso mencionar que inclusive esta tesis ha sido recogida en varios pronunciamientos del Tribunal Constitucional, como en la STC. Exp. 0191-2003-AC/TC.

No obstante las afirmaciones anteriormente vertidas, es preciso enunciar que existe una tesis contraria que sustenta la caracterización del proceso de cumplimiento que cautelaría un derecho constitucional a «la constitucionalidad de los actos legislativos» y a la «legalidad de los actos administrativos», en el sentido de que las personas tienen un derecho fundamental a que se cumplan las obligaciones que adquiere la Administración Pública por mérito de las leyes y los actos administrativos firmes. Esta tesis ha sido enunciada por el profesor César Landa²⁸ y ha sido incorporada como un *obiter dictum* en la STC recaída en el Exp. 0168-2005-PC/TC que establece un precedente vinculante en materia del proceso de cumplimiento. Sin embargo, es preciso indicar que el TC no sostiene que la consideración jurídica del proceso de cumplimiento como proceso “constitucional” forme parte del precedente vinculante establecido por la referida sentencia, por

²⁶ Para esta perspectiva comparada puede verse: UROSA MAGGI, Daniela: *Tutela judicial frente a la inactividad administrativa en el derecho español y venezolano*. Prólogo de Jesús GONZALEZ PEREZ. Fundación Estudios de Derecho Administrativo - FUNEDA. Caracas, 2003.

²⁷ Esta es la tesis seguida por el profesor Jorge DANOS ORDOÑEZ en un importante trabajo sobre el tema, titulado: *El amparo por omisión y la acción de cumplimiento en la Constitución peruana de 1993*. En: *Lecturas Constitucionales Andinas*. N° 3. Comisión Andina de Juristas. Lima, 1994. Esta doctrina es pacífica en sede nacional y ha sido seguida por autores que han estudiado a profundidad el proceso de cumplimiento como Edgar CARPIO. (Quien ha abordado este tema en numerosos trabajos. Confróntese: CARPIO MARCOS, Edgar: *La acción de cumplimiento en el Derecho comparado*. En: *Revista Jurídica del Perú*. Año LII. N° 32. Marzo de 2002. Editorial Normas Legales. Trujillo, 2002. Páginas 19-34; CARPIO MARCOS, Edgar: *Inactividad administrativa y acción de cumplimiento*. En: *Jurisprudencia Constitucional*. Tomo I. Editorial Normas Legales. Trujillo, 2002. Páginas 111-129; CARPIO MARCOS, Edgar: *La acción de cumplimiento (Con especial referencia al caso peruano)*. En: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (Coordinador): *Derecho Procesal Constitucional*. Tomo II. Tercera edición. Editorial Porrúa - Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación A.C. México, 2002. Páginas 1717-1757; CARPIO MARCOS, Edgar: *La acción de cumplimiento*. En: CASTAÑEDA OTSU, Susana (Coordinadora): *Derecho Procesal Constitucional*. Jurista Editores. Lima, 2003. Páginas 423-478).

²⁸ En sus trabajos sobre el particular: LANDA ARROYO, César: *La acción de cumplimiento en el proyecto de Constitución del Perú de 1993*. En: *Revista del Foro*. Año LXXXI. N° 1. Lima, 1993; y, LANDA ARROYO, César: *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. Segunda edición. Palestra Editores. Lima, 2003.

lo cual consideramos que la discusión doctrinaria sobre la naturaleza de dicho proceso continúa²⁹, llevando ventaja la tesis que sostiene que el proceso de cumplimiento es un proceso “constitucionalizado”, pero que en realidad no protege ningún derecho constitucional específico, sino simplemente meros derechos legales.

A mayor ahondamiento sobre el tema consideramos, desde una perspectiva estricta del Derecho Administrativo, que el proceso de cumplimiento bien podría no haber sido regulado por el constituyente, en la medida que su centro de discusión es una materia de orden legal, que versa sobre el cumplimiento de las obligaciones que la Administración Pública tiene por mérito de normas legales y actos administrativos firmes. Es preciso para ello recordar que entre ambos existe una relación de simbiosis o de mucha similitud, casi diríamos hermandad, puesto que el proceso constitucional de cumplimiento no es sino un «proceso constitucionalizado»³⁰ que bien pudo haber sido regulado como una modalidad del proceso contencioso-administrativo, pero que fue elevado a un rango constitucional para hacer efectivo el poder de *mandamus* que detentan los jueces

para superar la morosidad, inercia o inactividad de las entidades de la Administración Pública en el cumplimiento de las obligaciones establecidas en normas legales o actos administrativos firmes³¹.

Una vez afirmadas las ideas anteriores, conviene precisar que desde un principio, tanto la doctrina³² como el propio Tribunal Constitucional³³, establecieron que el proceso de cumplimiento únicamente tenía por objeto constituir una vía procesal para la superación de la inactividad material de la Administración Pública, es decir, cuando la Administración omitía realizar una prestación contenida en un acto administrativo firme o una norma legal, incumpliendo con el ámbito de sus competencias ordinarias. Así, se entendía que la vía de superación de la inactividad administrativa formal era la vía del silencio administrativo (como elemento habilitante de la posterior impugnación de dicho silencio en la sede del proceso contencioso-administrativo). Por otro lado, para la superación de la inactividad material se tenía dispuesta la vía del proceso de cumplimiento³⁴. Esto se entendió así por

²⁹ Al tratarse de un mero *obiter dictum*, la tesis con respecto a la naturaleza del proceso de cumplimiento recogida en dicha Sentencia Exp. N° 0168-2005-PC/TC, se califica como una «razón jurídica subsidiaria» del razonamiento del Tribunal y no se incorpora al precedente, puesto que constituye un “razonamiento jurídico auxiliar”, introducido únicamente con efecto ilustrativo por el Tribunal Constitucional, conforme a las pautas señaladas para la interpretación de los precedentes constitucionales vinculantes y que han sido establecidas en la STC Exp. N° 0024-2003-AI/TC.

³⁰ Esta tesis ha sido reconocida inclusive por el Tribunal Constitucional en el Fundamento Jurídico N° 2 de la Sentencia del Exp. N° 1900-2005-PC/TC, caso «Asociación de Transporte Urbano Público de Piura», habiendo señalado el TC que «La acción de cumplimiento es un proceso constitucionalizado que tiene por objeto la protección de derechos legales y orden administrativo, mediante el control de la inacción administrativa».

³¹ Sobre la tesis del proceso de cumplimiento como un “proceso constitucionalizado”, véanse las referencias anteriores a los trabajos de Edgar CARPIO MARCOS.

³² Específicamente, véanse para tal visión los trabajos de Edgar CARPIO MARCOS.

³³ En la STC Exp. N° 0191-2003-AC/TC. Bajo dicha misma perspectiva, inclusive revisar la reciente STC del Exp. N° 3055-2005-PC/TC, recaída en el caso «José Alberto Franco Vilela», específicamente fundamento jurídico N° 2.

³⁴ Sin perjuicio de que varios autores de doctrina constitucional en dicha época sustentaron los alcances de que la acción de cumplimiento no solamente era útil para superar la inactividad material de la Administración, sino también la formal.

muchos años, desde que el Tribunal Constitucional comenzó a conocer las primeras demandas de “acción de cumplimiento” hasta que irrumpió en el panorama la LPCA, mediante su regulación de la pretensión procesal administrativa destinada a la superación de la inactividad administrativa (contenida en el artículo 5°, numeral 4 de dicha norma procesal).

Es preciso indicar, antes de continuar con nuestro análisis, que los contornos de interpretación de los alcances del proceso de cumplimiento siempre fueron muy generosos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (como se reconoce en los fundamentos jurídicos de la STC N° 0168-2005-PC/TC). Ello se debió, en mucho, a que nunca se realizó el esfuerzo de poder regular los alcances procesales del referido proceso, hasta el Código Procesal Constitucional.

3. LAS RELACIONES ENTRE EL PROCESO DE CUMPLIMIENTO Y EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DURANTE LA VIGENCIA DE LA LPCA Y ANTES DEL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL. LA STC DEL EXP. N° 191-2003-AC/TC. LA VELADA “ALTERNATIVIDAD” DE AMBOS PROCESOS PARA LA SUPERACIÓN DE LA “INACTIVIDAD MATERIAL DE LA ADMINISTRACIÓN”.

Al entrar en vigencia la LPCA, que regula en su artículo 5°, numeral 4³⁵, la pretensión de superación de la inactividad de la Administración se podía entender que entre el proceso de cumplimiento (reconocido en la Constitución y en la Ley

N° 26301) y el proceso contencioso-administrativo para la superación de la inactividad administrativa, se habría generado una relación de “alternatividad” tal como acontecía, por ejemplo, entre el proceso de amparo y el propio contencioso-administrativo. Esto, debido a la característica ya anotada de estos procesos que los “hermana” en términos jurídicos: ambos tienen el mismo objeto y la misma finalidad, debido a que son prácticamente idénticos, puesto que son vías procesales para la superación de la inactividad de la Administración Pública.

Baste confrontar la regulación jurídica de ambos procesos, tanto el de cumplimiento como el de superación de la inactividad administrativa:

Así, la Constitución (artículo 200°) establece que:

“El proceso de cumplimiento, procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley. (Numeral 6 del artículo 200° de la Constitución de 1993)”.

De otro lado, la LPCA (Numeral 4 del artículo 5°) establece que:

“Artículo 5°, Ley N° 27584.- Pretensiones En el proceso contencioso administrativo podrán plantearse pretensiones con el objeto de obtener lo siguiente:

(...)

4. Se ordene a la Administración Pública la

³⁵ Dicha norma señala a la letra lo siguiente:

“Artículo 5, Ley N° 27584.- Pretensiones

En el proceso contencioso administrativo podrán plantearse pretensiones con el objeto de obtener lo siguiente:

(...)

4. Se ordene a la administración pública la realización de una determinada actuación a la que se encuentre obligada por mandato de la ley o en virtud de acto administrativo firme”.

realización de una determinada actuación a la que se encuentre obligada por mandato de la ley o en virtud de acto administrativo firme”.

La simple comparación de ambas normas, permite sustentar la existencia de una cuasi³⁶ (en verdad, total) identidad en el objeto de ambos procesos, lo que permite sustentar nuestra idea de la “alternatividad” de ambos, durante la entrada en vigencia de la LPCA (por supuesto antes del Código Procesal Constitucional).

Esta situación fue afirmada en la Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Exp. N° 191-2003-AC/TC, la misma que dejó abierta la puerta para entender que tanto el proceso contencioso-administrativo de superación de la inactividad regulado en la LPCA, como el proceso de cumplimiento eran medios procesales arbitrados para la superación de la inactividad material de la Administración. Ciertamente es que en dicha sentencia se afirmaron importantes razonamientos sobre la entidad del *mandamus* o mandato (establecido en una norma legal o un acto administrativo firme) incumplido por la Administración Pública y que genera la imputación de inactividad. No obstante, no se fijó un criterio o razonamiento definitivo para distinguir entre ambos tipos de procesos, salvo aquel que señalaba que el proceso contencioso-administrativo era el cauce de superación

de la inactividad formal (a través de la “impugnación” del silencio administrativo), mientras que en el plano de la superación de la inactividad material, si habría una alternatividad plena entre el proceso contencioso-administrativo y el proceso de cumplimiento³⁷.

En tal sentido, desde que entró en vigencia la LPCA y hasta que entró en vigencia el Código Procesal Constitucional, al menos para el ámbito de la inactividad material, existía una clara superposición de objetos entre el proceso contencioso-administrativo y el proceso de cumplimiento, lo cual generó una situación de “alternatividad” entre ambos procesos, toda vez que el entendimiento común de la jurisprudencia y de la doctrina era el de señalar que entre los procesos constitucionales y los ordinarios no habría una situación de prelación ni de preferencia, siendo que los particulares válidamente podrían optar entre una y otra vía de solución para sus conflictos procesales con la Administración Pública.

Sin embargo, este entendimiento inicial de la doctrina varió con la regulación procesal del proceso de cumplimiento efectuada en el texto del Código Procesal Constitucional, el mismo que actualmente, de modo expreso, refiere que es una vía procesal apta para la superación tanto de la inactividad material como de la inactividad formal de la Administración Pública (ex.

³⁶ Debido a que en doctrina se sostenía que el proceso de cumplimiento servía únicamente para el control de la inactividad administrativa material, más no de la formal (para la cual existía el proceso contencioso-administrativo al cual se accedía por la vía del silencio negativo).

³⁷ Nosotros sostuvimos esta tesis en un trabajo anterior (Cfr. HUAPAYA TAPIA, Ramón: *El objeto del proceso contencioso-administrativo en la Ley N° 27584*. En: Derecho Administrativo. Libro de Ponencias del I Congreso Nacional de Derecho Administrativo. Jurista Editores – Asociación Peruana de Derecho Administrativo. Lima, 2004). Actualmente, a partir de la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional, que ha precisado expresamente que el proceso de cumplimiento sirve para poder superar procesalmente tanto la inactividad formal como la material de la Administración Pública, hemos variado esta posición. Para nuestra visión actualizada del tema, véase con amplitud, nuestro *Tratado... Op.cit.*

Artículo 66° del Código Procesal Constitucional). Por tal motivo, y dentro del nuevo escenario de subsidiariedad de los procesos constitucionales frente a los procesos ordinarios (de acuerdo a los alcances de los numerales 1 y 2 del artículo 5° del Código Procesal Constitucional), se hacía necesario efectuar en la vía jurisprudencial una precisión con respecto de las diferencias que determinarían las diferencias entre ambos procesos con idéntico objeto. Esta distinción llegaría con la STC Exp. N° 0168-2005-PC (Caso “Villanueva”).

4. LAS RELACIONES ENTRE AMBOS PROCESOS BAJO LA VIGENCIA DEL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL: RESIDUALIDAD DEL PROCESO DE CUMPLIMIENTO FRENTE AL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.

Este panorama de pretendida “alternatividad” entre el proceso de cumplimiento y el proceso contencioso-administrativo, meridianamente incierto durante la coexistencia inicial de la LPCA y la Ley N° 26301 (que regulaba las “reglas procesales” de la acción de cumplimiento en nuestro país), variaría radicalmente a partir de la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional, norma que al regular el alcance del proceso de cumplimiento reguló de modo idéntico su objeto con el del proceso contencioso-administrativo de superación de la inactividad.

Por tanto, toca ahora encarar los ámbitos de relación entre el proceso de cumplimiento y el proceso contencioso-administrativo y, debido a la coexistencia idéntica del objeto de ambos procesos, será

necesario encontrar sentido a la necesaria diferenciación entre los mismos.

Así, conviene citar el artículo 66° del referido Código Procesal Constitucional, norma que establece lo siguiente:

«Artículo 66°.- Objeto

Es objeto del proceso de cumplimiento ordenar que el funcionario o autoridad pública renuente:

- 1) De cumplimiento a una norma legal o ejecute un acto administrativo firme; o
- 2) Se pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenan emitir una resolución administrativa o dictar un reglamento».

En tal sentido, actualmente, y conforme a la impronta establecida por el Código Procesal Constitucional, el proceso de cumplimiento es hábil, tanto para lograr la superación de la inactividad formal de la Administración Pública (inactividad procedimental o derivada del incumplimiento del deber de resolver un procedimiento administrativo emitiendo una decisión o acto administrativo) y para la inactividad material de la Administración Pública³⁸.

Esta circunstancia, indica que en los términos legales existe una superposición clara entre los términos del proceso constitucional de cumplimiento y el proceso contencioso-administrativo para la superación de la inercia, omisión o inactividad de la Administración Pública (regulado en el numeral 2 del artículo 4° y en el numeral 4 del artículo 5° de la LPCA). Confluyen entonces ambas vías procesales en otorgar tutela a los administrados frente a la inactividad de la Administración

³⁸ En nuestro *Tratado*. Op.cit., efectuamos precisiones mucho más completas sobre el complejo tema de la inactividad de la Administración Pública, como una actuación impugnada sometida a control mediante el proceso contencioso-administrativo, y subsidiariamente (dados los supuestos específicos) mediante el proceso de cumplimiento.

Pública.

La cuestión a dilucidar, entonces, será definir los ámbitos del proceso de cumplimiento y del proceso contencioso-administrativo en función al ámbito o espacio de tutela que le corresponderá asumir a cada uno. Como veremos, aparentemente se trata de vías procesales superpuestas en la teoría, pero en la práctica, la jurisprudencia constitucional reciente se ha encargado de delimitar tanto la procedencia como el ámbito de actuación de cada vía procesal específica, debido, claro está, a que partir del Código Procesal Constitucional el objeto del proceso de cumplimiento será idéntico al de los procesos contenciosos-administrativos de superación de la inactividad de la Administración (tanto formal como material), por tanto se requieren urgentemente determinar criterios de diferenciación.

En principio, con relación a esta problemática, debemos señalar que en aplicación de lo establecido en el numeral 2 del artículo 5° del Código Procesal Constitucional, el proceso de cumplimiento será subsidiario o residual con respecto al proceso contencioso-administrativo. De tal suerte que, en principio, la vía procesal ordinaria prevista para la superación de la inactividad de la Administración Pública será el proceso contencioso-administrativo, mientras que la vía excepcional o subsidiaria (en todo caso, residual) será la del proceso de cumplimiento. Sin embargo, este no es el único criterio de distinción, y nos atreveríamos a decir que este no será el más relevante. Analizaremos en el próximo acápite, que para el Tribunal Constitucional habrán dos criterios, uno sustantivo y otro procesal, para distinguir

los alcances y ámbitos del proceso constitucional de cumplimiento y del proceso contencioso-administrativo para la superación de la inactividad de la Administración Pública. Es que, a nuestro entender, dicha distinción residirá estrictamente en un ámbito específico: la certeza de la omisión o inactividad de la Administración, así como la distinta naturaleza de la tutela que otorga cada proceso, generará una distinción entre ambas vías procesales. Para tal efecto, será necesario analizar la STC N° 0168-2005-PC/TC, que ha generado un precedente vinculante de primer orden sobre la materia.

5. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL N° 0168-2005-PC/TC, SU IMPORTANCIA PARA DEFINIR LOS ÁMBITOS DE LAS RELACIONES ENTRE EL PROCESO CONSTITUCIONAL DE CUMPLIMIENTO Y EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO PARA LA SUPERACIÓN DE LA INACTIVIDAD ADMINISTRATIVA.

Las reflexiones anteriores permiten indicar que existía una problemática específica dentro de las relaciones existentes entre el proceso constitucional de cumplimiento y el proceso contencioso-administrativo de superación de la inactividad administrativa, debido al tema de la superposición de la regulación de sus objetos y finalidades (paliar la inactividad administrativa). Se hacía necesario, entonces, un análisis dispuesto a clarificar las relaciones entre ambos procesos.

En este estado de nuestro análisis, conviene atender a lo establecido en la modélica Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N° 0168-2005-PC/TC, caso «Maximiliano Villanueva Valverde»³⁹. Precisamente, en esta

³⁹ Como muchos de los casos que eran conocidos por el Tribunal Constitucional, este proceso específico trataba sobre la

Sentencia, al margen de efectuar ciertas precisiones sobre la naturaleza jurídica del proceso de cumplimiento como proceso constitucional⁴⁰, así como del objeto de este proceso, el Tribunal Constitucional ha establecido, como precedente vinculante (conforme a los alcances del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional⁴¹, y a las reglas de la STC N° 0024-2003-AI/TC, caso “Municipalidad Distrital de Lurín” para la interpretación de los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional) para la procedencia de los procesos de cumplimiento, los siguientes requisitos, expresados en los Fundamentos Jurídicos N° 14, 15 y 16 de la misma:

“14. Para que el cumplimiento de la norma legal, la ejecución del acto administrativo y la orden de emisión de una resolución sean exigibles a través del proceso de cumplimiento, además de la renuencia del funcionario o autoridad pública, el mandato contenido en aquellos deberá contar con los siguientes requisitos mínimos comunes:

- a) Ser un mandato vigente.
- b) Ser un mandato cierto y claro, es decir, debe inferirse indubitadamente de la norma legal o del acto administrativo.
- c) No estar sujeto a controversia compleja ni a interpretaciones dispares.
- d) Ser de ineludible y obligatorio cumplimiento.
- e) Ser incondicional.

Excepcionalmente, podrá tratarse de un mandato condicional, siempre y cuando su satisfacción no sea compleja y no requiera de actuación probatoria.

Adicionalmente, para el caso del cumplimiento de los actos administrativos, además de los requisitos mínimos comunes mencionados, en tales actos se deberá:

- f) Reconocer un derecho incuestionable del reclamante.
- g) Permitir individualizar al beneficiario.

15. Estos requisitos mínimos se justifican porque el proceso de cumplimiento, diseñado por nuestra Constitución y el Código Procesal Constitucional, dado su carácter sumario y breve, no es el adecuado para discutir los contenidos de normas generales cuyos mandatos no tienen las características mínimas a que hemos hecho referencia, o de normas legales superpuestas que remiten a otras, y estas a su vez a otras, lo cual implica una actividad interpretativa compleja que, en rigor, debe llevarse a cabo a través de las vías procedimentales específicas.

16. Del mismo modo, en este tipo de procesos el funcionario o autoridad pública tiene un deber absoluto de acatamiento de la norma legal o del acto administrativo, no siendo posible ningún tipo de discrecionalidad de su parte. Asimismo, en ellos los derechos del demandante son prácticamente incuestionables, de modo

pretensión deducida en la sede constitucional por el señor Maximiliano Villanueva para que se nivele su pensión conforme a lo establecido en la Ley N° 23908. Como puede apreciarse este proceso estaba vinculado a materia previsional, uno de los ámbitos en los cuales el Tribunal Constitucional tenía una mayor carga procesal.

⁴⁰ Las mismas que ya han sido objetadas en otra parte del presente trabajo.

⁴¹ Esta norma establece lo siguiente:

“Artículo VII del Código Procesal Constitucional.- Precedente

Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente”.

que, comprobada la renuencia y el incumplimiento de la norma legal o el acto administrativo conforme a las pautas descritas, de ineludible cumplimiento, corresponderá amparar la demanda”.

Concluye entonces el Tribunal señalando lo siguiente:

“17. De no ser así, el proceso de cumplimiento terminaría convirtiéndose en un proceso declarativo, o de conocimiento, con abundancia de medios probatorios y en cuyo seno se discutan controversias propias de este tipo de procesos. Por el contrario, si tal proceso conserva su carácter especial (ser un proceso de condena, de ejecución, breve, sumario, donde la actividad probatoria es mínima), bastará que se acredite el incumplimiento de la norma legal, la inejecución del acto administrativo, el incumplimiento de la orden de emisión de una resolución o de un reglamento y la renuencia, consiguiéndose un proceso rápido y sobre todo, eficaz”.

De esta manera, se tiene en claro que, a partir del precedente establecido en el caso “Villanueva”, en lo que respecta para el proceso constitucional de cumplimiento, para el Tribunal Constitucional, se distingue efectivamente entre los ámbitos de este proceso y el proceso contencioso-administrativo. Conviene precisar que la temática central siempre será el tema de la inactividad de la Administración (sea esta formal o material). Sin embargo, difiere el tema en lo que se refiere a la solución procesal que se adopte.

En esta línea de razonamiento, el Tribunal Constitucional señala que el proceso de cumplimiento es una suerte de proceso “constitucional” pero de carácter “ejecutivo” donde se exige la existencia de un mandato contenido en una norma legal o un acto administrativo firme, mandato que deberá ser “(...) de obligatorio cumplimiento, que sea incondicional, y tratándose de los condicionales, que se haya acreditado haber satisfecho las condiciones; asimismo, que se trate de un mandato cierto o líquido, es decir, susceptible de inferirse indubitavelmente de la ley o del acto administrativo que lo contiene, y, (...) que se encuentre vigente” (Exp. N° 0191-2003-AC/TC, Fundamento Jurídico N° 6)⁴². Es decir, para que proceda el proceso de cumplimiento, como proceso constitucional sumario y expedito, de ejecución y breve, debe comprobarse, indubitavelmente, la existencia de una situación de inactividad administrativa derivada del incumplimiento de un mandato expreso y cierto establecido en una norma legal o un acto administrativo⁴³. Recordemos entonces que el proceso de cumplimiento será expresión de una tutela de urgencia, y expresa un proceso ejecutivo, que solamente procederá para hacer cumplir mandatos ciertos y expresos que obliguen a la Administración Pública.

En caso contrario, es decir, cuando se discuta la existencia de una situación de inactividad de la Administración, cuando se pretenda que se interprete en vía jurisdiccional una situación de aparente inactividad, o cuando se efectúe una

⁴² Asimismo, confrontar el Fundamento Jurídico N° 3 de la STC del Exp. N° 02435-2005-PC/TC, donde se insiste en la calidad de cierto y manifiesto del «*mandamus*» en que consiste la obligación incumplida por una entidad administrativa. También este razonamiento se repite en el Fundamento Jurídico N° 6 de la STC Exp. N° 3396-2004-AC/TC, caso «Virgilio Pérez Manay».

⁴³ Conforme se establece en el Fundamento Jurídico N° 17 de la STC Exp. N° 0168-2005-PC/TC.

discusión sobre el cumplimiento de una conducta basada en una potestad administrativa discrecional de la Administración Pública, la vía del proceso de cumplimiento no será la idónea, conforme lo interpreta el Tribunal Constitucional. En este caso, procederá que se siga el procedimiento establecido en los Fundamentos Jurídicos N° 53° a 58° y el 60° del caso “Manuel Anicama” (STC Exp. N° 1417-2005-PA/TC), siendo entonces la vía ordinaria para la superación de la inactividad de la Administración Pública, el proceso contencioso-administrativo (mediante el procedimiento sumarísimo a que se refiere el artículo 24° inciso 2 de la LPCA).

En tal sentido, pues, el Tribunal Constitucional ha diferenciado entre las vías procesales de superación de la inactividad administrativa rigiéndose por un criterio específico: la calidad del mandato u obligación incumplida por un funcionario o autoridad de la Administración Pública. Si se trata de un mandato cierto y expreso, preferentemente incondicional y reglado, que establece la obligación de la Administración Pública de cumplir con una prestación establecida en una norma legal o en un acto administrativo firme, o se trata de una obligación específica de emitir una Resolución o una norma

reglamentaria, y el mismo es incumplido por la autoridad o funcionario administrativo encargado de su cumplimiento; procederá el proceso de cumplimiento. De lo contrario, si ese mandato de ejecución requiere de una declaración jurídica para su certeza, es complejo, requiere de una interpretación legal de normas administrativas⁴⁴, se deriva de una potestad discrecional de la Administración Pública⁴⁵, o, simplemente, no es cierto y específico (por discutirse la calidad vinculante del mismo), el particular sólo tendrá habilitada la vía del proceso contencioso-administrativo para pretender la superación de la inactividad de la Administración Pública, más no la vía excepcional del proceso de cumplimiento.

Consiguientemente, si el mandato de ejecución es cierto y específico⁴⁶ procederá la vía sumaria y expedita del proceso de cumplimiento, bastando que se acredite el incumplimiento de la norma legal, la inejecución del acto administrativo, el incumplimiento de la orden de emisión de una resolución o de un reglamento, así como la renuencia del funcionario encargado de acatar la orden o mandato establecido. Fuera de dichos casos, el proceso de cumplimiento no será procedente, de acuerdo a lo establecido en el precedente vinculante de la Sentencia

⁴⁴ Criterio establecido en la STC del Exp. N° 2924-2004-AC/TC, caso «Manuela Quezada Reyes» donde el TC señala que en la sede del proceso de cumplimiento no es posible interpretar la situación de inactividad propuesta por el demandante, en la medida que no existe etapa probatoria. (Fundamento Jurídico N° 2).

⁴⁵ Recuérdese que conforme a lo establecido en el numeral 5) del artículo 70° del Código Procesal Constitucional, las demandas de cumplimiento serán declaradas improcedentes si es que se deducen contra potestades expresamente calificadas como discrecionales.

⁴⁶ No basta la mera inactividad administrativa, puesto que el TC ha señalado que para que proceda el proceso de cumplimiento, deberá tratarse de un acto administrativo que contiene un mandato u obligación expresa (se habla de «actos virtuales», es decir que contengan una obligación definida e inobjetable) por parte de la Administración Pública y que el mismo haya sido incumplido. Confrontar el Fundamento Jurídico N° 4 de la STC del Exp. N° 2924-2004-AC/TC (que por cierto, es posterior a la Sentencia del Caso «Villanueva»). Asimismo, el Fundamento Jurídico N° 2 de la STC Exp. N° 1172-2004-AC/TC, caso «José Nicanor Ventura Arroyo».

“Villanueva”⁴⁷.

Nótese entonces que consideramos que a partir de esta sentencia (que constituye precedente vinculante), habrá una diferencia de esencia sustantiva y procesal, entre los procesos de cumplimiento y el proceso contencioso-administrativo para el Tribunal Constitucional, la misma que radicará en los siguientes criterios:

- a) La diferencia sustantiva entre el proceso de cumplimiento y el proceso contencioso-administrativo será la calidad del mandato incumplido por la autoridad o el funcionario de la Administración Pública. Si se trata de un mandato cierto y específico, conforme al precedente de la sentencia “Villanueva”, procederá el proceso de cumplimiento. Sin embargo, si el mandato contenido en norma legal o en acto administrativo no fuese cierto y requiriese de una operación de interpretación jurídica para su cumplimiento, la vía procesal para dicha discusión será la del proceso contencioso-administrativo.
- b) De otro lado, la diferencia procesal reside en las distintas calidades de ambos procesos. El proceso de cumplimiento es catalogado como un proceso ejecutivo, donde simplemente se comprueba la existencia de un “título de ejecución”,

consistente en el incumplimiento cierto y específico de una obligación establecida en una norma legal o acto administrativo, o en el incumplimiento del deber de emitir una resolución administrativa o una norma reglamentaria. Por ello tiene el carácter de vía excepcional, sumaria y expedita, establecida para ejecutar aquella obligación específica y cierta que no ha sido cumplida por un funcionario o autoridad administrativa⁴⁸ (de tal suerte que el proceso de cumplimiento es una suerte de «proceso a la inactividad administrativa», basta que ésta se demuestre indubitablemente del petitorio del demandante, para que el juez emita la sentencia con el mandato de cumplimiento inmediato por parte de la autoridad pública). Por el contrario, el proceso contencioso-administrativo de superación de la inactividad administrativa, es un proceso declarativo y de condena, expresión de una tutela cognitiva donde primero se declara la existencia de una omisión o inactividad administrativa, y luego se condena a la entidad administrativa a que cumpla con el deber legal omitido.

Si caemos en cuenta, inadvertidamente (en cuanto el TC no cita sus trabajos), el máximo intérprete de la Constitución ha seguido los razonamientos defendidos por González Pérez y la profesora Urosa Maggi:

⁴⁷ Esto se viene cumpliendo a rajatabla por el Tribunal Constitucional, puesto que a partir de la emisión de la Sentencia «Villanueva» se vienen declarando improcedentes un elevado número de demandas de cumplimiento que no cumplen con el requisito de tener un «*mandamus*» expreso. Así, por ejemplo, las STC recaídas en los Exp. N° 0734-2005-PC/TC (caso Dominguita Mercedes Chávez Muñoz y otros), N° 5468-2005-PC/TC (caso Francisco Fredy Ticona Rodrigo), N° 0006-2005-PC/TC (caso Fredy Abdon Rodríguez Núñez).

⁴⁸ En el Fundamento Jurídico N° 17 de la Sentencia «Villanueva», el Tribunal Constitucional ha señalado que: «17. De no ser así, el proceso de cumplimiento terminaría convirtiéndose en un proceso declarativo, o de conocimiento, con abundancia de medios probatorios y en cuyo seno se discutan controversias propias de este tipo de procesos. Por el contrario, si tal proceso conserva su carácter especial (ser un proceso de condena, de ejecución, breve, sumario, donde la actividad probatoria es mínima), bastará que se acredite el incumplimiento de la norma legal, la inejecución del acto administrativo, el incumplimiento de la orden de emisión de una resolución o de un reglamento y la renuencia, consiguiéndose un proceso rápido y sobre todo, eficaz».

el proceso de cumplimiento será aquella “vía ejecutiva”, señalada por los citados profesores, y que se activará como medio procesal cuando exista certeza indubitable sobre el “*mandamus*” incumplido por la entidad administrativa o el funcionario renuente. Por otro lado, cuando no se tiene certeza sobre la calidad de la obligación incumplida o se tenga que realizar una discusión jurídica sobre la existencia de la obligación legal, cuyo incumplimiento se aduce, el particular deberá seguir el campo de la tutela cognitiva representada por el proceso contencioso-administrativo para la superación de la inactividad administrativa regulado en la LPCA (aunque ciertamente dicho proceso tiene una vía procedimental sumadísima, regulada por los alcances del artículo 24° de la LPCA).

Por tanto, las diferencias de grado y naturaleza entre el proceso contencioso-administrativo de superación de la inactividad administrativa y el proceso de cumplimiento han quedado suficientemente zanjadas mediante la Sentencia del caso «Villanueva», entendiéndose entonces que el proceso de cumplimiento será un proceso de carácter ejecutivo, donde deberá acreditarse únicamente la existencia de un «*mandamus*» expreso que sea incumplido por una entidad de la Administración Pública, para que proceda la tutela jurisdiccional. Por el contrario, cuando se desee contrastar cualquier tipo de inactividad administrativa, aún cuando no se deduzca expresamente dicha pasividad, la vía procesal será la del contencioso-administrativo. Con todo, ha quedado claramente afirmado el criterio de que la vía procesal ordinaria para tratar el tema de la inactividad administrativa será la del proceso contencioso-administrativo, mientras que la vía especial y subsidiaria para superar las inactividades administra-

tivas derivadas de un mandato cierto y expreso será la del proceso de cumplimiento.

Es responsabilidad, entonces, de los operadores jurídicos atender a los criterios formulados por el Tribunal Constitucional para distinguir entre los ámbitos de aplicación del proceso de cumplimiento y del proceso contencioso-administrativo. Cuando se requiera tutela procesal para el cumplimiento de una obligación, cierta e indubitable, incumplida de forma renuente por la Administración Pública, procederá la “tutela ejecutiva” del proceso de cumplimiento. Por otro lado, cuando se requiera tutela procesal para una discusión jurídica respecto de los alcances de la existencia de la obligación legal de actuar incumplida por la Administración, procederá efectuar una discusión jurídica sobre los alcances de dicha inactividad, lo cual necesariamente obligará a transitar por los ámbitos cognitivos (aunque llevados a través de un procedimiento sumario) del proceso contencioso-administrativo.

6. CONCLUSIONES.

- a) La inactividad administrativa puede ser definida como «la constatación de una omisión por la Administración de cualquier actividad, jurídica o material, legalmente debida y materialmente posible». En tal sentido, son tres elementos los que la configuran: La omisión de una actividad jurídica o material; la existencia de un deber legal de actuar, previsto expresamente en una norma jurídica; y el contenido posible del deber legal de actuación.
- b) El fundamento de la atribución de efectos jurídicos a la inactividad de la Administración Pública es el incumplimiento del principio de legalidad (establecido en los artículos 45°

y 51° de la Constitución), así como el incumplimiento de un deber implícito de cumplir con el principio de eficacia reconocido como un elemento fundamental de la actuación de las entidades de la Administración Pública.

- c) Originalmente, a partir del estudio del profesor Nieto, se dividió a la inactividad de la Administración en dos tipos: La inactividad material que «se corresponde con la idea originaria de la misma: es una pasividad, un no hacer de la Administración en el marco de sus competencias ordinarias». De otro lado, la inactividad formal «se refiere, por su parte, a la pasividad de la Administración dentro de un procedimiento, es la simple no contestación a una petición de los particulares».

Posteriormente, se han sucedido varios estudios que pretenden establecer un *vademécum* de las formas de la inactividad administrativa. Nosotros hemos propuesto la siguiente clasificación:

1. Inactividad formal o inactividad en la producción de una declaración de voluntad administrativa: Estos supuestos nos refieren a la existencia de un deber jurídico de emisión de una declaración de voluntad vinculante de cargo de la Administración, el mismo que es omitido deliberadamente por la Administración. Estos supuestos de inactividad están referidos a la inexistencia de una declaración de voluntad expresa de la Administración Pública, la misma que puede ser normativa (emisión de una norma reglamentaria), convencional (concurrir a una declaración de voluntad conjunta, para la celebración de contratos públicos, convenios y otras formas de

colaboración administrativa), así como el supuesto típico de no ejercicio de la voluntad administrativa en orden a la emisión de una declaración jurídica en ejercicio de una potestad administrativa distinta a la reglamentaria (un acto administrativo).

2. Inactividad material: Estamos aquí en un plano distinto, se ha impuesto a la Administración un deber jurídico de realización de una actuación material específica y concreta, una prestación de dar, hacer o no hacer establecida a favor de un particular. Esta imposición de un deber de actuación material puede venir de una norma, de una convención, o de la propia Administración, la misma que se obligó a realizarla mediante el sistema de autovinculaciones que se deriva a partir de la ejecutividad de los actos administrativos de contenido obligatorio (o favorable a uno o más administrados). Inclusive, la inactividad administrativa puede derivarse del incumplimiento por parte de la Administración del mandato establecido en una sentencia (inactividad resistencial).

- d) En lo que respecta a las soluciones procesales con respecto a la superación de la inactividad administrativa, tradicionalmente encontramos se ha encomendado esta misión al proceso contencioso-administrativo. Sin embargo, existe un problema: dicho proceso se encuentra regulado en base a un esquema procesal que se deriva de un esquema cognitivo en el cual debe suscitarse un debate jurídico con respecto a las pretensiones de las partes con carácter previo al pronunciamiento de un juez. Por ejemplo, tal es el esquema de las pretensiones procesales de nulidad y de plena jurisdicción.

- e) El gran problema es que habrán varios supuestos de inactividad en los cuales no se requiere de una declaración jurídica de “certeza” o de “conocimiento” sobre el título que establece la obligación. Por el contrario, se requerirá una tutela de ejecución o ejecutivo, ante la evidencia de que la Administración ha incumplido con una obligación establecida en una norma legal o acto administrativo a favor de un particular. Ante dicha situación, la moderna doctrina procesal administrativa (p.e. González Pérez, Urosa Maggi), ha propuesto distinguir entre dos tipos de procesos contencioso-administrativos: (i) Cuando se trate de pretensiones que tienen por objeto discutir la certeza del título o la calidad de la obligación incumplida por la Administración Pública debido a que tal certeza no existe, deberá arbitrarse un proceso contencioso-administrativo cognitivo, pero de carácter sumario; y, (ii) Cuando se trate de pretensiones en las cuales exista un título cierto y perfectamente definido (*mandamus*), y que la Administración sea renuente a su cumplimiento, procederá establecer un proceso ejecutivo, donde el particular proceda directamente a ejecutar la obligación incumplida por la Administración.
- f) Hasta antes de la Constitución de 1993 no existían vías procesales específicas para la superación de la inactividad material de la Administración (puesto que la inactividad formal se superaba a partir de la “técnica de garantía” del silencio negativo). Únicamente, en el marco amplio del amparo, se daban casos de procesos de “amparo por omisión”. Esta situación varió específicamente a partir de la Constitución de 1993, en la cual se introdujo un nuevo proceso

constitucional denominado “acción de cumplimiento”, el mismo que «procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley» (Numeral 6 del artículo 200° de la Constitución de 1993). Sobre la naturaleza de este proceso mucho se ha discutido en doctrina, puesto que la mayoría de los autores considera que en estricto no cumple con los requisitos para ser catalogado como un proceso constitucional (toda vez que no protege derechos constitucionales en estricto, sino derechos de orden legal). Por tanto, como dice el profesor Danos Ordóñez, bien pudo haber sido regulado como una modalidad de los procesos contencioso-administrativos. En consecuencia, tal como indica el profesor Carpio Marcos, el proceso de cumplimiento es un “proceso constitucionalizado”.

Cabe indicar que este proceso de cumplimiento fue catalogado como el medio procesal específico para la superación de la inactividad material, puesto que para el caso de la inactividad formal existía el silencio negativo (STC Exp. N° 191-2003-AC/TC, Carpio Marcos).

- g) A partir de la LPCA la situación del proceso de cumplimiento como la única garantía procesal existente frente a la pasividad material de la Administración varió sustantivamente. Ello porque la LPCA reguló, dentro de sus alcances, un proceso que denominamos de “superación de la inactividad Administrativa” (numeral 4 del artículo 5° de la LPCA), ciertamente con un trámite sumario (bajo el régimen del denominado “proceso sumarísimo” del Código Procesal Civil, art. 25° LPCA).

En consecuencia, consideramos que a partir de la entrada en vigencia de la LPCA el objeto del proceso de cumplimiento y el del proceso contencioso-administrativo quedaron en una situación de cuasi identidad, toda vez que ambos estaban claramente diseñados para superar la inactividad administrativa. Con lo cual sostenemos que en esta etapa se produjo una suerte de “velada alternatividad” entre el proceso de cumplimiento y el proceso contencioso-administrativo, sustentándose en los alcances de la idea (actualmente abandonada) de que el particular podía optar entre los procesos constitucionales y los procesos ordinarios para la tutela de sus derechos, así como en la indefinición de los contornos del proceso de cumplimiento, que no tenía una ley específica que desarrolle sus alcances.

h) Luego de la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional, que reguló ampliamente el proceso de cumplimiento. El artículo 66° de dicho código adjetivo estableció claramente que dicho proceso servía específicamente tanto para superar la inactividad formal como la inactividad material de la Administración. En tal sentido, desde un plano estrictamente jurídico, la identidad de ambos procesos (el de cumplimiento y el de superación de la inactividad de la Administración) quedó plenamente afirmada. Sin embargo, en función a lo establecido por el numeral 2 del artículo 5° del Código Procesal Constitucional (que establece como regla general la subsidiariedad o residualidad de los procesos constitucionales frente a las vías procesales ordinarias de tutela), se hacía necesario distinguir entre ambas vías procesales, la constitucional y la ordinaria, para la superación de la

inactividad administrativa.

- i) Debemos señalar que el criterio de la urgencia para distinguir entre el proceso de cumplimiento y el proceso contencioso-administrativo no es aplicable (como si lo es para el amparo por ejemplo). Por tal motivo, el Tribunal Constitucional, mediante la Sentencia recaída en el Expediente N° 0168-2005-PC/TC (caso “Villanueva”), ha establecido los criterios procesales para distinguir entre ambos procesos.
- j) A nuestro entender, la diferencia se da por dos elementos, uno sustantivo y otro procesal. Conforme a la STC bajo análisis, la diferencia sustantiva entre el proceso de cumplimiento y el proceso contencioso-administrativo será la calidad del mandato incumplido por la autoridad o el funcionario de la Administración Pública. Si se trata de un mandato cierto y específico, conforme al precedente de la sentencia «Villanueva», procederá el proceso de cumplimiento. Sin embargo, si el mandato contenido en norma legal o en acto administrativo no fuese cierto y requiriese de una operación de interpretación jurídica para su cumplimiento, la vía procesal para dicha discusión será la del proceso contencioso-administrativo. De otro lado, la diferencia procesal, reside en las distintas calidades de ambos procesos. El proceso de cumplimiento es catalogado como un proceso ejecutivo, donde simplemente se comprueba la existencia de un «título de ejecución» consistente en el incumplimiento cierto y específico de una obligación establecida en una norma legal o acto administrativo, o en el incumplimiento del deber de emitir una resolución administrativa o una norma reglamentaria.

Por ello, el proceso de cumplimiento tiene el carácter de vía excepcional, sumaria y expedita, establecida para ejecutar aquella obligación específica y cierta que no ha sido cumplida por un funcionario o autoridad administrativa (de tal suerte que el proceso de cumplimiento es una suerte de «proceso a la inactividad administrativa», basta que ésta se demuestre indubitablemente del petitorio del demandante para que el juez emita la sentencia con el mandato de cumplimiento inmediato por parte de la autoridad pública). Por el contrario, el proceso contencioso-administrativo de superación de la inactividad administrativa, es un proceso declarativo y de condena, expresión de una tutela cognitiva donde primero se declara la existencia de una omisión o inactividad administrativa y luego se condena a la entidad administrativa a que cumpla con el deber legal omitido.

Tal como puede apreciarse, nuestro ordenamiento ha acogido (sin citarlo expresamente) aquella distinción establecida por la mejor doctrina procesal administrativa en esta materia (González Pérez, Urosa Maggi), la cual distingue dos soluciones procesales en materia de inactividad administrativa. Ello es lo que ha acontecido en nuestro ordenamiento, mediante la distinción efectuada por el TC entre el proceso de cumplimiento y el proceso contencioso-administrativo.

k) Será entonces responsabilidad de los justiciables atender a los fundamentos expresados en el precedente vinculante del caso “Villanueva”. Sobre todo, recordar tres aspectos demasiado

importantes, y que en realidad resumen efectivamente los argumentos vertidos en el presente trabajo:

- (i) dejar de lado la idea de que los justiciables pueden “optar” libremente por escoger la vía de un proceso de cumplimiento o un proceso contencioso-administrativo. Ello está proscrito a partir del precedente “Villanueva”. Por lo demás, el plexo de tutela establecido en la LPCA es mucho mayor, por ejemplo, se pueden dictar medidas cautelares contra gobiernos regionales y locales, lo cual no se puede hacer eficientemente en el ámbito del Código Procesal Constitucional;
- (ii) la distinción entre ambos tipos de procesos no puede hacerse, pues, desde un punto de vista de “eficiencia en los plazos” meramente o de la sumariedad de las vías procesales, hay que tener en cuenta el grado de satisfacción procesal que ofrecen las vías paralelas y, en este caso, el proceso contencioso administrativo ofrece un amplio cauce tutelar, mediante un procedimiento sumario; y,
- (iii) la vía procesal ordinaria para la superación de la inactividad de la Administración será siempre el proceso contencioso-administrativo, así lo quiere nuestro ordenamiento, y así surge de la jurisprudencia constitucional vinculante. Extraordinariamente, y cuando ello así lo justifique conforme a la calidad del título jurídico que establece el *mandamus* que ha sido incumplido por la Administración, procederá el proceso constitucional de cumplimiento.