

REFLEXIONES CONSTITUCIONALES SOBRE LA REGLA DEL AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA

JUAN CARLOS MORÓN URBINA

Profesor de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Abogado asociado al Estudio Benites, De las Casas, Forno & Ugaz.

En el fondo, el dogma revisor ha venido actuando como una cortina de humo que le impide al juez la visión sobre la pretensión procesal constituyendo una formidable barrera que no le permite decidir sobre el contenido material de la pretensión, transformando el resultado de los procesos en sentencias que eluden el juzgamiento pleno de la pretensión, mediante meros artilugios formales (JUAN CARLOS CASSAGNE. "La tutela judicial efectiva. Su incompatibilidad con el dogma revisor y con la regla del agotamiento de la vía administrativa").

Sumario: 1. Bases generales de la regla del agotamiento de la vía administrativa 2. Consideraciones constitucionales para una adecuada interpretación de la regla del agotamiento de la vía administrativa 2.1. La regla presupone la existencia de una vía administrativa idónea y eficaz 2.2. La interpretación de la regla debe ser restrictiva para garantizar la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva 2.3. El agotamiento de la vía administrativa presenta un inconveniente tratamiento jurídico fragmentario 2.4. La exigencia de agotamiento de la vía administrativa se refiere exclusivamente a los actos administrativos 2.5. La regla del agotamiento de la vía administrativa es innecesaria cuando se cuestiona la constitucionalidad de la Ley 2.6 ¿El agotamiento de la vía administrativa es un privilegio disponible del Estado? 3. Las situaciones jurídicas aptas para agotar la vía administrativa 3.1. Resolución de autoridad que no reconozca superior jerárquico 3.2. Resolución administrativa expresa o silencio administrativo producido en segunda instancia 3.3. Resolución administrativa expresa de tercera instancia (recurso de revisión) 3.4. Silencio administrativo producido en segunda instancia o tercera instancia, según el caso 3.5. Revocación o anulación de oficio de resoluciones administrativas 3.6. Resolución de Tribunales y Consejos Administrativos regidos por leyes especiales 3.7. La interposición de recurso de reconsideración contra actos que ya agotaron la vía administrativa 3.8. Alcance personal del agotamiento de la vía administrativa 4. Carga de la prueba del agotamiento de la vía previa.

1. Bases generales de la regla del agotamiento de la vía administrativa

Por la regla del agotamiento de la vía administrativa, los administrados antes de acudir a cualquiera de los procesos judiciales, deben reconocer la competencia jurídica de la Administración Pública para conocer previamente sobre lo ocurrido en su ámbito. La regla está concebida, para que las entidades administrativas tengan la oportunidad y la posibilidad de conocer y resolver sobre cualquier controversia que su actuación u omisión puedan producir en la esfera de intereses o derechos de los administrados, con anticipación a que sea sometido el diferendo a la función jurisdiccional.

Como se conoce, nuestro ordenamiento jurídico público ha visto en esta regla la reminiscencia de un privilegio del poder público por el cual, para habilitar la procedencia de cualquier acción judicial en su contra, era indispensable efectuar un reclamo previo ante sus propias dependencias hasta obtener una resolución que cause estado o, lo que es lo mismo, concluya la vía administrativa prevista regularmente. Como tal, cualquier sujeto deseoso de ejercer una pretensión frente a la Administración no puede optar libremente entre la vía administrativa y la judicial, ni prescindir del planteamiento previo ante la autoridad gubernativa competente, ya que en virtud de esta regla, le corresponde iniciar directamente la secuencia administrativa y debatir ahí su pretensión hasta obtener una decisión "madura" de la administración.

Potencialmente, las decisiones administrativas podrían ser controvertidas ante el Poder Judicial, sin embargo, en aplicación del carácter prejudicial de la vía administrativa, resulta indispensable que el administrado ejerza su derecho de contradicción (reclamación previa administrativa) anteladamente ante la propia Administración hasta obtener un pronunciamiento que cause estado. Cuando ello ocurre, decimos que la vía administrativa ha quedado agotada y, recién, procede la vía sucesiva: la judicial.

La doctrina ha sostenido alternativa y/o concurrentemente que la exigencia del agotamiento de la vía previa, persigue como finalidades: producir una etapa conciliatoria previa a la controversia judicial; dar a la Administración Pública la posibilidad de revisar decisiones, subsanar errores y promover su autocontrol jerárquico de lo actuado por sus instancias inferiores, reforzar la presunción de legitimidad de los actos administrativos, para que no llegue al cuestionamiento judicial, actos irreflexivos o inmaduros; y limitar la promoción de acciones judiciales precipitadas contra el Estado. En suma, la regla fija la frontera entre la vía judicial y la vía gubernativa, señalando el momento hasta el cual será exigible debatir el tema en el fuero administrativo y, como correlato, a partir de cuando queda habilitado el administrado para acceder a la tutela judicial efectiva.

Por tanto, los efectos jurídicos del mantenimiento de esta regla sobre la justiciabilidad de los actos de la Administración, son los siguientes:

- Convierte al procedimiento administrativo en el presupuesto de admisibilidad de las demandas contra la Administración.
- Asume que para demandar al Estado resulta indispensable, como regla general, acudir al reclamo administrativo previo hasta agotar la instancia.
- La recurrencia a la vía administrativa importa interrumpir el plazo de prescripción para el inicio de acciones judiciales¹.
- En caso de iniciar un proceso judicial sin agotar la instancia administrativa, el Estado está facultado para oponerse a la prosecución del proceso por medio de: la cuestión prejudicial (vía penal) y la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa (vía civil)².

Sin embargo, la realidad cotidiana demuestra que esta exigencia no reporta beneficios tangibles a los administrados, por lo cual comienza a ser flexibilizada, por algunos ordenamientos, y, abandonado, por otros. En verdad, a la sombra de la regla sobrevive una reminiscencia antigua, que impedía la justiciabilidad de los actos de los soberanos, actualizada bajo estándares procesales constitucionales, a favor de la Administración contemporánea. Adicionalmente, el mantenimiento de esta regla, sirve como factor de desaliento para la justiciabilidad de los actos de la administración, y sobre todo, impide que el derecho administrativo se nutra con más frecuencia y utilidad de una de sus fuentes más valiosas: la jurisprudencia judicial.

Con cargo a retornar a algunas de estas ideas con posterioridad, debemos reflexionar sobre la razonabilidad constitucional de esta medida. Desde esta perspectiva, creemos que no podemos seguir viendo en esta figura sólo una prerrogativa administrativa, al margen de los demás valores constitucionales y del estado democrático de derecho. Si pensáramos así, podríamos llegar a convertirlo en –como afirma la doctrina argentina– en un ritualismo inútil, enderezado a impedir la justiciabilidad de la administración.

En principio, consideramos que para mantener la regla dentro de cánones constitucionales, no puede desvincularse de las exigencias impuestas a las entidades administrativas de: a) procedimentalizar sus decisiones; b) Asegurar un debido procedimiento a los administrados; y, c) Garantizar la eficiencia de sus servicios, actuaciones y, sobre todo, los procedimientos que lleva a cabo. En tal medida, si consideramos que las entidades administrativas deben satisfacer permanentemente estas exigencias mínimas de racionalidad para el desarrollo de sus actuaciones y procedimientos, la regla del agotamiento de la vía administrativa tiene cierto nivel de razonabilidad.

2. Consideraciones constitucionales para una adecuada interpretación de la regla del agotamiento de la vía administrativa

Por sí misma, la existencia de la regla del agotamiento de la vía administrativa sustenta una situación contradictoria con los derechos constitucionales a la tutela judicial efectiva y al acceso a la justicia, en la medida que obstaculiza y difiere el acogimiento de una pretensión contra alguna actividad de la administración. Sin embargo, presentando rango constitucional tanto la regla como estos derechos, deben ser objeto de algunas precisiones e interpretaciones que permitan la

supervivencia de ambas figuras y armonicen, sin afectar irrazonablemente los derechos humanos en juego.

Es lógico, que de ninguna manera la regla del agotamiento previo de la vía administrativa deba conducir a que se detenga o se demore hasta el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva. Admitir esto afecta el núcleo esencial de los derechos constitucionales antes mencionados.

Como hemos mencionado no se puede perder de vista que dicha exigencia debe sustentarse en ciertos estándares mínimos que deben reunir las entidades de la Administración Pública: contar con vías eficientes para solucionar las peticiones de los ciudadanos. En tal sentido, parecería que –dentro de un estado democrático, las obligaciones de las entidades administrativas de procedimentalizar eficientemente sus decisiones, y respetar el debido procedimiento, son necesarios fundamentos de la obligación ciudadana de agotar la vía administrativa.

Ahora bien, si se produjera este presupuesto necesario, el agotamiento de la vía administrativa actuaría también en beneficio del individuo en la medida ya que un eficiente funcionamiento del sistema jurídico administrativo, le garantizaría una pronta reparación o reconocimiento de su situación jurídica.

2.1. La regla presupone la existencia de una vía administrativa idónea y eficaz

Como hemos anotado ya, consideramos que la carga de agotar la vía administrativa supone que tales vías gubernativas (recursos administrativos) sean eficaces y cuenten con disponibilidad efectiva en el caso concreto. Por ello, determinar la vigencia de la regla exigibilidad de agotar la vía administrativa, implica no solo apreciar la existencia formal de recursos admisibles, sino también evaluar el subsistema jurídico-administrativo para apreciar la idoneidad y eficacia de la vía. En virtud de ello, por ejemplo, si la vía administrativa no resulta idónea ni eficaz, no será necesario exigir su agotamiento para acudir a la competencia del Poder Judicial y proteger el caso específico de vulneración de los derechos humanos que se aprecia.

En otras palabras, en cada caso concreto, debe enjuiciarse los alcances de la regla del agotamiento de los recursos apreciando y valorando la idoneidad y eficacia del procedimiento administrativo, la imparcialidad de las autoridades, el reconocimiento del derecho de defensa y del debido procedimiento.

Por la calidad de idónea, la vía administrativa, cuyo objeto sea apta para permitir el reconocimiento de la situación jurídica solicitada por el administrado a la Administración. Mientras, que la calidad de eficaz, significa que la vía sea operativa, vigente y actual. Siguiendo este criterio, por ejemplo, la jurisprudencia argentina ha podido establecer la inoperancia de la regla, cuando su exigencia constituya un ritualismo inútil para el administrado, por importar una carga excesiva o inútil para sus intereses. Así, se puede considerar que no resulta admisible la exigencia de esta regla, cuando sobre el mismo caso, la Administración ha rechazado innumerables reclamaciones anteriores a los administrados, cuando se trate de cuestionar acciones administrativas que constituyen la asunción de una política estatal, cuando se trate de procedimientos administrativos que no conducen a obtener una decisión administrativa sino solo un parecer o pronuncia-

¹ Artículo 1996º inciso 3) del Código Civil.

² Código Procesal Civil, artículos 446º inciso 5 y 451º inciso 5)

miento no vinculante, o cuando los procedimientos administrativos disponibles tengan un objeto distinto al que se buscaría ante el poder judicial.

En principio, esta judicatura ha vinculado sabiamente la exigibilidad de la vía previa administrativa, con la eficacia que la misma brinda a los derechos e intereses del ciudadano. De este modo, la judicatura valora la exigibilidad de esta regla, cuando la vía administrativa previa sea eficaz para el objetivo pretendido por el administrado, como por ejemplo, anular la decisión administrativa (contencioso), restaurar un derecho conculcado (amparo), obtener una información (habeas data). Pero no sólo, si la vía administrativa sea eficaz jurídicamente, sino si en la práctica se puede apreciar la viabilidad de la medida. En esta vía, se ha configurado la tesis del rechazo del agotamiento de la vía administrativa, cuando el juez aprecie la ineficacia cierta, o la apariencia de improbabilidad de la vía administrativa, de modo tal, que se constituya en un ritualismo inútil para los administrados. Por ejemplo, se ha validado la inexigibilidad del agotamiento de vía administrativa, cuando existan numerosos procedimientos administrativos con pretensiones idénticas hayan sido rechazados por la administración, o cuando se trate de medidas dispuestas directamente por la Administración como política de estado.

2.2. La interpretación de la regla debe ser restrictiva para garantizar la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva

Por definición, debe armonizarse el interés público que representa la vía previa, con el derecho al acceso pronto a la tutela jurisdiccional, cuidando que razones formales de la Administración no induzcan a su postergación irracional o su perjuicio. En este aspecto, la Ley No. 27584, que regula el proceso contencioso administrativo, ha dado un paso importante, al acoger explícitamente el principio pro actione, o de favorecimiento del proceso, por el cual “el juez no podrá rechazar liminarmente la demanda en aquellos casos en los que por falta de precisión del marco legal existía incertidumbre respecto del agotamiento de la vía previa” (artículo 2 numeral 3).

En esta materia ha sido la judicatura la que ha desempeñado un rol fundamental para delimitar esta regla a aquellos supuestos en que no se afecte los derechos constitucionales señalados.

Como la propia judicatura suprema española establece, haber acogido la figura del agotamiento de la vía administrativa importa un obstáculo al “derecho al proceso o a la jurisdicción”, cuya exigibilidad o “legitimidad constitucional debe ser examinada atendiendo a las perspectivas de cada caso concreto, habiendo de señalarse en línea de principio que el obstáculo del acceso al proceso deberá obedecer a razonables finalidades de protección de bienes e intereses constitucionalmente protegidos y que deberá guardar una notoria proporcionalidad con la carga de diligencia exigible a los justiciables”, agregando que “la reclamación administrativa previa se justifica, especialmente, en razón de las especiales funciones y tareas que la Administración tiene encomendadas por el ordenamiento constitucional. Retrasa, indudablemente, el acceso a la jurisdicción, pero, al estar debidamente justificada, no es una exigencia contraria al derecho de tutela judicial efectiva” (STC 158/1987, del 20.OCT.87 y 206/1987 del 21.DIC.87).

Contrariamente a lo que a priori parece entenderse, la exigencia de agotar la vía previa debe ser interpretada restrictivamente, ya que

restringen derechos fundamentales de acceso a la justicia. Actuar de otro modo sería afecta la vigencia de tales derechos y favorecer una prerrogativa estatal de manera irreflexiva. A su turno, las causales de admisibilidad de las demandas judiciales deben ser apreciadas con flexibilidad por así adecuarse a la interpretación pro homine.

2.3. El agotamiento de la vía administrativa presenta un inconveniente tratamiento jurídico fragmentario

El tratamiento jurídico dispensado al agotamiento de la vía administrativa, dista de ser sistemático y uniforme. Por una parte, tenemos una declaración general de las causales de agotamiento de la vía administrativa en la Ley del Procedimiento General, diversos supuestos de agotamiento en normas administrativas sectoriales (regionalización, municipalidades, universidades, etc.); por la otra, tenemos la recepción, las formas y excepciones, disgregados en los regímenes de los procesos judiciales respectivos (amparo, contencioso administrativo, cumplimiento, habeas data, etc.)

La situación descrita conlleva a un error de apreciación constitucional que ilustraremos con el régimen del agotamiento de la vía previa en el amparo. Cuando se analiza esta figura, suele considerarse que la regla general es la exigibilidad del agotamiento de la vía administrativa (artículo 27) y las excepciones, constituyen las circunstancias límites y particulares, en las que se acepta la relevación de la exigencia del agotamiento. Ciertamente esta posición no es la más adecuada, ya que si apreciamos el tema desde la perspectiva constitucional, es la regla del agotamiento de la vía, las excepciones (contenidas en el artículo 28 de la Ley) son las consagraciones positivas de los derechos constitucionales del acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva,

De ahí entendemos que la interpretación restrictiva deberá producirse sobre la regla del agotamiento, y no sobre las excepciones a la misma.

2.4. La exigencia de agotamiento de la vía administrativa se refiere exclusivamente a los actos administrativos

En el mismo orden de ideas expuestas anteriormente, la exigencia de agotar la vía administrativa es aplicable cuando los administrados desean contestar actos administrativos que califican como lesivos a sus derechos o intereses, mas no esta concebido para otros tipos de actuaciones de la Administración. Así acontece, por cuanto la regla de la vía previa, ha sido estructurada para favorecer la ejecutividad de las decisiones administrativas. Como se sabe si cualquier administrado desea contestar un reglamento, no esta sujeta al deber de agotar ninguna vía administrativa. En igual sentido, cuando un administrado desea contestar actos de administración, o vías de hecho.

2.5. La regla del agotamiento de la vía administrativa es innecesaria cuando se cuestiona la constitucionalidad de la Ley

Cuando el acto administrativo que se va a cuestionar en sede judicial, se funda en la aplicación directa de una ley, cuya inconstitucionalidad también será objeto de apreciación jurisdiccional, es innecesario exigir el agotamiento de la vía administrativa. En este caso el reclamo administrativo previo no es indispensable para habilitar la vía judicial, por cuanto el planteamiento de la inconstitucionalidad

no es competencia de la autoridad administrativa, siendo más bien, para él, imperativa su aplicación dado el principio de legalidad administrativa³.

2.6. ¿El agotamiento de la vía administrativa es un privilegio disponible del Estado?

Uno de los temas que se debate en la doctrina es la posibilidad de la renuncia por parte del Estado al privilegio del agotamiento de los recursos administrativos. En otras palabras, apreciar si el Poder Judicial puede conocer un caso que no había sido ventilado en la vía administrativa o, habiéndose iniciado dicha vía, no se había cumplido con agotarla, pero la Administración, abiertamente, declaraba que sometía el diferendo a las reglas de la jurisdicción.

En principio se podría pensar que como la regla del previo agotamiento de los recursos administrativos se ha establecido en provecho del Estado, en esta medida, es renunciable por el Estado interesado en hacerla valer.

La renuncia a la regla del agotamiento puede ser expresa o tácita; en este último caso, la renuncia ocurre cuando la dependencia interesada asume una actitud incompatible con hacerla valer o no la opone oportunamente. Así podría acontecer que se produzca la renuncia de manera tácita y hasta inadvertida, cuando la dependencia demandada invoca el no-agotamiento de modo extemporáneo. De este modo, las dependencias del Estado pueden renunciar válidamente a exigir que se hayan agotado los recursos administrativos para que el Poder Judicial puedan llegar a conocer de un caso.

A diferencia de otros ordenamientos que vía interpretación constitucional, permiten la renuncia a este privilegio, el diseño legal nacional no lo permite. Así sucede, por cuanto el juez tiene el deber de apreciar de oficio si se ha agotado la vía administrativa, como causal de admisibilidad de la demanda, y cuando así no ha ocurrido, deberá rechazarla directamente.

3. Las situaciones jurídicas aptas para agotar la vía administrativa

Las causales para alcanzar el agotamiento del debate en la sede administrativa son taxativas y de orden público, por lo que operan automáticamente sin necesidad que el texto de la propia resolución administrativa final declare expresamente que con su emisión ha operado el agotamiento de la vía, conforme lo ha establecido la jurisprudencia nacional (Ejecutoria suprema de 10.AG.84., publicada en el Diario Oficial El Peruano el 08.OCT.84; Expediente N° 752 84 LIMA)⁴.

La clausura del debate en sede administrativa es producida cuando el procedimiento ha llegado a conocimiento del funcionario superior con competencia para decidir respecto de la causa, aunque exista aun otro nivel más alto en la jerarquía de la respectiva organización administrativa. Es prescindible obtener una decisión de la cumbre de

la jerarquía administrativa para propiciar el agotamiento de la vía, ya que lo trascendente es debatir el tema lo suficiente para permitir a la Administración ejercer su potestad de autocorrección e incurrir en alguna de las causales previstas por la legislación.

Las causales para plantear el agotamiento de la vía derivan de:

- La ubicación organizacional del órgano emisor del acto,
- Haber sido satisfecha la necesidad procesal de permitir a la Administración Pública revisar sus actos;
- Haber llegado el expediente a alguna especial circunstancia adversa al administrado que sea de difícil reversión.

Tenemos entre los primeros, los supuestos por los cuales agotan la vía las decisiones de los órganos ubicados en la cumbre de la organización administrativa (ej. Presidencia de la República, órganos autónomos o encargados de resolver conflictos cuasijurisdiccionales (ej. Tribunales administrativos). Entre los segundos, el agotamiento con la emisión de una segunda decisión administrativa y, por su parte, los supuestos de agotamiento de la vía inspirados en la circunstancia desventajosa del administrado, son los actos adversos expresos o tácitos provenientes de la segunda instancia administrativa, las declaraciones de nulidad de oficio, etc.

3.1. Resolución de autoridad que no reconozca superior jerárquico

"Artículo 218.2. Son actos que agotan la vía administrativa:

- a) *El acto respecto del cual no proceda legalmente impugnación ante una autoridad u órgano jerárquicamente superior en la vía administrativa o cuando se produzca silencio administrativo negativo."*

Una primera situación que determina el agotamiento de la vía administrativa se deriva de la particular estructura de la organización administrativa. Si la resolución proviene de una autoridad administrativa que cuya organización administrativa no dota de instancia jerárquicamente superior, es obvio, que será su decisión administrativa, la que agote la vía administrativa directamente.

En este supuesto, para el nivel del Gobierno Central tenemos las resoluciones adoptadas por cuatro tipos de autoridades: la Presidencia de la República, los Ministros de Estado, los máximos jefes de los organismos autónomos y de los organismos públicos descentralizados.

En el primer caso tenemos las Resoluciones Supremas emitidas por el Presidente de la República, como instancia inicial y única de algún procedimiento administrativo.

En el caso de los Ministros de Estado, cuando emiten sus Resoluciones Ministeriales, agotan por sí misma la vía administrativa, pues no cabe recurso de apelación ante el Presidente de la República, pues este no constituye una jerarquía administrativa ordinaria. Sólo cuando la ley exigiera expresamente la vía de la Resolución Suprema, la vía administrativa queda agotada con la expedición expresa o ficta de la correspondiente Resolución Suprema.

Este supuesto ha sido regulado expresamente en el artículo 2° del Decreto Supremo N° 021 84 PCM que sindicó a los Ministros

³ Esta tesis es acogida por nuestro Tribunal Constitucional, como se puede apreciar en la resolución recaída en el Expediente N° 1266-2001-AA/TC.

⁴ No obstante no ser determinante para el agotamiento, constituye un deber de la administración informar al administrado -en la notificación- de aquel acto que da por agotada la vía administrativa (Ley N° 27444).

como emisores de "Resoluciones Ministeriales que constituyen la máxima instancia administrativa, salvo en los casos en que la ley exige Resolución Suprema o cuando por leyes especiales existen Tribunales o Consejos Administrativos cuyas decisiones por disposición de los mismos, constituyen la máxima instancia administrativa".

En el caso de los organismos autónomos constitucionales, la situación es idéntica: agotan la instancia administrativa el acto emitido por el jerarca de las siguientes instituciones: Banco Central de Reserva, Contraloría General de la República, RENIEC, ONPE, etc.

Finalmente, las decisiones de los máximos jefes de los organismos públicos descentralizados también agotan la vía administrativa por sí mismos. Así sucede, por ejemplo, con la SUNAT, INDECOPI, SENASA, IPD, etc. Los organismos públicos descentralizados son manifestaciones del esquema organizacional de la administración descentralizada institucional por la que se reparte capacidad de decisiones entre diversos entes públicos, reconociendo la existencia de organismos o entes con personificación propia, sin estar sometidos, en el ejercicio de sus competencias, al control o tutela de los órganos superiores de los cuales se desprende la competencia.

Algunas veces se confunde la relación de jerarquía, que existe entre los órganos de una misma entidad, con la relación de tutela, que es la subsistente entre el Ministerio con los organismos públicos descentralizados de su sector. La relación de tutela es la relación establecida entre dos organismos por el cual, el primero puede puntualmente intervenir en la gestión de otra, autorizando o aprobando sus actos, fiscalizando sus servicios o supliendo sus omisiones, en función de detentar intereses propios de mayor extensión comprensivos de los del confiados al tutelado. Pero a diferencia de la jerarquía administrativa, es una relación puntual, limitada y estrictamente con apego a su base legal.

Como bien expresa Caballero Sierra, "una diferencia fundamental entre la jerarquía y la tutela se encuentran en el sistema de los recursos de apelación o de alzada contra los actos del inferior para ante el superior. Esto así indica que la potestad última de decisión se encuentra siempre en los órganos que ocupan la cúspide de la jerarquía. (...) La tutela no admite en rigor de verdad recursos de apelación para ante el tutor. La jerarquía siempre supone la prelación o la revocatoria directa, y la recíproca también resulta válida al decir que donde haya recurso de apelación o de revocatoria directa en sede administrativa, siempre hay jerarquía"⁵.

En suma, los Sectores no son instancia jerárquicamente superior de los actos decididos por los organismos públicos descentralizados.

3.2. Resolución administrativa expresa o silencio administrativo producido en segunda instancia

"Artículo 218.2. Son actos que agotan la vía administrativa:

- b) *El acto expedido o el silencio administrativo producido con motivo de la interposición de un recurso de apelación en aquellos casos en que se impugne el acto de una autoridad u órgano sometido a subordinación jerárquica.*"

⁵ CABALLERO SIERRA, Gaspar. "El control administrativo. La jerarquía y la tutela". En Colectivo: La protección Jurídica de los Administrados. Bogotá: Ediciones Rosaristas, 1980.

En principio, la forma natural como queda dilucidado el procedimiento administrativo es con la obtención de un segundo parecer de la organización estatal a cargo del funcionario superior que en vía de recurso, conoce y resuelve la controversia generada por la decisión primigenia de un subalterno. Con la aplicación de esta causal, el procedimiento administrativo ordinario queda sujeto sólo a dos instancias y el recursal se limita a una.

En buena lógica, sólo la decisión estable proveniente de alguna autoridad superior administrativa es la que puede ser contradicha ante el Poder Judicial, por ello, la legislación impone a los administrados la necesidad de provocarla mediante el recurso de apelación.

De tal suerte, cuando un funcionario inferior en la escala administrativa dicta un acto jurídico agravante para los intereses de algún administrado, le corresponde recurrir mediante apelación ante el superior jerárquico, con el objeto de obtener –en esa segunda instancia– una decisión favorable a su pretensión. Si el superior ratifica la decisión del subalterno, es contra esta nueva decisión que corresponde intentar la acción contencioso administrativa.

Cabe anotar respecto a este particular que la jurisprudencia ha establecido como insuficiente para considerar agotada la vía por esta causal, si se trata de una segunda decisión expedida por un mismo funcionario absolviendo un recurso de reconsideración (Ejecutoria Suprema de 20.NOV.91, publicada en el Diario Oficial del 04.AB.92; Expediente N° 1153 91 LIMA) así como la decisión del superior obtenida al resolver una queja contra un funcionario (Ejecutoria Suprema de 20.MAY.92 publicada en el Diario Oficial El Peruano de 21.JUL.92, Expediente N° 88 91 LIMA)

Merece comentarse el contenido que la decisión del procedimiento recursal debe reunir para poder considerar agotada la vía administrativa. Tal decisión puede mostrar un contenido confirmatorio de la resolución recurrida, su revocación total o parcial en beneficio del recurrente, o, también, una modificación en agravio del recurrente (conocido en la doctrina como "*reformatio in peius*").

En particular, es necesario definir si el interesado puede dar por agotada la vía administrativa con esa segunda resolución (no obstante serle más desfavorable que la primera o si contiene una revocatoria parcial en su beneficio) o debe aún recurrir otra vez contra el segundo acto que decidió el procedimiento recursal. Por ejemplo, si se recurre de una multa y la segunda decisión la modifica reduciendo su monto o revocándola se impone la clausura de la actividad, o en el caso de un procedimiento administrativo donde se resolvió primero una suspensión y luego en vía de recurso se aplica una destitución del servicio, etc.).

Cajarville⁶, en su trabajo sobre recursos administrativos, plantea claramente el tema afirmando la existencia de tres soluciones posibles:

- Una solución formal, según la cual la vía administrativa se agota mediante la interposición y decisión de los recursos correspondientes cualquiera sea el contenido del acto que se trate, resueltos los cuales, queda agotada la secuencia, sin importar para este efecto cuál sea su contenido.

⁶ CAJARVILLE PELUFFO. J.P. Recursos Administrativos. p. 100.

- Una solución material, por la cual atendiendo al contenido propio del acto que resuelve el recurso habría que impugnar la segunda decisión ya que se ha creado una nueva expresión de voluntad sustituta de la primera que no ha sido recurrida o cuestionada.
- Una solución intermedia atenuando la anterior, por la cual se entendería que se ha agotado la vía sobre el extremo ratificado (por ejemplo, si se reduce el monto de la multa), pero no sobre los otros aspectos innovados.

Coincidiendo con Cajarville⁷, consideramos que la solución material –aunque teóricamente válida– “dilapida tiempo y esfuerzos de la Administración y del interesado, sin proporcionar con ello mayores garantías. Por el contrario, puede llevar a una sucesión de recursos en cadena, que sirva tan solo para postergar el acceso al amparo jurisdiccional”.

Adversamente, la tesis formal “sin afectar de ninguna manera las potestades de la Administración, y asegurando al interesado el acceso a la jurisdicción en un lapso menor, encuentra su fundamento en la propia razón de ser de la regla del agotamiento de la vía administrativa, que consiste en imponer el control jerárquico o tutelar como instrumento de unidad en la gestión y en provocar la revisión de lo actuado antes de comprometer los intereses administrativos y privados en las contingencias de un litigio, ambos fines se cumplen con la resolución de los recursos interpuestos, cualquiera sea el contenido de la decisión que recaiga”.

La legislación uruguaya (artículo 36º del Decreto Ley Nº 15524) tratando expresamente este tema lo define señalando:

“La reforma o revocación parcial no hará exigible una nueva impugnación en vía administrativa. No habrá reposición de reposición. Tampoco será exigible otra impugnación administrativa al tercero, eventualmente agraviado en su derecho o interés directo, por la revocación parcial o la reforma del acto originario objeto de tal decisión expresa de los recursos”⁸.

3.3. Resolución administrativa expresa de tercera instancia (recurso de revisión)

“Artículo 218.2. Son actos que agotan la vía administrativa:

- c) El acto expedido o el silencio administrativo producido con motivo de la interposición de un recurso de revisión, únicamente en los casos a que se refiere el artículo 210 de la presente Ley.”

El recurso de revisión es el medio impugnativo excepcional procedente contra actos administrativos firmes emanados de las entidades descentralizadas del poder, que es interpuesto ante una tercera autoridad gubernativa encargada de su tutela, para que con criterio unificador revoque, modifique o sustituya el acto administrativo recurrido. Es oportuno denotar que su interposición no es optativa sino constituye un recurso indispensable para agotar la vía, cuando nos encontramos ante una estructura descentralizada sujeta aún a tutela estatal.

Procede contra actos administrativos firmes atendiendo al objetivo de continuar la verificación de la legalidad de las actuaciones de las autoridades subalternas. Su empleo se ubica con posterioridad a la apelación y, siempre que tal instrucción y decisión hubiesen estado a cargo de funcionarios sujetos a tutela por otro estamento del poder público.

Como se puede advertir, el recurso de revisión encuentra su ambiente natural en aquellas estructuras organizacionales que han seguido técnicas de descentralización y desconcentración territorial creando dependencias con competencias sujetas a tutela a cargo de otros funcionarios con autoridad de nivel nacional. En estas estructuras, el recurso de revisión habilita al ciudadano activar el control de tutela que compete ejercer a los niveles nacionales sobre autoridades desconcentradas, quienes pertenecen a su ámbito de poder. La relación típica que da ocasión para la presencia del recurso de revisión es la que se presenta entre entes subregionales o regionales respecto de las autoridades nacionales sectoriales.

El fundamento para esta revisión es el ejercicio de la tutela administrativa que la legislación encarga a algunas entidades públicas sobre otras, reconociendo en tales casos la necesidad de reservar un poder limitado para que sin dirigir a las entidades tuteladas, les sea facultado revisar, autorizar o vetar las decisiones de los órganos superiores de entidades descentralizadas, con miras de preservar y proteger el interés general.

En nuestro Derecho, todas las administraciones descentralizadas, independientemente de su ubicación geográfica (incluso las entidades domiciliadas en la Capital de la República) quedan sometidas a tutela administrativa por parte de autoridades con competencia nacional (Sectoriales).

En este orden de ideas, interpuesto el recurso de revisión, la autoridad de competencia provincial o regional tendrá que remitir el expediente objeto del recurso a la dependencia superior con competencia nacional (generalmente Ministerio) para que ejerza tutela sobre su decisión.

Lógicamente cuando la aplicación de políticas descentralizadoras del poder público conlleva crear estamentos con nivel autónomo intenso sin tutela nacional en lo administrativo (por ejemplo, organismos constitucionalmente autónomos), el espacio que ocupa el recurso de revisión desaparece, quedando sólo los recursos jerárquicos internos dentro de la entidad autónoma y la posibilidad de solicitar la revisión exclusivamente ante las autoridades judiciales.

No debemos perder de vista que la descentralización administrativa admite dos vertientes: la vertiente de descentralización territorial donde se crean entes con competencias zonales o focalizadas en áreas territoriales específicas (regionales, subregionales, provinciales, municipios, etc.) y la vertiente descentralizadora institucional o funcional, donde se generan entidades estatales con competencia especializada sobre determinadas materias con nivel nacional sin alcanzar connotación territorial (organismos públicos descentralizados o sistemas).

Tal dicotomía resulta importante para comprender la existencia, al margen de la regulación de las normas generales, de procedimientos administrativos especiales que consideran bajo el nombre de “recurso de revisión” medios impugnatorios que activan la tutela del Estado

⁷ CAJARVILLE PELUFFO. J.P. Op. cit.

⁸ CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho Administrativo, tomo II. p. 364.

sobre entes descentralizados pero cuya competencia no puede calificarse de local o nacional sino más bien institucional o especializada. Por ejemplo, tenemos el caso de los recursos de revisión contra decisiones firmes para acceder como última instancia a los Consejos de Asuntos Contenciosos de la Asamblea Nacional de Rectores, de Minería, sobre Contratos Públicos, al OSIPTEL y a la Superintendencia de Servicios de Saneamiento.

En estos casos especiales, el recurso de revisión resulta incorporado a estructuras descentralizadas no de tipo territorial sino institucional, o funcional permitiendo seguir promoviendo el control de la legalidad de la actuación pública a través de la tutela a que se encuentran sujetos entes descentralizados del Poder (universidades, organismos de minería, servicios públicos, etc.)

3.4. Silencio administrativo producido en segunda instancia o tercera instancia, según el caso

El tercer supuesto opera a través de la figura del silencio administrativo durante el procedimiento recursal, esto es, en la segunda instancia.

En los procedimientos seguidos ante una segunda instancia donde se da oportunidad a la autoridad superior para revisar el fallo del subalterno desempeñando sus facultades inherentes de control jerárquico, y, lógicamente, la eventual pasividad en que incurra en desempeñar su rol no puede perjudicar al administrado postergando su acceso a la tutela judicial efectiva. Como puede apreciarse de la propia lectura de la norma, cuando se da ocasión para el silencio administrativo en algún procedimiento seguido ante órganos inferiores actuando como primera instancia, su consecuencia es habilitar al particular para considerarse tácitamente denegado o aprobado.

En tal momento, la denegatoria o aprobación no clausura el procedimiento administrativo sino que da lugar a la interposición del recurso de alzada correspondiente, con cuya tramitación y decisión recién puede quedar agotada la vía. (Ejecutoria Suprema de 23.JUL.93, publicada en El Peruano 09.NOV.93; Expediente N° 2173 92 PIURA).

3.5. Revocación o anulación de oficio de resoluciones administrativas

"Artículo 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."

Otro supuesto de clausura del debate en sede administrativa ocurre cuando una autoridad administrativa superior *motu proprio* o a instancia de parte, anula una resolución anterior emitida por una autoridad jerárquicamente inferior. Ello obedece a que en dicho caso, al anular el acto administrativo, un funcionario superior ha expresado ya su parecer sobre una decisión anterior de sus subalternos, obteniéndose de este modo una segunda opinión en la misma sede.

Por nuestra parte consideramos que esta situación es susceptible de encontrarse incurra como agotamiento de la vía, por cuanto su naturaleza y fines son los mismos que el caso de las resoluciones consentidas.

3.6. Resolución de Tribunales y Consejos Administrativos regidos por leyes especiales

"Artículo 218.2. Son actos que agotan la vía administrativa:

- e) Los actos administrativos de los Tribunales o Consejos Administrativos regidos por leyes especiales."

Existen organismos de conformación colegiada con facultad de decisión en última instancia administrativa sobre cuestiones contenciosas, y que en resguardo de su autonomía se encuentran sometidos exclusiva y directamente a un ulterior control jurisdiccional por parte del Poder Judicial.

- Tribunal Superior de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas.
- Tribunal Fiscal,
- Consejo de Minería,
- Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOP,
- Tribunal Nacional del Deporte,
- Consejo de Asuntos Contenciosos de la Asamblea Nacional de Rectores,
- Junta de Vigilancia de Registros Públicos,
- Consejo del Notariado (procedimiento disciplinario notarial),
- Tribunales de los organismos reguladores (SUNASS, OSIPTEL, OSINERG, OSITRAN, etc.)
- Tribunal de COFOPRI

Tales organismos por ubicarse fuera del modelo organizacional jerarquizado y tener la facultad por sí mismos para agotar la vía administrativa, resolviendo controversias configuran un supuesto particular dentro de la Administración Pública nacional.

3.7. La interposición de recurso de reconsideración contra actos que ya agotaron la vía administrativa

Cuando el administrado ha obtenido de la autoridad una decisión expresa adversa que se encuentra consagrada por la legislación como causal de agotamiento de la vía, se encuentra en condiciones para transferir el debate al fuero judicial emplazando ahí a la Administración Pública. Tal es el principio general. Pero nada impide que si el administrado no lo hubiese empleado anteriormente, promueva en la misma sede administrativa el recurso de reconsideración, como último intento procesal en la secuencia gubernativa para obtener un pronunciamiento a su favor, sin que ello signifique renunciar a la posibilidad de efectuar luego un cuestionamiento en sede judicial.

Particularmente esta alternativa puede presentarse, y, mas aún, es la única posibilidad de impugnación en sede administrativa, cuando se trate de Resoluciones Supremas dictadas inaudita parte (sin dar audiencia al interesado) por el Ejecutivo o de resoluciones que por su propia naturaleza agotan la vía, emitidas por organismos no sujetos a subordinación jerárquica (Superintendencia de Banca y Seguros, Banco Central de Reserva, etc.). Como es obvio en estos casos resulta inviable otro recurso administrativo de alzada por cuanto la estructura estatal no considera sobre tales autoridades algún superior jerárquico. Eso sí, creemos que no puede exigirse como obligatoria la interposición de la reconsideración, ya que conforme a su naturaleza, se trata de un recurso opcional.

Precisamente este último supuesto ha sido tratado en el artículo 218.2. literal a) de la Ley No. 27444, cuando expresa:

“Son actos que agotan la vía administrativa:

- a) *El acto respecto del cual no proceda legalmente impugnación ante una autoridad u órgano jerárquicamente superior en la vía administrativa o cuando se produzca silencio administrativo negativo, salvo que el interesado opte por interponer recurso de reconsideración, en cuyo caso la resolución que se expida o el silencio administrativo producido con motivo de dicho recurso impugnativo agota la vía administrativa.”*

En todos estos casos, coincidimos con Cassagne⁸, en señalar que el efecto fundamental de este ejercicio es la suspensión del curso de los plazos para demandar al Estado en la sede judicial (acción contencioso administrativa o amparo)

3.8. Alcance personal del agotamiento de la vía administrativa

Aspecto controvertido en la doctrina es el alcance personal del agotamiento de la vía administrativa ya obtenido. Esto es si dicho agotamiento beneficia sólo al recurrente que promueve el acto que causa estado (carácter subjetivo) o si puede aprovechar a todos aquellos sujetos que no habiendo impugnado administrativamente el acto gubernativo, también se encuentren afectados por él. La doctrina extranjera se ha pronunciado porque la calidad del agotamiento de la vía administrativa debe ser alcanzada por el mismo administrado que desee plantear ulteriormente su revisión judicial, de tal suerte, que corresponderá recurrir del acto administrativo a todos y cada uno de los interesados que se propongan llevar luego al Estado a la vía judicial y, recíprocamente, sólo quedará habilitado para hacerlo a quien se dirija el respectivo acto que causa estado.

En el sistema español de recursos administrativos no es posible aprovechar recursos ajenos. No es posible que un interesado no impugne en alzada un acto administrativo, lo deje firme, y después, cualquiera que sea el tiempo transcurrido, comparezca en un recurso de alzada ajeno, interpuesto en tiempo y aún no resuelto, y pretenda con ello, ante el silencio de la Administración, que ha agotado la vía administrativa como requisito para acceder a los tribunales. El agotamiento de la vía administrativa es un requisito subjetivo y no objetivo, es decir, una persona puede haberla agotado y otra no, y la que no lo ha hecho no puede aprovecharse indebidamente de la diligencia ajena.

4. Carga de la prueba del agotamiento de la vía previa

La noción de prueba cumple un rol fundamental en el proceso de

acceso a la justicia por actos lesivos cometidos por la administración, por cuanto permite que la decisión sobre el agotamiento o no de la vía previa sea motivada en hechos reales y verificables.

En principio cabe señalar que los procesos judiciales previstos para controlar los actuaciones administrativas no están presididos por el principio dispositivo sino que se atribuye a la instancia del Poder Judicial apreciar de oficio acerca de si se han agotado los recursos administrativos, conforme aparezca del expediente y de la demanda. Para dicho efecto, el juez procede del modo siguiente:

- Analiza de oficio la información proporcionada por el demandante acerca de la forma y manera en que se agotó la vía administrativa, o sobre la existencia de alguna de las excepciones que son admisibles, para no transitar por la vía administrativa.
- De ser esa información insuficiente para formar convicción sobre el tema, el juez está facultado para solicitar informaciones previas al demandante, sin que ello signifique prejuzgar sobre la decisión que en definitiva adopte sobre la admisibilidad.

Desde la perspectiva doctrinaria, no existe una carga exclusiva hacia alguna de las partes del proceso, sino mas bien la opción es su distribución entre las mismas según las posibilidades reales de hacerlo, atendiendo al criterio de onus probandi incumbit actore, y que en términos generales corresponden, en principio, a lo siguiente:

- a) Compete al Estado, deducir la excepción de no agotamiento de la vía administrativa, en caso que hubiese correspondido hacerlo; y, en caso que se alegue algunas de las excepciones, probar la existencia y efectividad de las vías de reclamación que no han sido utilizados.
- b) Compete al demandante, de acuerdo al caso concreto: a) afirmar y probar que agotó la jurisdicción nacional; o, b) probar que se encuentra incurso en alguna de las causales exoneratorias para no transitar la vía administrativa.

Por tanto la carga de la prueba sobre el agotamiento de la vía administrativa admite un cierto grado de distribución, pues si el demandante afirma haberlos agotado, deberá señalar la manera en que lo realizó. En cambio, si es el gobierno el que alega la falta de agotamiento, tendrá a su cargo el señalamiento de los recursos por agotarse idóneos y eficaces que no han sido empleados.

Una vez que la entidad ha probado la disponibilidad de la vía administrativa, la carga de la prueba se traslada al reclamante que deberá entonces, demostrar que alguna o varias de las excepciones contempladas en el ordenamiento son aplicables.