



Juan Carlos Morón Urbina<sup>(\*)</sup>

# El **Proceso Contencioso de Lesividad**: Catorce años después de su incorporación en el derecho peruano<sup>(\*\*)</sup>

*The contentious process of declaration of detrimental to public  
interest: Fourteen years after its incorporation in Peruvian law*

*“(…) Más sorprendente todavía es que la existencia de la institución haya sido comúnmente calificada por la misma doctrina de privilegio de la Administración, deduciéndose para una buena parte de nuestros autores la necesidad de acabar con él, pero obsérvese que no para restablecer en la materia el sistema de la decisión administrativa previa, sino para hacer definitivamente irrevocables, a instancia de la administración, los actos administrativos, tanto de oficio como en vía judicial. (...) Frente a esta calificación del sistema, nuestra propia postura es precisamente la opuesta: el recurso de lesividad no contiene ningún privilegio para la administración, sino que, por el contrario, implica un verdadero despojo de una cualidad esencial de su status y la reducción de la misma a un régimen inferior al de los propios administrados, inferior al que le correspondería en el sistema de derecho privado a los simples particulares”.*

Eduardo García de Enterría

**Resumen:** El presente artículo explica el proceso contencioso de lesividad a partir de la naturaleza jurídica de éste. Así, el autor menciona que el fundamento del proceso de lesividad ha sido en nuestro derecho la pervivencia de la tutela administrativa de la legalidad y del interés público pero limitando la autotutela, la exigencia de convicción en la autoridad para perseguir la anulación de un acto y garantizar el debido proceso del administrado favorecido con el acto.

**Palabras clave:** Proceso - Contencioso de Lesividad - Tutela Administrativa - Debido Proceso - Legalidad - Interés Público - Autotutela del Derecho Público

---

(\*) Abogado por la Universidad San Martín de Porres. Maestría en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Directivo de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo, miembro de la Sociedad Peruana de Derecho de la Construcción y miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Profesor en diversos cursos de Derecho Administrativo a nivel de pregrado y postgrado en la Facultad de Derecho de la PUCP, Universidad ESAN, Universidad de Piura y Universidad San Martín de Porres. Socio Principal del Estudio Ehecopar.

(\*\*) Nota del Editor: El artículo fue recibido el 1 de junio de 2015 y aprobada su publicación el 30 de junio del mismo año.

## El Proceso Contencioso de Lesividad: Catorce años después de su incorporación en el derecho peruano

*The contentious process of declaration of detrimental to public interest: Fourteen years after its incorporation in Peruvian law*

**Abstracts:** This article explains the contentious process of harmfulness. Thus, the author mentions that the foundation of the process of harmfulness has been on our right the survival of the Administrative security of the legality and the public interest but limiting the self-enforcement, the requirement of belief in authority to pursue the annulment of an administrative act and to ensure the due process of law is being administered.

**Keywords:** Process - Harmfulness Litigation - Administrative Scrutiny - Due Process of Law - Legality - Public Interest - Self-Enforcement of Public Law

### 1. Nociones Generales

La relación jurídico procesal emblemática es la conformada por un administrado, que vulnerado en sus derechos o intereses legítimos acude ante el Poder Judicial para que previo proceso, determine la legalidad o no de una actuación administrativa determinada, entre otras pretensiones. A esta lógica respondió la regulación tradicional de nuestro derecho patrio hasta la vigencia de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo.

Sin embargo, en áreas temáticas especializadas fueron admitiéndose progresiva y pacíficamente una serie de supuestos en los que no era el administrado quien excitaba al pronunciamiento judicial con motivo de un acto administrativo afectivo, sino una entidad pública que considerándose afectada por alguna decisión administrativa recurría al Poder Judicial proponiendo su anulación. Innumerables fueron los casos de entidades que contendían con administrados por

la vigencia de actos que les favorecían, y de entidades que demandaban a otras que habían emitido actos a favor de uno u otro administrado<sup>(2)</sup>.

Por ello, una de las innovaciones resaltables desde el texto original de la Ley que regula el proceso contencioso administrativo (Ley 27584), fue el sinceramiento de dar lugar a esta figura, de la mano de la moderna legislación y derecho comparados<sup>(3)</sup>. Así, el texto del artículo 11 explicita:

“Artículo 11.- Legitimidad para obrar activa (...)

También tiene legitimidad para obrar activa la entidad pública facultada por ley para impugnar cualquier actuación administrativa que declare derechos subjetivos; previa expedición de resolución motivada en la que se identifique el agravio que aquella produce a la legalidad administrativa y al interés público, y siempre que haya vencido el plazo para que la entidad que expidió el acto declare su nulidad de oficio en sede administrativa”<sup>(4)</sup>.

Para sustentar esta inclusión en nuestro ordenamiento el Dictamen de la Comisión de Justicia del Congreso recaído en el proyecto de Ley afirmó que:

(1) “La doctrina de los actos propios y el sistema de la lesividad”.

(2) A nivel legislativo el caso más resonante de esta figura fue la competencia legal otorgada a la Oficina Nacional Previsional, para promover la nulidad judicial de pensiones otorgadas por la administración, que ciertamente por las innumerables críticas y diversos temas vinculados, no resulta precisamente un caso paradigmático de esta figura.

(3) La regulación de este proceso fue originada en el régimen normativo español, y acogido por innumerables países de América Latina, tales como Colombia, Costa Rica, Ecuador, México, Guatemala, Argentina, entre otros ordenamientos. Sobre la trayectoria de esta figura en España, puede leerse con provecho las siguientes publicaciones: Eduardo García de Enterría, “La doctrina de los actos propios y el sistema de la lesividad”, en *Revista de Administración Pública* 20, Año VII (Mayo-Agosto, 1956); Eduardo García de Enterría, “La configuración del recurso de lesividad”, en *Revista de Administración Pública* 15, Año V, (Setiembre-Diciembre, 1954); Jesús González Pérez, “La declaración de lesividad”, *Revista de Administración Pública* 2 (Mayo-Agosto, 1950), Vol. I; Jesús González Pérez, “El proceso de lesividad”, en *Revista de Administración Pública* 25, Año IX (Enero – Abril, 1958); y Aurelio Guaita, “El proceso administrativo de lesividad (El recurso contencioso interpuesto por la Administración)”, (Barcelona: Bosch, 1953).

(4) Actual artículo 13 del Texto Único Ordenado de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo aprobado por Decreto Supremo No. 013-2008-JUS.



## Juan Carlos Morón Urbina

“Sobre el pedido de nulidad de la administración pública de sus propios actos: es conocido en doctrina con el nombre de proceso de lesividad y la dirige contra los particulares que tuvieran interés en el mantenimiento del acto administrativo y que pudieran ser perjudicados por la eventual declaración de nulidad del acto administrativo que les había reconocido derechos subjetivos. Se trata de un proceso sucedáneo al procedimiento administrativo en la medida que se promueve cuando ha vencido el plazo para que la administración declare de oficio la nulidad en sede administrativa y por tal razón obviamente esta sujeto a ciertos requisitos de procedencia”.

Esta inclusión estuvo aparejada del establecimiento de toda una caracterización con requisitos, condiciones, y vías procesales particulares, que le hacen un verdadero proceso especial dentro del género contencioso administrativo. Desde esa fecha a la actualidad, han transcurrido catorce años, en la que la jurisprudencia nacional ha tenido ocasión de pronunciarse clarificando sus perfiles y confirmando su perspectiva.

### **2. El concepto del Contencioso Administrativo de Lesividad**

Para el profesor Parada, “el proceso de lesividad es un proceso que se sustancia a iniciativa de la Administración en pretensión de que sea anulado por la Jurisdicción Contencioso administrativa un acto declarativo de derechos de que aquella es autora. Lógicamente en ese proceso figura como demandado el titular del derecho o derechos reconocidos en el acto impugnado”<sup>(5)</sup>.

A su vez, uno de los principales analistas del proceso de lesividad, Guaita, define el proceso de lesividad como “(...) el proceso administrativo especial, promovido por un sujeto

jurídico administrativo, en demanda de que se revoque un acto administrativo de aquel mismo sujeto público. En cuanto al demandado, que ya identificamos en otro lugar de este estudio, tanto puede ser un particular como otro sujeto público. Lo decisivo, pues, en el proceso de lesividad es que la demanda proceda del mismo sujeto público que dicto el acto impugnado”<sup>(6)</sup>.

Para los juristas españoles contemporáneos Juan Santamaría y Luciano Parejo, “el denominado recurso de lesividad es el medio del que dispone la Administración autora de un acto declarativo de derechos para obtener su anulación, en provecho del interés general al que sirve, frente a la persona a favor del cual los derechos pueden ser reconocidos”<sup>(7)</sup>.

Como se puede apreciar todas estas definiciones mantienen notas tipificantes comunes para caracterizar a este proceso y que podemos sintetizar a continuación de la siguiente manera:

- Es un proceso contencioso especial, dentro del tronco común constituido por el proceso contencioso administrativo general <sup>(8)</sup>.
- El proceso es promovido a iniciativa de una entidad administrativa, quien aparece como demandante en el proceso.
- Este proceso está dirigido a obtener un pronunciamiento de la autoridad judicial

(5) Ramón Parada, *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común*, (Marcial Pons, 1993); 348.

(6) Aurelio Guaita, *El proceso administrativo de lesividad. El recurso contencioso interpuesto por la Administración*, (Bosch, 1953); 20.

(7) Juan Santamaría Pastor y Luciano Parejo Alfonso, *Derecho administrativo, La jurisprudencia del Tribunal Supremo*, (Centro de Estudios Ramón Areces); 383.

(8) Por tanto pertenece al género contencioso administrativo, y no es un proceso de nulidad de acto jurídico, como argumentan ciertas posiciones interpretativas, y, equivocadamente, ha acogido la Corte Suprema en algunos pronunciamientos, como por ejemplo en su sentencia de Casación recaída en el Expediente No. 2190-2001-LIMA.

## El Proceso Contencioso de Lesividad: Catorce años después de su incorporación en el derecho peruano

### *The contentious process of declaration of detrimental to public interest: Fourteen years after its incorporation in Peruvian law*

sobre la validez jurídica de una actuación administrativa anterior.

- La actuación administrativa debe haber sido producida por la propia entidad demandante, y ser favorable a un administrado, al cual le declara derechos.
- La actuación administrativa debe ser calificada por la administración como lesiva al bien común y contraria al ordenamiento jurídico.
- La imposibilidad jurídica que la autoridad autora del acto le pueda privar de su validez y efectos en sede administrativa (autotutela revisora restringida).

En suma, el contencioso por lesividad del Estado, es más que una simple inversión de roles entre una entidad y un administrado. Es precisamente un proceso judicial contencioso administrativo singular que inicia una autoridad administrativa para buscar promover la anulación en sede judicial de su propia actuación administrativo ya firme, y que ha otorgado o reconocido derechos e intereses a administrados.

### 3. La naturaleza jurídica del proceso

Dentro de la tendencia moderna del derecho administrativo de buscar el equilibrio entre las potestades administrativas y los derechos ciudadanos, el proceso contencioso de lesividad surge en el derecho público como un instrumento para buscar racionalidad y equilibrio entre el ejercicio necesario de la potestad de autotutela revisora de la propios actos de la administración y, los derechos a la tutela judicial efectiva de los administrados y a la seguridad jurídica.

Por una parte, tenemos la potestad por la cual la Administración posee la aptitud suficiente para cautelar de oficio sus propios

intereses sin necesidad de acudir a los tribunales (autotutela), una de cuyas manifestaciones precisamente es la autotutela revisora, que le permite controlar la legalidad de sus actuaciones y, en su consecuencia, determinar la anulación de oficio de sus propias decisiones, sea a causa de un vicio propio<sup>(9)</sup> o propiciado por los administrados. Por esta competencia, es que la Administración tiene en la anulación de oficio, el “instrumento de concreción de las consecuencias jurídicas atribuidas por el ordenamiento a los actos ilegítimos”<sup>(10)</sup>.

Pero por el otro, atendiendo a los excesos que pueden producirse en el ejercicio de la potestad anulatoria de actos en sede administrativa<sup>(11)</sup>, existe la sana tendencia legislativa de delimitar esta potestad, en aras de brindar mayor seguridad jurídica a los administrados para mantener la estabilidad de los derechos subjetivos administrativamente declarados. En este sentido, si bien se reconoce la responsabilidad de la Administración de controlar la legalidad de sus actuaciones, en tributo a las garantías ciudadanas se estructura un instituto procesal y administrativo *sui generis* tratando de armonizar ambos intereses para que la posibilidad de invalidación se mantenga pero con participación de los administrados afectados.

Mediante el proceso de lesividad se intenta que perviva la potestad anulatoria de oficio de la administración, pero garantizando al ciudadano que la alegación de nulidad sea apreciada por un tercero imparcial y no decidido unilateralmente por la autoridad

(9) La Corte Suprema ha precisado que no corresponde calificar de proceso contencioso de lesividad ni requiere declaración de lesividad, cuando una entidad administrativa demanda la nulidad del acto administrativo emitido por otra entidad pública (Casación No. 1117-2011-LIMA de 14 de mayo de 2013, publicada el 31 de julio de 2013).

(10) Julio Comadira, “La anulación de oficio del acto administrativo. La denominada cosa juzgada administrativa”, en *División de Estudios Administrativos*, (Ciencias de la Administración, 1998); 69.

(11) Recordemos que Perú fue condenado por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos por el ejercicio arbitrario de la anulación de oficio de un acto de otorgamiento de nacionalidad peruana trece años después de haberlo otorgado (Corte interamericana de Derechos Humanos, Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú, Sentencia de 6 de febrero de 2001).



## Juan Carlos Morón Urbina

ejecutiva. En consecuencia, la detección de vicios en un acto, cuando ha transcurrido un plazo razonable para generar seguridad jurídica no legítima ni habilita- en los parámetros de nuestro sistema legal- su anulación oficiosa por la propia Administración. La emisión de un pronunciamiento sobre la existencia de vicios en la adjudicación, debe iniciarse a través del proceso de lesividad correspondiente por la Administración Pública para retirar dicho acto del mundo jurídico.

En contraposición a la revisión de oficio, en que la Administración anula por su propia decisión un acto que ha emitido; la existencia de la vía de lesividad supone que para retirar un acto favorable del mundo jurídico, la Administración debe impugnarlo en sede contencioso administrativa, donde se discutirá su legalidad, previa declaratoria del carácter lesivo del acto, a criterio de la autoridad.

De este modo se instituye una carga a la administración: someter y tener que convencer a un juez de la validez jurídica de su pretensión invalidatoria, mediante un proceso contencioso administrativo especial, por lo que supone la adecuación de algunas reglas del contencioso administrativo comunes, cuyas disposiciones se aplicaran si son incompatibles con la naturaleza de la acción general.

Por ello, de conformidad con el ordenamiento la Administración Pública podrá demandar la ilegalidad del acto administrativo firme dictado por ella misma, generador de algún derecho, siempre que el órgano superior de la jerarquía administrativa que lo originó haya convencido previamente que es lesivo al interés público mantenerlo vigente.

Así, en nuestro ordenamiento jurídico existe un proceso diseñado *ad hoc* para el retiro de actos favorables que se reputen ilegales por la Administración Pública, siendo en consecuencia una limitante para las actuaciones de ésta, en el sentido que, fuera del sistema de recursos, habiéndose pronunciado un acto administrativo como el acto de adjudicación, no le corresponde a ella de *motu proprio* la calificación de la existencia de vicios en el acto con miras a realizar su revocación, sino, le compete únicamente la emisión del acuerdo de lesividad, como requisito previo para adoptar la posición de parte actora e impugnarlo ante el Poder Judicial, a quien corresponde exclusivamente valorar la existencia de tales vicios.

## 4. Fundamentos del proceso de lesividad

Los fundamentos jurídicos existentes para la consagración del proceso de lesividad dentro del contencioso administrativo, son los siguientes:

### 4.1. Pervivencia de la tutela administrativa de la legalidad y del interés público, pero limitando la autotutela

Como sabemos, al poder jurídico por el cual la Administración puede eliminar sus actos viciados en su propia vía y aún invocando como causales sus propias deficiencias, se le denomina potestad de invalidación. A diferencia de la nulidad civil, la invalidación puede ser motivada en la propia acción positiva u omisiva- de la Administración o en las de otros participantes del procedimiento.

Tales características *sui generis* emanan de la esencia misma de la potestad invalidatoria que radica en la autotutela de la Administración Pública orientada a asegurar que el interés colectivo permanentemente respete y no afecte el orden jurídico.

Si como se sabe la Administración está sujeta al principio de legalidad, y ello constituye antecedente necesario para cualquier interés público de su actuación, no se podría entender como un acto reconocidamente inválido, no podrá nunca satisfacer el interés que anima a la Administración. Por ello, que la posibilidad de la anulación de oficio implica en verdad, una vía para la restitución de la legalidad afectada por un acto administrativo.

Por ello, la búsqueda de la anulación judicial no es una potestad discrecional o graciosa de la Administración, sino constituye un verdadero deber de la autoridad por adecuar sus actos a la legalidad. Como bien afirma Marienhoff:

“Las administración Pública puede ocurrir ante el órgano jurisdiccional competente

## El Proceso Contencioso de Lesividad: Catorce años después de su incorporación en el derecho peruano

### *The contentious process of declaration of detrimental to public interest: Fourteen years after its incorporation in Peruvian law*

demandando la nulidad de sus propios actos. Mas aun: en determinados casos no solo puede hacerlo, sino que debe hacerlo, so pena de que si, tal extinción del acto la efectuada por si ante sí, en sede administrativa, ello podría ser irrito. Cuando un acto administrativo adolece de vicio, pero cuya naturaleza excluye la posibilidad de que la extinción de tal acto sea efectuada directamente por la Administración Pública, esta debe requerir judicialmente la respectiva declaración de nulidad: si no lo hace, puede incurrir en responsabilidad por incumplimiento de deberes<sup>(12)</sup>.

La regulación especial del proceso contencioso administrativo a instancia de la administración pretende evitar que la Administración se arrogue indefinidamente la potestad de verificar y declarar unilateralmente la legitimidad de un acto que ella misma ha dictado, y cuyos efectos –por lo general- ya se ha incorporado al patrimonio del administrado.

#### **4.2. Exigencia de convicción en la autoridad para perseguir la anulación de un acto**

Este proceso contencioso administrativo, es un proceso sucesivo que surge cuando al Estado se le han vencido los plazos para decidir la nulidad de la actuación por sí misma. Mas su existencia amerita no solo que la Administración pretenda prologar el debate sobre la legalidad de una actuación mas allá de la sede administrativa, sino que lo promueva únicamente cuando tenga la convicción plena y evidenciable ante el tercero imparcial que se encuentra ante en un caso lesivo a sus intereses.

Por este fundamento, es que se exige a la Administración realizar una declaración formal y única, denominada pronunciamiento de lesividad, mediante la cual se fijen los extremos del agravio y se publiquen las razones por las cuales se pretenderá la anulación.

#### **4.3. Garantizar el debido proceso del administrado favorecido con el acto**

De otro lado, la institución del proceso de lesividad se fundamenta en la voluntad legislativa de evitar que la Administración se irrogue de modo ilimitado temporalmente

la verificación unilateral de la legitimidad de un acto que ella misma ha dictado y cuyos efectos se han incorporado ya al patrimonio del administrado. Con su incorporación se pretende resguardar a los administrados de avasallamientos administrativos, premuniéndole un escenario en el cual le sea más factible ejercer su derecho de defensa.

Como bien expresa Bianchi, si:

“(…) El administrado ha logrado obtener luego de una tramitación en la que ha sido parte y por consiguiente ha podido aportar pruebas, descargos, etcétera, una prestación de la Administración. Resulta lógico entonces que si esa prestación debe ser eliminada por errores cometidos por aquella, a los cuales es ajeno el administrado, se le den a aquel todas las posibilidades de defender con amplitud de prueba y debate debe ser ejercida además ante un órgano imparcial, pues de lo contrario, quien ha emitido el acto, esta siendo juez y parte de la situación<sup>(13)</sup>.”

De este modo, la instauración del proceso de lesividad constituye una superación del estado de anulación perpetua de la Administración, a favor del derecho de defensa de los administrados, y sin sacrificar la legalidad de los actos administrativos.

## **5. Actuaciones administrativas susceptibles de cuestionarse en vía del proceso contencioso de lesividad**

Como se conoce, la Ley del Proceso

(12) Miguel S. Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, (Abeledo-Perrot, 1983); 639.

(13) Alberto Bianchi, “¿Tiene fundamento constitucional la acción de lesividad?”, en *Proceso Administrativo y Constitucional*, (Colectivo de artículos de los profesores Alberto Bianchi y Guido S. Tawil), (Buenos Aires: Ciencias de la Administración); 123.



## Juan Carlos Morón Urbina

Contencioso Administrativo amplió sustancialmente los supuestos de actuaciones impugnables en esta vía, cambiando el modelo tradicional restrictivo que solo lo limitaba a los actos administrativos expresos y al silencio administrativo.

Por el contrario esta nueva norma califica como actuaciones administrativas impugnables a:

- Los actos administrativos y cualquier otra declaración administrativa.
- El silencio administrativo, la inercia y cualquier otra omisión de la Administración Pública.
- La actuación material de ejecución de actos administrativos.
- Las actuaciones u omisiones de la Administración Pública respecto de la validez, eficacia, ejecución o interpretación de los contratos de la Administración, salvo remisión legal a arbitraje o conciliación.
- Las actuaciones administrativas sobre el personal dependiente de al servicio de las entidades.

Si bien estos son los actos susceptibles de ser demandados en la vía del contencioso en general, todos no son rigurosamente exactamente aplicables al proceso de lesividad<sup>(14)</sup>. Veamos cada uno de los supuestos.

En cuanto a los *actos administrativos*, debemos expresar que los actos impugnables en el proceso de lesividad no son idénticos a los que pueden ser objeto del proceso administrativo ordinario. En este último caso, los ciudadanos pueden demandar por ilegalidad cualquier acto administrativo aduciendo ser violatorios de la ley, resolución, acto, contrato o cualquier disposición administrativa anterior, pero únicamente por el solo hecho de su ilegalidad, siempre que cuenten con legitimidad para ello, consistente en el agravio que la actuación les produce. Esto es, basta encontrarse incurso en alguno de las causales previstas en el artículo

10 de la Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante LPAG), sin necesidad de acreditar o argumentar algún agravio al interés general.

Por el contrario, en virtud del proceso de lesividad sobre la base de estas condiciones, el alcance de la demanda es acotado restringiéndolo a los actos administrativos que hayan alcanzado la calidad de irrevocables en sede administrativa por la propia entidad y por su contenido hayan declarado derechos subjetivos en favor de administrados determinados. Al efecto, entendemos por actos declarativos de derechos subjetivos, aquellos que la doctrina reconoce como favorables a la esfera jurídica del destinatario del acto, creando un derecho, una facultad, o una posición de ventaja o beneficio, suprimiendo una limitación o desventaja, etcétera), como por ejemplo, los actos conformadores o ampliatorios: la admisión, la autorización, la licencia, los permisos, la concesión, etcétera. Esta apreciación de favorabilidad también comprende aquellos en que el acto bifronte o de dos efectos, por ser también dos los destinatarios. Nos referimos, por ejemplo, a los casos de los actos emitidos por tribunales administrativos al resolver un procedimiento trilateral, los que por naturaleza son favorables para una parte y adversos a la otra<sup>(15)</sup>.

Sumándose a este requisito, el acto susceptible de demandarse en este contencioso debe tener el efecto de agraviar al interés público, lo cual indica claramente que no pueden ser objeto de este proceso, los actos cuyos vicios sean simplemente conservables según lo previsto en el artículo 14 de la LPAG.

(14) En principio el artículo 13 de la Ley que instituye el proceso de lesividad, establece su procedencia para “impugnar cualquier actuación administrativa que declare derechos subjetivos”, por lo que excede el ámbito normal exclusivo de los actos administrativos expresos.

(15) Joaquín Mesaguer Yebra, “Declaración de lesividad. Análisis de su régimen jurídico”, en *Revista Vasca de Administración Pública, Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria* 85 (2009); 114.

## El Proceso Contencioso de Lesividad: Catorce años después de su incorporación en el derecho peruano

### *The contentious process of declaration of detrimental to public interest: Fourteen years after its incorporation in Peruvian law*

Lo que también es claro, que a diferencia del contencioso a instancia del administrado, en este proceso contencioso administrativo no solo es posible demandar actos administrativos que hayan agotado la vía administrativa, sino también aquellos actos favorables firmes consentidos de primera instancia siempre que sean ilegales y produzcan afectación al interés público. Como bien afirma Jesús González Pérez, para demandar un acto administrativo por medio del proceso contencioso de lesividad no es necesario que el acto ponga fin a la vía administrativa ya que “el proceso se iniciara en relación con el acto favorable, aunque éste fuera firme por no haber deducido en su día los interesados el recurso administrativo admisible y, por tanto, no pone fin a la vía administrativa<sup>(17)</sup>.”

En tal sentido, respecto a los actos administrativos impugnables, el alcance de la acción de lesividad, es más restringido que el del contencioso ordinario.

Además de los actos administrativos expresos o resoluciones administrativas, también pueden declararse lesivos los *actos presuntos* surgidos como consecuencia de la aprobación automática de peticiones, o por silencio positivo, cuando sean igualmente materialmente contrarias a derecho o no se cumplan las condiciones para su obtención<sup>(18)(19)</sup>.

Como nuestro procedimiento administrativo ha incrementado las posibilidades de obtención de beneficios para los administrados sin previamente haber pasado por las técnicas de comprobatorias de la Administración, se ha previsto a la vía de lesividad como forma de corregir los actos que de mala fe puedan dar lugar a la adquisición indebida de facultades o derechos, cuando mediante la fiscalización sucesiva se detecte la invalidez de la obtención, y el plazo para anularlo en la propia sede administrativa ha vencido. La proliferación de silencio administrativo positivo, de procedimientos

de aprobación automática, el empleo de documentos sucedáneos, y la presunción de veracidad han dado ocasión a las acciones indebidas que aquí se trata de contrarrestar.

Por otro lado, la doctrina es uniforme en señalar que no cabe lesividad ni proceso contencioso contra operaciones materiales (por ejemplo, pagos indebidos) ni contra reglamentos administrativos. La primera, por que lo que correspondería en todo caso, es la impugnación del acto que sustenta esta operación. La segunda, por que su cause natural de cuestionamiento no es el contencioso administrativo sino la acción popular, y en todo caso, la autoridad –si considera encontrarse en ilegalidad- preserva plenamente su potestad derogatoria.

Un caso controversial en la doctrina, lo representa la posibilidad de declarar la lesividad al interés público de contratos administrativos, que en nuestro ordenamiento puede ser objeto de demanda contencioso administrativa cuando el administrado se ve afectado en sus intereses y derechos<sup>(20)</sup>.

## **6. La concurrencia del doble agravio: a la legalidad y al interés público como presupuesto del proceso contencioso de lesividad**

Las condiciones que la norma exige para que una actuación pueda ser objeto del proceso

(17) Jesús González Pérez, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, 3° ed., (Madrid: Civitas, 2001); 520.

(18) Tanto el artículo 10 inciso 3 de la Ley 2744, como el artículo 4 numeral 2 de la Ley 27584, prevén la posibilidad que estos actos sean anulados de oficio, y que sean objeto de proceso de contencioso administrativos, respectivamente.

(19) En sentido favorable a incluir en el contencioso por lesividad a los actos presuntos por silencio positivo y aprobación automática se pronuncia Aurelio Guaitía; 107.

(20) Para González Pérez en opinión que compartimos este problema tiene mucho de artificioso, porque no se cuestionan judicialmente contratos como unidad, sino actos administrativos a su interior (adjudicación, denegación, desestimación de recursos, etcétera.) de modo que nos encontraríamos en el mismo supuesto general de la acción de lesividad. Jesús González Pérez, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*; 520.





## Juan Carlos Morón Urbina

de lesividad, previa declaración por parte de la administración misma, son dos:

*Que agravie a la legalidad*, esto es que sea un acto viciado por alguna de las causales del artículo 10 de la Ley. La potestad anulatoria de oficio no se ejerce contra actos meramente internos de la Administración (en cuyo caso procederá directamente a dejarse sin efecto si se considerasen ilegales), ni aquellos afectados por vicios no trascendentes, según lo previsto en el artículo 14 de la ley.

Pero la mera ilegalidad, lo que la doctrina denomina “ilegalidad objetiva”, o el “interés público a la legalidad”, o “derecho subjetivo a la legalidad”, no basta para permitir la procedencia del contencioso, pues existe otra exigencia adicional que debe concurrir para calificar la situación como lesiva: el agravio a otros valores como el patrimonio público, el medioambiente, lo urbanístico, la sociedad, a los que genéricamente se le denomina con el concepto jurídico indeterminado de “interés público”. No es posible afirmar entonces, que toda infracción al ordenamiento, aunque sea aludiendo a vicios graves, sea de por sí suficiente para calificar de lesiva a los intereses públicos, y por ende, para intentar la demanda.

El segundo elemento, es *que la subsistencia del acto agravie al interés público*. Es la exigencia que concurra además de la ilegalidad un interés público, concreto y tangible que justifique el retiro de la situación jurídica favorable que el administrado ha podido adquirir. No se trata que el acto sea pasible de argumentarse su ilegalidad, sino que ello fluya palmariamente del caso concreto con lesiones ciertas en los intereses y derechos de la entidad que hace la declaración. Como se afirma en la doctrina, “cuando se quiere que se produzca un pronunciamiento expreso acerca de la lesividad se está buscando alguna razón que justifique por que la Administración puede ir contra sus propios actos anulables, además del propio dato de su ilegalidad. Por supuesto que se parte de la existencia de una infracción del ordenamiento jurídico (...) pero esa infracción no es, por sí misma, suficiente. Hace falta, además, que se detecte una infracción de otra naturaleza”<sup>(21)</sup>.

En suma, se trata de la exigencia del doble agravio para procedencia del contencioso; un agravio a la legalidad y otra al interés público que se ha confiado a la entidad. Ambas afectaciones deben ser señaladas de manera clara, precisa y debidamente sustentada por la propia Administración, pues admitirlo de manera vaga, imprecisa o referencial “(...) sería que los órganos jurisdiccionales se subsuman a la parte en el cumplimiento del requisito de legitimidad para obrar activa que el artículo 13 exige en su segundo párrafo del Texto Único Ordenado de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo”<sup>(22)</sup>.

De ordinario la lesión afectara derechos e intereses de la entidad, lo que se trasunta en un interés económico, como es tradicional, pero bien puede ser algún otro, como por ejemplo intereses urbanísticos, patrimoniales, ecológicos, etcétera. Lo importante es que sea “intereses materiales y sustantivos”.

Así a pesar de la amplitud de la formula, tampoco pueden incluirse dentro de la misma los intereses que puedan derivarse de la pureza del procedimiento, de lesiones presuntas, lesiones hipotéticas, futuras, que la ley parece pretender la defensa de otros intereses más tangibles que los meramente procedimentales”<sup>(23)</sup>.

Para Parada, este condicionamiento no es desacertado.

“(…) por con este requisito de la lesión económica se pretendía justificar la existencia de un interés, una legitimación en suma para el proceso, lo que era congruente con los orígenes fiscales del proceso de lesividad, por que este nació

(21) Tomas de la Quadra Salcedo; “La revisión de los actos y disposiciones nulos y anulables y la revocación de actos”, en *Documentación Administrativa* 254-255, (Mayo-Diciembre, 1999); 249.

(22) Casación No. 031-2010-La Libertad, del 19 de agosto de 2010, publicado el 30 de Mayo 2012.

(23) Juan Santamaría Pastor y Luciano Parejo Alfonso, *Derecho administrativo*; 383.

## El Proceso Contencioso de Lesividad: Catorce años después de su incorporación en el derecho peruano

### *The contentious process of declaration of detrimental to public interest: Fourteen years after its incorporation in Peruvian law*

por la necesidad de anular liquidaciones tributarias que resultaban, a la par de contrarias a la legislación de los respectivos tributos, lesivas para el Tesoro. La anulación no tenía, pues, sentido sino en función de la lesión<sup>(24)</sup>.

Si un acto administrativo es cuestionado por una presunta ilegalidad, pero no sea posible identificar un agravio (cualquiera que este fuere), probablemente nos indique que no deba ser necesariamente invalidado, pues es técnicamente admisible ello, cuando la adecuación del acto al ordenamiento engendre una situación mas injusta que la originada por la ilegalidad que se trata de remediar. Como dice Parada, siguiendo las enseñanzas de Zanobini, la revisión anulatoria debe producir “una turbación del ordenamiento jurídico menos grave que aquella derivada de la persistencia del acto viciado”<sup>(25)</sup>.

## 7. El carácter innecesario del agotamiento de la vía previa

El requisito exigido en el proceso contencioso administrativo ordinario del agotamiento de la vía previa, no es aplicable a este proceso especial. Como la lesividad presupone la prohibición de que la Administración revise de oficio indefinidamente la validez de un acto administrativo, el proceso se iniciará directamente en relación con cualquier acto administrativo favorable, aunque este fuera firme por no haber deducido contra ella los recursos admisibles, y, por tanto no haber agotado la vía administrativa.

Por ello, la Ley del Proceso Contencioso Administrativa consagra la exoneración de esta exigencia general, cuando es la Administración quien promueve el control de legalidad por la autoridad judicial, del modo siguiente:

“Artículo 21.- Excepciones al agotamiento de la vía administrativa:

No será exigible el agotamiento de la vía administrativa en los siguientes casos:

1.- Cuando la demanda sea interpuesta por una entidad administrativa en el supuesto contemplado en el segundo párrafo del artículo 11 de la presente ley”.

De ahí se concluye que si el acto emanado de un órgano inferior de la jerarquía administrativa deviene firme por la omisión del particular en su impugnación, si la autoridad identifica luego de vencido el plazo para anularlo en sede administrativa, podrá, sin haber agotado la vía administrativa, pretender su anulación en vía contencioso-administrativa.

## 8. La declaración de lesividad

### 8.1. Concepto

La declaración de lesividad se expresa en una manifestación de juicio, razonado, y declarativo que emite la autoridad administrativa calificando como lesivo el acto administrativo, que está dirigido a habilitar la acción judicial de retirar del mundo jurídico dicha decisión por medio de la jurisdicción contencioso administrativa. Como se puede apreciar, ni por la forma ni por el fondo, constituye una autorización administrativa de la administración hacia su representante procesal para que interponga la demanda contenciosa administrativa contra el acto administrativo ilegal<sup>(26)</sup>.

Dicha declaración, constituye el presupuesto esencial y especialísimo que atañe a la naturaleza de la institución, poseyendo las siguientes características jurídicas:

- El primer elemento a definir es si nos encontramos frente a un acto administrativo,

(24) Ramón Parada, *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común*; 350.

(25) Ramón Parada, *Derecho Administrativo*, Parte General, Tomo I, (Marcial Pons, 1997); 220.

(26) Esta posición ha sido ratificada por el Tribunal Constitucional (Expediente No. 05608-2013-PA/TC). En dicha sentencia se manifestó con claridad refiriendo negativamente a la admisión de la demanda realizada por el juez inferior cuando el caso solo contaba con la autorización al Procurador Público, lo siguiente:



## Juan Carlos Morón Urbina

un acto administrativo especial o un acto de administración, como ha manifestado desde diversas perspectivas la doctrina especializada, pues a partir de ellos, estableceremos algunas consecuencias importantes como impugnabilidad, forma de adquirir eficacia, requisitos de validez, etcétera. Para González Pérez, nos encontramos frente a un “acto administrativo de naturaleza especial” ya que únicamente produce efectos en el ámbito procesal<sup>(27)</sup>; por su parte, Sarmiento García, afirma que esta declaración es un acto de administración y no un acto administrativo verdaderamente, ya que “no constituye un acto administrativo, desde que ella por sí misma no es suficiente para dar lugar a un efecto jurídico directo o inmediato en relación al particular. Ergo, la mentada declaración –acto de administración, pero no acto administrativo- no debe notificarse al administrado, ni éste puede atacarla mediante recursos administrativos o acciones judiciales”<sup>(28)</sup>.

- Es una declaración de *juicio*, que se limita a expresar el criterio y los argumentos por los cuales la administración ha decidido pretender el retiro de la validez de un acto administrativo anterior. Por su contenido solo expresa el criterio institucional, con el único efecto de imponer a la propia administración, el deber de hacer valer esta pretensión ante el órgano jurisdiccional correspondiente. Atendiendo a su naturaleza particular, no implica que sea válido por ese criterio, ni que la administración por el solo mérito de esta declaración deje de acatarlo o lo entienda

suspendido, derogado o inaplicable, sino que es la suma de argumentos que le han llevado a la convicción que es necesario anular el acto anterior.

- Es un *acto razonado*, por que amerita una reflexión y motivación especial que justifique las consideraciones para estimar que el contenido del acto a cuestionar no solo sea ilegal sino que afecta el interés público. Lo que quiere el legislador, es evitar demandas contenciosas precipitadas o apresuradas, por lo que mediante esta exigencia se busca asegurar que la administración, antes de iniciar el proceso contencioso, este convencida y que pueda evidenciar ante el tercero imparcial –instancias judiciales- que el acto lesiona la legalidad y el interés público<sup>(29)</sup>. La declaración ha de ser razonada, por que es la delimitación de la argumentación que luego deberá sustentar la administración ante el Poder Judicial. Por ello, es congruente que la carga de la prueba de la ilegalidad del acto corra a cargo de la entidad.
- Es un *acto inimpugnabile*. Por excepción, nos encontramos frente a un caso sui generis de acto de efectos meramente

---

“36. Este proceder del Poder Judicial, al equiparar sin criterio alguno la resolución autoritativa para demandar como una que identificaba previamente el agravio a la legalidad administrativa y al interés público, vulnera a todas luces el derecho al procedimiento preestablecido por la ley de los recurrentes, por cuanto a la larga y en los hechos dicha equiparación implica una alteración o modificación sustancial de las reglas procesales con las que se inició el proceso contencioso administrativo, una de las cuales establecía que para demandar, por la vía del contencioso administrativo, debía expedirse previamente resolución motivada que identificara el agravio a la legalidad administrativa y al interés público, y no una simple resolución autoritativa dirigida al Procurador Público. Dicha situación fue denunciada reiteradamente por los recurrentes en todas las instancias y etapas del proceso contencioso administrativo (...) y pese a ello no fue debidamente atendida por las autoridades judiciales demandadas”.

(27) Jesús González Pérez, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*; 521.

(28) Jorge Sarmiento García, “La acción de lesividad”, en *Estudios de Derecho Administrativo X* (Mendoza, 2004); 254.

(29) La Corte Suprema ha manifestado al respecto, que:

“No debe perderse de vista, que (...) prevé la impugnación de las actuaciones administrativas por las propias entidades que las emiten; por ello, a fin de evitar el abuso indiscriminado de interponer acciones para lograr de sus propias antojadizas, la norma exige que antes de impugnar sus propias resoluciones, las entidades administrativas justifiquen mediante la expedición de una resolución motivada, las razones por las cuales se impugna dicha actuación, ello a fin de garantizar, también, los derechos al debido proceso administrativo y de defensa del administrado”. Casación No. 1117-2011-LIMA de 14 de mayo de 2013, publicada el 31 de julio de 2013.

## El Proceso Contencioso de Lesividad: Catorce años después de su incorporación en el derecho peruano

### *The contentious process of declaration of detrimental to public interest: Fourteen years after its incorporation in Peruvian law*

declarativos y objetivo procesal, a través del cual la administración emite su expresión de voluntad argumentada de iniciar un proceso contencioso. No genera agravio, ni es la resolución que pone fin a la instancia. Es irrecurrible porque el contenido de esta declaración, versa sobre la existencia o no de lesión al interés público y de ilegalidad del acto, que es precisamente el objeto del proceso de lesividad a iniciarse, siendo mas bien que a través del emplazamiento judicial, podrá el administrado defenderse de la pretensión de la anulación de la administración. Como bien expresa Tinajeros:

“(…) por consiguiente, justamente lo que se va a discutir en la acción de lesividad, es precisamente ese criterio previo de la administración, sobre la existencia o no de la lesión en contra del interés público. Por ello, es improcedente pretender que se puede impugnar un acto, cuya esencia tienen que ser necesariamente conocida y juzgada por el órgano jurisdiccional competente, entro de la acción de lesividad”<sup>(30)</sup>.

En tal sentido, la declaración de lesividad importa un acto previo, mediante el cual y con miras a un proceso judicial ulterior, la administración declara que un acto suyo anterior es lesivo a sus intereses por ilegítimo, y con naturaleza y objetivos distintos a la de una mera autorización, pretende dar inicio de la acción legal, que es un acto posterior.

Nuestra Ley la hace exigible cuando se refiere a la necesidad previa de obtener una resolución motivada en la que se identifique –de manera explícita- el agravio que la actuación administrativa produce a la legalidad y al interés público (doble agravio), en los siguientes términos:

“Artículo 13.- Legitimidad para obrar activa  
(…)

También tiene legitimidad para obrar activa la entidad publica facultada por ley para impugnar cualquier actuación administrativa que declare derechos subjetivos; *previa expedición de resolución motivada en la que se identifique el agravio que aquella produce a la legalidad administrativa y al interés público*, y siempre que haya vencido el plazo para

que la entidad que expidió el acto declare su nulidad de oficio en sede administrativa”.

## 8.2. Requisitos de la declaración de lesividad

Los requisitos de la declaración de lesividad son dos: la determinación de a quien compete declarar la lesividad del acto (requisito subjetivo), la determinación del contenido de la propia declaración de lesividad (requisito objetivo), el plazo legal dentro del cual es necesario dictar la declaración de lesividad y la necesidad de notificación al administrado concernido por serle favorable la resolución que se pretende anular.

### 8.2.1. Requisito subjetivo

Es claro que la declaración de lesividad corresponde ser dictada por la propia persona jurídica-administrativa autora del acto. Pero a su interior ¿qué órgano debe emitirla? Como la ley procesal del contencioso administrativo no nos da respuesta a esta pregunta<sup>(31)</sup>, debemos acudir a la norma general sustantiva, la cual nos informa que la potestad anulatoria del oficio es competencia de la autoridad superior a la autora del acto lesivo<sup>(32)</sup>.

En tal sentido, en nuestra opinión la declaración de lesividad no podrá ser dictada por la propia autoridad emisora del acto lesivo, ni por el titular de la entidad. La competencia anulatoria en sede administrativa, que se proyecta a la demanda contenciosa administrativa por lesividad corresponde a la autoridad inmediata superior a la autora del acto lesivo, como manifestación del ejercicio de la potestad de control superior y de la titularidad de la potestad de anulación de oficio.

Un caso particular es el proceso contencioso administrativo respecto de las resoluciones

(30) Pablo Tinajeros Delgado, *La acción de lesividad* (Ecuador: Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 1998); 48.

(31) La mayoría de los ordenamientos que asumen este proceso especial del contencioso, reservan expresamente para los máximos jerarcas de las entidades, la competencia de declarar la lesividad de sus actos administrativos.

(32) “Artículo 202.- Nulidad de oficio



## Juan Carlos Morón Urbina

de los Tribunales Administrativos, como el Tribunal Fiscal, Tribunal de Contrataciones del Estado, Consejo de Minería, Tribunal del Servicio Civil, entre otros. Todos ellos tienen como particularidad que no son propiamente organismos con personería jurídica propia, sino órganos administrativos de una personal jurídico-pública, aunque dotados de niveles importantes de autonomía funcional para adoptar decisiones. Cuando se busca provocar la nulidad de las resoluciones de estas, los propios Tribunales carecen de personería para declarar la lesividad y plantearlo ante el Poder Judicial. Por ello, el artículo 202.5 de la LPAG, al abordar este tema, indica que:

“También procede que el Titular de la Entidad demande su nulidad en la vía de proceso contencioso administrativo, siempre que la demanda se interponga dentro de los tres años siguientes de notificada la resolución emitida por el consejo o tribunal”.

Es decir, en estos casos, corresponderá al Titular de la Entidad, que sí posee la representación de la persona jurídica, realizar el planteo al Poder Judicial, previa declaración de lesividad del acto emitido por el colegiado, dentro del plazo de un año de emitida la resolución y hasta los dos años siguientes. Nótese que – como lo ha esclarecido la Corte Suprema<sup>(33)</sup>- esta regulación no aplica para el caso que alguna persona jurídica pública haya sido parte perdedora en el procedimiento resuelto por el Tribunal o Consejo, como sucede con un Municipio o una Región con el Tribunal Fiscal o el Tribunal del Servicio Civil.

### 8.2.2. Requisitos objetivos

Abordar esta pregunta nos conduce a determinar cuál es el contenido de la declaración de lesividad.

Atendiendo a esta pregunta, tenemos que el objeto de la declaración de lesividad es exteriorizar el juicio de la administración en el sentido que constituye lesivo un acto anterior, en el cual se justifican debidamente los argumentos de hecho (aspectos fácticos del acto lesivo que contradicen al derecho) y derecho (normas y reglas administrativas vulneradas por la actuación) que llevan a esta calificación, y la manera en que la autoridad considera que se subsumen los hechos en el precepto anulatorio.

En tanto la declaración de lesividad es un acto, deben aplicarse al mismo tiempo las normas generales sobre lugar, tiempo y forma de tales actos, contenidas en la Ley de Procedimiento Administrativo General.

No obstante su naturaleza, la declaración de lesividad no es susceptible de ser impugnada en vía administrativa ni en vía judicial de modo independiente, dada su naturaleza de presupuesto procesal para habilitar el contencioso administrativo. En todo caso, los cuestionamientos a sus motivaciones, argumentación, vigencia, etcétera, será un criterio a plantear al juez durante el proceso de lesividad que inicie la entidad.

En esa misma línea de pensamiento no cabe cuestionar la validez de este acto, argumentando que la Administración debe otorgar derecho a alegatos en sede administrativa. Recordemos

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

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

(33) Véase las Casaciones 2571-2014-LIMA y 2722-2014-LIMA de la Corte Suprema. En ellas se concluye que es improcedente la casación planteada por ESSALUD contra la sentencia de la Corte Superior al amparo de este artículo para demandar una resolución del Tribunal del Servicio Civil. A consideración del Supremo Tribunal:

“(…) el plazo de 3 años que contempla el artículo 202.5 de la Ley 27444 es para aquellos Tribunales Administrativos que pretenden impugnar judicialmente las resoluciones administrativas emitidas por ellos mismos, al haberseles vencido el plazo de 1 año que tenían para declarar la nulidad de oficio de dichas resoluciones (procesos de lesividad), lo que no sucede en el presente caso, pues el Seguro Social de Salud - ESSALUD no ha demandado la nulidad de su propia resolución administrativa, sino de una resolución emitida por el Tribunal del Servicio Civil en un procedimiento administrativo trilateral (...)”.

## El Proceso Contencioso de Lesividad: Catorce años después de su incorporación en el derecho peruano

### *The contentious process of declaration of detrimental to public interest: Fourteen years after its incorporation in Peruvian law*

que la declaración de lesividad, configura, un paso previo, dentro de lo que podría denominarse primera etapa del proceso de revisión respectivo la cual, a diferencia de la segunda que es la judicial (donde se declara o se rechaza la nulidad), es informal y exenta de tramitaciones procedimentales. Es en esa primera fase donde se deduce la concurrencia de supuestos, que culmina con la declaración de comentario, para acceder así a la segunda a saber, la judicial o formal. En consecuencia, tal declaración, lejos de representar un acto final, constituye más bien un presupuesto procesal, pues su función es la de abrir la puerta de entrada que conduce al trámite jurisdiccional. Su propósito es evitar la abulia de la Administración obligándola a meditar adecuadamente sobre la existencia de la lesión, como lo haría un particular responsable, quien antes de entablar una acción judicial (cuya procedencia o rechazo será determinada en juicio) considera con detenimiento su necesidad y conveniencia.

#### 8.2.3. Requisitos de la actividad ¿hay plazo desde la declaración de lesividad?

A diferencia de otros ordenamientos contenciosos que desdoblan el plazo en dos: uno para la emisión de la declaración de lesividad, y otro, para interponer la demanda, nuestro ordenamiento opta por un plazo único.

En efecto, la Administración tiene el plazo de dos años para interponer el proceso contencioso de lesividad desde el vencimiento del plazo para haberlo anulado en la sede administrativa. Indudablemente dentro de este término, la entidad deberá tanto declarar la lesividad y presentar la demanda, en cualquier tiempo que permita presentar la demanda dentro del plazo antes señalado.

El artículo que regula la materia es el artículo 202.4 de la Ley de Procedimiento Administrativo General:

“Artículo 202. Nulidad de oficio

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

202.4. En caso de que haya prescrito el plazo previsto en el numeral anterior, solo procede demandar la nulidad ante el Poder Judicial vía el proceso contencioso administrativo,

siempre que la demanda se interponga dentro de los dos (2) años siguientes a contar desde la fecha en que prescribió”.

#### 8.2.4. Requisito de eficacia: La notificación de la declaración de lesividad

La declaración de lesividad tiene un efecto interno y un efecto externo a la propia administración. Como efecto interno, tenemos que constituye la virtual disposición de la autoridad superior para que las instancias competentes inicien las actividades administrativas internas para la formulación de la demanda respectiva. Ello incluye la obtención de informes legales y técnicos pertinentes, recabar antecedentes del acto, formulación de la resolución autoritativa, etcétera.

Pero también tiene un efecto de emplazamiento o advertencia para el particular beneficiado por el acto administrativo reputado lesivo. Le advierte que en breve la administración va a pretender la nulidad de la decisión favorable a sus intereses, además de informar de los argumentos de hecho y derechos que sustentan esta posición y le delimitaran en el proceso judicial posterior. Al efecto, resulta importante la notificación de la declaración de lesividad, toda vez que la falta de notificación al administrado implicaría una afectación al procedimiento regulado por la normativa.

No obstante, que la norma no lo indique expresamente, deriva razonablemente de los artículos 3.5, 161.2, 187.2, que ninguna autoridad administrativa podrá dictar una declaración de lesividad, sin notificarle de tal decisión, lo cual no implica la apertura de una fase de audiencia al interesado en que pueda presentar sus argumentos a favor de la sostenibilidad del acto que le reconoce derechos o intereses o que pretenda impugnar en sede administrativa dicha decisión<sup>(34)</sup>.

(34) Una regulación distinta, en la que se exige seguir un procedimiento previo, dar audiencia al administrado y luego decidir



## Juan Carlos Morón Urbina

Coincidimos con Mesaguer<sup>(35)</sup> cuando afirma que “entendemos necesario que la Administración comunique al interesado la apertura del procedimiento de declaración de lesividad, con independencia de que tal declaración en sí no tenga más trascendencia que servir de presupuesto procesal a la posterior impugnación en los tribunales”

### 8.3. Efectos de la declaración de lesividad

La declaración de lesividad importa solo un acto administrativo previo emitido mediante el cual, y con miras exclusivamente al proceso judicial sucesivo, la entidad manifiesta argumentadamente las razones por las que considera que el acto es ilegal y lesivo a sus intereses.

La declaración es un presupuesto del proceso de lesividad, su trámite inexcusable para el ejercicio de la acción, sin cuyo requisito, la demanda no debería prosperar

A este respecto, por ejemplo, el Tribunal Constitucional declarando fundado una demanda de amparo precisamente contra el Poder Judicial que admitió una demanda de lesividad sin que se cumpliera este requisito, manifestó claramente:

“34. Esta omisión de identificar el agravio a la legalidad administrativa y al interés público, tiene incidencia directa en la etapa postulatoria del proceso contencioso administrativo en el que se califica la demanda, pues, de conformidad con la norma procesal de la materia,

dependerá de que se haya acreditado el cumplimiento de tal requisito para que los jueces del Poder Judicial admitan, o en su defecto, rechacen la demanda planteada. En autos, se encuentra plenamente acreditado que el *produce*, previamente a la interposición de la demanda contencioso administrativa, no emitió acto alguno que identifique el agravio a la legalidad administrativa y al interés público; por lo tanto la demanda no debió ser admitida y, por el contrario, debió ser rechazada de plano por las autoridades judiciales demandadas.

35. Y es que la previa identificación del agravio a la legalidad administrativa y al interés público, como requisito de procedibilidad de la demanda, refleja en la práctica el interés para obrar del Estado, en la medida en que con él se expresa la necesidad de intervención judicial que a la larga producirá una utilidad pública. Caso contrario, al no haberse identificado previamente el agravio, se denotaría la falta de interés en la intervención judicial para la declaración de certeza de un derecho o atribución del que se es titular el Estado”<sup>(36)</sup>.

---

sobre la declaración de lesividad, es la que tiene España. En efecto, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, establece lo siguiente:

“Artículo 103 Declaración de lesividad de actos anulables

1. Las Administraciones públicas podrán declarar lesivos para el interés público los actos favorables para los interesados que sean anulables conforme a lo dispuesto en el artículo 63 de esta Ley, a fin de proceder a su ulterior impugnación ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

2. La declaración de lesividad no podrá adoptarse una vez transcurridos cuatro años desde que se dictó el acto administrativo y exigirá la *previa audiencia de cuantos aparezcan como interesados en el mismo, en los términos establecidos por el artículo 84 de esta Ley*”.

(35) Joaquín Mesaguer Yebra, “Declaración de lesividad. Análisis de su régimen jurídico”, en *Revista Vasca de Administración Pública* 85 (Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria), 2009; 118.

(36) STC No. 05608-2013-PA/TC, María Jesús Bustamante Agüero.

Análoga posición comparte la Corte Suprema (Casación No. 000963-2008-ANCASH) cuando declara no procedente la casación contra la sentencia judicial que desestimo una demanda contenciosa planteada por el Gobierno Regional de Huaraz pidiendo la nulidad de su propia resolución administrativa. La Corte Suprema manifestó que “Que por las razones expuestas precedentemente, la causal materia del presente recurso no es procedente, al no evidenciarse vulneración alguna al inciso 3) del artículo 139 de la Constitución Política de 1993 (...), por cuanto, la sentencia de vista señala correctamente en su séptimo considerando que la demandante al emitir la Resolución de Alcaldía No. 534-2003-MPH-A, no ha cumplido en

## El Proceso Contencioso de Lesividad: Catorce años después de su incorporación en el derecho peruano

### *The contentious process of declaration of detrimental to public interest: Fourteen years after its incorporation in Peruvian law*

De este modo, la correcta preparación de la declaración de lesividad aporta a la demostración que las autoridades administrativas deben realizar ante el Poder Judicial del “interés público” que amerita la nulidad del acto. Como se ha establecido por la propia judicatura constituye un elemento relevante dentro del proceso judicial la demostración suficiente que su necesidad de anulación no solo se basa en la apreciación de su ilegalidad sino en su afectación al interés público, de modo tal que la constatación del interés público comprometido debe generar convicción tanto a la administración proponente como al juez. Así ha establecido que “la administración debe cumplir en el proceso judicial con los requisitos esenciales para la estimación de la demanda, entre los cuales destaca como presupuesto principal la demostración en el proceso del “interés público”<sup>(37)</sup>, pero a su vez el juez debe corroborarlo en el proceso de control jurídico sobre esta decisión. En esta línea, la Corte Suprema ha expresado que:

“En este sentido, el interés público al ser un concepto jurídico indeterminado, debe ser evidenciado por la autoridad, cuya actuación se encuentra también sujeta a consecución. Para asegurar su correcta definición e interpretación, y en virtud de la sujeción de los poderes públicos al ordenamiento jurídico por el principio de legalidad, es que existe la posibilidad de su verificación por el Poder Judicial. Es un control jurídico que garantiza la adecuación de la determinación y concreción del interés público o general a las necesidades e intereses tanto individuales como colectivos. En efecto, es tarea del Poder Judicial evaluar cada caso concreto en un proceso de lesividad a fin de determinar el interés público, el cual en caso de afectar intensamente el interés particular, debe exigir el test de razonabilidad y proporcionalidad, previendo en todo momento que no se afecten los derechos fundamentales de los administrados; es decir que la actuación de la administración

tiene límites que evitar que su decisión no constituya una ventaja de la autoridad, prevaleciendo el principio de interdicción de la arbitrariedad”<sup>(38)</sup>.

Cabe diferenciar del caso de ausencia de demostración del interés público de la anulación del distinto supuesto en que la administración demandante al interponer la demanda no haya aportado la existente declaración de lesividad (omisión documental), situación en la que cabría la subsanación del requisito, de aquel caso en que la declaración de lesividad no existiera cuando se interpuso la demanda, aunque este se encuentre el plazo para demandar.

8.3.1. Habilitar la admisibilidad de la demanda  
El efecto de la declaración de lesividad es precisamente autorizar la admisión y trámite del correspondiente proceso, una vez agotada la instancia en sede administrativa. Es un presupuesto lógico jurídico de toda acción judicial de lesividad, por lo que su inexistencia habilita la interposición de una excepción a oponerse al demandante en este proceso. Es cierto afirmar entonces, que “la declaración de lesividad consiste en un presupuesto esencial que se conforma a la naturaleza misma de posibilitar la habilitación del proceso; surge de sí. Sin esa declaración administrativa previa no sería procedente incoar el proceso. Como consecuencia de aceptar este principio, si se omitiere la declaración de lesividad o el acto padeciere de algún vicio no quedaría expedita la vía procesal correspondiente”<sup>(39)</sup>.

---

extenso con lo dispuesto por el artículo 11 de la Ley 27584, que exige que para incoar un proceso de esta naturaleza, es necesario acreditar una legitimación para obrar activa, por tanto no cualquiera estaría legitimado a iniciar una demanda para superar una inactividad reglamentaria sino únicamente un afectado en una situación jurídica sustancial por una actuación administrativa impugnabile; por lo tanto, se requiere de una resolución administrativa que denuncie el agravio previo a la interposición del proceso contencioso administrativo, debiendo ser requisito sine qua non para la interposición de la respectiva demanda (...).”

(37) Casación 9635-2012-LIMA de 9 julio de 2013.

(38) Casación 9635-2012-LIMA de 9 de julio 2013.

(39) Benigno Idarraz, “El proceso de lesividad”, en Juan Carlos Cassagne, *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*, Tomo I, (La Ley); 473.





## Juan Carlos Morón Urbina

### 8.3.2. Delimitar los argumentos de la demanda y actuaciones procesales sucesivas de la demandante

Como la declaración de lesividad debe ser motivada, esta fundamentación en armonía del principio de conducta procedimental, que refleja a su vez la doctrina de los actos propios, establece los argumentos de derecho y el razonamiento que la entidad adoptará luego en el proceso judicial para pretender la nulidad del acto administrativo. Como afirman Santamaría Pastor y Parejo Alfonso:

“(…) en lo concerniente al alcance y la naturaleza de la declaración de lesividad, cabe hacer dos observaciones. En primer lugar, la declaración delimita el campo del ilícito posible, es decir, circunscribe cuantitativa y cualitativamente las posibilidades de la acción a postular, dejando definitivamente a salvo todas las actuaciones que, por no poderse subsumir en la declaración de lesividad efectuada, quedan fuera de aquella. De conformidad con el principio de congruencia procesal, la acción de lesividad no puede extenderse más allá de los límites establecidos por el propio acuerdo que la declara”<sup>(40)</sup>.

Como bien afirma Dromi, si la declaración de lesividad padece de algún vicio que afecte al objeto, competencia, voluntad o forma del acto administrativo, “no producirá sus efectos normales y, de este modo, el tribunal deberá declarar la inadmisibilidad de la acción procesal administrativa, de oficio o a instancia de la parte demandada”<sup>(41)</sup>.

Nuestra ley del proceso contencioso establece en su artículo 23, como una causal de Improcedencia de la demanda, que no se haya expedido la declaración de lesividad<sup>(42)</sup>.

## 9. El proceso contencioso administrativo de lesividad

### 9.1. Concepto

Conforme a las enseñanzas del profesor González Pérez, el proceso contencioso de lesividad “es aquel proceso

contencioso administrativo que tiene por objeto la pretensión de una entidad administrativa por la que se solicita del órgano jurisdiccional la revocación de un acto de la misma”<sup>(43)</sup>.

Es una especie dentro del género proceso contencioso administrativo, por que se darán todas las notas de este, salvo aquellas que atendiendo a su particularidad, la ley le exceptúa o adecua. La posición especial como demandante de una entidad administrativa y de un administrado como demandado, supone “(…) derogaciones tan importantes de las normas procesales comunes que da lugar a un proceso netamente diferenciado del ordinario que puede calificarse de especial. Y, como tal proceso especial, se regirá en lo no previsto por las disposiciones específicas por las del proceso ordinario”<sup>(44)</sup>.

### 9.2. Requisitos procesales

#### 9.2.1. Referentes al órgano jurisdiccional competente

Las normas de la competencia del órgano judicial que conocerá de la demanda de contencioso por lesividad serán las mismas del proceso contencioso común, previstas en el artículo 9 de la Ley.

En tal sentido, incluso le será aplicable la modificatoria introducida a la Ley del Proceso Contencioso Administrativo, por la que se reserva la competencia directamente la Corte Suprema para conocer de las demandas contra actos administrativos emitidos, entre otros, por el Banco Central de Reserva, Superintendencia de Banca y Seguros, Tribunal Fiscal, Tribunal de INDECOPI, Tribunal de Contrataciones, Consejo de

(40) Benigno Idarraz, “El proceso de lesividad”; 386.

(41) José Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*; 835.

(42) Artículo 23.- La demanda será declarada improcedente en los siguientes supuestos:

6. Cuando no se haya expedido la resolución motivada a la que hace referencia en el segundo párrafo del artículo 13 de la Ley”.

(43) Jesús González Pérez, “La declaración de lesividad”; 58-59.

(44) Jesús González Pérez, *Manual de derecho procesal administrativo* (Madrid: Civitas); 517.

## El Proceso Contencioso de Lesividad: Catorce años después de su incorporación en el derecho peruano

### *The contentious process of declaration of detrimental to public interest: Fourteen years after its incorporation in Peruvian law*

Minería, Tribunal Registral y Tribunales administrativos de los organismos reguladores. Al respecto nótese que al haberse establecido esta competencia diferenciada en razón del tipo de acto cuestionado y no de la persona demandante, aun cuando la demandante sea la propia entidad, le será aplicable esta normativa al proceso seguido por lesividad.

#### 9.2.2. Referentes a las partes

##### 9.2.2.1. Legitimación activa

Un primer dato relevante es que ha sido voluntad del legislador que no cualquier entidad administrativa posee legitimación por sí misma para demandar ante el Poder Judicial la nulidad de un acto administrativo, sino la entidad pública autora del acto que además posee un interés directo, es decir, ser titular de un interés derivado del ordenamiento que considere infringido por el acto lesivo<sup>(45)</sup>.

No es el órgano administrativo, ni el funcionario emisor, sino la entidad administrativa quien posee legitimación para demandar este contencioso. Tampoco esta habilitada para hacerlo una entidad que no sea la autora del acto<sup>(46)</sup>, ni tampoco, otro particular distinto al beneficiario del acto.

La legitimación para demandar la lesividad del acto administrativo corresponde únicamente a la Administración autora del acto que quiere impugnar a quien se confía los intereses públicos o derechos lesionados.

Como establecen los profesores Santamaría Pastor y Parejo Alfonso:

“En la administración que declara la lesividad deben concurrir dos requisitos: autoría del acto e interés en su anulación. Si autoría e interés están disociados, correspondiendo cada uno a un sujeto público distinto, el recurso de lesividad atentara contra el principio de seguridad jurídica, convirtiéndose en un medio de rehabilitación de plazos fenecidos, y marginando las normas relativas a la legitimación”<sup>(47)</sup>.

##### 9.2.2.2. Legitimación pasiva

La legitimidad pasiva para ser demandado en este proceso contencioso radica en la (s) persona (s) natural o jurídica, de derecho público o privado, que le afectara la nulidad de la actuación pretendida por la autoridad. De este modo, quienes obtuvieron a su favor un derecho o interés que no puede revocar la misma entidad, y, por ende, posee el derecho a defenderlo ante el Poder Judicial. El Texto Único Ordenado de la Ley del proceso contencioso administrativo, así lo establece:

“Artículo 15.- Legitimidad para obrar pasiva.

La demanda contencioso administrativa se dirige contra:

5.- El particular titular de derechos declarados por el acto cuya nulidad pretenda la entidad administrativa que lo expidió en el supuesto previsto en el segundo párrafo del artículo 13 de la presente ley”.

La doctrina debate si puede ser calificados como coadyuvantes voluntario del demandado, a las personas que adoptaron en acuerdo o resolución lesiva, considerando que tienen interés directo en sostener la legalidad del acto, ya que de resultar la cosa juzgada en el sentido de la ilegalidad del acto, será el título para iniciar procesos de responsabilidad, conforme a las normas de funcionarios públicos<sup>(48)</sup>.

(45) A título excepcional puede admitirse la legitimidad de la entidad que suceda legalmente a otra en los intereses y competencias asignadas, por fenómenos como reorganización, liquidación, fusiones, etcétera.

(46) Un caso de especial tratamiento en el derecho comparado, es el de los organismos de control (Contralorías Generales, Tribunales de Cuentas, y Defensorías del Pueblo), en las que los ordenamientos le suelen reconocer la facultad de iniciar por su propio interés de revisión de segundo grado la acción de lesividad directamente. En nuestro ordenamiento el tema no ha sido abordado, pero creemos que operativamente puede lograrse el mismo efecto mediante las recomendaciones a la entidad para promover la lesividad y su seguimiento adecuado.

(47) Juan Santamaría Pastor y Luciano Parejo Alfonso, *Derecho administrativo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo*; 383.

(48) Se manifiesta favorablemente a esta situación Aurelio Guaita, en *El proceso administrativo de lesividad*; 82.



## Juan Carlos Morón Urbina

### 9.2.2.3. Requisito del tiempo

La demanda contenciosa por lesividad debe ser interpuesta desde el periodo que va del vencimiento del plazo para anularla de oficio en sede administrativa hasta los dos años siguientes. Así se desprende el artículo 202.4 de la Ley del Procedimiento Administrativo, cuando afirma que:

“En caso de que haya prescrito el plazo previsto en el numeral anterior, solo procede demandar la nulidad ante el Poder Judicial vía el proceso contencioso administrativo, siempre que la demanda se interponga dentro de los dos (2) años siguientes a contar desde la fecha en que prescribió<sup>(49)</sup>.”

### 9.3. La demanda contenciosa por lesividad

#### 9.3.1. Plazo para interposición de la demanda

La demanda debe ser presentada dentro de los dos años desde que prescribió la potestad para que la administración anule directamente el acto en su propia sede<sup>(50)</sup>.

Es indispensable que durante este ínterin se haya dictado la declaración de lesividad, mas su emisión no determina interrupción o suspensión del plazo de prescripción de la potestad anulatoria<sup>(51)</sup>.

Una vez vencido este término, la demanda será declarada improcedente, como establece la propia Ley del proceso contencioso administrativo:

“Artículo 23.- Improcedencia de la demanda

La demanda será declarada improcedente en los siguientes supuestos:

(...)

1. Cuando se interponga fuera de los plazos exigidos en la presente Ley”.

Una cuestión particular respecto al computo del plazo para interponer esta demanda es determinar, si no obstante encontrarse la entidad dentro del plazo del año para anularla en su propia sede, puede la entidad renunciar a

esta potestad y transferir el debate al ámbito judicial, demandando un proceso contencioso administrativo de lesividad prematuro. La respuesta es negativa. La Ley de proceso contencioso administrativo se ha cuidado de establecer que también será improcedente la demanda cuando no haya vencido el plazo para que la entidad administrativa declare su nulidad de oficio en el supuesto del segundo párrafo del artículo 13 de la presente ley. (Art. 23 numeral 5).

#### 9.3.2. El expediente administrativo como recaudo

Una particularidad de la demanda del contencioso de lesividad, es que la entidad deberá aparejar su demanda con el expediente administrativo completo en el cual consten todas las actuaciones realizadas para sustentar la resolución declarada lesiva. En efecto, el ordenamiento establece:

“Artículo 20.- Requisitos especiales de admisibilidad.

Sin perjuicio de lo dispuesto por los artículos 424 y 425 del Código procesal Civil son los requisitos especiales de admisibilidad de la demanda los siguientes:

i) En el supuesto contemplado en el segundo párrafo del artículo 11 de la presente ley, la entidad administrativa que demande la nulidad de sus propios actos deberá acompañar el expediente de la demanda”.

La integridad del expediente, incluye a la declaración de lesividad y toda aquella actuación subsiguiente que se hubiere podido producir.

(49) Casación No. 1855-2011-ANCASH de 16 de abril de 2013 publicada el 30 de setiembre de 2013.

(50) Respecto a este plazo, existe un problema de sincronía, producido durante el debate en el Congreso, con el plazo dado a los administrados para impugnar el mismo acto administrativo en caso le fuera desfavorable, ya que en virtud del numeral 1 del artículo 17 de la Ley 27584, el plazo dentro del cual estos pueden demandarlo es en el plazo de tres meses de su notificación.

(51) Artículo 17 de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo y 202 de la Ley 27444.

## El Proceso Contencioso de Lesividad: Catorce años después de su incorporación en el derecho peruano

### *The contentious process of declaration of detrimental to public interest: Fourteen years after its incorporation in Peruvian law*

#### 9.3.3. Pretensiones

El objeto del proceso contencioso de lesividad es materialmente una pretensión fundada en normas administrativas: Obtener la declaración de la nulidad fundada en un vicio del acto administrativo en función de las disposiciones administrativas.

Por ello la única pretensión aplicable a este proceso es la obtener la declaración de nulidad, total o parcial o ineficacia de actos administrativos prevista en el artículo 5 numeral 1 de la Ley.

#### 9.3.4. Admisión de la demanda: La posibilidad de suspender administrativamente de oficio el acto lesivo

Como cualquier otra demanda, la contenciosa por lesividad no supone obstáculo para la ejecución del acto objeto de la pretensión, pues la admisión de la demanda no tiene efecto jurídico materiales respecto al tema de fondo controvertido.

La pregunta que nos interesa explorar es si habiendo la Administración declarado que un acto es lesivo, y demandado ante el Poder Judicial su anulación, reconociendo su incompetencia para hacerlo por sí misma, se encuentra habilitada para proceder en vía cautelar a suspender de oficio la aplicación de dicha medida, o por el contrario, esta sujeta al deber de mantenerlo hasta obtener la decisión final de la judicatura.

Como nos informa Hutchinson, es un asunto bastante opinable<sup>(52)</sup> ya que mientras que se puede afirmar a favor de esta posición, la coherencia administrativa, y la cesión de la presunción de legitimidad del acto por la convicción de la administración de estar frente a un acto ilegal, al contrario se puede afirmar que ello implicaría para los intereses de la administración lograr en la práctica lo que la norma

precisamente quiso evitar: que los derechos emergentes quedaran a merced de la decisión administrativa ulterior.

Sobre este tema, la doctrina es mayoritaria en reconocer la potestad administrativa de suspensión provisional hasta en tanto el Poder Judicial defina la litis. Por ejemplo, González Pérez afirma:

“(…) como la ejecución del acto constituye facultad mas que deber de la Administración, el problema queda de hecho y casi siempre sometido a su criterio; en definitiva, depende de ella que durante la tramitación del proceso se ejecuten o no los actos objeto de la pretensión deducida”<sup>(53)</sup>.

Cuando la entidad administrativa demandante del proceso contencioso sea a su vez la autora del acto cuestionado, resulta totalmente congruente con su posición jurídica que disponga de oficio la suspensión de la eficacia administrativa del acto que considera lesivo y, como tal es demandado ante el Poder Judicial. Si bien no posee la aptitud legal para dejarlo sin efecto, conforme a lo dispuesto en los artículos 216.2 y 216.5<sup>(54)</sup>, lo podrá suspender provisionalmente hasta en tanto el Poder Judicial se pronuncie definitivamente en el proceso contencioso, pues como bien expresa Díez:

“Es lógico suponer que si la Administración inicia proceso de lesividad por entender

(52) Tomas Hutchinson, *Ley nacional de Procedimientos Administrativos*, Tomo I, (Astrea); 377.

(53) Jesús González Pérez, *El proceso de lesividad*, 152.

(54) Estos artículos establecen lo siguiente:

“Artículo 216.2. No obstante lo dispuesto en el numeral anterior, la autoridad a quien compete resolver el recurso podrá suspender de oficio o a petición de parte la ejecución del acto recurrido cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias: b) Que se aprecie objetivamente la existencia de un vicio de nulidad trascendente”.

“Artículo 216.5 La suspensión se mantendrá durante el trámite del recurso administrativo o el correspondiente proceso contencioso administrativo, salvo que la autoridad administrativa o judicial disponga lo contrario su se modifican las condiciones bajo las cuales se decidió”.



## Juan Carlos Morón Urbina

que el acto es ilegítimo, habrá de suspender la ejecución del mismo. Se entiende que esta será una facultad discrecional de la administración pero parece acertado que durante la tramitación del proceso no se ejecuten los actos objeto de la pretensión deducida<sup>(55)</sup>.

Este debate no priva a la Administración que al demandar la nulidad del acto lesivo solicite al juez la medida cautelar de suspensión de los efectos, quedando a criterio judicial decidir esta suspensión.

### 9.3.5. Excepciones y defensas previas aplicables

Quienes resultan beneficiados por el acto declarado lesivo y que en tal virtud son demandados pueden plantear en su defensa, por ser particularmente aplicables al presente caso, dos actos procesales distintos:

- La excepción de arbitraje contra el Estado, si el tema controvertido estuviere coberturado por un pacto arbitral o dentro del régimen de protección de inversiones.
- La defensa previa de falta de declaración de lesividad, si la entidad interpusiere directamente su pretensión ante la justicia, no ha acompañado la declaración de lesividad<sup>(56)</sup>. En estos casos nos encontramos frente al supuesto del artículo 455 y subsiguientes del Código Procesal Civil, por el que se busca evitar el inicio de un proceso, donde se carece del antecedente natural que debe observarse previamente para el ejercicio del derecho de acción. Su efecto es suspender el proceso hasta en tanto la administración presente la declaración de lesividad ya dictada.

En caso que la administración no hubiese dictado la declaración y más bien interponga la demanda directamente estamos frente a un supuesto de improcedencia de la demanda, conforme a lo previsto en el artículo 23 numeral 6 de la Ley del proceso contencioso administrativo y no de una defensa previa.

A su turno, estaría vedada la excepción de agotamiento de la vía previa, por cuanto esta exigencia no aplica el proceso

contencioso iniciado por el Estado (artículo 19 numeral 1)

### 9.4. Contestación de demanda

La contestación de la demanda por el administrado sigue por las reglas generales del contencioso administrativo.

Una hipótesis que amerita reflexión, es la posibilidad que ante una demanda contenciosa contra la Administración para obtener el cumplimiento de un acto administrativo por un particular, pueda esta oponer la lesividad como una reconvencción. La normativa guarda silencio sobre el tema, pero nuestra opinión es positiva, en la medida que el plazo de dos años para plantear no haya vencido, y que la administración apareje la declaración de lesividad.

En esta hipótesis, tendríamos dos acciones -contencioso administrativa incoada por la parte actora y Acción de Lesividad por parte de la Administración- diferente en su finalidad, pero por la conexión de objetos, reclaman una solución única. Presentado el caso, responde a una buena lógica resolver en primer término la acción de lesividad intentada por la administración, pues aunque sea posterior en el tiempo que la acción contencioso administrativa, se reduce en principio a cuestionar la regularidad jurídica de los instrumentos conformadores del acto administrativo, mientras que la acción contencioso administrativa, asentándose en la presunta regularidad de aquellos actos, solicita las prestaciones derivadas de ellas.

En buena lógica, de admitirse ab initio las razones que sustentan la acción de lesividad, la acción contenciosa quedaría sin materia; y

(55) Manuel María Diez, *Derecho Administrativo*, Tomo VI (Argentina: Plus Ultra, 1972); 206.

(56) Recordamos que la función de la declaración de lesividad no es sustituida por la resolución autoritativa para el inicio del proceso, ni cualquier otra expresión de discrepancia de la Administración sobre la ilegalidad de la acción.

## El Proceso Contencioso de Lesividad: Catorce años después de su incorporación en el derecho peruano

### *The contentious process of declaration of detrimental to public interest: Fourteen years after its incorporation in Peruvian law*

en sentido contrario, reconocido y declarado la legalidad del acto declarado lesivo, tal decisión dejaría expedito el análisis del alegado incumplimiento del acto administrativo reclamado.

#### 9.5. Substanciación y resolución

El proceso contencioso administrativo por lesividad se sigue por el régimen del proceso abreviado (artículo 25), al igual que el contencioso ordinario. De este modo tanto cuando es el Estado, como cuando es el particular, quienes persiguen la anulación de una actuación administrativa, ambos procesos judiciales son seguidos bajo el mismo trámite procesal<sup>(57)</sup>.

#### 9.6. Sentencia: Efectos jurídico-materiales de la sentencia

##### 9.6.1. Sentencia desfavorable

Si la sentencia es desestimatoria a la pretensión de la entidad, su efecto se limita a dar firmeza a la relación jurídica a que la misma se refiere. La confirmación del acto por el Poder Judicial implica un reconocimiento de su validez y la desestimación de los alegados vicios deducidos por la Administración. Es aplicable el artículo 204 de la Ley de procedimiento administrativo general:

“Artículo 204.- Irrevisabilidad de los actos judicialmente confirmados.-

No serán en ningún caso revisables en sede administrativa los actos que hayan sido objeto de confirmación por sentencia judicial firme”.

##### 9.6.2. Sentencia favorable

Por el contrario, si se trata de una sentencia estimatoria de la nulidad pretendida por la administración, se tratará de una sentencia que al anular un acto declarativo de derechos de un particular, producirá la extinción de todas las relaciones jurídicas derivadas del acto. Serán de aplicación a estas sentencias, las características de efecto declarativo retroactivo de la nulidad prevista en el artículo 12 de la ley de Procedimiento Administrativo General.

## 10. Conclusiones

1. El proceso contencioso administrativo de lesividad fue incorporado en el derecho peruano como un mecanismo compensatorio a la limitación temporal impuesta a la administración para ejercer la potestad anulatoria de oficio de sus actos afectados de nulidad. De este modo, vencido el plazo de un año para poder anular de oficio cualquier de sus actos administrativos, convertía la potestad de autotutela anulatoria en una pretensión de anulación a plantearse en sede judicial para que un tercero imparcial resuelva la controversia.
2. El fundamento del proceso de lesividad ha sido en nuestro derecho la pervivencia de la tutela administrativa de la legalidad y del interés público pero limitando la autotutela, la exigencia de convicción en la autoridad para perseguir la anulación de un acto y garantizar el debido proceso del administrado favorecido con el acto.
3. Procede el planteamiento del proceso contencioso de lesividad contra actos administrativos, actos presuntos, silencios administrativos y contratos no sujetos a clausula arbitral, siempre que otorguen derechos subjetivos a los administrados y que, produzcan dos tipos de agravios, a la legalidad y al interés público, debidamente sustentados.
4. El elemento relevante del proceso contencioso de lesividad es la declaración

(57) El Tribunal Constitucional declaró inconstitucional la Ley 26835, que, entre otros aspectos, regulaba el contencioso de lesividad en materia de pensiones, al considerar que se agravaba el debido proceso y el derecho a la igualdad, si al justiciable se le impone una vía procesal distinta que a la Administración para el mismo objetivo: anular actuaciones administrativas. (Sentencia recaída en el expediente No. 001-98-AI/TC).



## Juan Carlos Morón Urbina

administrativa de lesividad que emite la autoridad administrativa superior de quien emitió el acto y que habilita la admisibilidad de la demanda, delimita los argumentos de la demanda y actuaciones procesales que van a ser objeto del proceso.

5. Durante los años en vigencia, el proceso contencioso de lesividad ha servido para

que la autoridad jurisdiccional ejerza un control sobre el ejercicio de la pretensión anulatoria por parte de las entidades que pretender quitar derechos adjudicados administrativamente, particularmente, valorando, por un lado, si ese acto es ilegal y, por el otro, ponderando la relevancia y acreditación del interés público afirmado por la entidad que justifica retirar un derecho subjetivo existente. 