



UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO DE PUNO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**LA IMPOSIBILIDAD DE REVISAR LA VALIDEZ DEL ACTO
ADMINISTRATIVO FIRME EN EL PROCESO DE
CUMPLIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.**

TESIS

PRESENTADA POR:

Bach. DEYCY LARICO MAMANI

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE:

ABOGADO

PUNO – PERÚ

2020



DEDICATORIA

A mi padre, con eterna gratitud, cuyo ejemplo y cariño me inspiran a continuar.

A mi madre, por su amor generoso y su constante e invaluable apoyo.

A mi abuelo, hermana y hermano por su apoyo y comprensión.



AGRADECIMIENTOS

A la Universidad Nacional del Altiplano y a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, por la formación profesional que me brindaron.

A mis amigos de CILORD (Círculo de Investigación Líderes Optimistas Revelando Derecho), por sus recomendaciones, por haber sido parte de mi etapa universitaria y la concretización del presente trabajo. Asimismo, a mis amigos y amigas de la universidad.

Y a todas las personas que han contribuido de alguna u otra manera en mi formación.



ÍNDICE GENERAL

DEDICATORIA	
AGRADECIMIENTOS	
ÍNDICE GENERAL	
ÍNDICE DE CUADROS	
ÍNDICE DE ACRÓNIMOS	
RESUMEN	10
ABSTRACT	12
CAPITULO I	
INTRODUCCIÓN	
1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	16
1.2 JUSTIFICACION	16
1.3 OBJETIVOS	18
1.3.1 OBJETIVO GENERAL	18
1.3.2. OBJETIVOS ESPECIFICOS.....	18
CAPITULO II	
REVISIÓN DE LITERATURA	
2.1 POSICION JURIDICA DE LA ADMINISTRACION.....	19
2.1.1 Las potestades de la Administración como mecanismo del principio de legalidad	19
2.1.2 La autotutela.....	20
2.2 POSICION JURIDICA DEL ADMINISTRADO.....	21
2.2.1 Las situaciones jurídicas del administrado.....	21
2.2.2 Los Derechos subjetivos del administrado.....	22
2.2.3 Los servicios públicos como Derechos de los administrados	23
2.3 EL ACTO ADMINISTRATIVO	23
2.3.1 El concepto de acto administrativo	23
2.3.1.1 Concepción negocial	24
2.3.1.2 Concepción reguladora del acto administrativo	25
2.3.1.3 Definición de acto administrativo en la legislación peruana y sus elementos	25
2.3.2 Requisitos de validez del acto administrativo	27
2.3.2.1 Requisitos esenciales.....	28
2.3.2.2 Elementos no esenciales.....	29
2.3.3 La eficacia de los actos administrativos.....	29
2.3.3.1 Eficacia.....	29
2.3.3.1 La eficacia en el tiempo	30



2.3.4	La validez e invalidez.....	31
2.3.4.1	Validez	31
2.3.4.2	Invalidez.....	31
2.3.5	Sistema de nulidades	34
2.4	LA INACTIVIDAD ADMINISTRATIVA	38
2.4.1	El fundamento de la tutela frente a la inactividad administrativa	38
2.4.2	Concepto de inactividad administrativa	42
2.4.2.1	La omisión de una actividad jurídica o material.	43
2.4.2.2	La existencia de un deber legal de actuar.....	44
2.4.2.3	Contenido posible del deber legal de actuar.....	45
2.4.3	Clasificación de las formas de la inactividad administrativa.	46
2.4.3.1	La posición de Nieto García.....	46
2.4.3.2	La posición de Gómez Puente.....	48
2.4.3.3	La posición de Ramón Huapaya Tapia	49
2.4.4	Supuestos de inactividad administrativa	50
2.4.4.1	Inactividad formal	50
2.4.4.2	Inactividad material.....	52
2.4.5	El control jurisdiccional de la inactividad administrativa.	54
2.4.5.1	La inactividad y el alcance jurídico.....	55
2.4.5.2	Los poderes del juez frente a la inactividad administrativa	57
2.4.5.3	La vía procesal ordinaria y preferente, frente a la vía procesal residual y excepcional del proceso de cumplimiento.	59
2.5	EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.....	60
2.5.1	Formación de Contencioso Administrativo.....	60
2.5.2	Naturaleza y caracteres del proceso contencioso-administrativo.....	60
2.5.3	Finalidad.....	62
2.5.4	Principios	64
2.5.5	Las partes en el Proceso Contencioso Administrativo	67
2.5.6	Objeto.....	68
2.6	PROCESO CONSTITUCIONAL DE CUMPLIMIENTO	72
2.6.1	Fundamento.....	72
2.6.2	Objeto del proceso	72
2.6.3	Legitimación procesal	73
2.6.4	Requisito especial de la Demanda.....	74
2.6.5	Otras causales de improcedencia	74



CAPITULO III

MATERIALES Y MÉTODOS

3.1 METODOLOGÍA DE INVESTIGACIÓN.....	75
3.2 DESCRIPCIÓN DE MÉTODOS, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS	76
3.3 UNIDADES DE ANÁLISIS.....	78

CAPITULO IV

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

4.1 CONDICIONES QUE GARANTIZAN EL EQUILIBRIO ENTRE LA POSICIÓN DEL ADMINISTRADO FRENTE A LA ADMINISTRACIÓN EN EL PROCESO DE CUMPLIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.	79
4.1.1 Actos declarativos de derechos como límites a la autotutela administrativa	81
4.1.2 Las consecuencias de la autotutela en referencia al acto administrativo firme.....	82
4.1.3 Derechos subjetivos y legalidad de la Administración	83
4.1.4 Los derechos fundamentales como derechos subjetivos.....	83
4.1.5 El acto administrativo como título.....	84
4.1.6 Características del acto administrativo: su importancia tanto para la Administración como para el Administrado.....	85
4.1.7 El rol de los principios del derecho administrativo frente a la inactividad en el cumplimiento de un acto administrativo firme.....	91
4.2. LOS CARACTERES DEL ACTO ADMINISTRATIVO QUE DEBE SER EJECUTADO Y LOS REQUISITOS DE PROCEDENCIA DEL PROCESO DE CUMPLIMIENTO CONSTITUCIONAL: DIFERENCIAS.....	99
4.2.1 El control jurisdiccional de la inactividad administrativa y la pretensión de cumplimiento de un acto administrativo firme.....	99
4.2.2 Caracteres del acto administrativo que debe ser ejecutado	100
4.2.3 La vía residual y subsidiaria de cumplimiento de acto administrativo firme: El proceso constitucional de cumplimiento.....	112
4.2.4 Requisitos de procedencia del proceso de cumplimiento constitucional	113
4.2.5 Diferencias entre los caracteres del acto que debe ser ejecutado y los requisitos de procedencia del proceso de cumplimiento contencioso-administrativo.....	120
4.3 LOS MECANISMOS DE CONTROL DE VALIDEZ DE ACTOS ADMINISTRATIVOS FACULTADOS A LA ADMINISTRACIÓN, EN VÍA ADMINISTRATIVA Y JUDICIAL.	123
4.3.1 Nulidad de oficio.....	124
4.3.2 Proceso de lesividad.....	130
4.3.3 La nulidad de oficio y el proceso de lesividad, como mecanismos legales para evitar el cumplimiento de actos administrativos considerados ilegales.....	134



4.4 EL PROCESO DE CUMPLIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SU OBJETO Y LA IMPOSIBILIDAD DE LA REVISION DE VALIDEZ DE UN ACTO ADMINISTRATIVO FIRME.....	134
4.4.1 Naturaleza del proceso de cumplimiento de un acto administrativo firme y su objeto....	
.....	
.....	136
4.4.2 Facultades del juez y los fundamentos de la imposibilidad de revisión de la validez de un acto administrativo firme dentro del proceso de cumplimiento contencioso administrativo.....	140
4.4.3 Causas para declarar improcedente la demanda.....	148
4.4.4 Los fundamentos de la defensa de la demandada: la Administración.....	150
4.4.5 La sentencia fundada y su ejecución.....	152
V. CONCLUSIONES.....	156
VI. RECOMENDACIONES	159
VII. REFERENCIAS	161

Área : Derecho Administrativo

Tema : Proceso Contencioso Administrativo

FECHA DE SUSTENTACION: 09 de enero del 2020



ÍNDICE DE CUADROS

CUADRO 1 : Cuadro de las condiciones que garantizan el equilibrio entre la posición del administrado frente a la administración en el proceso de cumplimiento contencioso administrativo.....	80
CUADRO 2: Cuadro general de las actuaciones y omisiones administrativas.....	99
CUADRO 3: Comparación entre los caracteres del acto que debe ser ejecutado y los requisitos de procedencia del proceso de cumplimiento constitucional.....	120
CUADRO 4: Cuadro del proceso de cumplimiento contencioso administrativo, y los fundamentos de la imposibilidad de la revisión de validez de un acto administrativo firme.....	135
CUADRO 5: Cuadro general de las actuaciones administrativas impugnables en el ámbito del proceso contencioso-administrativo.....	137



ÍNDICE DE ACRÓNIMOS

CPC	: Código Procesal Constitucional
T.U.O. LPAG:	: Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444.
T.U.O. LPCA	: Texto Único Ordenado de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo, Ley N° 27584.
p./pp.	: Página/páginas
Cfr.	: Confróntese
f.j.	: Fundamento jurídico.



RESUMEN

La presente investigación analiza el proceso de cumplimiento contencioso-administrativo, desde la perspectiva de la plena jurisdicción como garantía del administrado, en concordancia con la seguridad jurídica. En específico, se refuerza el criterio de la imposibilidad de cuestionar la validez de un acto administrativo dentro de este proceso. El objetivo general planteado fue: Determinar si el control de la validez de un acto administrativo firme puede ser objeto del proceso de cumplimiento contencioso administrativo; y los específicos fueron: a) Establecer las condiciones que garantizan un equilibrio entre la posición del administrado frente a la Administración en el proceso de cumplimiento contencioso-administrativo; b) Determinar cuáles son los caracteres generales del acto que debe ser ejecutado mediante el proceso de cumplimiento contencioso-administrativo y sus diferencias con los requisitos para la procedencia del proceso de cumplimiento constitucional; c) Describir los mecanismos de control de validez de actos administrativos facultados a la administración, en vía administrativa y judicial. Los métodos usados son el descriptivo, comparativo y el analítico-sintético; a partir de ello, se ha llegado entre otras, a la siguiente conclusión principal: La validez del acto administrativo firme no puede ser revisada por el Juez, ni cuestionada por la Administración dentro del proceso de cumplimiento contencioso administrativo, en razón a la naturaleza del proceso como uno declarativo y de condena; en el que en mérito a la congruencia, el Juez debe limitar su pronunciamiento respecto de la ilegalidad de la omisión y ordenar a la administración las actuaciones necesarias para el pleno cumplimiento del acto omitido, pudiéndose además establecer el plazo de ejecución y la responsabilidad de quienes sean responsables de la falta de cumplimiento. Esta afirmación encuentra su fundamento en la aplicación e importancia que tienen los postulados del Derecho administrativo, las características y la teoría del acto



administrativo, los principios del derecho administrativo, el régimen de nulidad de los actos administrativos en específico la nulidad de oficio y el proceso de lesividad como mecanismos de control de validez facultados a la Administración; y el proceso en sí mismo que se constituye en una garantía del administrado .De manera que, se garantice la tutela judicial efectiva y en conjunto se proteja la seguridad jurídica.

Palabras Clave: Acto administrativo firme, control de validez, criterios jurisprudenciales, proceso de cumplimiento contencioso administrativo, seguridad jurídica.



ABSTRACT

This research analyzes the contentious-administrative compliance process, since perspective of full jurisdiction as a guarantee of the administered, in accordance with legal certainty. Specifically, standard of the impossibility of questioning the validity of an administrative act into this process is reinforced. The general objective proposed was: Determine if the control of the validity of a steady administrative act can be the object of the contentious-administrative compliance process; and the specifics were: a) Establish the conditions that guarantee a balance between the position of the administrator in front of Administration in the contentious-administrative compliance process; b) Determine what are the general characteristics of the act that must be executed through the contentious-administrative compliance process and its differences with the requirements for the origin of the constitutional compliance process; c) Describe the mechanisms for controlling validity of administrative acts empowered to the administration, through administrative and judicial channels. The methods used are descriptive, comparative and analytical-synthetic; From this, the following main conclusions have been reached, among others: The validity of the steady administrative act cannot be reviewed by the Judge, nor questioned by the Administration into contentious-administrative compliance process, due to the nature of the process as a declarative and conviction; in which, in merit of consistency, the Judge must limit his pronouncement regarding the illegality of the omission and order the administration the necessary actions for full compliance with the omitted act, being able to also establish the execution period and the responsibility of those are responsible for non-compliance. This statement is based on the application and importance of postulates of administrative law, the characteristics and theory of the administrative act, the principles of administrative law, the nullity regime of administrative acts, specifically the nullity of office and the process of lesividad as



validity control mechanisms empowered to the Administration; and the process itself that constitutes a guarantee for the company. In such a way that effective judicial protection is guaranteed and, as a whole, legal security is protected.

Keywords: Firm administrative act, validity control, jurisprudential criteria, contentious-administrative compliance process, legal security.



CAPITULO I

INTRODUCCIÓN

La administración está presente en numerosos ámbitos de la vida en sociedad y si la actividad que realiza para cumplir los fines que tienen encomendados se encuentra en el ámbito del Derecho administrativo, debe ser controlada por los órganos jurisdiccionales. Pero, no solo la actuación puede ser controlada, es también sujeta al control la omisión o inactividad administrativa, pues el solo reconocimiento de un derecho o una prestación significa poco, cuando no hay medios o éstos son ineficientes para obligar a la administración al cumplimiento de una obligación que ella misma se ha impuesto mediante un acto administrativo.

El control de la inactividad administrativa ha sido encargado a los órganos jurisdiccionales, sin embargo, la actual insatisfacción de la población por el incumplimiento de los actos administrativos, pasa primero por la indiferencia y la renuencia de la Administración al cumplimiento de sus actos administrativos, y segundo por una inadecuada protección que ofrece el Proceso contencioso-administrativo. Se resta importancia a las particularidades del Derecho Administrativo y se cambia de criterio en la resolución de casos similares vulnerando el principio de seguridad jurídica en perjuicio del administrado, para quien éste proceso debe ser una garantía que lo coloque en una posición equivalente a la Administración.

El marco teórico nos permite desde una perspectiva general conocer, en principio, las potestades del juez y la de los administrados, potestades que les permiten actuar de determinada manera. Son de gran importancia, por eso es que se las alude en diferentes partes de los resultados, luego se aborda el tema del acto administrativo, concepto, elementos y el régimen de invalidez; desarrollamos el tema de la inactividad administrativa, fundamentos, clases, supuestos y control jurisdiccional; por último, se



expone el proceso contencioso administrativo y el proceso de cumplimiento constitucional.

De manera que, en la investigación se pretende en principio mostrar la distinta posición en la que se encuentran las partes de una relación jurídica procesal-administrativa, esto es el administrado frente a la Administración, y cuáles son las garantías que ofrece el Derecho administrativo y el Proceso Contencioso-administrativo para equiparar estas dos posiciones, específicamente en los relacionados al cumplimiento de un acto administrativo que favorece al administrado. Esta descripción nos permite fundamentar el control que debe hacer el órgano jurisdiccional, de la ilegalidad con la que actúa la administración al ser renuente al cumplimiento de un acto administrativo. Acto que por las características que posee, los cuales son entre otros, la presunción de validez, su ejecutividad y estabilidad; apoyan su eficacia, esto es, su materialización en plano de la realidad.

La naturaleza del proceso de cumplimiento contencioso-administrativo, delimita su campo de acción, nos permite además desarrollar, las facultades del juez, el rol de los principios del Derecho administrativo, la intangibilidad del acto administrativo derivado de su firmeza, los límites del control a otras cuestiones no derivadas del cumplimiento dentro de este proceso, entre otros. Nos permiten dar razones que, fundamentan la importancia de centrarse en la pretensión planteada, que se constituye en el objeto del proceso; todo ello se apoya en las bases del Derecho administrativo, sus principios y el control jurisdiccional de la actuación administrativa.

Finalmente, el objetivo general planteado fue: Determinar si el control de la validez de un acto administrativo firme puede ser objeto del proceso de cumplimiento contencioso administrativo; y los específicos fueron: a) Establecer las condiciones que garantizan un equilibrio entre la posición del administrado frente a la Administración en



el proceso de cumplimiento contencioso-administrativo; b) Determinar cuáles son los caracteres generales del acto que debe ser ejecutado mediante el proceso de cumplimiento contencioso-administrativo y sus diferencias con los requisitos para la procedencia del proceso de cumplimiento constitucional; c) Describir los mecanismos de control de validez de actos administrativos facultados a la administración, en vía administrativa y judicial

1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1.1. PROBLEMA PRINCIPAL

¿El control de la validez de un acto administrativo firme puede ser objeto del proceso de cumplimiento contencioso administrativo?

1.1.2. PROBLEMAS ESPECIFICOS

- a) ¿Cuáles son las condiciones que garantizan un equilibrio entre la posición de la administrado frente a la Administración en el proceso de cumplimiento contencioso-administrativo?
- b) ¿Cuáles son los caracteres generales del acto que debe ser ejecutado mediante el proceso de cumplimiento contencioso-administrativo y sus diferencias con los requisitos para la procedencia del proceso de cumplimiento constitucional?
- c) ¿Cuáles son los mecanismos de control de validez de actos administrativos facultados a la administración, en vía administrativa y judicial?

1.2 JUSTIFICACION

El proceso contencioso administrativo en general, ha sido creado para el control de las actuaciones de la administración pública, de aquellas actuaciones que carecen de legalidad, siendo muy necesaria en un estado constitucional de derecho. Lo cual además impone la obligación de una debida motivación de las resoluciones administrativas. Sin embargo, al encontrarnos frente a una pretensión exclusivamente de cumplimiento de una resolución, que entre otros ha reconocido un derecho y/o una pretensión a un



administrado. Observamos que, luego de que el administrado ha transitado por un procedimiento administrativo, resulta que si bien obtiene ese reconocimiento, cuando pretende la ejecución del mismo, simplemente no es posible por la renuencia de la administración pública. Entonces, inicia un proceso ante la administración de justicia, pretendiendo el cumplimiento de su derecho a la eficacia de las resoluciones administrativas; sin embargo, el órgano jurisdiccional en segunda instancia, al emitir la sentencia de vista, en algunos casos, declara fundada la demanda y en otros la declara infundada, el resultado depende según el criterio que adopte para el caso. Cuando declara infundada la demanda, el administrado se encuentra en la siguiente situación: tiene un derecho reconocido en un acto administrativo, que además es firme y goza de presunción de validez, pues no se ha declarado su nulidad; de modo que, se presume que este acto sigue siendo válido. Pero no puede materializarse, es decir ser eficaz, porque además de la renuencia de la entidad administrativa, la administración de justicia ha determinado que no puede ordenar su cumplimiento. Por ello, se plantea la necesidad de establecer los fundamentos de la imposibilidad de revisión de validez del acto administrativo firme, en el proceso de cumplimiento contencioso administrativo.

De modo que, la presente investigación permite aclarar las diferencias existentes entre las pretensiones de plena jurisdicción y la pretensión de cumplimiento, cuyo objeto es garantizar el derecho a la eficacia de un acto administrativo o de una norma legal según corresponda y además por su naturaleza este proceso no se presenta como una vía idónea para el control de validez de un acto administrativo. De manera que, el juzgador debe limitarse a ordenar su cumplimiento, garantizando de este modo el principio de seguridad jurídica. Fundamentado en los principios del derecho administrativo y los mecanismos que tiene facultados la Administración, para cuestionar la legalidad del acto administrativo si considera que contiene un vicio grave que afecte el ordenamiento



jurídico y el interés general.

1.3 OBJETIVOS

1.3.1 OBJETIVO GENERAL

Determinar si el control de la validez de un acto administrativo firme puede ser objeto del proceso de cumplimiento contencioso administrativo.

1.3.2. OBJETIVOS ESPECIFICOS

- a) Establecer las condiciones que garantizan un equilibrio entre la posición del administrado frente a la Administración en el proceso de cumplimiento contencioso-administrativo.
- b) Determinar cuáles son los caracteres generales del acto que debe ser ejecutado mediante el proceso de cumplimiento contencioso-administrativo y sus diferencias con los requisitos para la procedencia del proceso de cumplimiento constitucional.
- c) Describir los mecanismos de control de validez de actos administrativos facultados a la administración, en vía administrativa y judicial.



CAPITULO II

REVISIÓN DE LITERATURA

2.1 POSICION JURIDICA DE LA ADMINISTRACION

La posición jurídica de la Administración se explica a partir de las potestades reconocidas por el ordenamiento jurídico, potestades construidas históricamente, muchas de ellas ya no son vigentes. En un Estado Constitucional de Derecho, son limitadas por el principio de legalidad, y están sujetas a un control jurisdiccional, son producto de una lucha contra esas inmunidades del poder, sin embargo, la Administración se aferra a mantener potestades incongruentes con las garantías que debe tener todo ciudadano.

2.1.1 Las potestades de la Administración como mecanismo del principio de legalidad

La potestad y el Derecho subjetivo son especies del género poderes jurídicos, poderes que en sentido amplio son “facultades de querer y obrar conferidas por el ordenamiento a los sujetos” (García de Enterría y Fernández, 2006, p.477). La potestad es entonces un “poder genérico no referido a un sujeto o cosa determinada”, que procede del ordenamiento con posibilidad abstracta, de producir efectos jurídicos; en cambio, el Derecho subjetivo es, un “poder concreto en una relación jurídica determinada con respecto a un sujeto o cosa”, referido a una prestación concreta (Cassagne, 2013, p.80).

En el caso de la administración, la vinculación a la ley es una positiva, pues, todos los actos y las disposiciones de la administración, se someten y deben ser conformes a Derecho. Así, “el Derecho condiciona y determina, de manera positiva, la acción administrativa, la cual no es válida si no responde a una previsión normativa.” (García de Enterría y Fernández, 2006, p. 477). La Administración recibe del ordenamiento jurídico determinadas potestades.



Las potestades administrativas deben ejercitarse en función del interés público, que no es el interés propio del aparato administrativo, sino el interés de la comunidad; esta “adherencia al fin” (público) condiciona la validez de los actos administrativos, expresión del ejercicio de las potestades (García de Enterría y Fernández, 2006, p. 483). De este modo, “el quehacer administrativo encuentra su límite y su fundamento en el interés general” (Rodríguez-Arana, 2012, p. 32)

2.1.2 La autotutela

1.2.1 Autotutela declarativa y ejecutiva

La autotutela declarativa se manifiesta en una declaración o en un acto; por su parte, la ejecutiva supone el paso al terreno de los hechos, del comportamiento que adoptará la Administración, concretamente el uso de la coacción frente a terceros.

En virtud de la autotutela ejecutiva, todos los actos administrativos son ejecutorios, a excepción de aquellos a los que la Ley expresamente se lo niegue; esto es, obligan a su cumplimiento inmediato, “aunque otro sujeto discrepe de su legalidad, esta eventual discrepancia ha de instrumentarse precisamente como una impugnación del acto” (García de Enterría y Fernández, 2006, p. 533).

1.2.2 La articulación entre autotutela administrativa previa y tutela jurisdiccional

La doctrina concuerda en que solo la heterotutela, al ser impartida por órganos independientes y neutrales, puede beneficiarse de una presunción general de objetividad que, al hacerse iuris et de iure, convierte a sus decisiones en definitivas e inmutables, es decir, la resolución del conflicto tiene “fuerza de cosa juzgada” (García de Enterría y Fernández, 2006, p. 568).

El control jurisdiccional no se limita al carácter impugnatorio, concepción por cierto ya superada. Actualmente el órgano jurisdiccional puede adoptar las medidas necesarias



para el pleno restablecimiento de una situación jurídica individualizada. Nuestro país como muchos otros, ha adoptado un sistema de plena jurisdicción. Sin embargo, existen aún limitaciones al pleno control jurisdiccional producto de esa concepción. En opinión de García de Enterría y Fernández (2006), las inactividades administrativas, por ejemplo, son especialmente graves en una sociedad que está en buena parte edificada sobre un sistema de prestaciones positivas de la administración.

2.2 POSICION JURIDICA DEL ADMINISTRADO

2.2.1 Las situaciones jurídicas del administrado

2.1.1.1. Las situaciones subjetivas de carácter activo y la potestad del administrado

El Derecho Administrativo existe justamente porque, así como el administrado es destinatario de situaciones jurídicas pasivas, también es titular de situaciones jurídicas activas frente a la administración; uno de los postulados de la revolución francesa.

La primera de estas situaciones jurídicas activas del administrado se remite a la figura de la potestad, figura que, si bien es capital para definir la posición jurídica de la administración, no es exclusiva de esta. Puesto que, los administrados también pueden resultar titulares de esta clase de poderes jurídicos. Así, “muchas de las situaciones tradicionalmente calificadas de derechos subjetivos entran técnicamente en esta categoría específica” (García de Enterría y Fernández, 2006, p. 918)

Nos interesa en nuestro caso, la potestad del ciudadano de poner en marcha el aparato de justicia en defensa de su patrimonio jurídico amenazado o lesionado. Esto es, el derecho a obtener la tutela efectiva en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos. La potestad de acción judicial frente a la Administración; como nuestro punto de partida, para la adecuada protección del derecho a la tutela judicial efectiva, en un proceso en el que exista equilibrio entre la Administración y el administrado.



2.1.2 Las situaciones jurídicas pasivas del administrado.

a) Sujeciones: término correlativo al de potestad, el administrado está sometido o sujeto a las potestades de la Administración, “la sujeción, supone sólo la eventualidad de soportar los efectos de una potestad de otro sobre el propio ámbito jurídico, pero una vez la potestad ejercida surgirán ya otras figuras jurídicas subjetivas, derechos, deberes, obligaciones, distinta de la indicada sujeción” (García de Enterría y Fernández, 2006, p. 919).

b) Deber y Obligación: son impuestos con frecuencia por la Administración a través de la Ley, el reglamento, contrato y especialmente el acto administrativo.

2.2.2 Los Derechos subjetivos del administrado

a) Derechos subjetivos y legalidad de la Administración

En el ejercicio de un Derecho subjetivo, “lo que mueve al recurrente no es un abstracto interés por la legalidad, sino, el concretísimo de estimar que la administración le está perjudicando al obrar fuera de la legalidad”. De modo que, se conecta “interés subjetivo y legalidad objetiva” (García de Enterría y Fernández, 2006, p. 935).

Para García de Enterría y Fernández (2006), el administrado es titular de derechos subjetivos frente a la administración en dos supuestos: 1. Cuando ostenta pretensiones activas frente a la administración, podemos llamar a estos derechos subjetivos como derechos típicos; y, 2. Cuando se ha perturbado en su esfera vital de intereses por una actuación administrativa ilegal, Derecho subjetivo dirigido a la eliminación de esa actuación administrativa ilegal. (p. 943)

b) Los derechos fundamentales como derechos subjetivos.

Los derechos fundamentales constituyen verdaderos límites a los poderes administrativos normativos y discrecionales, de modo que, no solo no pueden vulnerarlos,



sino que deben promover las condiciones para promover su efectividad, removiendo los obstáculos que impiden o dificulten su cumplimiento.

La protección jurisdiccional de estos derechos se da a través del Proceso Contencioso-Administrativo, es por ello, que para García de Enterría y Fernández:

“Este régimen ha hecho saltar espectacularmente casi todos los privilegios históricos, de la administración en el proceso, siendo resultado de proponer como objeto de tutela bienes jurídicos como los derechos fundamentales que preceden indudablemente en su valor absoluto, según el sistema, a los bienes jurídicos de que la administración es portadora: su necesidad de eficacia, la presunción de objetividad, y de acierto en sus decisiones, la ejecutoriedad de sus actos a ella normalmente ligada” (p. 958).

2.2.3 Los servicios públicos como Derechos de los administrados

Dentro de las funciones del derecho público, una de ellas es, alcanzar a asegurar las “bases materiales de la existencia individual y colectiva y a proporcionar al ciudadano los medios apropiados para exigir y obtener de los entes públicos todo lo que, siéndole estrictamente necesario para subsistir dignamente, queda fuera del espacio vital por el dominado” (García de Enterría y Fernández, 2006, p. 961).

En esta tarea, el Proceso Contencioso-administrativo contra la inactividad de la administración, fue un paso decisivo. Pues, se extiende la garantía judicial a hacer efectivo el sistema de la Administración prestacional. Pretensión procesal que se dirige directamente contra el hecho mismo de la inactividad y se concreta cuando el órgano jurisdiccional condena a la Administración al cumplimiento de sus obligaciones.

2.3 EL ACTO ADMINISTRATIVO

2.3.1 El concepto de acto administrativo

La conceptualización del acto administrativo no es uniforme, ya que se observa una serie de alternativas doctrinarias y legislativas. Por nuestra parte, siguiendo



principalmente la doctrina española, que a su vez se ha nutrido de la francesa, alemana e italiana se puede señalar que dos son las concepciones mayoritarias. Desarrolladas a continuación, de manera general; considerando además la definición legislativa adoptada en nuestro país:

2.3.1.1 Concepción negocial

La doctrina mayoritaria concuerda con el planteamiento del italiano Guido Zanobini, así, el Acto administrativo sería “la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la Administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria” (García de Enterría y Fernández, 2006, p.587). Concepción que parte de una posible aplicación de la teoría del negocio jurídico a los actos administrativos.

Sin embargo, para Bocanegra (2005), utilizar la figura de la declaración de voluntad, constituye una grave incorrección técnica, pues, el acto administrativo se caracteriza por “la heterodeterminación de la persona que actúa: no hay en él una configuración creadora conforme a la voluntad del sujeto actuante, sino que esta viene dada ya por la Ley que se va aplicar a un caso concreto previsto en el supuesto de hecho de la norma” (pp. 43 y 44).

Se ha observado además en esta doctrina que, con la finalidad de ampliar el concepto de acto administrativo, se considera además las declaraciones de deseo, de conocimiento o de juicio, sin considerar que mediante dichas declaraciones no se ejerce potestad, pues, “los deseos, los conocimientos y los juicios no crean derechos y obligaciones y muchos menos los imponen a un sujeto. La creación unilateral de consecuencias jurídicas y su imposición a un sujeto, sólo puede ser obra de la voluntad” (Boquera, 1982, p.26).



2.3.1.2 Concepción reguladora del acto administrativo

Esta concepción, no concuerda con la anterior y señala que el elemento central de la definición del acto administrativo es su carácter regulador, a partir de un concepto estricto del acto administrativo. De modo que, el acto administrativo sería “toda decisión o resolución administrativa, de carácter regulador y con efectos externos, dictada por la administración en el ejercicio de una potestad administrativa distinta de la reglamentaria” (Bocanegra, 2005, p. 56). En doctrina nacional, encontramos que Huapaya (2006) se adhiere a esta postura.

Recogiendo lo más importante, se puede afirmar que el acto administrativo es una institución fundamental dentro del Derecho Administrativo; ya que, materializa las potestades de la administración. Sobre todo, el cumplimiento de las funciones administrativas, lo que permite, asimismo, establecer relaciones jurídicas estables con los particulares y, estar sujetos a un control jurídico.

2.3.1.3 Definición de acto administrativo en la legislación peruana y sus elementos

En la legislación peruana, a diferencia de países como España o Argentina, existe una definición legal de acto administrativo contenido en el Texto Único Ordenado de la Ley N.º 27444 (T.U.O. de la LPAG), para cuya elaboración se tuvo como referente principal la Ley del Procedimiento Administrativo Federal Alemana (VwVfG), tal como lo señaló Danós, quien participó en la elaboración de dicha norma. La doctrina nacional concuerda con esta decisión, al encontrarse acorde con los avances más recientes en materia administrativa, pretendiendo con ello evitar la presencia de interpretaciones contradictorias de la actuación más representativa de la Administración.

La definición establecida en el artículo 1º de la Ley es la siguiente:

1.1 Son actos administrativos, las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta.



A partir de lo regulado en la legislación peruana, describiremos los elementos que integran el concepto de acto administrativo:

A) Una declaración destinada a producir efectos jurídicos

Este aspecto evidencia que el acto administrativo es el resultado jurídico de un proceso de exteriorización intelectual, con la finalidad de modificar la realidad preexistente, esto es, regular relaciones jurídicas de orden administrativo. Hace referencia a su carácter regulador, pues el acto se dirige “a la producción o al establecimiento de una consecuencia jurídica, consecuencia que consistirá en la creación, la modificación o la extinción de un derecho o un deber, ...” (Bocanegra, 2005, p.58).

B) Emitida por una entidad de la Administración Pública

Para que el acto administrativo sea considerado como tal, debe proceder de una administración pública, lo que no significa que todas las actuaciones de sus órganos se plasmen en actos administrativos, “debiendo imponerse un criterio funcional según el cual serán actos administrativos aquellas resoluciones dictadas por el gobierno en el ejercicio de una potestad de naturaleza administrativa” (Bocanegra, 2005, p.70).

Así está regulado, al referir la Ley que el acto debe ser emitido por aquellas entidades descritas en el artículo I del Título Preliminar del T.U.O. de la LPAG, entidades que además deben estar habilitadas para tal efecto y actuar en ejercicio de sus potestades.

C) En el marco de normas de Derecho Público

Implica que, en tanto el acto administrativo es una manifestación del poder de autotutela declarativa de la Administración pública, se encuentra sometido a las reglas de un Derecho público que se caracteriza por, las particulares potestades atribuidas al Estado y sus órganos, este elemento, también “sirve para deslindar los actos administrativos de cuantas actuaciones pueda realizar la Administración con sometimiento al Derecho privado” (Bocanegra, 2005, p.71).



D) Que los efectos recaigan sobre los derechos, intereses u obligaciones de los administrados.

Hace referencia a la necesaria eficacia externa de la decisión administrativa (Huapaya, 2006), es decir, “la extensión de los efectos de los actos administrativos alcanza a la posición jurídica de terceros” (Bocanegra, 2005, p.65); ello en concordancia con lo dispuesto en el numeral 1.2.1. del artículo 1º, donde se establece que los actos de administración interna no constituyen actos administrativos. Efectos que deben ser directos, dado que el acto debe modificar por sí mismo la esfera jurídica del administrado.

E) Regula una situación concreta

Este elemento distingue al acto administrativo, pues, los efectos subjetivos que produce son concretos, delimitados de materia y situación jurídico-administrativa específica; a diferencia del reglamento, cuyos efectos son abstractos, generales e impersonales. Así, “el acto administrativo no innova el ordenamiento jurídico, sino que lo aplica, mientras que el reglamento supone una alteración del Derecho objetivo, un episodio de creación del Derecho” (García de Enterría y Fernández, 2006, p.200).

2.3.2 Requisitos de validez del acto administrativo

Los requisitos del acto administrativo, con frecuencia, se extraen del análisis de sus elementos; los actos administrativos son válidos cuando cumplen determinados requisitos que el ordenamiento jurídico les impone, similar a lo que ocurre con los actos jurídicos.

Para Bocanegra (2005), la teoría de las condiciones de validez de los actos administrativos debiera estar asentada en los postulados propios del Derecho Público. Desde esta perspectiva, las condiciones de validez son las siguientes: a) la admisibilidad de la actuación administrativa mediante actos administrativos; b) las condiciones formales de validez, entre ellos, la competencia y otras condiciones subjetivas, el



procedimiento y la forma y, c) por último, examinar las condiciones de validez, referido a los requerimientos que el Ordenamiento impone al contenido del acto administrativo.

En doctrina nacional, el tratamiento de los requisitos del acto administrativo se realiza a partir de lo establecido en el artículo 3° del T.U.O. de la LPAG. Como ya se señaló, el principal referente en la elaboración de la Ley fue la tradición alemana de la concepción estricta del acto administrativo. Tomamos como referencia la estructura planteada por Guzmán (2013), para el desarrollo de cada requisito. Teniendo en cuenta lo dispuesto en la propia norma, ya que el legislador establece pautas que delimitan su contenido.

2.3.2.1 Requisitos esenciales

Son imprescindibles, pues, si faltan o están viciados provocan la invalidez del acto, estos son:

A. Competencia.

La competencia es la medida de la potestad que corresponde a cada órgano, “su determinación concreta la realiza la norma jurídica que la atribuye, conforme a distintos criterios” (Bocanegra, 2005, p. 90). Se ejerce a través de la autoridad regularmente designada; en el caso de los órganos colegiados, debe cumplirse los requisitos de sesión, quórum y deliberación, indispensables para su emisión.

B. Motivación.

En términos simples motivar un acto, sería “reconducir la decisión que en el mismo se contiene a una regla de derecho que autoriza tal decisión o de cuya aplicación surge”. Permite: primero, que el administrado conozca los fundamentos y presupuestos que originan la resolución, a efectos de la ejecución del acto o la interposición de los recursos que correspondan; y, segundo, que la administración realice una adecuada ejecución de las resoluciones que emite, además de la revisión de oficio de los actos administrativos, incluyendo el proceso de lesividad. (Guzmán,2013). El artículo 6° del T.U.O. de la LPAG, establece las pautas para una adecuada motivación.

C. Objeto o contenido.

En términos generales es el efecto práctico que se pretende obtener con el acto, según el artículo 5° del T.U.O. de la LPAG, el objeto es aquello que decide, declara o certifica la autoridad, debiendo ser posible física y jurídicamente, además de lícito; asimismo “resulta indispensable a fin de que pueda determinarse con claridad los efectos jurídicos del acto”, (Guzmán, 2013, p. 330).

D. Finalidad pública.

El inciso 3) del artículo 3° T.U.O. de la LPAG, precisa que el acto administrativo debe adecuarse a las finalidades de interés público asumidas por las normas que otorgaron las facultades al órgano emisor, sin que pueda habilitarse a perseguir mediante el acto, aun encubiertamente, alguna finalidad, ya sea de la propia autoridad, a favor de un tercero u otra finalidad pública distinta a la prevista en la Ley.

E. Procedimiento regular.

El procedimiento es el conjunto enlazado de actos o actuaciones administrativas de trámite “destinadas a asegurar la legalidad, el acierto y la oportunidad de la resolución que le pone termino, y a garantizar los derechos de los ciudadanos afectados y la exigencia de los intereses públicos en juego” (Bocanegra, 2005, p. 93). Pretende asegurar que antes de la emisión de un acto se cumpla con un procedimiento predeterminado por la ley.

2.3.2.2 Elementos no esenciales

La ausencia de estos elementos no genera invalidez del acto, siendo posible su conservación. Estos son: a) Causa, b) Forma y c) Modalidad.

2.3.3 La eficacia de los actos administrativos

2.3.3.1 Eficacia

La eficacia son las consecuencias jurídicas de los actos administrativos, es decir al momento en que estos pueden llevarse a efecto, “siendo aptos y susceptibles de aplicación; es cuestión relativa, en consecuencia, a los requisitos extrínsecos que debe



reunir el acto administrativo, ya sea válido o inválido, para que su contenido pueda llevarse a efecto” (Gamero y Fernández, 2014, p.457). Para Saborío la eficacia es, la “capacidad actual para producir los efectos jurídicos que el ordenamiento jurídico ha previsto para la concreta función administrativa que se ejerce”. (2002, p.43).

2.3.3.1 La eficacia en el tiempo

A. Comienzo de la eficacia

En el Derecho español se produce la eficacia inmediata (Bocanegra, 2005); sin embargo, existen excepciones, en cuyo caso la eficacia queda demorada. (García de Enterría y Fernández, 2006, p. 625). La Legislación peruana en el artículo 16° del T.U.O. de la LPAG, establece que la eficacia comienza con la notificación del acto administrativo, salvo que se disponga otra cosa o se trate de un acto que favorece al administrado, en cuyos supuestos, generan efectos desde su emisión. Permite exigir su ejecución y no tener que esperar hasta la notificación del acto.

B. Retroactividad de los actos administrativos

Los principios de legalidad y seguridad jurídica impiden retrotraer los efectos del acto, ya que ello supone reconocer a la Administración un poder sobre el pasado que destruye la necesaria certeza y estabilidad de las relaciones jurídicas establecidas. Sin embargo, existen situaciones en las que la retroacción de los efectos resulta una exigencia de justicia, por ejemplo, en el caso de la declaración de nulidad y el reconocimiento del derecho del particular. (García de Enterría y Fernández, 2006).

C. Cesación temporal y definitiva de la eficacia

La eficacia del acto puede cesar temporal o definitivamente. Con carácter temporal, provisional o transitorio, en caso de suspensión del acto, que se hace efectiva a través de una medida cautelar, que se dicta en el caso de que dicha ejecución pudiera causar



perjuicios de imposible o difícil reparación; con ello, se pretende conseguir un equilibrio entre los principios de “garantía del interés público y el derecho a una efectiva defensa del particular” (García de Enterría y Fernández, 2006, p. 633).

2.3.4 La validez e invalidez

2.3.4.1 Validez

La validez del acto administrativo hace referencia a su conformidad con el ordenamiento jurídico, de este modo el acto será válido, “cuando, como ocurre con todo acto jurídico, cumplen determinadas condiciones o requisitos que el propio ordenamiento les impone” (Bocanegra, 2005, p.79). La validez estudia en consecuencia, los elementos intrínsecos del acto, cuya carencia o inobservancia provoca vicios que determinan su invalidez. (Gamero y Fernández, 2014).

La validez de los actos administrativos puede además estar en función a la idea de conservación, al ser esta una “institución que recoge todos aquellos supuestos en los que, por el motivo que sea, un acto inválido adquiere validez” (Beladiez, 1994, p.167). Se trata de casos, en los que se considera necesario tutelar un principio jurídico que, en la situación concreta tiene mayor peso que el de legalidad. Por ello, “siempre que el defecto pueda ser subsanado, el acto —sea nulo o anulable— adquirirá validez, esto es, se convalidará” (Beladiez, 1994, p.168)

En nuestro país, la LPAG en su artículo 8º, define al acto administrativo válido como aquel dictado conforme al ordenamiento jurídico. Por ello se afirma que, la validez viene a ser concretamente el resultado de una valoración jurídica resultante de la adecuación de una declaración de voluntad reguladora de situaciones jurídicas, con el ordenamiento jurídico en su conjunto. (Huapaya, 2006).

2.3.4.2 Invalidez

En términos generales, al tratarse de una figura adaptada y propia del derecho privado, al igual que el concepto de acto administrativo, se puede definir la invalidez



como “una situación patológica del acto (administrativo, en este caso), caracterizada porque faltan o están viciados algunos de sus elementos” (Morcillo, 2000, p.153).

Por su parte Santofimio (1994), analiza la invalidez, a través de lo que denomina "teoría de los vicios invalidantes", como la que “señala y estudia los diversas circunstancias, acciones u omisiones, que una vez producidos le restan legalidad a la manifestación de voluntad de la administración” (p.269-270). Los actos administrativos se presumen válidos, sin embargo, el ordenamiento jurídico reacciona contra aquellos que lo infringen, la intensidad dependerá de su gravedad. (Boquera,1983, p. 1003).

En doctrina nacional, Danós (2016) señala que es aquel en el que, “existe discordancia entre el acto y el ordenamiento jurídico y por tanto es un acto ilegal”. Sin embargo, no todo acto administrativo invalido es susceptible de ser declarado nulo según lo previsto por el artículo 10º de la LPAG. (p. 6)

El análisis sobre la validez o invalidez del acto administrativo, “requiere de una valoración o calificación para poderlas declarar” luego efectuarse el juicio de verificación acerca de la legitimidad o ilegitimidad del acto en cuestión. (Cassagne, 2017, p.718).

a. Precisión de términos

Actualmente, el tema de la invalidez de los actos administrativos se suele identificar, haciendo referencia a más de un término, como al acto ilegal, inválido, ineficaz y anulable, esta imprecisión se encuentra en la doctrina y también en la jurisprudencia; por ello, Alonso (2017), sintetiza las aportaciones jurídicas de la dogmática a los siguientes conceptos jurídicos: A) La ilegalidad: los vicios de ilegalidad son meras causas potenciales de invalidez. Calificación puramente teórica, de modo que, la ilegalidad puede tener, o no, capacidad invalidante; B) La invalidez: resultado de una valoración sobre el alcance del hecho mismo de la ilegalidad, calificación puramente teórica, en consecuencia, sería una ilegalidad relevante, que luego se haría efectiva por



medio de una declaración formal de anulación; C) La anulación: es la declaración formal, administrativa o judicial, hecha por órgano competente, de que el acto es inválido, situación excepcional, pues se presumen válidos y gozan de estabilidad; y, D) La ineficacia: dato empírico, derivado de la comprobación de que el acto en cuestión no haya producido efectos, es decir, que no haya creado, modificado o extinguido situaciones jurídicas o ajustado conductas, con independencia del origen de esta circunstancia.

La declaración de invalidez o anulación no siempre conlleva a la ineficacia del acto, ello, dependerá del régimen jurídico que el ordenamiento otorgue a los distintos tipos de vicios invalidantes, ya que, en determinadas circunstancias algunas de las situaciones jurídicas que traían causa del acto anulado, pueden ser mantenidas. Pero, con carácter general, la anulación de un acto debe tener efectos retroactivos (eficacia ex tunc).

b. Grados de invalidez

La invalidez integra un “fenómeno extenso que admite diversas graduaciones en su intensidad, siendo necesario distinguir, al menos dos categorías distintas: la nulidad de pleno derecho y la mera anulabilidad” (Bocanegra, 2005, p. 167). Se pueden agregar además a las irregularidades no invalidantes y la inexistencia.

La invalidez más grave es la llamada nulidad absoluta; y la más leve la nulidad relativa o anulabilidad. En el Derecho español, la regla general es que cuando un acto incurre en algún vicio es anulable. Los supuestos de nulidad, por una parte, y de irregularidad no invalidante, por otra, se establecen como excepciones a esa regla, y aparecen por tanto expresamente previstos en el ordenamiento jurídico. (Gamero y Fernández, 2014) Similar situación ocurre en el Derecho peruano, al amparo de los artículos 10° y 14° de la LPAG, contienen las causas de nulidad y la subsanación en casos de vicios irrelevantes, respectivamente, siendo regla general la conservación del acto.



De modo que los grados de invalidez, según Eduardo García de Enterría y Tomas Ramon Fernández, serían los siguientes: i) Nulidad de pleno derecho, ii) Anulabilidad, iii) Irregularidades no invalidantes; e, iv) Inexistencia. (García de Enterría y Fernández, 2006, p.662-663).

2.3.5 Sistema de nulidades

La teoría de las nulidades estudia las consecuencias o sanciones que corresponden al acto administrativo antijurídico. Debe tratarse de hallar los principales tipos y peculiaridades que se dan en las consecuencias jurídicas. (Gordillo, 2009, p. XI-2).

a. Nulidad

La teoría tradicional ha caracterizado la nulidad como una natural privación de los efectos jurídicos del acto; sanción nacida del incumplimiento u omisión de los elementos indispensables para la realización del acto y una consecuencia de estricto origen legal. Por consiguiente, “la nulidad se genera en el ámbito de la formación del acto, es decir, en anomalías de los elementos que deben concurrir para la validez” y tiene indudablemente efectos en su eficacia ejecutoria. (Santofimio, 1994, p.243 y 244).

Gabino Fraga(2000), considera que un acto administrativo es nulo cuando está afectado de una irregularidad diferente de la que produce la inexistencia, como son aquellos en los cuales hay un vicio en alguno de sus elementos constitutivos.(pp. 295 y 296). Por su parte Jorge Danos Ordoñez agrega que, sería nulo el acto que padece de algunas de las causales de invalidez previstas por el artículo 10º de la LPAG, expresamente declarado como tal por la autoridad administrativa o judicial competente. (2016, pp.6 y 7).



b. Anulabilidad

En el derecho administrativo el acto administrativo ilegal es en principio, simplemente anulable, salvo que incurra en una de las causas de nulidad establecidas legalmente. Diferente al derecho civil, donde la regla general es la nulidad. Las razones de la inversión de esta regla se encuentran en la seguridad jurídica, en la necesidad de que la acción administrativa genere confianza en sus destinatarios, y en la conveniencia de que la Administración no gaste su tiempo y sus esfuerzos en una revisión sin límites de su actividad ya cumplida. (Bocanegra, 2005, p. 193-194)

Los actos anulables, por “el juego de la autotutela decisoria y ejecutiva se traduce en una sustancial agravación de las cargas sobre el particular”, de modo que, “el acto potencialmente anulable se entiende convalidado y resulta no ya sólo eficaz, sino perfectamente válido e inatacable” (García de Enterría y Fernández, 2006, p.661).

Si bien la tendencia es la conservación del acto, la anulabilidad es “el régimen procesal que permite lograr la ineficacia de aquellos actos que son inválidos”, pero cuya infracción no afecta gravemente el orden jurídico, lo que permite “compatibilizar el derecho del perjudicado a expulsar el acto del ordenamiento con el derecho del resto de la comunidad a la estabilidad de las relaciones jurídicas” (Morcillo, 2000, p.162).

De acuerdo con Alonso (2017), la nulidad, como la anulabilidad son categorías de vicios invalidantes, que encierran técnicas procedimentales para expulsar del orden jurídico o para validar actos administrativos viciados. (p.12).

De acuerdo con la legislación argentina, Dromi (2009) señala que el acto anulable se caracteriza porque: i)Se considera regular, ii)Tiene presunción de legitimidad y ejecutividad, iii)Los agentes públicos y los particulares tienen obligación de ejecutarlo y cumplirlo, iv)La declaración de nulidad produce efectos sólo para el futuro (ex nunc); v) La acción para impugnarlo judicialmente prescribe a los dos años, siempre y cuando los



ordenamientos jurídicos provinciales no establezcan otros plazos; vi) En sede judicial no procede de oficio la declaración de nulidad. (p. 386)

Como ya se dijo, en el Perú si bien no se regula la anulabilidad; en base a la presunción de validez y la conservación del acto, establecidos en los artículos 9° y 14° del TUO de la LPAG respectivamente, y demás concordantes. Los actos administrativos que no contengan alguna causal de nulidad absoluta tendrán las características y efectos de un acto que contenga algún vicio de nulidad relativa.

c. Conservación del acto

El principio de conservación de los actos administrativos es “expresión del conocido principio de economía procesal” (Bocanegra, 2005, P.200). Así, en los casos que la ley considera que un acto administrativo vulnera requisitos que estima de menor trascendencia debe primar la conservación de las actuaciones de la Administración, estableciendo la obligación de restablecer la legalidad infringida mediante la subsanación del acto viciado para volverlo plenamente legal. (Huapaya, 2006).

Conforme al artículo 14° de la LPAG los actos administrativos que padecen de vicios no relevantes no deben declararse nulos de pleno derecho; en este caso corresponde a las entidades administrativas más bien proceder a su enmienda, subsanando los vicios o defectos de que adolezcan para que recobren validez. “La finalidad de este dispositivo es salvar la eficacia de las actuaciones administrativas respecto de irregularidades que la propia ley administrativa considera leves” (Danós, 2016, p.24).

La presunción de validez de los actos administrativos “se traduce en un principio de conservación de los mismos (favor acti) que da lugar a una serie de técnicas concretas” (García de Enterría y Fernández, 2006, p.699), como la convalidación, conversión o la incomunicación de invalidez.



d. Instancia competente para declarar la nulidad

En principio, la instancia competente es la jerárquicamente superior a aquella que emitió el acto administrativo, a menos que no exista subordinación jerárquica, caso en el cual será la misma entidad la que emitirá la declaración de nulidad, en virtud de lo señalado por el artículo 11.2 de la LPAG. Se debe agregar que, la Administración puede declarar la nulidad a pedido de parte mediante los recursos administrativos establecidos por la Ley, del mismo modo, también puede ejercer dicha potestad de oficio.

El ordenamiento jurídico concede a los destinatarios de un acto administrativo, “una duplicidad de recursos, administrativos y jurisdiccionales, una doble garantía a disposición de los administrados que se ven afectados en su persona o en su patrimonio” (García de Enterría y Fernández, 2006, p. 1456). La nulidad puede ser declarada en:

- Vía administrativa:

El artículo 11° de la LPAG establece que los administrados plantean la nulidad de los actos administrativos que les conciernan, a través de los recursos administrativos previstos por la norma, cumpliendo los requisitos y plazos establecidos. Sin embargo, existe gran distancia entre la posición de la administración al resolver un recurso planteado ante ella y la posición de un órgano jurisdiccional en un caso similar, pues, si bien el procedimiento administrativo, “pretende asemejarse a un proceso jurisdiccional, siempre faltara neutralidad e independencia”, por ello, se afirma que los recursos son una “garantía limitada” (García de Enterría y Fernández, 2006, p.1458).

De otra parte, si es la misma entidad que emitió el acto administrativo, quien considera que un acto es ilegal y por tanto debe ser declarado nulo, puede en virtud de su potestad de autotutela, declarar de oficio la nulidad en vía administrativa, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 211° del T.U.O. de la LPAG.

- Vía judicial



La declaración de nulidad de un acto administrativo se puede realizar, además, a través del proceso contencioso administrativo, concebido como la vía procedimental ordinaria para dilucidar las controversias entre la administración y el afectado por un acto administrativo. En nuestro ordenamiento se establecen los casos en los que el particular puede recurrir directamente a la vía judicial, pero esto es excepcional, pues la regla es que el administrado haya agotado antes la vía administrativa. Asimismo, la misma administración puede recurrir como demandante solicitando la nulidad, se trata del proceso de lesividad.

2.4 LA INACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

2.4.1 El fundamento de la tutela frente a la inactividad administrativa

La administración está presente en numerosos ámbitos de la vida social, y está llamada a garantizar el orden. Asimismo, “del carácter servicial de la Administración derivan los principios de eficacia y control, el derecho proporciona una serie de mecanismos para controlar la actividad administrativa, pero muy pocos para luchar contra la inactividad”, pues, de poco sirve un acto administrativo si no se ejecuta o no hay medios para ejecutarla. (Gómez, 2011, p.79).

En un esquema puramente revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa, no existía la inactividad u omisiones de la Administración. Se consideraba que no tenían incidencia jurídica en la esfera del administrado y éste debía esperar a que la Administración se pronuncie expresamente respecto de sus peticiones. (Huapaya, 2006,p. 563). Actualmente, el Estado social de Derecho se guía principalmente por el principio de igualdad y en su dimensión prestacional supone, que “los preceptos constitucionales no solo limitan su acción, sino que la orientan e imponen en beneficio de la efectividad de los derechos y principios que la constitución proclama”(Gómez, 2011, p. 42).



Nuestro ordenamiento jurídico ha regulado la impugnación contra la inercia de la administración, al respecto Huapaya(2006), comparte “la amplitud con la que la LPCA ha regulado el tema de la inactividad administrativa, tanto en el orden de su conceptualización como "actuación impugnable", así como el de las pretensiones de superación de este estado antijurídico”(p. 564)

Es necesario, por ello recurrir a las posiciones que se han fijado a nivel doctrinario, para justificar la atribución de consecuencias jurídicas a la inactividad de la Administración, para tal efecto nos guiamos de la clasificación hecha por el autor peruano Huapaya, en su Tratado del Proceso Contencioso Administrativo:

a. Teoría de la inactividad administrativa como consecuencia de una "mala administración".

Teoría consagrada por Marcos Gómez Puente, quien concibe a la Administración Pública como una organización dinámica, servicial e instrumental, destinada a satisfacer los requerimientos de los particulares al Estado; esta concepción surge de la formulación de la teoría del Estado Social de Derecho, de los postulados de la acción estatal destinada a satisfacer los intereses generales y ciudadanos.

Precisamente, al ser concebida la Administración como una entidad instrumental, servicial y sobre todo dinámica, recaerá sobre ella un deber genérico de actuación, esto es, un deber de actividad. En tal sentido, la inactividad constituye una expresión contraria, un comportamiento anormal de la Administración Pública, un no hacer con relación a sus competencias y deberes específicos de actuación. (Gómez, 2011)

Agrega que, el doble alcance que tiene el vocablo inactividad, al comprender la falta absoluta y relativa de actividad, encontraría traducción en el concepto maladministration, termino anglosajón que, en sentido amplio, son conductas contrarias a las normas que rigen la actuación de la Administración. Y, en sentido originario es un:



“conjunto de situaciones que por la inadecuación del sistema reaccional y la indefensión que se deduce de esta circunstancia, resulta especialmente perniciosas y ponen en juego principios tan esenciales al Estado social de Derecho como la igualdad o la seguridad jurídica y la propia realización de los objetivos materiales a que aspira” (Gómez, 2011, p.65).

Para Huapaya, la "mala administración", es una noción imprecisa, y que al menos en nuestro sistema jurídico no goza de reconocimiento constitucional, ya que, “dicho concepto es propio de la experiencia anglosajona, eminentemente consuetudinaria y forjada en la experiencia de sus Tribunales y de su peculiar organización administrativa”(Huapaya, 2006, p. 567).

b. La inactividad como incumplimiento de un deber de actuación previamente establecido por una norma jurídica.

Postura mayoritaria en España, que parte de la premisa que la actividad administrativa encuentra su fundamento y su realización en la ley, basado en la vigencia del principio de legalidad, de manera que, la inactividad: “rompe el núcleo del comportamiento administrativo de ejecución de la ley, posición irrenunciable por parte de la Administración” al tener que generar la actividad de prestación-ejecución exigida por la Ley. “Desde el enfoque del Estado de Derecho, la conducta sometida a la Ley entraña no sólo sometimiento a la legalidad sino también actuación externa conforme al orden previsto”. (Montoro, 1986, p. 263).

Siguiendo el planteamiento, Huapaya (2006) agrega que, el principio de legalidad actúa en tres momentos claves para el derecho administrativo: 1) Como mecanismo de atribución de potestades y poderes administrativos. (principio de vinculación positiva). 2) Como límite objetivo a la actuación de las potestades administrativas. (Administración no puede actuar fuera de los cauces asignados por ley). 3) Imponiendo obligaciones y



deberes específicos a la Administración con respecto a los ciudadanos. (Legalidad como imposición de deberes vinculantes a la Administración). (pp 570-571).

La Administración actúa en base a los mandatos del legislador, y los complementa a través de su actuación reglamentaria, convencional, ejecutiva y técnica; su omisión será ilegal. “El mandato jerárquico constitucional de la primacía de la Ley es claro: allá donde exista una obligación legal que cumplir o un precepto que ejecutar, la conducta administrativa pasiva es ilícita” (Montoro, 1986, p. 290)

La atribución de consecuencias jurídicas a la inactividad de la Administración, en función al agravio del principio de legalidad, motivará que la magistratura especializada en lo contencioso-administrativo intervenga para: (i) ordenar el cumplimiento del deber o mandato que recae sobre la Administración, y (ii) determinar las eventuales responsabilidades del daño sufrido por el afectado. (Huapaya, 2006, p. 573).

c. Posición de Ramón Huapaya Tapia

Considera que el fundamento de toda actividad administrativa es el sometimiento a la legalidad, tanto como patrón de atribución de competencias, así como por los deberes de ejecución y complemento que impone a la Administración. En tal sentido, toda omisión, todo dejar de dar, hacer o no hacer efectuado por la Administración Pública, siempre tendrá un elemento de ilegalidad ínsito. De tal suerte que la omisión de la Administración que resulte del incumplimiento de una obligación establecida en una norma jurídica será una inactividad ilícita, o no tolerada por el ordenamiento.

Será pues el principio de legalidad, en una faceta inversa, el que permite atribuir efectos jurídicos a la inactividad administrativa, en la medida que si las normas jurídicas apoderan a la Administración para cumplir con sus mandatos, lógico es concluir en que el incumplimiento de dichos deberes u obligaciones, tendrá una relevancia jurídica innegable, así, los administrados se encuentran en una posición jurídica activa frente a la



Administración, la misma que está obligada a satisfacer materialmente las prestaciones que resultan de la imposición de tales deberes específicos. (Huapaya, 2006, p. 574)

Considera el autor que el fundamento de la atribución de efectos a la inactividad administrativa se encuentra necesariamente en el principio de legalidad, que puede complementarse también con los objetivos derivados por el principio de eficacia. Si la Administración es pasiva se generarán consecuencias en el plano jurídico:

(i) en primer lugar, la ilegal omisión podrá ser plenamente juzgada por la vía del proceso contencioso-administrativo, en la medida que la judicatura podrá imponer injoctions o mandatos de hacer a la Administración, en orden a realizar los mandatos impuestos por el ordenamiento; y ii) necesariamente se generará un mecanismo de responsabilidad administrativa ante la omisión de realización de actos debidos. (Huapaya, 2006, p. 575)

De esta manera, fundamenta la atribución de efectos jurídicos a la inactividad administrativa en dos principios fundamentales: el principio de legalidad de la Administración (art. 45° primer párrafo y art. 51° de la Constitución), así como el deber específico del Estado de lograr el bienestar general de la Nación (artículo 44° de la Constitución). (Huapaya, 2006, p. 575).

2.4.2 Concepto de inactividad administrativa.

Encontrado el fundamento constitucional para la atribución de consecuencias jurídicas a la omisión, es necesario esbozar un concepto relacionado a su caracterización de "actuación administrativa impugnabile" establecida por la LPCA.

Gómez Puente (2012), propone la construcción del concepto jurídico de inactividad administrativa a partir de dos elementos: uno material, como "la constatación de una situación de pasividad e inercia de la administración"; y otro formal, "que caracteriza dicha situación como una omisión por infracción del deber legal de obrar o actuar y determina su antijuridicidad", deber que puede resultar del reconocimiento expreso de

una obligación administrativa de hacer y/o de una facultad administrativa. (p.74). A excepción de los casos en que la administración no actúe porque “simplemente es imposible materialmente hacerlo”, este elemento puede llegar incluso a reducir o desaparecer la antijuridicidad de la inercia. (Gómez, 2012, p.75).

En tal sentido, para Gómez, la inactividad “debe definirse a partir de la constatación de una omisión por la Administración de cualquier actividad, jurídica o material, legalmente debida y materialmente posible” (Gómez, 2012, p.75). Del que se deducen tres elementos, claramente identificables, que analizaremos a continuación:

2.4.2.1 La omisión de una actividad jurídica o material.

Es preciso afirmar que la inactividad puede y debe ser estudiada desde su oposición: la actividad administrativa. Sólo si se sabe a qué está obligada la Administración, podrá imputársele válidamente una antijuridicidad en su omisión. En la relación jurídica administrativa, “toda la actividad de la Administración presupone, ejercicio de un poder previamente conferido por el ordenamiento mediante la técnica jurídica de la potestad. Y a diferentes potestades jurídicas puede retrotraerse toda la actividad de la Administración”(Gómez, 2012, p. 77), estas actividades se pueden clasificar en dos:

a.1) Actividad jurídica, declarativa o formalizada: Incluye toda declaración de la Administración destinada a la producción de efectos jurídicos. Atendiendo a la naturaleza de la declaración y a sus efectos jurídicos, la actividad declarativa o formal puede ser normativa, convencional o singular. Es el supuesto típico de la producción de actos administrativos, los mismos que normalmente están referidos a situaciones de carácter singular, aunque existen los actos administrativos de efectos generales.

a.2) La actividad material, técnica o no formalizada: Las declaraciones jurídicas no bastan para transformar la realidad de las cosas y acomodarla a la voluntad expresada en las normas jurídicas. La aplicación de éstas y la ejecución fáctica de los



actos administrativos requieren una actividad técnica o material que la Administración debe llevar a cabo, en tal medida, “la actuación material, que en principio es irrelevante, adquiere notoriedad en términos jurídicos cuando se trata de actuación material de efectos externos”(Huapaya, 2006, p. 580).

2.4.2.2 La existencia de un deber legal de actuar.

Conforme señala Gómez (2012), no toda ausencia de actividad puede considerarse inactividad administrativa en sentido jurídico. Muchas veces la situación pasiva de la Administración viene exigida por la legalidad misma que le prohíbe o no le habilita para actuar o, por la realidad de las cosas que hace imposible una actuación material.

La omisión administrativa debe constituir una conducta antijurídica por contravención de un deber de actuar deducido del ordenamiento jurídico. “El deber jurídico infringido puede tener origen en la voluntad legislativa o en el principio de autovinculación de la Administración que sujeta a ésta al cumplimiento y ejecución de las disposiciones y actos administrativos que produce”(Gómez, 2012, p. 85).

Para Huapaya, será suficiente con determinar la existencia de una relación jurídico-pública que imponga deberes u obligaciones específicas de actuación a la Administración para que se *“origine una posición activa o de poder del ciudadano con relación a la exigibilidad de un comportamiento (jurídico o material) de la Administración”*. La omisión de un deber legal de actuar constituirá título suficiente para habilitar la reacción del particular contra la inactividad. (Huapaya, 2006, pp. 583 y 584).

Se constata la omisión con “una declaración de voluntad (jurídica) que, denunciándola, aspire a erradicar la situación omisiva promoviendo la actividad legalmente debida, obtener la reparación de los daños por ella ocasionados y exigir la responsabilidad personal que corresponda al agente causante de ella” (Gómez Puente, 2012, p. 128).



2.4.2.3 Contenido posible del deber legal de actuar.

La vinculación positiva y negativa al principio de legalidad de la Administración “conduce a que virtualmente nunca pueda existir un deber legal jurídico a cargo de la Administración cuyo contenido consista en la producción de un acto antijurídico”; pues la administración no puede actuar en contra del ordenamiento jurídico, tampoco podría deducirse un deber en tal sentido. Por tanto, no puede haber deberes administrativos jurídicamente imposibles. De otro lado, está la imposibilidad material o técnica, como incapacidad para llevar a cabo la actividad jurídica o material de “un deber jurídico positivo cuyo cumplimiento se pretende”(Gómez, 2012, p.129).

Los deberes que exigen una actuación positiva de la Administración pueden ser agrupados, por su contenido, en dos categorías: a) Deberes de medio: su cumplimiento se determina por “la efectiva posibilidad de que la Administración desarrolle la actividad requerida”, por tanto la omisión constituirá inactividad administrativa; y b) Deberes de resultado, en este caso, “puede haber inactividad sin que medie omisión cuando la Administración actúa pero no obtiene el resultado pretendido y este es materialmente posible”(Gómez, 2012, p.132), pese a su diferenciación teórica, ambos tipos de deberes pueden aparecer ligados en el desarrollo de las funciones de la Administración.

A partir de los elementos que contiene el concepto de inactividad administrativa, se puede concluir que, si existe una actividad jurídica o material, derivada de un deber jurídico concreto de actuación a cargo de la Administración, y que además sea física y jurídicamente posible; pero, que no es realizada o es realizada defectuosamente por la Administración. Estamos frente a la inactividad administrativa, donde no se atiende al ciudadano aun cuando es posible hacerlo.



2.4.3 Clasificación de las formas de la inactividad administrativa.

2.4.3.1 La posición de Nieto García.

Quien bajo un notorio influjo de la Ley alemana de la jurisdicción administrativa de 1960, propone un nuevo sistema de análisis de la inactividad de la Administración, a partir de la constatación de la inutilidad del silencio administrativo para resolver el problema de la pasividad administrativa.

Así, Nieto señala la existencia de dos formas de inactividad administrativa: a) la inactividad formal como, "la pasividad de la Administración dentro de un procedimiento, es la simple no contestación a una petición de los particulares" y b) la inactividad material: "es una pasividad, un no hacer de la Administración en el marco de sus competencias ordinarias". (Nieto, 1986, p. 232-233).

Pretendía hacer notar que si bien la ley había previsto una solución para los supuestos de inactividad formal por medio del silencio administrativo negativo; en la inactividad material en cambio la única vía para el administrado era iniciar un procedimiento para lograr convertir, la inactividad material en una de tipo formal, y poder recién iniciar uno contencioso-administrativo contra la denegación expresa o presunta de su petición.

La distinción que Nieto originalmente formuló fue revisada posteriormente por él mismo, en un trabajo titulado "La inactividad material de la administración: veinticinco años después". En dicho trabajo, el autor efectúa una reelaboración de sus tesis sobre la tipología de las inactividades administrativas. Con el interés de precisar los supuestos de la inactividad material. Así, señala como supuestos de inactividad material los siguientes: a) la no producción de un acto administrativo; b) el no dictar normas o disposiciones de carácter general; c) la no creación de órganos administrativos; d) la no prestación de servicios públicos; e) el no ejercicio de acciones para la defensa de derechos e intereses



que tiene encomendados la Administración; f) la no ejecución de las sentencias de los tribunales. (Nieto, 1986b, p. 14-16).

En tal sentido, propone la siguiente taxonomía de las formas de inactividad:

i) Inactividad formal o silencial: Sería la producida dentro de un procedimiento en el que un particular solicita la emisión de un acto administrativo, y que se equipara a la figura del silencio administrativo, esto es la no producción de un acto dentro de un procedimiento.

ii) Inactividad material negativa: Cuando la pasividad se produce al margen de un procedimiento administrativo. Puede ser jurídica si lo que falta es un acto jurídico (individual, normativo u organizativo), o fáctica cuando falta una actuación material no condicionada por un acto administrativo.

iii) Inactividad material positiva: Consiste en la pasividad de la Administración con relación al cese de una actividad ilegal y eventualmente, dañosa. (iv) Inactividad de efectos trilaterales: Cuando la falta de actividad administrativa repercute sobre un perjudicado implicado en una relación jurídico-administrativa bilateral, y además sobre terceros interesados. (Nieto, 1986, pp. 21-25)

Por último, Nieto García, con ocasión de la entrada en vigor de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa española de 1998, escribió un posterior trabajo en el que fija de manera definitiva sus tesis específicas con respecto al control jurisdiccional de la inactividad administrativa. En dicho trabajo, el autor propone una nueva distinción entre los siguientes tipos de inactividad:

(i) Inactividad silencial: Es de carácter procedimental y aparece cuando no se produce el acto administrativo dentro del plazo exigible, si bien arrastra también la falta de prestación material ejecutoria del mismo.



(ii) Inactividad material: Sería cuando no se realiza la prestación fáctica que es contenido del deber legal de actuar. Cuando falta el acto administrativo previo, bien porque, existiendo éste, la Administración no lo ejecuta, o bien porque, habiendo una sentencia que condena a la Administración, esta sigue resistiéndose a realizar la prestación. Esta circunstancia puede ser un elemento de gran importancia para fijar el alcance y contenido de la obligación correlativa de cargo de la Administración.

Gómez (2011) propone algunas precisiones sobre esta clasificación: señala que lo que Nieto denomina inactividad formal no es más que el silencio administrativo, mientras que la inactividad material “comprendería en realidad, toda suerte de omisiones ilegales de la Administración en ausencia de procedimiento administrativo en el que inste su actividad jurídica o material”(p. 141).

2.4.3.2 La posición de Gómez Puente.

En función de la propuesta original de Alejandro Nieto, aunque matizándola de acuerdo a sus criterios formula la siguiente clasificación:

a) Inactividad formal: Consistente en la ausencia de una declaración jurídica, legalmente debida, según la naturaleza de esa declaración, es posible distinguir entre:

- Inactividad formal normativa: cuando la Administración falta al deber legal de dictar normas o disposiciones de carácter general; esto es, de los supuestos de inactividad o pasividad reglamentaria.

- Inactividad formal convencional: cuando la pasividad se refiere al desarrollo de actividades de concertación.

- Inactividad formal singular (o procedimental): cuando se omite la emisión de una declaración unilateral de voluntad, juicio, conocimiento o deseo que resulta legalmente obligada en ejercicio de una potestad administrativa. Se trata de la falta de ejercicio de una potestad administrativa a través de la correspondiente tramitación y resolución de un procedimiento administrativo.



b) **Inactividad material:** Supone la omisión de una actividad "técnica, material o física" destinada a surtir efectos externos a la Administración. (Gómez, 2011, p. 148 y 149)

2.4.3.3 La posición de Ramón Huapaya Tapia

Se adhiere al planteamiento de Marcos Gómez Puente, pero con ciertas matizaciones:

i) Inactividad formal, o inactividad en la producción de una declaración de voluntad administrativa: se refiere a la existencia de un deber jurídico de emisión de una declaración de voluntad vinculante de cargo de la Administración, pero esa declaración de voluntad expresa es omitida; la expresión "declaración de voluntad", puede ser normativa, convencional, así como de la emisión de un acto administrativo. De esta manera, existirían las siguientes formas o tipos de inactividad administrativa declarativa.

a) Inactividad normativa: Constituye la omisión de realización de un deber específico de emisión de una norma por parte de la Administración Pública. Que debía materializarse a través de la emisión de una norma reglamentaria.

b) Inactividad convencional: Se presenta cuando la Administración falta a un deber impuesto de concurrir a la celebración de un acuerdo o concierto en el marco de normas de derecho público, o cuando una vez celebrado éste, falta a la emisión de declaraciones de voluntad necesarias para la ejecución del mismo.

c) Inactividad en la producción de un acto administrativo: Cuando la administración no emite una declaración de voluntad en sentido estricto, esto es cuando no emite un acto administrativo ante requerimiento o petición efectuada por un administrado.

ii) Inactividad material: En este caso, se ha impuesto a la Administración un deber jurídico de realización de una actuación material específica y concreta, una prestación de dar, hacer o no hacer establecida a favor de un particular. Esta imposición de un deber de actuación material puede venir de una norma, de una convención, o de la propia Administración, en los siguientes casos:



- a) Inactividad derivada de la omisión del cumplimiento de un deber legal de prestación: Omisión de una prestación impuesta específicamente por una norma jurídica, sea constitucional, legal o reglamentaria, que no requiere de la emisión de un acto administrativo, se trata un mandamus o mandato legislativo expreso de prestación, explícitamente contenido en la norma.
- b) Inactividad en la ejecución de sentencias ordenadas por la Administración: Son los denominados por Nieto como "inactividad resistencial", se presenta cuando, existe un mandato ejecutorio específico y concreto, ordenado por una autoridad jurisdiccional en la fase de ejecución de sentencia, pero es renuente al cumplimiento de la obligación determinada en sede judicial, sin perjuicio de las responsabilidades penales o civiles que surjan de la conducta infractora.
- c) Inactividad en el cumplimiento de una obligación surgida de un acto administrativo: se trata de la inejecución de obligaciones previstas en un acto administrativo ejecutivo y ejecutorio, emitido válidamente por la Administración Pública, y que goce del carácter de firme. Se toma en cuenta la característica de estabilidad de los actos administrativos.
- d) Inactividad material proveniente de la inejecución de prestaciones previstas en convenios o de actividades jurídicas de concertación de la Administración Pública: cuando no se ejecuta obligaciones adquiridas mediante un contrato celebrado por la Administración. (Huapaya, 2006, pp. 601-605)

2.4.4 Supuestos de inactividad administrativa

2.4.4.1 Inactividad formal

Consistente en la ausencia de una declaración jurídica, legalmente debida y vinculante a la Administración, según la naturaleza de esa declaración, es posible distinguir entre: Inactividad reglamentaria, convencional, y en la producción de un acto administrativo.



– *El silencio administrativo: Técnica administrativa de superación de la inactividad formal*

Una primera explicación a esta técnica es que, “ante la ausencia de una voluntad administrativa expresa, la Ley sustituye por si misma esa voluntad inexistente, presumiendo que, a ciertos efectos, dicha voluntad se ha producido con un contenido, bien negativo o desestimatorio, bien positivo o afirmativo”(García de Enterría y Fernández, 2006, p.640).

- El silencio administrativo negativo: “simple ficción legal de efectos exclusivamente procesales” (García de Enterría y Fernández, 2006, p. 647)
- El silencio positivo: “acto presunto en todo equivalente al acto expreso estimatorio”, en estos casos, “si la Administración considera que la situación creada por el silencio positivo adolece de vicios esenciales determinantes de su nulidad o vicios constitutivos de una infracción manifiestamente grave”(García de Enterría y Fernández, 2006, p. 650), será la Administración interesada la que tenga la carga de revisar de oficio el acto administrativo producido por silencio o de declarar su lesividad e impugnarla ante la jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Para Huapaya (2006) el silencio administrativo no puede ser considerado como una garantía. Por ello afirma que, en principio “la inactividad administrativa implica, no servir ni al interés general, ni al interés de los administrados, sino que implica el incumplimiento de los principios concretos de legalidad y eficacia, que rigen la actuación de la Administración Pública”. Considera por tanto que, atribuir efectos a la inactividad resulta peor, porque en el Derecho, es primordial la seguridad jurídica, y en cambio, “el silencio administrativo nada hace, sino prolongar una inestabilidad, una falta de certeza y de predictibilidad respecto a las relaciones jurídicas que deberían establecerse entre la Administración y los ciudadanos”(Huapaya, 2006, p. 636).



2.4.4.2 Inactividad material

1. Inactividad derivada de la omisión del cumplimiento de un deber legal de prestación:

Referida a las prestaciones o actuaciones materiales de la Administración ordenadas directamente por la norma para su realización efectiva. “Prestación material o técnica específica a favor del ciudadano, por así ordenarlo un mandamus expreso, un mandato específico de actuación administrativa en dicho sentido. (Huapaya, 2006, p. 629)

En la mayoría de veces se superpondrán con supuestos de inactividad formal en sentido estricto, pero en otras, no se requerirá de una etapa procedimental previa, “estaremos frente a supuestos de inactividad material pura en los cuales se aprecia la evidencia del incumplimiento de un deber de actuación material o prestacional”, dicho mandato es “de obligatorio cumplimiento por parte de la Administración en orden a realizar prestaciones materiales determinadas específicamente en cuantía y plazo para su ejecución” (Huapaya, 2006, p. 629 y 630).

2. Inactividad en la ejecución de sentencias ordenadas por la Administración.

Se debe tener en cuenta en estos casos, la inactividad de la Administración Pública respecto de las condenas a obligaciones de dar, hacer o no hacer ordenadas por los jueces. Tema complejo, sobre todo en las obligaciones denominadas de dar suma de dinero u obligaciones de contenido pecuniario (Huapaya, 2006, p. 630).

En todo caso, el incumplimiento por parte de la Administración de lo dispuesto en una sentencia condenatoria se resuelve conforme a lo establecido en el art 40° de la LPCA, en tal sentido, no habrá necesidad de incoar un proceso específico para solucionar los problemas derivados del incumplimiento, cumplimiento parcial o defectuoso de las prestaciones impuestas a la Administración por el orden jurisdiccional.

3. Inactividad en el cumplimiento de una obligación surgida de un acto administrativo.



El acto administrativo contiene una decisión administrativa, destinada a la producción de efectos jurídicos externos. El acto administrativo, por sus efectos, puede ser calificado como acto administrativo favorable, o por el contrario, constituir un acto de gravamen o limitativo de derechos. En la inactividad material nos interesa el contenido de los actos denominados "favorables" o ampliatorios de la esfera jurídica del administrado.

Además del contenido de la declaración jurídica del acto ampliatorio, "es necesario analizar los contenidos favorables desde la óptica del beneficiario del acto administrativo". Distinguir las distintas situaciones en que puede encontrarse: de un lado, puede que sea una mera declaración jurídica, es decir, el reconocimiento de un derecho, mientras que, de otro lado, puede que "el contenido favorable sea precisamente una orden a la Administración para que, al margen de reconocer un derecho, brinde efectivamente una prestación material al particular favorecido por el acto"(Huapaya, 2006,p. 632).

4. Inactividad material proveniente de la inejecución de prestaciones previstas en actividades jurídicas de concertación de la Administración Pública:

Supuestos de inactividad material derivados de la inejecución de obligaciones adquiridas mediante una convención o contrato celebrado por la Administración, en el marco del derecho público. En estos casos, "verificadas las condiciones establecidas en los pactos, y de comprobarse la pasividad administrativa en cuanto al cumplimiento de las prestaciones a las cuales se había obligado, no queda otra salida para el particular que denunciar la existencia de una situación de pasividad material y de incoar la pretensión prestacional correspondiente"(Huapaya, 2006, p. 634)

- ***Las técnicas administrativas de superación previstas para los supuestos de inactividad material:***

Para el caso del incumplimiento de los deberes materiales específicos de prestación derivados de un acto administrativo firme o de una norma jurídica no existe un remedio



administrativo específico, pues, no resulta de aplicación la regla del silencio administrativo. Los remedios son de orden jurisdiccional, mediante la pretensión general de superación de la inactividad administrativa del artículo 5°, numeral 4) de la LPCA, o subsidiariamente mediante el proceso de cumplimiento constitucional.

La inexistencia de mecanismos eficaces en sede administrativa para la solución de los conflictos derivados de la inactividad material, impone la realización de propuestas destinadas a lograr su superación efectiva mediante mecanismos distintos a los jurisdiccionales, en la medida que recurrir a los mismos constituye un gasto de tiempo y esfuerzos. En tal medida, Huapaya propone:

La implementación de mecanismos draconianos de responsabilidad disciplinaria de aquellos funcionarios que incumplen con atender las prestaciones impuestas por actos administrativos firmes o por normas jurídicas, así como por la imposición de obligaciones forzosas a las entidades administrativas para que, transcurrido un plazo prudencial, los administrados puedan forzar a que la entidad concurra a una conciliación o medio extrajudicial para que se le compela al cumplimiento de lo debido. (Huapaya, 2006, p.647).

2.4.5 El control jurisdiccional de la inactividad administrativa (formal y material).

La misión de comprobar fácticamente la omisión denunciada, declarar la existencia del deber legal de actuación administrativa y concluir la antijuridicidad de la omisión, a excepción del que sea de imposible realización desde un punto de vista material; es labor de los Jueces. Es decir, corresponde a los tribunales declarar la existencia de inactividad administrativa, ponerle fin y evitar o reparar sus efectos contrarios al ordenamiento jurídico. Sin embargo, para ello, “es necesario que las conductas omisivas de la Administración, como otra actividad administrativa, puedan ser sometidas a conocimiento jurisdiccional sin cortapisas”. (Gómez , 2011, p. 151)

2.4.5.1 La inactividad y el alcance jurídico

En principio el control jurisdiccional de la inactividad se limitó a derechos subjetivos, por la limitada concepción del contencioso-administrativo como un proceso contra un acto administrativo, y no contra la misma Administración por su conducta, de esa manera “alcanzaba tan solo a los deberes definidos como obligaciones jurídicas a cargo de la Administración y frente a los cuales podía ejercitarse un derecho subjetivo de corte tradicional” (Gómez Puente, 2011, p. 160). Posteriormente se apertura la vía para tutelar otros derechos.

La titularidad y el ejercicio de potestades administrativas, al tener naturaleza funcional, “llevan ínsitos determinados deberes jurídicos tendentes a garantizar la satisfacción del interés general”, sin embargo, no todos estos deberes están exactamente definidos. En ocasiones, la conducta a realizar esta perfectamente definida y precisa con claridad el destinatario de la actividad administrativa. Otras, por el contrario, “el deber constituye un límite genérico al que se vincula y condiciona la actuación administrativa; un límite indeterminado en sus propios términos, pero determinable en función a las circunstancias, en atención a un interés objetivo, desvinculado apriorísticamente a interés subjetivo alguno”(Gómez Puente, 2011, p. 161).

a. El objeto del proceso: evolución y la tutela judicial al interés legítimo

En el individualismo liberal, la finalidad primordial de la ley es la garantía de la esfera individual que se concreta técnicamente mediante su articulación de derechos subjetivos y la tutela judicial de estos. “Siendo de la ley el objetivo fundamental y casi exclusivo, el limitar la actuación pública para preservar estos derechos”(Gómez, 2011, p. 163).

La evolución de la ley y del principio de legalidad, dejan atrás el sistema puramente subjetivo de tutela, desde el momento en que la ley, frente a la actuación administrativa, no solo define la esfera de interés individual, “sino que toma en consideración intereses



colectivos e intereses objetivos, de índole general, de la ilegalidad no podrá deducirse tan solo la violación de derechos subjetivos”(Gómez Puente, 2011, p. 163).

En consecuencia, de la vinculación normativa de los preceptos constitucionales pueden desprenderse deberes administrativos concretos cuyo único destinatario sea el interés público y que puedan ser ligados a los intereses del particular solo en forma indirecta, en la que todo interés social trasciende el ámbito individual. El principio de legalidad se reelabora según la doctrina de la vinculación positiva, del cual se concluye que “la ley no solo limita, sino que también habilita y, eventualmente, encarga la actuación administrativa”(Gómez, 2011, p. 164).

El proceso de adecuación del control judicial de la legalidad de la actuación administrativa según Gómez (2011) tiene dos frentes visibles: Por un lado, el de reconsideración del carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa. Por otro lado, el control de ilegalidad no puede quedar circunscrito a la tutela de derechos subjetivos, ligados a un interés subjetivo cualificado. Pues, “todo interés en cuya atención se hayan impuesto deberes y se hayan otorgado poderes a la Administración merece ser objeto de protección judicial, so pena de negarle relevancia jurídica a aquel y naturaleza jurídica a estos”(p. 166).

Se trata en suma de pasar del control del acto administrativo al control de la actuación administrativa; y, de la tutela del derecho subjetivo al del mero interés legítimo. Eran propuestas dirigidas, pues, a la ampliación objetiva y subjetiva del objeto del Proceso Contencioso-administrativo, de modo que se incorporan al mismo toda clase de pretensiones deducidas contra la Administración, cualquiera que sea su valor subjetivo, esto es, cualquiera que sea el interés de quien la esgrime.

b. La objetivación del control jurisdiccional de la administración



El control jurisdiccional de la inactividad, como comportamiento ilegal de la Administración, para Gómez, debe realizarse desde dos perspectivas:

- *Perspectiva formal. La provocación del control judicial*

Donde se exige una lesión como resultado de una intromisión ilegítima en la esfera del interés particular de la que surge el poder reaccional. La reducción judicial de la inactividad administrativa depende en buena medida de la objetivación del acceso a la tutela jurisdiccional y de la extensión del objeto procesal de esta. (Gómez, 2011, p. 176). Pretende garantizar la efectividad del principio de legalidad administrativa, constitucionalmente proclamada, De modo que, o se cumple o no la Ley. Y, ante el incumplimiento, su efectividad depende de la existencia de los recursos adecuados.

No se puede concluir que el sistema de justicia administrativa sea solo de tutela subjetiva, puede decirse que además exige con menor intensidad y rango que las de un derecho fundamental; la tutela objetiva de la legalidad, “única forma de asegurar la plena satisfacción de los intereses públicos definidos por la ley”(Gómez, 2011, p.182).

- *Perspectiva material. La garantía del cumplimiento de los deberes administrativos de obrar.*

La progresiva objetivación del control jurisdiccional no debe limitarse solo a la accesibilidad procesal. Debe dirigirse también al plano sustantivo de la función jurisdiccional, en la que habrá de tener lugar el reajuste exigido por la alteración de las demás funciones estatales, la legislativa y la ejecutiva.

2.4.5.2 Los poderes del juez frente a la inactividad administrativa

Para el control judicial de la inactividad administrativa, si bien ha sido necesario la ampliación de las facultades del juez, para transitar de un carácter solamente revisor del acto administrativo a uno de plena jurisdicción donde se controle toda la actividad de la administración, esta expansión “tampoco es una panacea”(Gómez, 2011, p. 198).



Por un lado, y como suele suceder también en otros países es conocida la congestión de los tribunales de justicia, por ello, deberían de adjuntarse otras medidas de carácter organizativo. De otro lado, la intervención jurisdiccional será siempre un remedio “ex post” por lo que, difícilmente puede desempeñar fines preventivos, “limitándose a poner fin a la inactividad, disminuir los perjuicios de ella derivados para el interés público o privado y, eventualmente, en la medida de lo posible, procurar su reparación material o económica”. (Gómez, 2011, p. 198-199).

1. La actividad jurisdiccional declarativa: juzgar

La garantía de la legalidad frente a la inactividad administrativa se remite a la posibilidad de dictar sentencias condenatorias que declaren una obligación o deber legal de obrar, ya sea de actividad o medios y de objetivos o resultado. Para que ello sea posible, “la sustitución judicial declarativa que entrañan las sentencias condenatorias debe contemplarse como una facultad ordinaria de la función jurisdiccional cualquiera que sea su ámbito subjetivo u objetivo sobre el que se proyecte”(Gómez, 2011, p.202).

Al respecto Gómez (2011), considera que cuando la ilegalidad tiene origen en una omisión administrativa, exige contrarrestar los efectos del comportamiento omisivo, y teóricamente cabe las siguientes soluciones: i) La directa sustitución de la actividad omitida; y, ii) Que el juez dirija a la Administración una orden o la condene a llevar a cabo la actividad omitida.

No es posible un pronunciamiento judicial que integre o sustituya la voluntad administrativa en los casos en que esta se reserva a la discreción administrativa (control positivo). Pero nada impide que formada dicha voluntad, en ejercicio de este arbitrio o discreción se controle judicialmente la objetividad y ausencia de arbitrariedad de la decisión (control negativo). El juez puede declarar, incluso en relación con la actividad administrativa discrecional, lo que no es conforme al ordenamiento jurídico. Pero no



puede decidir en lugar de la administración; “en el terreno de la discrecionalidad no cabe la sustitución judicial” (Gómez Puente, 2011, p. 209).

2. La actividad jurisdiccional ejecutiva: hacer ejecutar lo juzgado

La sentencia condenatoria, como es lógico, no extingue por si sola la situación de inactividad. Cuando la eficacia real del acto administrativo está condicionada por el despliegue de una actividad física que adecue la realidad al contenido jurídico de aquel, será necesaria la intervención de la autoridad jurisdiccional.

La ejecución es, “aquella actividad jurisdiccional dirigida a garantizar los términos de la sentencia ante la falta de voluntario cumplimiento por la Administración”(Gómez, 2011, p. 217). La actividad jurisdiccional se amplía entonces hasta después de haberse dictado sentencia, es decir, hasta el total cumplimiento de la actividad ilegalmente omitida.

2.4.5.3 La vía procesal ordinaria y preferente, frente a la vía procesal residual y excepcional del proceso de cumplimiento.

En términos generales, se puede encontrar en el ordenamiento jurídico peruano, hasta tres medios jurisdiccionales de superación de la inactividad administrativa, los cuales son: la acción de amparo por omisión (para las omisiones que afecten derechos constitucionales), la acción constitucional de cumplimiento y el proceso contencioso-administrativo. Para aclarar ello, el Código Procesal Constitucional, afirma un principio general de residualidad de los procesos constitucionales, respecto de los ordinarios.

Por ello, la vía del proceso contencioso-administrativo será la ordinaria y preferente. La LPCA regula un procedimiento que se ha denominado “urgente”, de plazos breves para resolver las controversias con respecto a la inactividad administrativa. Asimismo, existen diversos medios (como las medidas cautelares positivas o innovativas) que



permiten a los particulares obtener tutela cautelar satisfactiva para poder resguardar sus intereses a la espera de la decisión final del juez contencioso-administrativo.

2.5 EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2.5.1 Formación de Contencioso Administrativo

Los orígenes del proceso contencioso administrativo se remontan a las luchas por limitar el poder del Estado, momento en el que comienza a predicarse la necesidad de un control del poder del Estado y el reconocimiento de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Surge de este modo con los postulados de la revolución francesa de fines del siglo XVIII, en el que, por un lado, había la necesidad de controlar el ejercicio del poder de la Administración, pero por otro, se proclamaba el principio de separación de poderes de manera casi absoluta; vinculado con la necesidad de control de la legalidad del acto administrativo, a través del principio de legalidad como el gran principio ordenador del Estado. (Priori, 2016). Sin embargo, este proceso ha evolucionado y actualmente su carácter protector es más amplio.

2.5.2 Naturaleza y caracteres del proceso contencioso-administrativo

1. La inserción del Contencioso Administrativo en el sistema de autotutela

El privilegio de autotutela determina la posición jurídica de la Administración en su relación con la justicia, esto es, “la capacidad de innovar ejecutoriamente en las relaciones jurídicas de que es parte y de imponer sus decisiones frente a pretensiones o resistencia contrarias” (García de Enterría y Fernández, 2006, p. 1524); principio que explica toda peculiaridad de la justicia Contencioso-Administrativa respecto de los demás órdenes jurisdiccionales.

La justicia administrativa controla la legalidad de las actuaciones de la Administración, esto supone, respetar antes el ejercicio previo de la autotutela administrativa como modo ordinario de intervención jurisdiccional en la actividad de la



Administración. El contencioso-administrativo “adopta por ello con normalidad la técnica impugnatoria de actos o disposiciones previos ya dictados y normalmente en trance de ejecución” (García de Enterría y Fernández, 2006, p.1526).

Por ello se afirma que, “solo invocando el Derecho y en nombre del derecho podrá el juez reprochar algo a la administración, no en el terreno político o de la valoración política o de oportunidad en las que las decisiones se adopten”. Y, más precisamente para el caso de las decisiones discrecionales, el control del juez debe limitarse a un control desde la legalidad y los elementos reglados que limitan el acto, control que “puede y debe hacerse con los principios generales del Derecho” (García de Enterría y Fernández, 2006, p.1526).

2. La Plena jurisdicción

Si bien Francia, en un principio considera al Contencioso Administrativo como un proceso meramente objetivo lo que se llamó el proceso al acto, sin que la administración resulte condenada como consecuencia a un hacer o no hacer, sino solo a obtener las consecuencias del pronunciamiento puramente declarativo de que un determinado acto administrativo es o no nulo; se ha desarrollado en general un proceso contra muchas más actuaciones de la Administración no solo al exceso de poder, sino vicios de forma, infracción de ley, desviación de poder, infracción contra principios generales del derecho. (García de Enterría y Fernández, 2006, p.1528).

Con la reforma del Contencioso Administrativo francés de 1990. La supuesta objetividad ha decaído, quedando visible que “todo Contencioso Administrativo es y no puede dejar de ser un recurso subjetivo, esto es, en el que se tutelan derechos subjetivos y que, si la tutela ha de ser efectiva, la jurisdicción ha de ser, en consecuencia, también plena” (García de Enterría y Fernández, 2006, p.1528).

Así por ejemplo en el sistema alemán la totalidad de la construcción gira sobre el concepto de lesión jurídica subjetiva y más amplio el italiano, que alcanza a



indemnizaciones patrimoniales por lesión. Y para el caso de interés legítimos hay supuestos tasados, pues en general es a partir de derechos subjetivos. Por ello, no se justifican las sentencias meramente declarativas, sin pronunciamiento de condena.

Se debe tener en cuenta que, no toda la actuación administrativa, se expresa a través de reglamentos, actos administrativos o contratos públicos, sino que “la actividad prestacional, las actividades negociales de diverso tipo, las actuaciones materiales, la inactividades u omisiones de actuaciones debidas, expresan también la voluntad de la Administración que ha de estar sometida en todo caso al imperio de la Ley”. (Cordón, 1998, p. 307).

3. Sobre el carácter impugnatorio del recurso Contencioso Administrativo y el llamado carácter revisor de la jurisdicción.

Las sentencias meramente declarativas que disponen únicamente la nulidad del acto administrativo, no se justifican, pues, en virtud del derecho a la tutela judicial efectiva, el recurso Contencioso Administrativo es ahora, “estrictamente subjetivo y pleno y no objetivo o no pleno” (García de Enterría y Fernández, 2006, p.1530).

No se ha concebido la jurisdicción contencioso-administrativa como una instancia, por el contrario, “se sigue un auténtico juicio o proceso entre partes cuya misión es examinar las pretensiones que deduzca la autora por razón de un acto administrativo” (García de Enterría y Fernández, 2006, p.1532).

2.5.3 Finalidad

El proceso contencioso administrativo, tiene dos finalidades:

- a) Control jurídico de las actuaciones de la Administración Pública por el poder judicial, es decir controlarla en sus decisiones, manifestaciones, la relación de poderes, controlar como se manifiesta la administración



- b) Tutela Judicial Efectiva, tratar de dar una tutela sobre los derechos fundamentales. Efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados frente a la administración, satisfacción plena de sus pretensiones.(Anacleto, 2016)

i.Control

El control, desde la perspectiva de estado constitucional de Derecho, le atribuye eficacia a las situaciones jurídico-sustanciales del administrado, a través de derechos subjetivos e intereses legítimos, de esta manera asegura la vigencia de las normas, principios y valores constitucionales.

En lo referente al significado del término control, Aragón (1986) considera que, parece ser que la única acepción unívoca trae causa de su finalidad, la cual se traduce en servir de instrumento o vehículo para hacer efectivas y concretas las limitaciones del poder. Expresa que limitación y control son dos términos fuertemente implicados, en cuanto que el segundo viene a garantizar, precisamente, la vigencia del primero. "Poder limitado es, en consecuencia, poder controlado, pues limitación sin control significa, sencillamente, un contrasentido, es decir, una limitación inefectiva o irrealizable" (p.95)

En suma, el control es consustancial al poder ejercido por la administración, pues éste no existe sin aquél, el control se impone para encauzar la función administrativa dentro de los márgenes permitidos, y lograr así la consecución de los fines públicos, asimismo, es garante de probidad y moralidad administrativa, verifica la conformidad o adecuación al ordenamiento jurídico y a los principios de la buena administración. (Dromi, 1986).

ii.Tutela judicial efectiva:

Según Priori (2009) debe notarse que, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva supone una posibilidad de protección generalizada de los derechos e intereses legítimos de los particulares frente a los actos administrativos. Por ello, un sistema contencioso



administrativo de "plena jurisdicción" es el sistema que más se adecúa al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

De esta manera, si el particular alega que la Administración amenaza o lesiona una situación jurídica subjetiva de la cual es titular, podrá acudir a los órganos jurisdiccionales con la finalidad de solicitar tutela a través de un proceso judicial dotado de las mínimas garantías, luego del cual se dictará una sentencia fundada en derecho y con posibilidad de ejecución. Sólo así hay una verdadera y efectiva tutela de las situaciones jurídicas de las cuales son titulares los sujetos. Y en eso precisamente consiste el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

2.5.4 Principios

El contencioso administrativo es un proceso, y su estudio corresponde al derecho procesal, le son aplicables todos los principios comunes que rigen a los procesos en general. La relación jurídica se constituye a consecuencia del ejercicio del derecho de acción del demandante "a través del cual solicita al Estado que, en ejercicio de su función jurisdiccional, se pronuncie sobre un conflicto de intereses o una incertidumbre jurídica", cuya base será una actuación de la Administración. (Priori, 2009, p.96).

El proceso contencioso administrativo tiene algunos principios propios, algunos de los cuales han sido señalados en el Artículo 2 de la Ley que regula el proceso contencioso administrativo:

A. Principio de integración

La inexistencia o deficiencia de una disposición normativa que regule la solución de un conflicto de intereses o incertidumbre jurídica que ha sido sometida de los órganos jurisdiccionales, no puede ser justificación para dejar de resolver. Siendo así, el Juez tiene la obligación de dar solución al conflicto, aun cuando no exista una disposición normativa, para ello deberá acudir a los principios del derecho ya que, una de las



funciones de los principios es precisamente la integradora, como expresión del Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. (Priori, 2009)

Los principios que deben aplicarse ante la ausencia de normas de derecho administrativo son los principios generales del derecho administrativo, algunos de ellos, están establecidos en el artículo IV del Título Preliminar de la LPGA. Asimismo, el proceso puede tratar sobre diversos temas, en estos casos, los jueces, además de los principios del derecho administrativo deberán aplicar los principios correspondientes a la rama del derecho que regula la controversia que ha sido sometida a su conocimiento. (Priori, 2009).

B. El principio de igualdad de las partes

Es en el proceso contencioso administrativo donde la igualdad se ve más comprometida, en ese sentido Juan Montero Aroca (como se citó en Anacleto, 2016) señala que “Los privilegios de la Administración radican tanto en el proceso ya iniciado como en el acceso al mismo. La técnica de la autotutela convierte al ciudadano siempre en el demandante, recayendo sobre él las cargas de alegar y probar, mientras que la administración asume privilegios de dudosa constitucionalidad” (p. 101). La “jurisdicción retenida”, actualmente carece de toda consistencia jurídica y la Jurisdicción Contenciosa Administrativa es totalmente judicial, confiada en un poder independiente del estado. (García de Enterría y Fernández, 2006, p.1573).

De modo que, la Administración actúa con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho y, por tanto, con sometimiento pleno al juez, se trata del principio de legalidad, que, en el ámbito de un proceso judicial, se relaciona con los siguientes principios:

- Principio de igualdad: En el proceso Contencioso Administrativo actual las partes son rigurosamente iguales en cuanto a derechos y cargas, sin lo cual el proceso carecería de “todas las garantías”.



- Principio de absoluta independencia del Poder Judicial: Que obliga a una objetividad absoluta, éste se vería afectado si se primase a un justiciable frente a los demás, y más aún si ese beneficio no resulta de Ley alguna sino de viejos hábitos mantenidos por simple inercia o por comodidad. (García de Enterría y Fernández, 2006). Sin embargo, hay camino por recorrer para instaurar en la realidad el principio procesal básico de la igualdad de armas y medios” (García de Enterría y Fernández, 2006, p.1574), como parte de la tutela judicial efectiva.

El método con el que la equidad podría cumplir las tareas que ahora se le reclaman no es el de sustituir la legalidad, sino actuar como categoría “regulativa” del Derecho, reexaminando el resultado cuando éste resulta especialmente duro, con los principios que encarna la norma aplicada, con los que resultan del sector del ordenamiento en el que se sitúa, además, con los grandes valores constitucionales. En esta labor el juez “corrige” el Derecho, pero no alcanza a sustituirlo. (Rivero y Fernando, 2010, p.247).

La función más conocida del principio de equidad está en el criterio interpretativo, donde es “un elemento de interpretación de la Ley, corrige cualquier rigorismo que pudiera resultar desproporcional en el caso” (De Urbano, 2010, p.256). Por ejemplo, con el art 106 de la norma española se trata de evitar el cuestionamiento ad eternum de decisiones ya adoptadas, impidiendo que las facultades de revisión de sus actos por la propia Administración puedan ser ejercitadas, entre otros casos, cuando resulten contrarias a la equidad. (De Urbano, 2010, p.264).

C. Principio de favorecimiento del proceso

Manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Se pretende privilegiar el derecho constitucional al acceso a la jurisdicción antes que cualquier exigencia formal o cualquier otro tipo de barrera que impida o restrinja dicho acceso. Siendo el proceso un medio para poder hacer efectivos los derechos, cualquier acto que suponga una restricción



a su acceso, supone una afectación, además a los derechos cuya tutela se pretenden reclamar. (Priori, 2009).

Para Priori (2009), por este principio, “en caso el Juez, considere que existe algún requisito que de forma desproporcionada imponga una barrera al acceso a la jurisdicción, debe, haciendo uso del control difuso, inaplicar la norma legal que impone dicho requisito por infringir el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva” (p. 110). Por lo demás, el Juez debe conceder un plazo y la oportunidad para subsanar cualquier acto procesal que por su naturaleza sea subsanable. Por ello, debe ser restrictiva la facultad del Juez de rechazar de plano la demanda, o en general, cualquier acto procesal.

D. Principio de suplencia de oficio

El principio de la suplencia de oficio permite que el Juez de oficio pueda, corregir, en lo posible, cualquier defecto procesal que advierta, sin tener que esperar que lo haga la parte. Tiene dos fundamentos: 1) La concepción del Juez como director del proceso, y 2) El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. La finalidad es evitar que el proceso concluya o se dilate por una deficiencia formal, estableciéndose como deber del Juez que supla cualquier deficiencia en la que puedan haber incurrido las partes, siendo así, “el Juez debe asumir un rol mucho más activo dentro del proceso, y en particular, un compromiso para velar que el proceso cumpla con su finalidad procurando que éste no se vea entorpecido por cualquier deficiencia de tipo formal” (Priori, 2009, p.114).

2.5.5 Las partes en el Proceso Contencioso Administrativo

El Contencioso Administrativo es un auténtico proceso entre partes, afirmación que adquiere dimensión, a partir del carácter histórico de la figura del exceso de poder, donde no se debatía propiamente sobre los derechos del recurrente, sino “solo sobre la legalidad presuntamente vulnerada”. Ahora, sin embargo, corresponde al administrado señalar las pretensiones que considere convenientes. (García de Enterría y Fernández, 2006, p.1560).



En general es el ciudadano quien asume la posición de parte demandante, dado que, la administración disfruta como regla de la posición posesoria privilegiada que resulta de su potestad de autotutela, para que el Juez controle la actuación de la administración. (García de Enterría y Fernández, 2006, p.1560). La Administración actúa como demandada en caso del proceso de lesividad, cuando no haya podido declarar la nulidad mediante revisión de oficio.

- La Legitimación

De acuerdo con un importante sector de la doctrina procesal, en España se considera que la legitimación no tiene naturaleza procesal strictu sensu, sino que se identifica con la titularidad de los derechos subjetivos que se hacen valer en el proceso, “sin perjuicio de que a la invocación y la realidad de esa titularidad pueda dársele un tratamiento prioritario al fondo, esto es, equiparando su tratamiento técnico al de un presupuesto procesal, aun sin serlo estrictamente”(García de Enterría y Fernández, 2006, p.1566).

La legitimidad es un requisito importante, ya que, hace visible las acciones que se ejercitan en el proceso, esto es, de los derechos subjetivos administrados, más aún la amplitud de la tutela judicial a las posiciones del ciudadano, y también de la legalidad. (García de Enterría y Fernández, 2006, p.1566). De modo que, excede de ser una simple técnica procesal y es en realidad una de las cuestiones básicas del derecho administrativo material.

2.5.6 Objeto

El objeto del Proceso Contencioso Administrativo lo constituyen las pretensiones procesales que se ejercitan por el actor y las que le opongan las partes demandadas. El proceso gira, alrededor de las peticiones. “La pretensión acota, pues, el contenido del proceso, fija sus límites concretos, condiciona su tramitación y resultado, y delimita el



ámbito en el que necesariamente ha de moverse el juzgador” (García de Enterría y Fernández, 2006, p.1574).

Por su parte Huapaya (2006) señala que, el proceso contencioso administrativo tiene como objeto una pretensión incoada por un administrado que invoca la lesión en sus derechos subjetivos o intereses legítimos, lesión subjetiva que fue realizada por una actuación administrativa –que debe estar sometida al Derecho Administrativo- expresa ilegítima (formal o material) o bien por una situación de inactividad formal o material de un órgano administrativo. Así, “en definitiva, lo que realmente califica la pretensión procesal administrativa es su fundamento: la actuación que se pide al órgano jurisdiccional está fundada en Derecho Administrativo. Es el Derecho Administrativo el que delimita el proceso” (Gonzales, como se citó en Huapaya, 2006, p.487).

En el contencioso administrativo, el proceso sirve como medio de defensa de las situaciones jurídicas afectadas por una actuación u omisión administrativa sometida a Derecho Administrativo. Debido a esto, el fin último del proceso contencioso-administrativo será la tutela de las situaciones materiales perjudicadas o afectadas por una actuación administrativa sujeta a derecho administrativo. (Huapaya, 2006)

A. Pretensiones

En ejercicio del derecho de acción, quien pretenda la satisfacción de una pretensión, que no ha sido satisfecha de manera espontánea, deberá acudir al órgano jurisdiccional, a fin de formular una pretensión procesal, que será, a decir de Asencio Mellado (como se citó en Priori, 2006), "la petición de una determinada consecuencia jurídica dirigida al órgano jurisdiccional frente a otra persona, fundamentada en unos hechos de la vida que se afirman coincidentes con el supuesto de hecho de una norma jurídica de la cual se hace derivar la consecuencia pretendida" (Priori, 2006, p. 118).



En la tramitación del proceso, el demandado puede oponer resistencia a la pretensión formulada contra él, sin embargo, ello no supone que el objeto del proceso se amplíe, pues toda la resistencia formulada por el demandado se plantea teniendo en consideración la pretensión planteada en su contra. Si bien en un proceso es posible la reconvencción, el Contencioso Administrativo no admite esta posibilidad, por la naturaleza de las pretensiones que ampara. (Priori, 2009)

B. Clases de pretensiones, el requisito de la congruencia y sus modulaciones.

De acuerdo con las dos pretensiones tradicionales, estos son la anulación o el reconocimiento, sea cual fuere el tipo de legitimación invocado, derechos o intereses legítimos, es usual que la acción sea declarativa y a la vez de condena, con una cláusula abierta para esta última, cuya pretensión no enerva la mera legitimación por interés. (García de Enterría y Fernández, 2006, p.1580).

Estas pretensiones, más las contrarias de las partes demandadas, que serán por lo general de inadmisión o desestimación, total o parcial, determinarán el ámbito en que la sentencia debe pronunciarse, es el llamado principio de congruencia. “La obligación de congruencia se extiende no solo a las pretensiones, sino también a los motivos en que estas se fundamenten” (García de Enterría y Fernández, 2006, p.1581).

C. Actuaciones impugnables

Sobre la extensión de la jurisdicción contencioso-administrativa, nuestra LPCA, al igual que gran parte de la legislación extranjera, señala que ésta conocerá las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de la Administración pública, a excepción de los casos en que se pueda recurrir a los procesos constitucionales. Asimismo, el artículo 148° de la Constitución establece que todas las resoluciones que causen estado son pasibles de un proceso Contencioso Administrativo.



Respecto de los límites de la jurisdicción contencioso-administrativa; si bien existía discusión respecto de la exclusión de los actos de gobierno, en la actualidad también estos actos son objeto de control, pues, “en ningún caso puede producirse indefensión” (García de Enterría y Fernández, 2006, p.1549) ; de este modo, las materias ajenas son en la actualidad las que corresponden a los órganos jurisdiccionales civil, penal y laboral, aunque estén relacionadas con la actividad de la administración pública.

La actuación administrativa impugnabile es el dato objetivo de la realidad que indica la existencia de un conflicto jurídico suscitado sobre una relación jurídica administrativa, que a su vez genera para el particular, una necesidad urgente de tutela jurisdiccional efectiva, para salvaguardar sus derechos o intereses. De este modo:

Lo que determina el centro u objeto litigioso del proceso es la pretensión, por la cual se solicita tutela jurisdiccional, no así la actuación impugnabile, la misma que es la base o fundamento de la petición, puesto que determina los hechos relevantes y la existencia del concreto conflicto frente al cual se definirá el ámbito de la necesidad de tutela jurisdiccional del administrado. (Huapaya, 2006, p. 504).

La LPCA, enumera las actuaciones impugnables, en seguida señala las pretensiones que pueden plantearse en el Proceso Contencioso Administrativo, al respecto en el presente estudio nos interesa, el numeral 2) del artículo 4°: el silencio administrativo, la inercia y cualquier otra omisión de la administración pública; y, el numeral 4) del artículo 5° :Se ordene a la administración pública la realización de una determinada actuación a la que se encuentre obligada por mandato de la ley o en virtud de acto administrativo firme. En específico la inactividad material de la administración, en el cumplimiento de un acto administrativo firme, tema que se desarrolló de manera independiente, al ser una manifestación de la actividad administrativa.



2.6 PROCESO CONSTITUCIONAL DE CUMPLIMIENTO

2.6.1 Fundamento

En opinión de Carpio, durante la elaboración del Código Procesal Constitucional (CPC), se desaprovecho la oportunidad de excluir a este proceso que no es propiamente constitucional, pues, se debió plantear que “su tratamiento se realizara en una Ley especial, respetando la reserva de ley orgánica” que prevé el artículo 200° de la constitución de 1993. (Castañeda, Carpio, Espinoza-Saldaña, & Sáens, 2005, p.192). De otro lado, hay quienes, como los autores de la norma, que consideran que se trata de un verdadero proceso constitucional al proteger el derecho a la eficacia de la norma y el acto administrativo.

2.6.2 Objeto del proceso

El objeto de este proceso a partir de lo señalado en el artículo 66° del CPC, “no es el comportamiento comisivo de los funcionarios o autoridades públicas, sino su letargo, omisión, pereza, mora o, simplemente, inactividad en la que puedan incurrir”. A través del proceso de cumplimiento no se cuestiona la validez de los actos administrativos, pues, no se trata de un proceso cuyo objeto sea el de cuestionar los comportamientos por acción de la administración, así se precisa además en el inciso 4) del artículo 70° de la CPC. (Castañeda et al., 2005, p.193-194).

La inactividad tiene dos supuestos, según se exprese o no en un acto administrativo, entre inactividad formal y material, y según la exposición de motivos del CPC, mediante el proceso de cumplimiento puede cuestionarse ambas inactividades, ya que la primera consistiría en la omisión de dictar un acto administrativo o una disposición reglamentaria; y la segunda, en el no cumplimiento de una norma legal o en la ejecución fáctica de un acto administrativo. (Castañeda et al., 2005)



2.6.3 Legitimación procesal

Antes de la vigencia del CPC, la legitimación en los procesos constitucionales estaba condicionada a la protección del derecho subjetivo del directamente afectado, dejándose sin control jurisdiccional muchos otros comportamientos omisivos ilegales. Actualmente el código ha replanteado esta regulación al establecer criterios más acordes de legitimación activa, pues la relación jurídica puede ser también de naturaleza objetiva, “como sucede en todos aquellos casos en que la administración se encuentra obligada a ejercer sus competencias ordinarias o a ejercer su potestad reglamentaria”(Castañeda et al., 2005, p.198)

2.6.3.1 Legitimación activa

La legitimación activa consiste en la alegación de un derecho o interés jurídicamente relevante que lleva al demandante a iniciar una relación jurídico procesal para la obtención de una sentencia de fondo, favorable o desfavorable; la legitimación ad causam exige del demandante invocar un derecho o interés que se haya afectado como consecuencia de la inactividad material de la Administración. (Castañeda et al., 2005).

La legitimación descrita, parte de los alcances particulares del acto administrativo, cuando su ejecución solo interesa al directamente afectado por el incumplimiento. De otro lado, según entiende Carpio Marcos, la última parte del artículo 67° del CPC otorga legitimación activa también a un sujeto que cuente con un simple interés legítimo, de esta manera, será legitimado para iniciar el proceso, quien no siendo directamente afectado, tiene interés legítimo en el cumplimiento por la Administración de un mandato establecido en un acto administrativo.(Castañeda et al., 2005).

Asimismo, en el caso de la defensa de intereses colectivos e interés difusos, la legitimación es más amplia, ya que el proceso puede ser iniciado por cualquier persona; cuando la inactividad material de la Administración se deriva del incumplimiento de una Ley, reglamento o un acto administrativo de carácter general, la legitimación también se



amplía para que cualquier persona pueda iniciar el proceso; por último, la Defensoría del Pueblo tiene legitimación en el proceso de cumplimiento.

2.6.3.2 Legitimación pasiva

El inciso 6 del artículo 200 de la Constitución, precisa que el proceso de cumplimiento procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo. Es decir, la legitimación pasiva recae en la persona de la autoridad o funcionario público. No obstante, Carpio Marcos, aclara que la actuación omisiva que se busca remediar en el proceso de cumplimiento, “no pretende cuestionar un dejar de hacer que le sea imputable al funcionario-persona, sino al órgano público al que este pertenece”(Castañeda et al., 2005, p. 205)

2.6.4 Requisito especial de la Demanda

El artículo 69 del CPC señala que antes de interponer la demanda, el actor haya requerido previamente, por documento de fecha cierta, el cumplimiento del deber legal o administrativo, y que la autoridad se haya ratificado en su incumplimiento o no haya contestado dentro de los diez días siguientes, finalmente aclara que además de este requisito, no es necesario agotar la vía administrativa que pudiera existir.

2.6.5 Otras causales de improcedencia

El artículo 70 establece entre otros, que otras causales de improcedencia son:

- a) El proceso de cumplimiento no tiene por finalidad proteger derechos fundamentales. (inc.3).
- b) No tiene por objeto que se cuestione la actividad por acción de los órganos de la Administración, de manera que en el proceso tampoco cabe cuestionar la validez o legalidad de un acto administrativo. (inc.4).
- c) Tampoco sirve para exigir el ejercicio de una potestad discrecional, que precisamente por ser discrecional corresponde su evaluación a la Administración. (inc.5).
- d) Finalmente, no procede cuando la determinación de quien deba cumplir el acto señalado en la Ley o el acto administrativo requiere que se dilucide en el proceso competencial. (inc.6).



CAPITULO III MATERIALES Y MÉTODOS

3.1 METODOLOGÍA DE INVESTIGACIÓN

El enfoque es cualitativo, ya que la investigación cualitativa es, según Hernández Sampieri (2010), un enfoque de investigación que utiliza la recolección de datos sin medición numérica para descubrir o afinar preguntas de investigación en el proceso de interpretación.

TIPO DE INVESTIGACION: La presente investigación es de carácter descriptivo y explicativo. La investigación presenta el problema de manera sucinta y estructurada, asimismo, explica las principales condiciones que permiten el equilibrio entre la Administración y el Administrado, las características propias del acto administrativo y los caracteres o cualidades que debe tener un acto administrativo para que pueda ordenarse judicialmente su cumplimiento; asimismo, se presenta el análisis de los mecanismos legales regulados para que la Administración pueda cuestionar la validez de los actos administrativos de los que se pretende su ejecución.

La investigación en el plano de la descripción presenta los mecanismos legales regulados para que la Administración pueda cuestionar la validez de los actos administrativos que contengan algún vicio que contravenga el ordenamiento jurídico y causen perjuicio al interés público. En el aspecto explicativo, se sintetiza las principales condiciones que permiten una relación equilibrada entre la Administración y el Administrado, principalmente en el proceso de cumplimiento contencioso-administrativo; asimismo se determina las diferencias entre los requisitos de procedencia del proceso de cumplimiento constitucional y los caracteres del acto administrativo que debe ser ejecutado mediante el proceso de cumplimiento contencioso-administrativo.

DISEÑO:

En vista de, que a través de la presente investigación se estudian fenómenos jurídicos en el ámbito teórico; en específico, si el objeto del proceso de cumplimiento contencioso-administrativo permite agregar la discusión de la legalidad de un acto administrativo y su relación con el proceso de cumplimiento constitucional, desde el punto de vista doctrinal, jurisprudencial y legislativo. El diseño de la investigación es cualitativo.

3.2 DESCRIPCIÓN DE MÉTODOS, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS

- Método descriptivo, para la descripción sistemática de los aspectos que permiten equilibrar la posición de la Administración con los administrados; los mecanismos de control de validez de actos administrativos facultados a la administración, en vía administrativa y judicial; los requisitos o caracteres de un acto que debe ser ejecutado, y los requisitos del acto administrativo para la procedencia del proceso de cumplimiento constitucional.
- Método analítico y sintético, por realizarse un examen de los aspectos normativos y concepciones doctrinarias sobre los mecanismos de control de validez de actos administrativos facultados a la administración, en vía administrativa y judicial, la naturaleza procesal del proceso de cumplimiento contencioso administrativo, los requisitos o caracteres de un acto que debe ser ejecutado, y los requisitos del acto administrativo para la procedencia del proceso de cumplimiento constitucional, estableciendo semejanza o diferencias entre estos requisitos; lo que permite, determinar si el proceso de cumplimiento contencioso administrativo, es la vía idónea para controlar la validez de un acto administrativo firme.
- Método comparativo, respecto a la contrastación de las diferencias entre los caracteres generales del acto que debe ser ejecutado y los requisitos para la procedencia del proceso



de cumplimiento constitucional.

Técnicas

- Observación estructurada; es la que se realiza con ayuda de elementos técnicos como fichas, cuadros, entre otros (Palacios et al, 2016). Con el cual fue posible seleccionar la información relevante para la investigación, contenida en la norma, la doctrina y la jurisprudencia.

Análisis de documentos; mediante el cual se analizó, además el contenido; los instrumentos utilizados fueron las fichas textuales, de resumen y de análisis documental; lo que permitió describir y analizar los aspectos normativos y concepciones doctrinarias y desarrollar lo referido a la naturaleza procesal del proceso de cumplimiento contencioso administrativo, los requisitos del acto que debe ser ejecutado, y los requisitos del acto administrativo para la procedencia del proceso de cumplimiento constitucional, los mecanismos de control de validez de actos administrativos facultados a la administración, en vía administrativa y judicial; luego los criterios jurisprudenciales, respecto del control de validez de un acto administrativo firme en un proceso de cumplimiento contencioso administrativo.

- Análisis comparativo fue utilizado para establecer semejanzas y/o diferencias entre los requisitos de un acto que debe ser ejecutado con los requisitos del acto administrativo para la procedencia de la demanda de cumplimiento constitucional.

Instrumentos

Los instrumentos empleados fueron:

Fichas textuales

Fichas de resumen

Fichas de análisis documental



Ficha de análisis comparativo

3.3 UNIDADES DE ANÁLISIS

Debido a que, se trata de un estudio de diseño cualitativo, las unidades de análisis lo constituyen la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la jurisprudencia de la Corte Suprema; la legislación peruana referida principalmente al proceso contencioso-administrativo, y al proceso de cumplimiento constitucional; además, se ha tomado en cuenta doctrina contenida en libros y artículos de revista producida a nivel nacional y extranjera, se analizó también legislación extranjera correspondiente al tema de estudio.



CAPITULO IV

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

4.1 CONDICIONES QUE GARANTIZAN EL EQUILIBRIO ENTRE LA POSICIÓN DEL ADMINISTRADO FRENTE A LA ADMINISTRACIÓN EN EL PROCESO DE CUMPLIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

La administración ha sido desde sus inicios poseedora de potestades que la sitúan en una posición privilegiada. Producto de un proceso histórico de lucha contra determinadas actuaciones que eran inmunes al control, en la actualidad estos poderes son limitados y su ejercicio, está condicionado por su sometimiento a la Ley y al Derecho, además de los principios generales del Derecho y específicos del Derecho Administrativo.

El administrado por su parte era quien tenía que soportar los efectos jurídicos del ejercicio de la autotutela conferida a la Administración, con escasas posibilidades de concurrir frente a la administración en una situación de igualdad; sin embargo, en la actualidad posee también una serie de garantías que le permiten colocarse en una situación jurídica activa y reclamar una determinada actuación por parte de la Administración.

Estas dos posiciones se presentan cuando se entabla una relación jurídica administrativa, la misma que debiera presentarse en un plano de igualdad, por ello se afirma que, “el reconocimiento de las prerrogativas del poder público solo pueden concebirse en la medida de que coexistan, a través de fórmulas de equilibrio, adecuadas garantías para el administrado” (Cassagne, 2013, p. 282).

De manera que, este equilibrio, debe ser protegido tanto dentro de la Administración, como en un Proceso Contencioso-Administrativo, es relevante para ello la función de los principios. En el plano de los poderes, los principios “constituyen el fundamento de los derechos o garantías que facultan a los particulares a invocarlos en los procesos judiciales y obtener así la tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas

subjetivas. En suma, constituyen límites al poder arbitrario por parte del Estado”(Cassagne, 2013, p.45-46); y para el caso específico de una pretensión de cumplimiento por omisión, consideramos que para equilibrar la posición del administrado frente a la Administración, se debe tener en cuenta los siguientes aspectos.

CUADRO 1 : Cuadro de las condiciones que garantizan el equilibrio entre la posición del administrado frente a la administración en el proceso de cumplimiento contencioso administrativo.

<i>CONDICIONES QUE GARANTIZAN EL EQUILIBRIO ENTRE LA POSICIÓN DEL ADMINISTRADO FRENTE A LA ADMINISTRACIÓN EN EL PROCESO DE CUMPLIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO</i>	
<i>1. Actos declarativos de derechos como límites a la autotutela administrativa</i>	<i>6. Características del acto administrativo: su importancia tanto para la Administración como para el Administrado.</i>
<i>2. Las consecuencias de la autotutela en referencia al acto administrativo firme</i>	a. Presunción de validez b. Ejecutividad d. Ejecutoriedad e. Estabilidad f. Impugnabilidad
<i>3. Derechos subjetivos y legalidad de la Administración</i>	<i>7. Los principios del derecho administrativo frente a la inactividad en el cumplimiento de un acto administrativo firme</i>
<i>4. Los derechos fundamentales como derechos subjetivos.</i>	1) Principio de legalidad 2) Principio de seguridad jurídica 3) Principio de economía procesal 4) La propia torpeza no puede ser alegada
<i>5. El acto administrativo como título.</i>	5) Principio de conservación de actos 6) Principio de irrevocabilidad de actos favorables 7) Principio de protección de la confianza 8) Principio de tutela jurisdiccional efectiva

Fuente: Elaboración propia

El cuadro n° 1 nos presenta las condiciones que garantizan el equilibrio entre la posición del administrado frente a la administración en el proceso de cumplimiento contencioso administrativo. La columna izquierda contiene las condiciones que se deben garantizar incluso independientemente, es decir sin recurrir a otros elementos como las



características o los principios, pues, son principalmente potestades del administrado; lo que no significa que no estén estrechamente relacionados con las características del acto administrativo, y que encuentran su fundamento y garantía en los principios del Derecho Administrativo. La columna derecha contiene justamente las condiciones que además de garantizar el equilibrio Administración-administrado, sirven de fundamento a las demás.

4.1.1 Actos declarativos de derechos como límites a la autotutela administrativa

Las potestades de la administración que entre otras se manifiestan a través de un acto administrativo, vinculan del mismo modo al administrado como a la Administración que la emitió. En el caso de los actos declarativos de derechos, esta vinculación le impide también formalmente volver contra ellos por otro de carácter contrario, a menos que se trate de actos que contengan vicios de nulidad, contra los cuales puede ejercer la facultad de revisión de oficio por la vía de la lesividad según sea el caso.

En el derecho alemán, para la revocación de los actos favorables, adquiere mayor fuerza el principio de protección de la confianza, salvo hubiera producido un cambio de circunstancias que transforme al acto en “antijurídico”. En este último supuesto el principio se traduce en permitir la revocación a partir del momento en que produzca el cambio de las circunstancias. Excepcionalmente, se admite la revocación con efectos retroactivos *ex tunc* en aquellos supuestos en que las subvenciones o ayudas públicas no han sido empleadas conforme a su finalidad. (Cassagne, 2013, p. 58-59)

En el caso del ordenamiento jurídico peruano, la potestad de iniciar un procedimiento de nulidad de oficio contra los actos favorables que reconocen derechos a los administrados, opera solo en casos excepcionales. De este modo, “las decisiones administrativas que declaran derechos se asemejan por su inmutabilidad a las decisiones judiciales, frente a la mutabilidad y variabilidad que más bien es nota común de la



apreciación administrativa” (García de Enterría y Fernández, 2006, p. 567), ya que, uno de los límites de la autotutela es el principio de irrevocabilidad de actos declarativos de derechos.

4.1.2 Las consecuencias de la autotutela en referencia al acto administrativo firme

En principio, un acto administrativo es firme cuando no ha sido objeto de impugnación mediante los medios impugnatorios establecidos en la LPAG. Cuando se trata de un acto favorable, por lo general, el acto no es recurrido por el administrado favorecido, de modo que, vencidos los plazos para recurrir, el acto no puede ser cuestionado por el administrado. De otro lado, si se tratare de un acto que contiene un vicio insubsanable, la administración, mediante la potestad de autotutela está facultada para declarar de oficio su nulidad, pero su ejercicio está limitado temporalmente, pues, solo cuenta con el plazo de dos años; luego de esto, el acto administrativo es firme en vía administrativa.

En consecuencia, una vez que el acto administrativo adquiere esta firmeza, la administración pierde su potestad de autotutela, y en caso de que considere que el acto administrativo es contrario al ordenamiento jurídico y afecta gravemente al interés público, puede recurrir como demandante ante la vía judicial mediante un proceso de lesividad; “Obsérvese que aquí la Administración queda obligada a postular justicia del tribunal y es incapaz de hacérsela a sí misma, contra el sistema general de autotutela” (García de Enterría y Fernández, 2006, p. 560). La firmeza del acto administrativo se apoya en los principios de seguridad jurídica, confianza legítima, presunción de validez y la propia torpeza no puede ser alegada.

Para García de Enterría y Fernández (2006), una de las consecuencias es que no hay neutralidad e independencia, porque la administración protege sus propios intereses,

pero, hay puntos en los que coincide con la jurisdicción y por ello que se acerca a una tutela efectiva de derechos. (p.566)

4.1.3 Derechos subjetivos y legalidad de la Administración

En los procesos de nulidad de un acto administrativo, se pretende siempre en primer lugar la supresión de un acto administrativo que se considera contrario al ordenamiento jurídico. Del mismo modo y quizá más importante el demandante busca el reconocimiento o restablecimiento de un derecho subjetivo, que puede ser planteado como pretensión accesoria. Por ello se afirma que, el recurrente no tiene un interés abstracto por la legalidad, sino que, considera que la administración le está perjudicando al actuar fuera de la legalidad y que, por tanto, “ese perjuicio debe ser eliminado mediante la eliminación del acto ilegal”. De este modo, “se conecta interés subjetivo y legalidad objetiva” (García de Enterría y Fernández, 2006, p. 935).

Lo mismo sucede cuando la pretensión es de cumplimiento de un acto administrativo, donde, el administrado busca restablecer en principio también la legalidad, en específico “la legalidad de la función ejecutiva” (Eto,2014), y principalmente el cumplimiento de un acto administrativo que le reconoce un derecho subjetivo y por tanto una prestación a la que la Administración se encuentra obligada a cumplir.

4.1.4 Los derechos fundamentales como derechos subjetivos.

Los derechos fundamentales constituyen verdaderos límites a los poderes administrativos tanto normativos como discrecionales, de modo que no solo, no pueden vulnerarlos, sino que deben promover las condiciones para promover su efectividad, removiendo los obstáculos que impiden o dificultan su cumplimiento. Ello ha sido resultado de:

Proponer como objeto de tutela bienes jurídicos como los derechos fundamentales que preceden indudablemente en su valor absoluto, según el sistema, a los bienes jurídicos de



que la administración es portadora: su necesidad de eficacia, la presunción de objetividad y acierto de sus decisiones, la ejecutoriedad de sus actos a ello normalmente ligada. (García de Enterría y Fernández, 2006, p. 958).

La protección y sobre todo la concreción de los derechos fundamentales, es garantizada también por el Proceso contencioso administrativo, a través de la pretensión de cumplimiento de una norma legal o un acto administrativo, constituyéndose en un derecho subjetivo que debe ser tutelado mediante un proceso, con las garantías correspondientes; se trata de un enfoque más amplio de legitimidad, por el que podría incluso solicitarse directamente el cumplimiento de un derecho fundamental reconocido por la constitución, en virtud de su carácter normativo.

4.1.5 El acto administrativo como título.

De acuerdo con el principio de legalidad, la atribución de derechos o situaciones jurídicas activas efectuadas por los actos administrativos en favor de los particulares se ampara siempre en la ley; por el principio de reserva de Ley. Pueden incluso contener remisiones a normas reglamentarias, las mismas que, no pueden tener regulación independiente, sino que deben estar subordinadas a la Ley. Un acto administrativo declarativo de derechos puede incluir adicionalmente un componente de decisión discrecional; de modo que, una vez dictado el acto administrativo, éste se presenta como título del derecho reconocido por el acto.

En cualquier caso, sea la declaración de derechos derivada de una potestad reglada o discrecional, es importante resaltar que, dictado el acto administrativo, “es este el que juega como título del derecho por el mismo reconocido, independizándose de la cobertura legal superior, la cual solo en los casos de revisión del acto vuelve a emerger para contrastar la validez de dicho título”. El efecto de esta consideración es relevante, ya que, “dispensa de acudir a pruebas materiales de titularidad en cada ocasión de su ejercicio, se



apoya en la técnica formal de la eficacia del acto administrativo como título ejecutorio” (García de Enterría y Fernández, 2006, p.1000), protegido tanto por la presunción de legalidad, que funciona mientras el acto no sea declarado nulo, como por el principio antirrevocatorio respecto del beneficiario, que representa para él un título sustantivo y autónomo que dispensa de consultar la base legal del mismo, aunque dicha base pueda ser materialmente cuestionable.

4.1.6 Características del acto administrativo: su importancia tanto para la Administración como para el Administrado.

La doctrina coincide en desarrollar expresamente la importancia de la presunción de validez y la ejecutoriedad; sin dejar de lado la ejecutividad, estabilidad e impugnabilidad. Por ello, una parte de la doctrina ha considerado conveniente estudiar también, estas tres últimas características de la misma forma que las dos primeras, teniendo en cuenta que todos ellos sirven para un análisis adecuado de la eficacia, por tanto, del cumplimiento del acto; permitiendo distinguirlo de otras figuras provenientes del derecho privado.

a. Presunción de validez

La presunción de legitimidad, como presunción de regularidad del acto, también llamada presunción de legalidad, de validez, de juridicidad. El vocablo legitimidad no debe entenderse como sinónimo de "perfección". (Dromi, 2009, p. 363)

Respecto del fundamento de la presunción de validez, muchos autores coinciden en que se refiere a las garantías subjetivas y objetivas que preceden a la emanación de los actos administrativos; referida a la existencia de leyes que regulan orgánicamente los procedimientos administrativos y requisitos del acto (Dromi, 2009, p. 364). Gordillo (2013) agrega que dicho fundamento es aceptable siempre que, existan garantías efectivas, para la emanación de actos administrativos. (p.249).



En nuestra legislación (artículo 9° del T.U.O. de la LPAG), por la presunción de validez, todo acto administrativo es considerado válido mientras su nulidad no sea declarada por autoridad competente, en vía administrativa o judicial. De este modo “opera en tanto no se genere una declaración expresa en contrario” (Guzmán, 2013, p. 345).

Principio de legalidad y presunción de validez: En concordancia con el principio de legalidad, los actos que cumplen con los requisitos mínimos de forma y contenidos gozan normalmente de cierta apariencia de validez, esta apariencia es de naturaleza relativa, el grado de apariencia depende de varios factores; lo único que elimina concluyentemente esta apariencia es la sentencia firme que declara con efectos erga omnes su invalidez; esta presunción se fundamenta en razones de seguridad jurídica. (Doménech, 2010)

La presunción de validez constituye una prerrogativa que la ley le concede a la administración, con el objeto de que cumpla sus funciones, teniendo en cuenta la relevancia del interés general en la que se sustenta. Observamos que, si bien es una prerrogativa para la autoridad, nos interesa resaltar que constituye, asimismo, una garantía de seguridad jurídica para los administrados, pues esta presunción se mantiene mientras su nulidad no sea declarada por autoridad administrativa o judicial; por tanto, las obligaciones contenidas en el acto deben ser cumplida por la Administración.

b. Ejecutividad

En principio el acto administrativo regular es ejecutivo y su cumplimiento puede ser exigido. Así, la ejecutividad es “la obligatoriedad, el derecho a la exigibilidad y el deber de cumplimiento del acto a partir de su notificación” (Dromi, 2009, p. 367).

La potestad de autotutela ejecutiva de la administración pública es sustento para considerar que los actos administrativos, “tienen el atributo de constituir auténticos títulos jurídicos con plena suficiencia y que tienen fuerza obligatoria, por lo que se bastan a sí



mismos”. (Hernández-Mendible, 2011, p.361). Pues, no es necesario que otra autoridad la confirme o ratifique para que este acto tenga validez jurídica.

Este término puede emplearse con dos significaciones: entendida como posibilidad de ejecución forzosa por la propia administración, y como facultad de crear unilateralmente e imponer obligaciones y eventualmente derechos a cargo o en beneficio de terceros. (Boquera,1982).

Fundamento de la ejecutividad: Guaita (1958), explica que: El fundamento político es la necesidad de satisfacer los fines generales que la Administración tiene encomendados; el fundamento jurídico por su parte, es más discutido, una primera dirección, la basa en la presunción de legitimidad del acto administrativo al ser emanada por un órgano público y otra dirección, la fundamenta en el carácter público del acto administrativo, ambas teorías aportan, pero son insuficientes; ya que, no todos los actos son ejecutivos o hay actos también que son ejecutivos incluso cuando ya han perdido la presunción de legitimidad; por otra parte, el carácter público tampoco es determinante, para la inmediata ejecutividad de un acto; de modo que, el fundamento jurídico, “habrá que buscarlo en una nota peculiar de la Administración, y no es otra que el propio fundamento político antes señalado: los intereses públicos, piedra cardinal sobre la que se asienta toda la construcción del Derecho administrativo” (pp. 172-173).

Por tanto, la obligación de cumplimiento del acto se dirige a ambas partes, pues, así como la Administración puede ejercer su potestad de autotutela ejecutoria y ejecutar por sus propios medios un acto en merito a la presunción de validez; el administrado por su parte, también puede exigir su ejecución, pues confía en su validez, sustentado además en el transcurso del tiempo en el que no existe cuestionamiento a la legalidad del acto, este debe surtir efectos en la realidad.



c. Ejecutoriedad

Además de la ejecutividad, algunos actos cuentan con la característica de la ejecutoriedad, “es decir, la susceptibilidad de que la Administración pueda imponer el contenido obligatorio de sus propios actos administrativos utilizando los medios coactivos” (Bocanegra, 2005, p.145-146). Este privilegio de la administración no puede estar libre de control jurisdiccional, control que se exige “en merito a la plena justiciabilidad de acto administrativo” (García de Enterría y Fernández, 2006, p.1588).

Entonces, se entiende por ejecutoriedad a la posibilidad que la administración pública, en base a su potestad de autotutela, haga cumplir algunos actos administrativos (actos que imponen cargas reales o personales a los particulares, es decir, de los actos de gravamen). En otras palabras, materializar las consecuencias de las mismas, incluso de manera coactiva, sin necesidad de la colaboración de otra autoridad pública; tratándose de los demás actos administrativos, es necesaria la autorización concreta del ordenamiento jurídico, en cuyo caso deberá recurrir al órgano jurisdiccional correspondiente.

d. Estabilidad

Es la prohibición de revocación de los actos que crean, reconocen o declaran un derecho subjetivo, una vez que han sido notificados al interesado, salvo que se extinga o altere el acto en beneficio del interesado. Se prefiere la denominación estabilidad, en tanto las expresiones irrevocabilidad e inmutabilidad son inexactas, ya que, el acto puede revocarse en ciertos casos. (Dromi, 2009, p. 368).

Para Gordillo (2011), la estabilidad de los derechos es una de las principales garantías del orden jurídico, al punto de que podría establecerse, un principio general en el sentido de que sólo podría ser objeto de excepción en casos concretos y ante norma expresa. Para Huapaya, la estabilidad, hace referencia a la seguridad jurídica, por la que,



“no es posible cuestionar una y otra vez los actos administrativos que ya quedaron firmes”, o impugnar actos que fueron consentidos por el propio particular, luego de transcurrido los plazos para la impugnación. (2006, p. 762).

Se deriva de la presunción de legitimidad, en tanto si un acto se presume legal, otro acto posterior, de contenido contrario o diferente al primero, dirigido a los mismos sujetos y en relación con los mismos hechos, no puede considerarse igualmente legal. Por esta razón, la administración no puede destruir sus actos administrativos con otros actos posteriores de la misma naturaleza. (Boquera, 1982).

Cuando el acto contenga un vicio de nulidad relativa, y el afectado no reacciona contra éste, “el ordenamiento se desentiende del vicio cometido, que, de este modo, se considera purgado en aras de la seguridad jurídica, con la que se estima incompatible el mantenimiento de una situación de pendencia prolongada”(García de Enterría & Fernández, 2006, p.688). Es por ello que, la ley permite la conservación de actos que contengan vicios subsanables.

Para Bocanegra (2005), por la función institucional del acto administrativo, este “se presenta como una institución dirigida a garantizar la seguridad jurídica y la estabilidad de las situaciones que el propio acto administrativo reconoce o crea, cumpliendo, pues, una esencial función de clarificación y equilibrio de las relaciones jurídicas. (p.24). Por ejemplo, la interpretación amplia de un supuesto de nulidad “comportaría un grave peligro para la seguridad jurídica” (García de Enterría & Fernández, 2006, p. 679).

La revocación de un acto atenta contra situaciones jurídicas establecidas. De su análisis, surge, “el enfrentamiento entre dos principios jurídicos básicos, de legalidad y de seguridad jurídica, exige una gran ponderación y cautela a la hora de fijar el concreto punto de equilibrio”(García de Enterría & Fernández, 2006, pp. 711 y 712).



En la legislación peruana, esta característica encuentra respaldo en el artículo 212°, numeral 212.2 del T.U.O. de la LPAG: “Los actos administrativos declarativos o constitutivos de derechos o intereses legítimos no pueden ser revocados, modificados o sustituidos de oficio por razones de oportunidad, mérito o conveniencia.”

La seguridad jurídica en su aspecto subjetivo hace referencia a la confianza legítima por el cual el administrado confía en la estabilidad del acto administrativo, es decir puede confiar en que no operarán cambios bruscos en la situación creada por el acto, es llamado por Ávila (2012), como confiabilidad, por cuanto si bien no existe determinación absoluta de que el acto no pueda ser cuestionado o de que el contenido será estático y no cambiara en el tiempo; mediante la verificación de algunos parámetros, si se puede confiar en la estabilidad y esto debe ser garantizado.

e. Impugnabilidad

El acto administrativo que se presume válido, exigible y ejecutorio en algunos casos, debe ir acompañado de “los medios para que el individuo pueda cuestionar y discutir eficazmente la validez o el mérito del acto que lo perjudica” (Gordillo, 2011, p.VI-36). La impugnación, es una garantía de los administrados, quienes pueden cuestionar la legalidad de un acto administrativo en vía administrativa o judicial.

La estabilidad que el acto pueda tener no es óbice a la procedencia de la impugnación, “pues esa estabilidad opera como una limitación a la facultad de extinguir el acto, no como una limitación a la posibilidad de discutir su validez” (Gordillo, 2011, p.VI-36). Nuestra legislación ampara el derecho de contradicción en el artículo 118°, concordado con el 115° (impugnación de acto administrativo) del T.U.O. de la LPAG; y, a través del proceso contencioso administrativo, regulado por el T.U.O. de la LPCA, en el que las decisiones de la administración pública pueden ser cuestionadas.



4.1.7 El rol de los principios del derecho administrativo frente a la inactividad en el cumplimiento de un acto administrativo firme.

Los principios son los lineamientos preferentes del Derecho a los cuales la disciplina jurídica les otorga tres funciones: interpretativa, integradora y creativa (Priori, 2009); los principios generales del Derecho son, “las ideas, postulados éticos, o criterios fundamentales, básicos, positivizados o no, que condicionan y orientan la creación, interpretación e integración del ordenamiento jurídico escrito (legal y jurisprudencia,) y consuetudinario”(Torres, 2001, pp. 483 y 484).

En particular el control de la inactividad administrativa se debe realizar desde los principios que garantizan las situaciones subjetivas del administrado que se enfrenta a las potestades de la Administración. El derecho administrativo, en cierto modo, “puede describirse partiendo de una cadena formada por principio generales que se encuentran en la base del sistema jurídico, inspiran sus normas e informan su contenido permitiendo concretar, en caso de lagunas, la obra legislativa” (Cassagne, 2013, p. 46)

1) Principio de legalidad

a. La plenitud del sometimiento de la administración pública a la Ley y al Derecho

Los artículos 51, 118 inciso 8 y 138 de la Constitución disponen el sometimiento pleno a la Ley y a la Constitución, como cláusula primordial del Estado de Derecho, de las que se desprende, el principio de legalidad de la Administración que es la piedra angular de todo el derecho administrativo desde su origen. El sometimiento pleno, quiere decir completo y sin excepciones.

El sometimiento genérico de la Administración al ordenamiento implica que toda forma de actuación administrativa, “actuación legítima, actuación ilegítima y omisión total o parcial”, es susceptible de control jurisdiccional, en función del derecho a la tutela



jurisdiccional efectiva, otro pilar esencial de la posición del ciudadano frente a la Administración. (Huapaya, 2006, p. 571).

b. Vinculación negativa y positiva

En las relaciones jurídicas privadas el principio fundamental es el de autonomía de la voluntad, la ley en este ámbito constituye un límite negativo a la libertad de decisión. En cambio, para la administración, en base al sometimiento a la Ley y al Derecho, Sánchez (2010) indica que le estaría prohibida cualquier iniciativa propia, y podría realizar solo las actividades que la Ley le permite expresamente. En consecuencia, ninguna actividad podría ser realizada sin una previa habilitación legal, pues la ley fija los límites y condiciones para el ejercicio de esa actividad. Así, la vinculación positiva de la Administración supone que todo lo que no le permite expresamente la ley le está prohibido por principio.

El principio de legalidad actúa imponiendo obligaciones y deberes específicos a la Administración con respecto a los ciudadanos. (Legalidad como imposición de deberes vinculantes a la Administración). (Huapaya, 2006, pp 570-571), esta función, nos permite afirmar que la Administración está obligada al cumplimiento de las prestaciones que le ha impuesto la Ley o el acto administrativo.

2) Principio de seguridad jurídica

Considerado como un principio general del Derecho, por el cual, en la aplicación de una norma, precepto singular o conjunto vinculado de preceptos, incluso de una corriente jurisprudencial o doctrinal; “en cualquier supuesto de conflicto jurídico, por medio de un razonamiento, debe existir una efectiva garantía que permita explicar y justificar la solución adoptada” (Bermejo, 2010, p.76). El principio de seguridad jurídica está presente en dos dimensiones: En la producción y en la aplicación del Derecho.



Desde una perspectiva general constituye un valor esencial para el funcionamiento del Estado de Derecho, garante de la libertad, y, además, un valor vinculado incluso a la estabilidad social. La plena efectividad de la seguridad jurídica debería proporcionar satisfacción a las razonables expectativas de los ciudadanos sobre el cual ha de ser la actuación de los poderes públicos legítimos, no solamente en la producción normativa que integra el ordenamiento jurídico, sino en la aplicación del derecho ya producido.

Hay que destacar el valor flexible y funcional de la seguridad jurídica, como justificación de un orden jurídico, destinado a la consecución efectiva de los valores constitucionales de la justicia, la igualdad y la libertad. (Bermejo, 2010, p.81). Este principio debe ofrecer al administrado la posibilidad de que sobre una regulación o una situación jurídica nacida de una norma, pueda prever sus actos futuros en base a la cognoscibilidad, calculabilidad y confiabilidad.(Ávila, 2012).

3) Principio de economía procesal

En un sentido muy genérico, la economía procesal es un principio informador del Derecho procesal que, “sería la razón que procurará que el proceso consiga su fin, la satisfacción de las pretensiones con el mayor ahorro posible de esfuerzo y de coste de las actuaciones procesales”(Carretero, 1971,p. 101).

En la jurisdicción contencioso-administrativa, en virtud de los privilegios con que goza la Administración, el particular cuando pretenda el cumplimiento de acto administrativo firme, necesita previamente un acto administrativo, y para alcanzarlo tendrá que recorrer primero por la instancia administrativa. En este proceso la economía procesal se manifiesta en una regla general por el cual los defectos del acto administrativo son convalidables; y en virtud de la presunción de legalidad el siguiente paso sería, pedir su cumplimiento. Sin embargo, este cumplimiento no suele ser voluntario, por lo que se verá



obligado a solicitar tutela de su derecho ante un Juez, que deberá en base a este principio resolver de la forma más expeditiva el proceso.

En otras palabras, la economía procesal al ser un Principio general del derecho, fundado en la justicia, la equidad y en otros principios generales, “pretenderá, la evitación de la lentitud, carestía y complejidad del proceso”, impidiendo la extemporaneidad e inoportunidad de la resolución judicial, resguardando las garantías de las partes, pues uno de los principios del proceso es que “se logre un procedimiento o cauce formal ágil y rápido” (Carretero, 1971, p. 118).

4) La propia torpeza no puede ser alegada

Se trata de un principio derivado de la buena fe, junto con la doctrina de los actos propios, la confianza legítima y el abuso de nulidad formal. De acuerdo con este principio, nadie puede aprovecharse de su propio dolo o torpeza e ilicitud para accionar en el fuero jurisdiccional, por su parte el código civil español, “recoge el sentido más genuino del principio, al impedir que pueda invocarse, como base de la defensa de la parte, una actuación torpe o negligente, exclusivamente imputable a la misma” (Buisán, 2010, p. 507), por consiguiente, la Administración que ha incurrido en un vicio en su actuación no puede en perjuicio del ciudadano, imponerle la carga de demostrar la legalidad de un acto administrativo firme, si la propia Administración, en ejercicio de su potestad de autotutela no ha hecho uso de los mecanismo que le provee la Ley para revisar la validez del acto.

Este principio se aplica en la nulidad relativa, pues, a pesar de encontrarnos ante un acto que posiblemente debiera ser expulsado del mundo jurídico, la nulidad no merece ser declarada, porque prevalece el principio de buena fe; lo contrario sucede con la nulidad de pleno derecho. Esto se observa por ejemplo en el proceso de lesividad en España, donde en base a este principio se suele rechazar las pretensiones de anulabilidad del acto administrativo, y si la Administración, posteriormente considera que el acto sigue



siendo dañosos para los intereses públicos, deberá recurrir a la revisión de oficio. (Cfr. Buisán, 2010, p. 511).

5) Principio de conservación de actos

La idea de conservación refiere al mantenimiento de los actos o sus efectos, constituye un deber para los sujetos afectados por la situación jurídica cuando la misma sea conforme a Derecho, así como en todos aquellos casos en los que, en virtud de la aplicación de principios jurídicos como el de buena fe, seguridad jurídica, confianza legítima, proporcionalidad, economía procesal, entre otros, “se legitima el mantenimiento de un acto en el orden jurídico por cuanto aunque haya incurrido en graves infracciones, el ordenamiento otorga prioridad a la protección de dicha situación”. (Diez, 2010, p.1002).

Respecto de su ámbito aplicativo, Beladiez Rojo (como se citó en Diez, 2010, p. 1006), señala la trascendencia del principio de conservación para la validez de los actos, con la formulación de que dicho principio “expresa la existencia de un valor jurídico en conservar todo acto capaz de cumplir válidamente los fines que tiene encomendados, para garantizar así la satisfacción de los interés de los sujetos jurídicos”, y en última instancia “garantizar la propia vigencia del Derecho, pues garantizando la conservación de aquellos actos que se considere legítimos, se demuestra su existencia real”.

Este principio ocupa un lugar central en la regulación de los actos y/o su régimen de invalidez, dando lugar a una serie de instituciones mediante las cuales se aplica el principio de conservación. De los cuales surgen técnicas aplicativas del principio de conservación de actos administrativos, que han sido previstos por el ordenamiento jurídico, como la convalidación, la conversión o la incomunicación de invalidez.

6) Principio de irrevocabilidad de los actos favorables

Este Principio es, según Almeida, aquel que prohíbe a la Administración que ha dictado o que con su inactividad ha dado lugar al nacimiento de un acto favorable “bien



el eliminarlo de oficio, definitivamente, en todo o en parte, sea suprimiéndolo, sea sustituyéndolo por otro, bien el instar su eliminación por la jurisdicción contencioso-administrativa” (2010, p. 1106).

El mismo autor agrega que, desde el punto de vista axiológico expresa una exigencia de justicia material y actúa como transmisor de un preciso valor ético-social: la persistencia de situaciones jurídicas favorables creadas o reconocidas por la Administración, frente a su voluntad de alterarlas por sí misma. Pretensión que constituye una exigencia primaria en el Derecho administrativo, en cuanto “garantía de los administrados frente a la actividad o inactividad de las Administraciones públicas” (Almeida, 2010, p. 1106).

Su operatividad se ve condicionada en algunas ocasiones por la concurrencia de otros principios como: la legalidad, el servicio objetivo a los intereses generales, de disponibilidad de derechos o el *ius puniendi* de la Administración pública, de esta manera, se constituyen en límites al principio de irrevocabilidad de actos favorables; cuando exista conflicto entre principios; debe llevarse a cabo, en cada supuesto concreto, un proceso de ponderación. (Almeida, 2010). Para ello, planteamos el adecuado ejercicio de los mecanismos de control de validez, que posee la Administración tanto en vía administrativa como judicial.

7) Principio de protección de la confianza

Encuentra su fundamento en el principio de seguridad jurídica. Su finalidad es mantener intangibles los derechos que nacen al amparo de un acto administrativo “siempre que la verificación de la legalidad del acto se produzca luego de haber transcurrido un tiempo razonable susceptible de generarle al particular una legítima confianza de la estabilidad de la decisión y de sus derechos”(Cassagne, 2013,p.58). Se trata de situaciones con una apariencia de legalidad o ausencia de vicios manifiestos que,



con independencia del carácter de la invalidez, generan el derecho a la estabilidad del acto.

El acto administrativo, para Bocanegra (2005) cumple fundamentalmente una función de estabilización y aclaración de situaciones jurídicas para el particular. Dicha función institucional no se podría alcanzar, si la propia administración pudiese apartarse de sus actos firmes sin la exigencia de algún requisito material. En este contexto hay una tensión entre la Administración que quiere contravenir la regulación del caso, establecida por ella misma y las exigencias del principio constitucional de seguridad jurídica que “exige el mantenimiento de esa regulación que se produjo unilateralmente, y en la medida en que dicha actuación fue efectivamente el fruto de esa voluntad pública”(García, 2010, pp. 1174 y 1175)

Resulta necesario que la actividad de la Administración genere confianza en el administrado, “para que este pueda prever razonablemente el grado de seguridad jurídica que posee su relación con el Estado y adoptar las medidas necesarias para cubrir o soportar las contingencias adversas”(Cassagne, 2013, p.57). Una aplicación práctica consiste en limitar el efecto retroactivo de la declaración de invalidez, por haberse generado una expectativa razonable.

En el peor de los casos el principio de protección de la confianza, que funciona como un límite a la revisión de un acto administrativo ilegal, en su aplicación, “no produce una quiebra en la legalidad, sino que simplemente busca determinar cuál debe ser la consecuencia correcta de la ilegalidad ya cometida por la Administración y determinar quién debe asumir las consecuencias jurídicas de la misma” (sic). Cabe resaltar que, este principio no condiciona “la actuación futura de la Administración ni crea una regla contraria a Ley” (García, 2010, p. 1175).



La confianza legítima como aspecto subjetivo del principio de seguridad jurídica (Ávila, 2012), se genera en el Administrado en principio porque una vez emitido el acto administrativo se presume válido, luego transcurre el plazo de impugnación y el acto no es cuestionado, se solicita a la Administración el cumplimiento y ésta se muestra renuente, pero no cuestiona el acto; entonces estos hechos hacen presumir que el acto es válido y debe ser ejecutado.

8) Principio de tutela jurisdiccional efectiva

Este nuevo paradigma señala Cassagne, no se limita a regular el trámite sino el acceso al proceso y el posterior control por el juez en la etapa del cumplimiento de la sentencia, proyectándose también al ámbito administrativo en su faz adjetiva y sustantiva en la medida en que las instituciones y principios que rigen para la Administración tienen, aparte de sus fines específicos, la carga de no obstaculizar la efectividad de la tutela judicial. (2013, p. 59).

El proceso contencioso-administrativo de plena jurisdicción, se dirige justamente a controlar toda actuación que, en el ámbito del Derecho Administrativo produzca algún perjuicio en el administrado, tutelando las pretensiones demandadas mediante la garantía de acceso a la jurisdicción, el debido proceso y una respuesta fundada en los hechos propuestos con la fundamentación jurídica del caso. En específico la inactividad administrativa como actuación impugnada, encuentra su sustento en la tutela plena, pues se controla la omisión como actuación ilegal de la Administración.

4.2 LOS CARACTERES DEL ACTO ADMINISTRATIVO QUE DEBE SER EJECUTADO Y LOS REQUISITOS DE PROCEDENCIA DEL PROCESO DE CUMPLIMIENTO CONSTITUCIONAL: DIFERENCIAS.

4.2.1 El control jurisdiccional de la inactividad administrativa y la pretensión de cumplimiento de un acto administrativo firme.

El control jurisdiccional realizado por el proceso contencioso administrativo opera sobre las actuaciones u omisiones administrativas que se encuentran reguladas por el Derecho Administrativo; teniendo en cuenta que, existen actuaciones y omisiones que son parte del funcionamiento de la Administración, pero que no tienen relevancia para el Derecho administrativo. Iniciamos este punto mostrando un cuadro de todas las actuaciones mediante las cuales la Administración se manifiesta.

CUADRO 2: Cuadro general de las actuaciones y omisiones administrativas

Actuación de la Administración Pública sometida al Derecho Administrativo	Actividad jurídica o sometida al Derecho	Actividad jurídica o formal (actos administrativos, reglamentos y normas administrativas, actos de administración interna, y otras decisiones administrativas).
		Actividad material
Actividad patológica de la Administración Pública.	Por omisión ilegítima	Inactividad formal
		Inactividad material
	Por actuación material ilegítima: “vía de hecho”	Actuaciones materiales que no se sustentan en acto administrativo.
		Actuaciones materiales que transgreden principio o normas del ordenamiento jurídico.

Fuente: Ramón Huapaya Tapia, 2006, p. 516

El presente cuadro nos brinda una visión general de todas las actuaciones de la Administración, teniendo en cuenta que no todas son objeto de control jurisdiccional.



Se ha regulado la protección contra la inactividad administrativa, mediante el Artículo 5º, numeral 4 del TUO de la LPCA, para que “se ordene a la administración pública la realización de una determinada actuación a la que se encuentre obligada por mandato de la ley o en virtud de acto administrativo firme”. Pretendemos en específico, el estudio de la obligación contenida en un acto administrativo, cuya condición principal, que el legislador ha pretendido resaltar es la firmeza. Derivada de una de las características que tiene todo acto administrativo, nos referimos a la estabilidad; describiremos a continuación los parámetros que deben ser objeto de análisis en un proceso cuya pretensión sea el cumplimiento de un acto administrativo.

4.2.2 Caracteres del acto administrativo que debe ser ejecutado

Los caracteres que debe poseer el acto administrativo del que se pretende su cumplimiento, como veremos se dependen principalmente de las características del propio acto administrativo, definido por Bocanegra como una “institución capital” del derecho administrativo y por ello, la más característica y definitoria, “construida como una institución dirigida a producir seguridad jurídica en las relaciones entre la administración y los particulares. Dotada, por ello, de una estabilidad y fijeza desconocidas en el Derecho privado” (Bocanegra, 2005, p.17).

Para la descripción de estos caracteres, seguiremos el planteamiento del español Ricardo De Vicente Domingo (2015), quien ha realizado un trabajo específico del tema, ya que, en sede nacional este tema ha sido muy poco estudiado. La razón de la elección, son las similitudes de la regulación existente sobre la pretensión de cumplimiento entre la legislación peruana y la española, además de que la inactividad administrativa ha sido desarrollada con mayor amplitud en ese país, y quizá de forma más ilustrativa en el ámbito de la jurisprudencia.



Las características han sido divididas por el autor, para su análisis entre las externas e internas; la primeras son la existencia y firmeza, para luego verificar las características de ejecutividad, ejecutabilidad e intangibilidad.

I. LA EXISTENCIA DEL ACTO FIRME

Se trata de un requisito sine qua non para la viabilidad del proceso, y de su acreditación depende la estimación o desestimación del recurso. El acto administrativo debe haber sido emitido por la administración de manera expresa, y luego notificado o publicado; el acto firme hace referencia a la resolución expresa que impone obligaciones a la Administración, y que no han sido cumplidas. Debemos aclarar de que resolución y acto administrativo no son necesariamente equivalentes.

En este punto será necesario verificar la existencia del acto administrativo y diferenciar si se trata de un acto firme. Para ello se deben tener en cuenta las clases o tipos de actos susceptibles de firmeza y de ejecución por la vía del contencioso-administrativo.

a. Actos definitivos y de trámite

Los actos definitivos son las resoluciones que ponen fin a un procedimiento y deciden el fondo del asunto. Son por tanto idóneos para su ejecución una vez adquirida la firmeza. Se trata del modelo de acto que ha establecido la ley, a efectos del recurso contra la inactividad del cumplimiento de acto administrativo, distinto es el supuesto de los actos de trámite firmes no ejecutados.

b. Actos firmes en vía administrativa y actos firmes en vía contencioso-administrativa

El artículo 5, numeral 4) de la LPCA no distingue entre actos firmes en vía administrativa o en vía jurisdiccional, acoge las dos posibilidades, esto implican la irrecurribilidad del acto. Se evita así, el riesgo de una inadecuada interpretación, según la cual pueda haber actos firmes en la vía administrativa pendientes de un proceso



jurisdiccional. Al respecto Guaita Martorell (como se citó en De Vicente, 2015, p. 70) descartaba totalmente la denominación de actos firmes en vías administrativa por innecesaria y poco ventajosa. Prefería hablar de actos firmes, a secas, expresión que transmite mejor la condición objetiva de firmeza con independencia de la fase, sea administrativa o judicial donde se haya producido esa firmeza como cualidad que hace al acto irrecurrible.

II. FIRMEZA Y EJECUTIVIDAD. EFICACIA DEL ACTO FIRME

Junto a la existencia del acto se encuentran otras dos cualidades: la firmeza y la ejecutividad.

a. *El acto firme, elegido por la norma.*

En principio, todo acto administrativo es eficaz a partir de su notificación, así lo ha establecido el artículo 16° del T.U.O. de la LPAG. Sin embargo, el T.U.O. de la LPCA, dispone que son los actos firmes los que pueden ser objeto del cumplimiento en el proceso contencioso-administrativo. Pues, la posibilidad de ejecutar un acto administrativo no depende de su firmeza; al presumirse la validez del acto y por tanto su ejecutividad. En todo caso podría haberse regulado el cumplimiento de cualquier acto administrativo, pero existen razones por las cuales ha sido el acto con la calidad de firme el elegido:

- La firmeza otorga una seguridad jurídica mayor que cualquier otra clase de acto administrativo, constituyéndose el acto en inatacable. Salvo la excepción del recurso extraordinario de revocación, la revisión de oficio o el proceso de lesividad; no existe objeción alguna a su presunción de legalidad y a su posibilidad de ejecución. En esa situación “el acto es inmune a la paralización de sus efectos, por lo que la Administración no debe demorar su cumplimiento. Se juntan pues la irrecurribilidad propia de la firmeza con la ejecutividad propia de todo acto administrativo”(De Vicente , 2015, p.72).



— Por otra parte, había que evitar la posibilidad de que, contra el mismo acto, se interpusieran dos recursos contencioso-administrativos; pretender la ilegalidad del acto y la condena a la actividad para su ejecución; y, más tarde, a sentencias igualmente incongruentes: una declarando la ilegalidad del acto y otra condenando a su ejecución. Situación que tampoco sería susceptible de litispendencia, dada la diversidad de objeto y causa de pedir de estos procesos. Así que la posibilidad de simultanear los dos procesos no es una situación procesalmente conveniente. (De Vicente , 2015, p.72).

b. Manifestaciones de la ejecutividad, cuando el cumplimiento corresponde a la Administración.

La noción de acto firme en Derecho administrativo admitida de manera unánime es la de acto irrecurrible, por el que se pierde el derecho de cuestionarlos, así lo señala el artículo 222° del T.U.O. de la LPAG. Sin hacerse referencia en la ley, sobre la eficacia ejecutiva que se pueda desprender de esta cualidad del acto.

A pesar de que esta relación entre firmeza y ejecutividad no se especifique en la LPAG, De Vicente, deduce que por otro lado la Ley, establecer una vía judicial específica para obtener la ejecución del acto, está acortando la distancia entre estas dos cualidades del acto que ahora son inseparables y ofrecen un modelo de acto, “en el cual la ejecutividad aporta a la firmeza toda su fuerza obligatoria” y el acto firme no es solo el acto irrecurrible cuya virtualidad sea la desestimación del recurso administrativo o la improcedencia del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra él, sino “un acto especialmente destinado a su cumplimiento”(De Vicente, 2015, p.73).

Por eso mismo es necesario insistir en la obligatoriedad de ese cumplimiento por la Administración porque, como destaca Gómez Puente El acto no confiere a la Administración poder de disposición sobre su contenido una vez que aquél, después de dictarse, queda incorporado a la realidad y cuenta con la fuerza



vinculante u obligatoriedad que le comunica el propio ordenamiento jurídico, al que también la administración se halla subordinada.(Gómez, 2011, p. 958).

De este modo se puede afirmar que, si bien la Administración cuenta con importantes potestades, la ejecutividad es exigible de igual forma cuando es el administrado quien debe cumplir con lo dispuesto en el acto administrativo o es la Administración la parte obligada.

III. EL ACTO FIRME COMO ACTO EJECUTABLE

El acto ejecutivo debe ser un acto susceptible de ejecución o ejecutable. De Vicente (2015) sostiene que, el marco jurídico de referencia que permite ofrecer una explicación coherente es la propia ejecutividad como cualidad del acto que impele a su cumplimiento. En el entendido que la ejecutividad, está muy vinculada a la ejecutoriedad que es el privilegio que el ordenamiento otorga a la Administración para llevar a efecto el mandato contenido en el acto, de forma coactiva y sin intervención judicial.

Esa vinculación de la conducta de la Administración a su propio acto es un efecto de la ejecutividad y está presente en la doctrina como uno de los fundamentos del cumplimiento del acto por la propia Administración; y también en las sentencias de los tribunales, donde por ejemplo el Tribunal Constitucional en el expediente N° 168-2015-PC/TC, ha expresado que es el derecho a la eficacia de los actos administrativos, lo que se protege a través del proceso de cumplimiento.

La Administración, por la propia ejecutividad del acto, está obligada a realizar los actos correspondientes para que el acto administrativo se materialice en la realidad, es decir surta efectos jurídicos; pudiendo los interesados pedir su ejecución cuantas veces sea necesario hasta lograrlo. Con la sola intervención del órgano administrativo competente, o a partir de un mandato de la autoridad judicial que ordene el cumplimiento.



La ejecutabilidad, puede conceptuarse como “la capacidad objetiva de un concreto acto administrativo para la ejecución o cumplimiento efectivo de su contenido”(De Vicente, 2015, p. 84). Ha sido la jurisprudencia, en el caso de España, la que ha considerado, la necesidad de que haya «acto ejecutable», «susceptible de ejecución». (Cfr. De Vicente, 2015, p. 85). La efectividad de esta cualidad del acto ejecutable se descompone en una serie de requisitos.

La ineficacia de los actos administrativos se deriva principalmente de las causas de cesación definitiva de los efectos del acto, estudiado en el tema de la eficacia del acto administrativo y que en este punto se constituyen en parámetros para valorar la existencia de algún supuesto que impediría ordenar dentro del proceso contencioso-administrativo, la ejecutabilidad del acto.

a. REQUISITOS DEL ACTO EJECUTABLE

Los requisitos están vinculados al origen mismo del acto (requisitos internos), y a su permanencia en el tiempo, lo que puede dar lugar a que, de forma sobrevenida, aparezcan circunstancias que influyen en su ejecutabilidad y que pueden llegar a convertirse en causas legítimas de inejecución tanto si dependen de la Administración que ejercita determinadas potestades que inciden en la eficacia del acto como si se dan al margen de su voluntad (requisitos externos o extrínsecos). (De Vicente, 2015, p. 86).

(i) Requisitos internos del acto

a. Acto con «eficacia intrínseca». No condicionado

Para pedir la tutela judicial del numeral 4 del artículo 5º de la LPCA, es necesario que el acto firme sea un acto no condicionado. No se trata de cualquier circunstancia que pueda demorar la eficacia del acto, como la notificación, por ejemplo; sino de aquellas que impidan el nacimiento de la eficacia del acto, de su contenido esencial. Son los actos que dependen de la verificación de una condición, de ese evento futuro e incierto que



condiciona la eficacia interna del acto y, por lo tanto, que surta sus consecuencias jurídicas.

Consiste esta eficacia en que la obligación contenida en el acto no venga, a su vez, supeditada a otros requisitos. En los casos en que éstas existan y su cumplimiento sea discutible, es decir, cuando lo que se discuta no sea tanto la firmeza misma del acto sino su falta de eficacia intrínseca, el proceso contencioso-administrativo “no resulta idóneo para lograr la ejecución de un acto de tales características”. (De Vicente Domingo, 2015, pp. 87 y 88); por lo que, si la eficacia de una determinada obligación contenida en un acto administrativo se difiere a un momento posterior, debe alcanzarse ese momento antes de promover la acción.

b. Contenido susceptible de ejecución

Además de ser incondicional, el acto debe ser susceptible de ejecución en cuanto a su contenido objetivo. La ley no establece *a priori* límites a la ejecutabilidad por razón del contenido del acto: siempre que éste sea en beneficio del afectado será ejecutable; si no concurren otras circunstancias que lo impidan. A diferencia de la Administración que solo puede ejecutar forzosamente los actos de gravamen; el particular puede pretender la ejecución de cualquier acto que le pueda beneficiar, a través del juez. Actualmente son numerosos los posibles actos objeto del proceso de cumplimiento contencioso-administrativo, pues se centra en las obligaciones de la propia Administración para con esos destinatarios directos. (De Vicente Domingo, 2015, p. 92).

Por otra parte, respecto de la cuestión de la discrecionalidad en la elección del tiempo de ejecución y de los medios para llevarla a efecto. Podemos señalar que, en virtud al desarrollo del Derecho Administrativo, donde ha sido parte el pleno control jurisdiccional sobre la Administración y en virtud a la tutela judicial efectiva, el juez debe, resolver y hacer ejecutar lo resuelto, por tanto no es posible en la actualidad que la Administración



pueda decidir permanecer inactiva en la ejecución de los actos en los que deba de emplear sus medios para el adecuado cumplimiento.

(ii) Requisitos extrínsecos del acto

a. Acto que no haya sido ejecutado por causa imputable a la Administración

Un requisito previo pero esencial, que es la base de la aplicación del régimen de ejecución del acto administrativo; se refiere a que el acto no haya sido ejecutado, esto es que haya inactividad voluntaria y sin causa de la Administración. Por eso, no procede la demanda cuando el acto ya ha sido ejecutado.

Asimismo, no procede si las causas del incumplimiento del acto “son determinadas actuaciones de los interesados o su propia inactividad”. Es posible por ejemplo que hayan interpuesto previamente un recurso extraordinario de revocación contra la legalidad del mismo. O si el acto está condicionado en su cumplimiento a “la realización por el interesado de una determinada acción o carga sin que haya sido llevada a efecto” (De Vicente, 2015, p. 96). En la misma situación se encontraría el supuesto en el que la Administración intentara ejecutar sin éxito una obligación.

b. Que no concurran circunstancias sobrevenidas de imposibilidad legal o material que impidan la ejecución.

Estas circunstancias pueden afectar a diversos actos jurídicos ya perfeccionados, y en período de ejecución, en tal sentido la doctrina se ha referido en estos casos de imposibilidad, a una causa de extinción del acto administrativo, categorías que tiene por resultado de esa situación sobrevenida: “la cesación definitiva” (García de Enterría & Fernández, 2006, p. 633) de los efectos jurídicos, la inidoneidad del acto para seguir con el cumplimiento o ejecución de sus efectos. Son causas de carácter físico que impiden la realización material del acto.



Sobre la posibilidad material de las prestaciones de cargo de la Administración, Huapaya afirmó que “en cuanto a la disposición de medios materiales (dinero, bienes, servicios), la Administración se rige por el principio de legalidad presupuestaria”. Por ello, “la posibilidad material de la actuación administrativa siempre será posible, en la medida que la disposición de bienes, servicios o dinero (en puridad de prestaciones), se encuentre efectivamente presupuestada e incluida en los Presupuestos institucionales de las entidades”(Huapaya, 2006, p. 585). Afirmación contraria a lo señalado por el tribunal constitucional en la STC N.º 02002-2006-PC/TC., pues en definitiva la imposibilidad material que alega la Administración como justificación para el incumplimiento es calificada por este tribunal como irrazonable.

Las causas de imposibilidad legal no son causas de ilegalidad del acto cuyo tratamiento es el de los recursos administrativos y judiciales o la revisión de oficio por la Administración. Nos encontramos ante actos adoptados legalmente, pero que por circunstancias sobrevenidas tales como la aprobación de una ley o reglamento pueden resultar afectados si esas normas disponen una retroactividad de sus efectos. En ese caso será necesario adecuarse al nuevo régimen normativo y a la eventualidad de una indemnización por “responsabilidad del legislador o de la Administración si aquél delega en ésta la decisión de dejar sin efecto el acto válidamente dictado. El enfoque de estas situaciones puede ser la expropiación de derechos o intereses legítimos”(De Vicente, 2015, p. 100).

La existencia de cualquier causa de imposibilidad debe acreditarse. Si pudiera ser formalizado mediante acto administrativo, este debe estar motivado. Pero debería ser objeto de prueba en el proceso. “La causa, en el caso de imposibilidad legal, tiene que ser proporcionada y grave, impediendo de la actuación”. Sería el caso de un cambio

normativo; en cambio, no sería causa una “mala situación económica”(De Vicente, 2015, pp. 100 y 101).

De Vicente (2015) sostiene que, cuando concurren causas de imposibilidad legal o material de un acto administrativo firme habrá lugar a indemnización si la inejecución supone un perjuicio real o lesiona un derecho adquirido, al tratarse de un incumplimiento voluntario imputable a la Administración. Podría plantearse una reclamación de responsabilidad, sólo si el acto omitido hubiera generado una situación inequívoca de confianza legítima que ha generado gastos inútiles para el recurrente.

c. Fuerza mayor y caso fortuito

Como ocurre en otros ámbitos jurídicos, la fuerza mayor opera como una causa de exoneración del cumplimiento de obligaciones en el Derecho administrativo. El caso fortuito en cambio, si determina el incumplimiento, no eliminara la responsabilidad administrativa, salvo en este último caso, que el caso fortuito tenga su origen en una actividad ajena a la Administración.

(iii) Requisitos extrínsecos que alteran o extinguen la eficacia del acto: los supuestos de revocación, modificación, y suspensión

El acto debe permanecer eficaz en el transcurso del tiempo. Distinto será si el acto es objeto de un procedimiento de revisión de oficio o de declaración de lesividad por motivos de legalidad. O, si se presentan causales específicas para la revocación del acto.

En estos supuestos se plantea también la cuestión de la “posible indemnización”. Procede en principio si lo que es objeto de extinción, modificación o expropiación es un derecho preexistente u otorgado por el acto administrativo cuya revocación determina la inejecución del acto originario. (De Vicente, 2015, p.103). Distinto es el caso de una obligación surgida de un interés legítimo.



b. ACTOS EJECUTABLES EN LOS QUE CONCURREN CIRCUNSTANCIAS DE NECESIDAD DE DETERMINACION, DE DIFICULTAD DE EJECUCIÓN Y DE DISCRECIONALIDAD

Distintos de los supuestos de imposibilidad son aquellos en los que concurren circunstancias que dificultan la ejecución del acto debido a la necesidad de determinación de la conducta de la Administración en el contenido del acto, o al propio contenido objetivo del acto. Afirma De Vicente (2015) que estos supuestos tienen gran interés pues se mueven en el borde mismo de la viabilidad del proceso: “entre la tierra firme que pisa el acto cuando su contenido es objetivamente concreto, y las arenas movedizas cuando tiene alguna indeterminación que no implica imposibilidad de ejecución”. Ya que, el ideal del acto “absolutamente determinado”, caracterizado por “una completa concreción de elementos y plazos”(p. 106), no se presenta siempre y en todo lugar.

Si bien la solución no puede estar basada en un criterio inflexible; para De Vicente, depende muchas veces del modo en que las partes y el órgano judicial afrontan su tarea..(2015, pp. 106 y 107).

Este tema, en nuestro país ha causado restricciones en la adecuada tutela de la pretensión de cumplimiento, pues, a causa del precedente vinculante que establece los requisitos de procedencia del proceso de cumplimiento constitucional, se ha adoptado un criterio inflexible al momento de verificar el requisito de la controversia compleja y la individualización del beneficiario, no solo en el proceso constitucional, sino que es aplicado incluso dentro del contencioso-administrativo.

a. Respecto del grado de concreción de las determinaciones del acto susceptible de ejecución: Se presenta un dilema al momento de enjuiciar; el rechazo de cualquier pretensión que “no encuentre perfecta concordancia con el contenido del acto” o, por el contrario, la procedencia del examen, dentro del ámbito de la cognición judicial, de



aquellos supuestos en los que el acto no concreta todas y cada una de las acciones de la Administración, o que, habiéndolas concretado, al menos en lo fundamental, “subsisten cuestiones técnicas sobre la concreción del contenido del acto que debe ser ejecutado” (De Vicente, 2015, p. 107).

La declaración de la Administración contenida en el acto administrativo puede estar o no definida de forma detallada; pero si lo está suficientemente, el proceso no tiene que ser un obstáculo, sino más bien un “instrumento para que se concreten aspectos que faciliten una sentencia más ajustada a la realidad de la inactividad producida, como el de los medios para llegar a un resultado”(De Vicente, 2015, p. 108).

Tampoco debería de haber inconveniente en ejecución de sentencia, en tanto que la Administración no puede ser beneficiaria de su inactividad, y menos aun cuando la inactividad está demostrada. Los defectos de determinación no se pueden trasladar a la parte recurrente. “La buena fe exige un comportamiento activo de la Administración asumiendo la carga de la determinación de la ejecución del acto” (De Vicente, 2015, p. 108). Esto no significa que el contenido del acto pueda ser indeterminado, nos encontraríamos en un supuesto de inexistencia y, por tanto, de ilegalidad; pero tampoco es necesaria una determinación exacta.

b. Sucede algo similar con los actos que presentan dificultades técnicas y/o jurídicas para su ejecución. El acto es susceptible de ejecución aun cuando su contenido presente dificultades objetivas para su cumplimiento. La pretensión acoge también actos complejos cuya eficacia puede requerir la adopción de otros actos. Estos actos deben de ser meramente auxiliares, sin capacidad de innovación ni de discusión sobre las posibles opciones que pueden plantearse, de lo contrario “faltaría esa situación jurídica determinada y firme de la que parte el recurso” (De Vicente, 2015, p. 113) frente a la omisión de cumplimiento.



c. Finalmente los actos con *facultades discrecionales en la ejecución*: Referido a la materia sobre la que versa la actividad de la Administración. Hay materias en las que, debido a su naturaleza, la ley suele otorgar amplias facultades a la Administración para decidir qué medidas son las más adecuadas. Si un acto versa sobre estas materias es posible que su ejecución tenga aspectos en los que la Administración deba decidir las medidas concretas que deben ser adoptadas, a ello se refiere Gómez (2011) cuando señala que la autoridad jurisdiccional no puede sustituir la actividad discrecional de la Administración, en cuyo caso, será la administración quien adoptara las medidas para el adecuado cumplimiento.

4.2.3 La vía residual y subsidiaria de cumplimiento de acto administrativo firme: El proceso constitucional de cumplimiento

El inciso 6) del artículo 200 de la Constitución peruana, señala que “procede la acción de cumplimiento, contra autoridad o funcionario, por la renuencia a cumplir con lo dispuesto en la ley o acto administrativo”. Este proceso constitucional procede contra toda autoridad o funcionario que se muestre renuente a acatar lo dispuesto en una norma legal o en un acto administrativo. Constituye un mecanismo de control de la inactividad de la Administración.

La controversia se origina tras la existencia de una omisión, inercia o, simplemente, inactividad de un órgano público para cumplir con un mandato establecido en la ley o un acto administrativo. Pero, no se trata de cualquier inactividad administrativa. Lo referido anteriormente se sustenta en lo que el Tribunal Constitucional, en su sentencia STC N°00168-2005-AC, estableció en los fundamentos jurídicos 14 y 15.



4.2.4 Requisitos de procedencia del proceso de cumplimiento constitucional

En el precedente vinculante contenido en la sentencia emitida en el expediente N° 00168-2005-PC/TC, el Tribunal Constitucional, ha establecido los requisitos para la procedencia del proceso de cumplimiento, de esta manera, ha señalado:

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

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

Excepcionalmente, podrá tratarse de un mandato condicional, siempre y cuando su satisfacción no sea compleja y no requiera de actuación probatoria. Adicionalmente, para el caso del cumplimiento de los actos administrativos, además de los requisitos mínimos comunes mencionados, en tales actos se deberá: f) Reconocer un derecho incuestionable del reclamante. g) Permitir individualizar al beneficiario. (fundamento jurídico 14).

Asimismo, aclara que:

“En este tipo de procesos el funcionario o autoridad pública tiene un deber absoluto de acatamiento de la norma legal o del acto administrativo, no siendo posible ningún tipo de discrecionalidad de su parte. Asimismo, en ellos los derechos del demandante son prácticamente incuestionables, de modo que, comprobada la renuencia y el incumplimiento de la norma legal o el acto administrativo conforme a las pautas descritas, de ineludible cumplimiento, corresponderá amparar la demanda” (fundamento jurídico 16).



Respecto del mandamus, se señala que no es sino una “norma adscrita” a una disposición contenida en una norma legal o acto administrativo, esto es, un sentido interpretativo válido que se puede desprender de los enunciados gramaticales de normas o actos. (Sosa, 2009, p.285) En tal sentido, como en efecto lo ha hecho el Tribunal Constitucional, en algunas ocasiones las características del mandato deberán ser entendidas desde esa perspectiva, y no solo de manera literal.

A continuación, describimos cada uno de los requisitos que ha establecido el Tribunal Constitucional, para la procedencia del cumplimiento por vía constitucional.

Mandato vigente

Las normas legales y los actos administrativos mantienen su vigencia hasta que sean modificadas, en el caso de la norma legal hasta que sea reformada, reemplazada o derogada por otras normas. En el caso de los actos, hasta que se haya declarado su nulidad; de acuerdo con las formalidades previstas para ello. Asimismo, los actos administrativos y las leyes pueden regular en su contenido, un tiempo determinado de vigencia para sus mandatos, e inclusive puede asignarse uno si ello no fue inicialmente regulado. Todos estos supuestos definen y afectan la vigencia de un mandato.

Los supuestos mencionados están relacionados con la vigencia formal del mandato, o de la norma o acto administrativo que lo contiene. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que los mandatos también son “normas adscritas”(Sosa, 2009). Así, por ejemplo, ha resuelto el Tribunal, ante un mandato exigido vía cumplimiento, que “si bien las normas que lo contenían fueron derogadas, desde la perspectiva material o sustancial la obligación seguía vigente porque la nueva norma mantuvo las mismas obligaciones que se derivaban del mandato” (Exp. N° 7435-2006-PC/TC, fundamento jurídico 6)

Mandato cierto y claro



La certeza del mandato hace referencia a su condición de seguro y verdadero, sobre el cual no existe duda. Un mandato cierto es uno establecido de manera precisa e incontrovertible, lo que implica que debe generar al intérprete “certeza” sobre lo ordenado y las condiciones en que ello debe ser ejecutado. En el mismo sentido, el Colegiado Constitucional se ha referido a que los mandatos deben ser “virtuales”, es decir, “definidos e inobjetable”; asimismo, a su cualidad de “líquido y cierto”, según el Tribunal, “susceptible de inferirse indubitablemente de la ley o del acto administrativo que lo contiene” (Exp. N° 4452-2004-AC/TC, f. j. 2.).

De otro lado, la claridad está referida a la evidencia y fácil distinción del mandato. Así, el significado del *mandamus* debe fluir “claramente” de los preceptos de la norma legal o del acto administrativo; por tanto, “no constituyen mandatos claros aquellos que provienen de enunciados ambiguos, confusos, demasiado genéricos, indeterminados, etc” (Sosa, 2009, p. 287).

De lo señalado, el Tribunal desestimó pretensiones de cumplimiento señalando que las normas invocadas “carecían de *mandamus*” (Exp. N° 7974-2005-PC/TC, ff. jj. 6-9); al parecer, debido a la generalidad o la amplitud con que los mandatos fueron enunciados. Pero en opinión de Juan Manuel Sosa, si bien estos mandatos son generales y no contienen por ello detalles sobre su implementación, “no significa que estos no sean ciertos y claros, menos aún que una de las normas invocadas no contenga *mandamus*” (Sosa, 2009, p. 287). Asimismo, Sosa aclara que la certeza y claridad del mandato se refiere “a la certidumbre respecto a la orden exigida y a la posibilidad de que su significado sea fácil e inmediatamente aprehendido”(2009, p. 288).

Mandato libre de controversias complejas o interpretaciones dispares



Según la sentencia, si un mandato resulta controvertido, por la complejidad de su probanza o por las discrepancias en torno a su significado, no debería ser discutido en un proceso de carácter ejecutivo como es el proceso de cumplimiento.

Al respecto, sobre “la existencia de controversia compleja”, el Colegiado ha mencionado expresamente que en tal caso “resulta necesario para el operador jurídico (...) la referencia a normas legales superpuestas que remiten a otras, y estas a su vez a otras, lo cual implica una actividad interpretativa compleja que, en rigor, debe llevarse a cabo a través de las vías procedimentales específicas” (Exp. N° 01923-2007-PC/TC, f. j. 8.). En similar sentido, el profesor Luis Castillo-Córdova señala que, con este criterio “controversia compleja” se estaría “haciendo referencia a una controversia poco clara, que es pasible de más de una interpretación y solución”(2005, p. 134).

Además de interpretaciones complejas, también quedan descartados los mandatos sujetos a una actividad probatoria compleja, pues el proceso de cumplimiento constitucional carece de una etapa en la que puedan actuarse pruebas. Puede darse el caso de que las entidades administrativas o judiciales tengan diferentes interpretaciones respecto de la norma legal o del acto administrativo cuyo cumplimiento se demanda; en tal caso el mandamus no tendría la virtualidad requerida para ser exigido a través del proceso de cumplimiento; Sin embargo, Juan Manuel Sosa, considera que, “debe tenerse en cuenta que la mera existencia de varios sentidos interpretativos posibles o la sola diferencia entre interpretaciones de diversas instancias no bastan para que estemos ante un mandato cuya interpretación dispar excluya la vía constitucional” (2009, p. 289). Agrega que, para estos efectos, se podría aplicar los criterios de prevalencia de la interpretación judicial frente a la administrativa, de jerarquía interna, y de preferencia de interpretaciones calificadas frente a interpretaciones ordinarias de una misma instancia.



Mandato de ineludible y obligatorio cumplimiento

Sobre lo primero, es claro que para que el mandato sea jurídicamente exigible debe ser uno conforme con la Constitución. Ha indicado el intérprete de la Constitución que: Ante mandatos derivados de una norma “exigible legalmente, pero en cambio, cuestionable constitucionalmente”, la alternativa debe ser “privilegiar la eficacia de la Constitución por encima de la eficacia de la ley”; lo que no significa desarticular el rol del proceso de cumplimiento, sino el de orientarlo a la finalidad amplia que es “la defensa de la Constitución” (Exp. N° 4549-2004-PC/TC, f. j. 8).

Existe otra perspectiva material que debe tenerse en cuenta, y está referida a las excusas que puede oponer la Administración, por ejemplo, alegando la inexistencia de presupuesto o que, teniendo la voluntad de cumplir con las resoluciones, los beneficiarios deben esperar la programación por parte del Ministerio de Economía y Finanzas. En efecto, al ser los mandatos exigibles, implican para el Estado el deber de cumplirlos, no puede admitirse que este se excuse alegando simplemente que no los presupuestó (Cfr. Exp. N° 06775-2006-PC/TC, f.j. 3). Tal proceder ha sido calificado como irrazonable por el Tribunal, ha dicho además que denota una actitud insensible de la Administración Pública. Recuerda el tribunal además que, no solo está en juego la afectación de los administrados involucrados, sino que “[e]sta actitud de resistencia a acatar las disposiciones legales a la larga, genera desesperanza en los justiciables respecto de las soluciones que ofrece el Derecho, deslegitima el Estado Democrático ante los ciudadanos” (Exp. N° 3149-2004-AC/TC, f. j. 6). Asimismo, tampoco es excusa para la renuencia que las normas no prevean un plazo para el cumplimiento del mandato, pues, en todo caso, el plazo que emplee la Administración no puede ser arbitrario.

Mandato incondicional, o con condición que no sea compleja ni requiera actuación probatoria.

Un mandato sujeto a condiciones no puede entenderse como uno ejecutable a través del proceso constitucional analizado. Así visto, el mandamus debe ser uno “incondicional y, tratándose de los condicionales, [se haya] acreditado haber satisfecho las condiciones” (Exp. N° 0191-2003-AC/TC, f. j. 6).

La prohibición de actuación probatoria a la que se refiere el requisito puede no entenderse como una “absoluta”, pues, acreditar algo en un proceso siempre implicará que se adjunte alguna prueba que respalde las pretensiones y las alegaciones del demandante. (Exp. N° 3484-2005-PHC/TC, f. j. 3).

Características adicionales del mandato para la ejecución de actos administrativos:

Mandato que reconoce un derecho incuestionable del reclamante

A través de este proceso solo puede demandarse el cumplimiento de actos administrativos firmes y, además, el Tribunal ha precisado que en cualquier caso el mandamus debe ser cierto, claro y de obligatorio cumplimiento, el requisito de firmeza es consecuencia de todo lo anterior. En consecuencia, el derecho reconocido por el acto administrativo no debe ser pasible de impugnación, no debe estar pendiente de un pronunciamiento definitivo.

Sin embargo, es posible que la condición de “derecho incuestionable” no pueda verificarse al analizar la procedencia de la demanda. En tal caso, se deberá realizar al momento de resolver, verificando que si “el derecho no admite cuestionamiento corresponderá amparar la demanda; por el contrario, cuando el derecho sea debatido por algún motivo”, deberá desestimarse la demanda, “en tanto el acto administrativo carece de la virtualidad suficiente para configurarse en un mandato por no tener validez legal” (Exp. N° 00102-2007-PC/TC, f. j. 6).



Desde luego, teniendo en cuenta la naturaleza del proceso de cumplimiento, si se permitiera que se discutan y determinen derechos administrativos en su interior, “terminaría convirtiéndose en un proceso declarativo, o de conocimiento” (Exp. N° 0168-2005-PC/TC, f. j. 17). En definitiva, esto no se realiza porque, se prefiere declarar la improcedencia de la demanda, incluso esto se ha trasladado a los procesos contencioso-administrativos de cumplimiento, sin considerar que tienen distinta naturaleza.

Mandato con un beneficiario individualizado

Requisito vinculado al de certeza del mandato, por lo que se considera que en el acto administrativo debe estar determinado claramente quién es el sujeto beneficiado con el *mandamus*; sin embargo, debe tenerse en cuenta además otros aspectos.

El demandante en un proceso de cumplimiento no necesariamente es el directamente beneficiado por el mandato, pues el artículo 67° del CPC, señala que también puede demandar quien invoque interés legítimo. Asimismo, un acto administrativo puede, no obstante referirse a situaciones concretas, dirigirse a un número incierto de personas, e incluso regular intereses y derechos colectivos o difusos, casos en los que puede existir un mandato claro e indubitablemente exigible. (Sosa, 2009, p. 294).

El Tribunal ha dejado anotado que, con respecto al acto administrativo éste deberá consignar a un sujeto o un grupo de sujetos, en ambos casos “perfectamente identificables”; a partir de ello, ha establecido que no es posible, “someter a la vía de cumplimiento un acto administrativo de carácter general”, en tanto es cualidad de un acto administrativo sometido al proceso de cumplimiento, que “deba incidir directamente en algún sujeto determinado” (Exp. N° 00102-2007-PC/TC, f. j. 6).

Respecto de esta apreciación del Tribunal Constitucional, Sosa considera, que “no es la mención expresa del beneficiario o los beneficiarios de un acto administrativo lo que debe considerarse como requisito del *mandamus*”; sino que, lo que debe ser determinado

o poder determinarse, es quiénes son los afectados por la renuencia de la Administración. Por lo que considera que, es cierto que la omisión siempre debe incidir en algún sujeto determinado, pero, “el Tribunal se equivoca al considerar que ello depende de que sea literalmente consignado en el acto administrativo”(2009, p. 295).

4.2.5 Diferencias entre los caracteres del acto que debe ser ejecutado y los requisitos de procedencia del proceso de cumplimiento contencioso-administrativo

La comparación se realiza con la finalidad de verificar la pertinencia de la aplicación de los requisitos de procedencia del proceso de cumplimiento constitucional dentro del proceso de cumplimiento contencioso-administrativo.

CUADRO 3: Comparación entre los caracteres del acto que debe ser ejecutado y los requisitos de procedencia del proceso de cumplimiento constitucional

<i>PROCESO DE CUMPLIMIENTO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO</i>	<i>PROCESO DE CUMPLIMIENTO CONSTITUCIONAL</i>
PRETENSIÓN:	PRETENSIÓN:
Establecida en el TUO de la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo. Artículo 5.- Pretensiones: En el proceso contencioso administrativo podrán plantearse pretensiones con el objeto de obtener lo siguiente: (...) 4. Se ordene a la administración pública la realización de una determinada actuación a la que se encuentre obligada por mandato de la ley o en virtud de acto administrativo firme.	Establecida en el Código Procesal Constitucional. Artículo 66.- Objeto: Es objeto del proceso de cumplimiento ordenar que el funcionario o autoridad pública renuente: 1) Dé cumplimiento a una norma legal o ejecute un acto administrativo firme; o 2) Se pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenan emitir una resolución administrativa o dictar un reglamento.
CARACTERES DEL ACTO QUE DEBE SER EJECUTADO	REQUISITOS DE PROCEDENCIA DEL PROCESO DE CUMPLIMIENTO CONSTITUCIONAL
Existencia	Mandato vigente.
-----	Cierto y claro. No estar sujeto a controversia compleja ni a interpretaciones dispares.
Ejecutividad	Ser de ineludible y obligatorio cumplimiento.



Ejecutabilidad	Ser incondicional, con excepción de los mandatos condicionales, que no requieran de actuación probatoria.
Firmeza	Características adicionales del mandato para la ejecución de actos administrativos: Reconocer un derecho incuestionable del reclamante.
-----	Permitir individualizar al beneficiario.
Intangibilidad	-----

Fuente: *Elaboración propia*

El cuadro de comparación muestra las semejanzas entre estos dos temas, y las diferencias con los espacios en blanco, éstos significan que no tiene un equivalente del otro lado.

1. En principio ambos procesos tienen como objeto el cumplimiento de un deber omitido por la Administración, derivado de una obligación impuesta por una norma legal o un acto administrativo. En consecuencia ambos se enfrentan a la inactividad de la administración, que debe ser definida según Gómez Puente, “a partir de la constatación de una omisión por la Administración de cualquier actividad, jurídica o materia, legalmente debida y materialmente posible” (Gómez, 2012, p.75).

2. La primera cualidad del acto que debe ser ejecutado, es la existencia, entendida como un acto administrativo que debe ser expreso. En el caso específico de actos declarativos de derecho e independientemente incluso de la característica de firmeza, una vez emitidos por la Administración, se constituyen en “título ejecutorio” (García de Enterría y Fernández, 2006, p.1000). Esto permite afirmar, que la sola existencia del acto debe permitir al administrado interponer una demanda, para que la Administración cumpla lo que en ésta se dispone. Por otro lado, en relación con la exigencia de que el mandato sea vigente, encontramos que ésta referido principalmente a la pretensión de cumplimiento de una norma legal, y que, para el caso del acto administrativo, se trata precisamente de su existencia.



3. Respecto de lo requisitos exigidos por el proceso de cumplimiento constitucional referidos al de ser un mandato cierto y claro; y no estar sujeto a controversia compleja ni a interpretaciones dispares; no se encuentra equivalencia con los del Proceso contencioso-administrativo. Consideramos que ambos requisitos son irrazonables, pues se pretende restringir el derecho a la tutela judicial efectiva de los administrados, haciendo una apreciación de la legalidad de un acto administrativo mediante un proceso que no corresponde, pues, como veremos, esto es contrario a los principios que rigen el derecho administrativo, tales como el de legalidad material, seguridad jurídica, irrevocabilidad de actos favorables, entre otros. Además, porque el principio de separación de poderes exige al Juez garantizar el equilibrio de los poderes, lo contrario, significaría que el Juez pretende administrar, al querer cuestionar una decisión de la Administración, ya que, si esta última considera que el acto que emitió debe ser declarado nulo, tiene a su disposición los mecanismos correspondientes.

Continuando con lo anterior, encontramos que en la doctrina existen también cuestionamientos al respecto, ese es el caso de Gerardo Eto, quien ha dado a conocer su postura respecto al tema y señala que, estos requisitos han sido objeto de una «indebida aplicación judicial»(2014, p. 323), por ello da cuenta de que, junto con otros magistrados ha planteado el fijar nuevas reglas jurisprudenciales mediante otro precedente vinculante, con el cual sería posible complementar los anteriores requisitos. Asimismo, muestra datos estadísticos que reflejan las restricciones en el acceso al proceso constitucional de cumplimiento. Pues, a partir de la emisión del precedente vinculante que fija estos requisitos, esto es el año 2006 en adelante, se han incrementado desproporcionalmente los casos que son declarados improcedentes, y por tanto se han reducido también enormemente las sentencias fundadas. Esto denota a nuestro parecer una interpretación



errada del precedente y una limitación del acceso a la jurisdicción, componente del derecho a la tutela judicial efectiva.

4. Lo mismo sucede con el requisito de individualización del beneficiario, que también ha mostrado dificultades en su aplicación; al considerarse que debe existir solo un sujeto titular de una relación jurídico-administrativa. Dicha apreciación no toma en cuenta la posibilidad de que se emitan actos administrativos cuyos efectos se dirijan a un grupo de personas con características similares, en este punto concordamos con lo señalado por Sosa (2009), pues, “debe entenderse que el mandato del acto administrativo debe tener *efectos individualizados o individualizables*, comprendiendo así a los posibles demandantes del proceso de cumplimiento”(2009, p. 294).

5. Otro problema que se aprecia en la aplicación inadecuada del precedente vinculante “Villanueva Valverde”, es que no solo ha restringido el acceso al proceso constitucional, sino que, su aplicación se ha extendido y con consecuencias mucho más graves, a nuestro parecer, al proceso de cumplimiento contencioso-administrativo. Proceso que se constituyen en una garantía del ciudadano, y cuyo fin es equilibrar esa relación que vincula una posición desigual entre la administración y el administrado. Inadecuada porque consideramos que no son aplicables en el proceso contencioso-administrativo, los requisitos establecidos por el Tribunal Constitucional, en merito a las características especiales del Derecho Administrativo distinto al constitucional.

4.3 LOS MECANISMOS DE CONTROL DE VALIDEZ DE ACTOS ADMINISTRATIVOS FACULTADOS A LA ADMINISTRACIÓN, EN VÍA ADMINISTRATIVA Y JUDICIAL

En general el control de la actividad administrativa es una exigencia del propio Estado Constitucional de Derecho, y forma parte de los fundamentos por los cuales ha surgido el Derecho Administrativo. Las potestades otorgadas a la administración le



permiten innovar el ordenamiento jurídico a través de su potestad reglamentaria e interpretar el ordenamiento jurídico administrativo a través de su potestad de autotutela declarativa, emitiendo actos administrativos.

Toda su actividad debe vincularse de manera positiva a la Ley y a la constitución, por ello se presume que la interpretación que realiza de las normas de Derecho Administrativo se ajusta a la Ley y la Constitución, y que por tanto sus actos son válidos. Sin embargo, el órgano superior del que dicto el acto puede revisar la validez cuando considere que vulnera el ordenamiento jurídico y que además causa grave perjuicio al interés público. Facultad ejercida en merito a la potestad de autotutela que posee la Administración, la que le permite cambiar el sentido de un acto administrativo.

Nuestro ordenamiento jurídico, a diferencia de otros países donde la facultad de revisión de oficio de actos nulos de pleno Derecho es imprescriptible, ha establecido plazos, vencidos los cuales se extingue su potestad.

4.3.1 Nulidad de oficio

La nulidad de oficio, constituye una de las potestades más importantes de la Administración Pública, implica que esta última pueda declarar la nulidad de sus propios actos, cuando adolezcan de vicios de nulidad y agravien el interés público, esta potestad está consagrada en el artículo 202° de la LPAG, en el Título que regula la revisión de los actos en sede administrativa, que se puede promover ya sea de oficio por decisión de la propia Administración o mediante recursos administrativos interpuestos por quienes se consideran perjudicados por una decisión administrativa.

La nulidad de oficio constituye uno de los tres mecanismos de revisión de oficio previstos por la LPAG, “tiene efectos declarativos y retroactivos, puesto que establece la invalidez del acto en cuestión desde el momento en que este ha sido emitido”. Por otro lado, el acto anulatorio “genera por sí mismo el agotamiento de la vía administrativa,



permitiendo al administrado el ejercicio de su derecho de acción a través del proceso contencioso administrativo” (Guzmán, 2013, p. 593).

La facultad de declarar la nulidad de oficio puede o no ejercerse por la Administración, pues no se encuentra obligada a declarar la nulidad, sino que debería hacerlo siempre que se encuentre ante un acto de su autoría que padezca de vicios que determinen su nulidad de pleno derecho y además perjudique el interés público. A diferencia de gran parte de la legislación comparada, en la cual se establece la atribución como una obligación de la entidad, que permite incluso que opere a solicitud de parte; asimismo, la legislación comparada establece la existencia de órganos consultivos, como el Consejo de Estado en el caso español, cuya intervención es vinculante para darle legalidad a dicha declaración. (Cfr. García de Enterría y Fernández, 2006, p.705).

A. Fundamento

Respecto del fundamento de la potestad anulatoria que el ordenamiento administrativo confiere a la Administración, existen en la doctrina comparada dos posiciones al respecto. Una adoptada por la mayoría de los autores españoles quienes señalan que el fundamento es la autotutela administrativa, es una prerrogativa excepcional, al tratarse de actos nulos de pleno derecho; siendo analizada dentro de los “límites de la autotutela administrativa” (García de Enterría y Fernández, 2006, p.560).

Por su parte los profesores argentinos Comadira y Escola consideran que, la potestad que tiene la administración de anular de oficio sus actos ilegítimos, es uno de los “poderes inherentes a la titularidad administrativa” (sf, p. 97), cuyo fundamento se encuentra “en la necesidad de proveer la satisfacción directa e inmediata del interés público comprometido en la vigencia de la juridicidad” (sf, p. 245)

En doctrina nacional, Guzmán (2013) señala que, la nulidad de oficio de los actos administrativos tiene sustento en primer lugar, en “el interés general”, como único



supuesto habilitante que permite que la autoridad administrativa pueda “invocar su propio error para obtener la invalidez de un acto, supuesto impensable en el ámbito del derecho privado, puesto que pertenece a la llamada doctrina de los actos propios”; al mismo tiempo, reconoce que existe un sector de la doctrina fundamenta la nulidad de oficio también en la autotutela. (p.593-594).

El mismo autor agrega, que, “la nulidad de oficio es también un mecanismo de control de la Administración, que permite que esta última emplee mecanismos para controlarse a su interior”, pero, en nuestro ordenamiento opera solo de oficio, a diferencia de la legislación comparada que permite al administrado solicitarlo. El autor considera que, si se permitiera esta última opción, “resultaría ser un esquema alternativo al de los recursos, si es que estos no fueron utilizados debidamente” (2013, p. 594).

Por su parte Danós, considera que, si bien, los administrados pueden plantear la nulidad de los actos administrativos que les afecten, solo lo pueden hacer mediante los recursos administrativos previstos en la ley. De otro lado, el pedido formulado por un particular para que la Administración ejercite la potestad de declarar la nulidad de oficio de sus actos, “sólo puede merecer el trato de una comunicación o denuncia formulada a título de colaboración con la entidad para que tome conocimiento del posible vicio que aqueja a uno de sus actos” (2016, p. 34).

B. Requisitos

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



De acuerdo con lo establecido por el artículo 202 y demás artículos concordantes de la LPAG, los requisitos son los siguiente:

- *Causas de nulidad de pleno derecho:* La nulidad de oficio sólo procede respecto de actos que padecen de vicios de nulidad de pleno derecho por las causales del artículo 10° de la LPAG. En el caso de los actos que padecen de vicios leves y/o no trascendentes, la Administración debe proceder de oficio a su subsanación, en aplicación de las reglas de conservación establecidas por el artículo 14° de la LPAG. Esta potestad puede actuarse sólo “cuando medien razones de estricta legalidad” que obliguen a la Administración al control de sus propias actuaciones para invalidar aquellas que contengan “graves vicios de invalidez absoluta y radical contrarios al ordenamiento jurídico” (Danós, 2016, p.35).
- *Agravio al interés general:* De acuerdo al artículo 202.1, no basta que los actos administrativos objeto de la potestad de nulidad de oficio adolezcan de vicios graves que determinen su nulidad absoluta, estos deben agraviar además el interés público, ello trasciende el ámbito propio de los intereses de los particulares destinatarios del acto viciado pues se exige que la Administración determine, previa evaluación, el perjuicio que causa el acto administrativo en los intereses públicos que le compete tutelar.

Para Guzmán (2013), la consideración de este requisito genera los siguientes problemas: En primer lugar, el interés público es un concepto de difícil determinación, asimilada por la doctrina y legislación comparada con pérdidas de naturaleza patrimonial. Además, su determinación es potestad discrecional de la propia Administración, pero “la indicación de la misma pretende evitar que la entidad emplee su potestad de declarar la nulidad de sus actos afectando el interés o los derechos de los administrados”. (p. 593)

Para Rodríguez-Arana, el interés público, es un concepto jurídico indeterminado, pues, varía de contenido y extensión según el contexto en que se encuentre o vaya a ser utilizado; por lo que, ha sido considerado como un concepto abstracto, lo que no quiere



decir, “que no exista un conjunto de características, que constituyan la naturaleza propia del interés general” (2012, p. 151).

Al ser uno de los fines del Estado, el interés público “es simultáneamente un principio político de la organización estatal y un concepto jurídico”. En el primer caso “informa todas las decisiones gubernamentales; en tanto que en el segundo actúa como una idea que permite determinar en qué circunstancias el Estado debe prohibir, limitar, coactar, autorizar, permitir o anular algo” (sentencia tc exp. N.º 0090-2004-AA/TC). Por ello, se afirma que, “el interés general es causa y fin del Derecho Administrativo. Y también, es el principal límite” (Rodríguez-Arana, 2012, p. 53).

El interés general, está contemplado, para el Derecho Administrativo, en los principios del Estado de Derecho. Procedimentalmente, el interés general “ha de ser satisfecho por la Administración a través de normas, poderes y actuaciones que operan en el marco del principio de juridicidad, de la separación de los poderes, y del reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona” (Rodríguez-Arana, 2012, p. 37).

C. Prescripción de la facultad de declarar la nulidad de oficio

De acuerdo con el artículo 212.3º de la LPAG, la facultad para declarar la nulidad de oficio de los actos administrativos prescribe a los dos años, contado a partir de la fecha en que hayan quedado consentidos. El plazo de prescripción “permite proteger los derechos de los administrados y establecer criterios mínimos de seguridad jurídica, máxime si no existe mayor limitación que el requisito de doble lesión” (Guzmán, 2013, p.595).

El artículo mencionado, agrega que, el plazo se cuenta desde la fecha en que el acto haya sido consentido, haya quedado firme, que ha decir del artículo 212º de la LPAG se produce una vez vencidos los plazos legales para que los interesados puedan interponer recursos administrativos. A diferencia de otros ordenamientos administrativos se han



establecido que esta potestad, puede ejercerse en cualquier momento, cuando se trate de actos administrativos viciados de nulidad absoluta y que por ende no pueden convalidarse por el simple transcurso del tiempo o la falta de impugnación oportuna por los interesados.

Para Danós (2016), en el ordenamiento administrativo peruano:

“El legislador ha procurado armonizar la obligación de la Administración de cautelar de oficio la legalidad de sus propios actos con las exigencias que la protección de la seguridad jurídica impone al actuar de la Administración en un Estado de Derecho y como resultado de la armonización de dichos intereses contrapuestos (legalidad versus seguridad) ha establecido límites temporales precisos en el plazo para ejercer la potestad de invalidar de oficio sus propios actos en sede administrativa o mediante el recurso a la vía judicial, a cuyo vencimiento el acto en cuestión adquiere firmeza” (p. 37 y 38).

Si bien, cumplido el plazo de dos años, la Administración pierde la potestad de declarar la nulidad de oficio de sus propios actos en sede administrativa, de acuerdo con el artículo 202.4 de la LPAG no pierde la facultad de promover ante el Poder Judicial la revisión de sus actos mediante el proceso de lesividad. De este modo, “en garantía de la imparcialidad y objetividad” le permite solo recurrir en el plazo de tres años adicionales ante el Poder Judicial para que “sea otro poder del Estado, es decir un tercero imparcial, el que verifique la legalidad de los actos emitidos por la Administración promotora del proceso contencioso administrativo” (Danós, 2016, p. 41).

De otro lado, según ha establecido el inciso d) del artículo 218.2 de la LPAG, las resoluciones de la Administración Pública que declaren de oficio la nulidad de sus propios actos agotan la vía administrativa, por tanto, no pueden ser objeto de impugnación por los interesados en sede administrativa, los que podrán cuestionarlos únicamente ante el Poder Judicial a través del proceso contencioso administrativo.

4.3.2 Proceso de lesividad

Mediante el proceso de lesividad la Administración puede recurrir al proceso contencioso administrativo a fin de impugnar el acto nulo, luego de transcurrido el plazo de prescripción para poder hacerlo de oficio. Se observa que, el plazo de tres años que se concede a la Administración es sustancialmente mayor que el concedido a los particulares en la misma situación, el cual de acuerdo con la Ley del Proceso Contencioso Administrativo no excede, en el mejor de los casos, los tres meses.

La ley restringe a la Administración que quiera apartarse de su propio acto, “la puesta en juego a estos efectos de sus facultades de autotutela y la obliga a adoptar el papel, para ella excepcional, de postulante de la tutela judicial” interponiendo el recurso de lesividad, “previa la correspondiente declaración formal de que el acto administrativo es lesivo para el interés público” (García de Enterría y Fernández, 2006, p.708).

A. Fundamentos del proceso de lesividad

Los fundamentos jurídicos existentes para la consagración del proceso de lesividad dentro del contencioso administrativo, según Morón (2015) son los siguientes:

- a. **Pervivencia de la tutela administrativa de la legalidad y del interés público, pero limitando la autotutela:** En principio, la Administración posee potestad invalidatoria en base a su privilegio de autotutela; por su parte, la búsqueda de la anulación judicial no es una potestad discrecional de la Administración, sino que constituye un verdadero deber de la autoridad por adecuar sus actos a la legalidad.
- b. **Exigencia de convicción en la autoridad para perseguir la anulación de un acto:** El proceso de lesividad al ser uno sucesivo, que surge cuando a la Administración se le han vencido los plazos para decidir por sí misma la nulidad de la actuación; “su existencia amerita no solo que la Administración pretenda prolongar el debate sobre la legalidad de una actuación más allá de la sede administrativa”, sino que sea promovido



únicamente cuando “tenga la convicción plena y evidenciable ante el tercero imparcial que se encuentra ante un caso lesivo a sus intereses” (Morón, 2015, p.229). Por este fundamento, se exige a la Administración un pronunciamiento de lesividad, donde se fijen los extremos del agravio y se dé a conocer las razones por las cuales se pretenderá la anulación.

c. **Garantizar el debido proceso del administrado favorecido con el acto:** El proceso de lesividad, de otro lado, se fundamenta en la voluntad legislativa de evitar que la Administración se irrogue de modo ilimitado la verificación unilateral de la legitimidad de un acto dictado por ella misma y cuyos efectos ya se han incorporado al patrimonio del administrado. Por ello su regulación, “pretende resguardar a los administrados de avasallamientos administrativos, premuniéndole un escenario en el cual le sea más factible ejercer su derecho de defensa” (Morón, 2015, p.229).

Al respecto Guzmán considera que, este proceso resulta ser una de las facultades más polémicas de la Administración Pública, pues “le permite solicitar al Poder Judicial la nulidad de sus propios actos, amparándose en su propia torpeza y sustentando su petitorio en una actuación ilegal o defectuosa del órgano que emitió el acto” (2013, p.595). Por ello, la presente investigación plantea el uso adecuado de este proceso, para cuestionar la legalidad de un acto administrativo. El análisis de legalidad no corresponde hacerse en un proceso de cumplimiento, ello implicaría agregar más privilegios a la Administración en perjuicio del Administrado.

B. Declaración de Lesividad

La interposición de la demanda de lesividad precisa “la emisión de un acto administrativo habilitante”, que fundamente la afectación del interés general que se ha generado con la emisión del acto, así como el vicio que contiene. Esta consideración surge del artículo 11° de la LPCA, donde, además se establece que la resolución cuestionada



debe declarar derechos subjetivos, lo cual, en palabras de Guzmán “configuraría una limitación al empleo del proceso de lesividad” (2013, p. 597). Considera además que dicho acto habilitante, pueda ser impugnado mediante los recursos administrativos pertinentes, puesto que el mismo estaría afectando intereses de los administrados.

Por su parte, Santy señala que, es un acto administrativo “dotado de una eficacia puramente procesal y que se dicta con la única finalidad de permitir la impugnación de un acto administrativo anulable y favorable para el interesado” ante la jurisdicción contencioso-administrativa.(2015, p.X-2).

Respecto del órgano que debe emitir la declaración de lesividad, en base a lo regulado para la declaración de nulidad de oficio; “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” (Morón, 2015, p.235).

Sin embargo, destaca Dromi, que 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” (2009, p. 835). De modo que, sin esta declaración previa de la Administración, la demanda sería declarada improcedente, de acuerdo con lo señalado, por la LPCA en su artículo 23°, al tratarse de una causal de Improcedencia de la demanda.

C. El proceso Contencioso Administrativo de Lesividad

La Ley ha determinado que únicamente posee legitimación para demandar ante el Poder Judicial la nulidad de un acto administrativo, la entidad pública autora del acto, al ser titular de un interés derivado del ordenamiento y que considera infringido por el acto



lesivo. De este modo, se confía a la Administración los intereses públicos o derechos lesionados. (Morón, 2015).

La legitimidad pasiva recaerá en la persona natural o jurídica, a quien afectará la pretensión de nulidad del acto administrativo. La LPCA en su artículo 15° establece que el sujeto pasivo es el particular titular de los derechos declarados por el acto cuya nulidad pretende la entidad administrativa que lo expidió. Que, en opinión de Guzmán “limita la demanda a aquellos actos que declaran derechos subjetivos a favor del administrado, sin tomar en cuenta otros actos administrativos, en especial, aquellos que generan más bien gravámenes o cargas y cuya nulidad podría favorecer a los administrados” (2013, p.596).

La demanda debe interponerse dentro de los tres años desde que prescribió la potestad para que la administración declare la nulidad de oficio, vencido este plazo, será improcedente; de otro lado, si el plazo de dos años para declarar la nulidad de oficio no ha vencido tampoco será procedente, así lo ha establecido la LPCA en el segundo párrafo del artículo 13°.

Si la sentencia desestima la pretensión de la entidad, su efecto se limita a dar firmeza a la relación jurídica a que la misma se refiere. El acto confirmado por el Poder Judicial implica un reconocimiento de su validez y la desestimación de los vicios alegados por la Administración; siendo aplicable el artículo 204° de la LPAG sobre irrevisabilidad de los actos judicialmente confirmados. (Morón,2015).

Por el contrario, tratándose de una sentencia estimatoria de la nulidad pretendida por la administración, la anulación de un acto declarativo de derechos de un particular producirá la extinción de todas las relaciones jurídicas derivadas del mismo; se aplicarán a estas sentencias, las características de efecto declarativo retroactivo de la nulidad prevista en el artículo 12° de la LPAG. (Morón,2015).

4.3.3 La nulidad de oficio y el proceso de lesividad, como mecanismos legales para evitar el cumplimiento de actos administrativos considerados ilegales.

El acto administrativo producido a través del procedimiento administrativo correspondiente, una vez emitido se presume válido. Por tanto, según nuestra legislación es eficaz desde el momento de su notificación; sin embargo, puede contener un vicio que determine su nulidad; la consideración respecto de ilegalidad del acto puede hacerlo tanto el administrado como la Administración. Para ello, el ordenamiento jurídico ha dispuesto los mecanismos correspondientes que permitan la impugnación o en su caso la revisión del acto administrativo. De esta manera, si el particular considera que el acto es ilegal debe impugnarlo mediante los recursos impugnatorios o, si corresponde recurrir directamente a la vía judicial; lo mismo debería suceder con la Administración, pues, debe hacer ejercicio de las facultades que le confiere la ley.

Sin embargo, las entidades administrativas en nuestro país no hacen uso adecuado de estos mecanismos para impedir una sentencia que ordene el cumplimiento de un acto administrativo, la misma que podría contener un vicio grave que afecte el interés público. Ya que, como vimos, en los procesos de cumplimiento contencioso-administrativo, son actos favorables de los que se pretende su cumplimiento. Por tanto, es mediante el procedimiento de nulidad de oficio o el proceso de lesividad que deben ser cuestionados, garantizándose los derechos y los principios que tutelan a ambas partes.

4.4 EL PROCESO DE CUMPLIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SU OBJETO Y LA IMPOSIBILIDAD DE LA REVISION DE VALIDEZ DE UN ACTO ADMINISTRATIVO FIRME

La determinación del objeto del proceso de cumplimiento contencioso-administrativo permitirá establecer las razones de la imposibilidad de revisión de validez

de un acto administrativo, dentro de un proceso urgente cuya pretensión es el cumplimiento de un acto administrativo.

CUADRO 4: Cuadro del proceso de cumplimiento contencioso administrativo, y los fundamentos de la imposibilidad de la revisión de validez de un acto administrativo firme.

EL PROCESO DE CUMPLIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SU OBJETO Y LA IMPOSIBILIDAD DE LA REVISIÓN DE VALIDEZ DE UN ACTO ADMINISTRATIVO FIRME.			
Naturaleza del proceso de cumplimiento de un acto administrativo firme y su objeto. (OBJETO DEL PROCESO)	Fundamentos de la imposibilidad de revisión de la validez de un acto administrativo firme dentro del proceso de cumplimiento contencioso administrativo.		
<table border="1" style="width: 100%;"> <tr> <td style="text-align: center; vertical-align: middle;">DECLARATIVO (declarar la ilegalidad de la omisión de cumplimiento de acto administrativo)</td> <td style="text-align: center; vertical-align: middle;">DE CONDENA (condenar a la Administración al pleno cumplimiento de la obligación contenida en el acto administrativo)</td> </tr> </table>	DECLARATIVO (declarar la ilegalidad de la omisión de cumplimiento de acto administrativo)	DE CONDENA (condenar a la Administración al pleno cumplimiento de la obligación contenida en el acto administrativo)	<p><i>Facultades del juez</i></p>
DECLARATIVO (declarar la ilegalidad de la omisión de cumplimiento de acto administrativo)	DE CONDENA (condenar a la Administración al pleno cumplimiento de la obligación contenida en el acto administrativo)		
3. Causales para declarar improcedente la demanda	<ul style="list-style-type: none"> Ausencia de obligación concreta Falta de requerimiento previo 		
4. Los fundamentos de la defensa de la demandada: la Administración	<ul style="list-style-type: none"> Inexistencia de acto Falta de firmeza Por haber sido ejecutado Incongruencia por solicitar extremos no concedidos por el acto. La imposibilidad física o jurídica para la ejecución. Revisión de oficio y se ha suspendido cautelarmente la eficacia del acto. 		



<p>5. La sentencia fundada y su ejecución</p>	<p>El Numeral 45.1 del artículo 45° del T.U.O de la LPCA establece que: las resoluciones judiciales “deben ser cumplidas por el personal al servicio de la administración pública”, los que están “obligados a realizar todos los actos para la completa ejecución de la resolución judicial”.</p> <p>De forma congruente con la ley, el juez o tribunal tendrá en caso de incumplimiento, la posibilidad de adoptar las medidas necesarias para el pleno cumplimiento de la sentencia.</p>
------------------------------------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Fuente: Elaboración propia

El cuadro n° 4 nos brinda información general del proceso de cumplimiento contencioso-administrativo: en principio la naturaleza, de la cual se desprende el objeto del proceso; de este modo, las facultades del juez se limitan a conocer y juzgar lo establecido por el objeto del proceso, excluyendo cualquier otra controversia que se pretenda incluir en éste. También se ha considerado otros temas como las causales para declarar improcedente la demanda, los fundamentos de oposición de la Administración y por último la sentencia y su ejecución, estos también se delimitan de acuerdo con las facultades del Juez.

4.4.1 Naturaleza del proceso de cumplimiento de un acto administrativo firme y su objeto.

En general, el control de las actuaciones u omisiones de la Administración se divide entre otros, en controles como el político, el interno, o el jurisdiccional del cual estamos tratando; para ello el legislador ha determinado que las actuaciones que se pueden impugnar mediante el proceso contencioso administrativo son las establecidas de manera taxativa en el artículo 4° de la LPCA.

Para el control jurisdiccional de la toda la actuación administrativa, la ley ha regulado dos procesos, uno denominado especial y otro urgente, este último tiene características

propias que la configuran como un proceso expeditivo y donde el objeto del proceso debe ser uno que no requiera gran cantidad de actos procesales y que brinde una tutela rápida y urgente como se desprende de su propia denominación.

CUADRO 5: Cuadro general de las actuaciones administrativas impugnables en el ámbito del proceso contencioso-administrativo

Actuaciones Administrativas impugnables en la LPCA	Actuaciones administrativas impugnables amparadas por una presunción de validez.	Actos administrativos y cualquier otra decisión administrativa
		Actuaciones en materia de contratos estatales (numeral 1 del art. 4° LPCA)
		Actuaciones en materia de personal de servicio de la Administración pública (numeral 6 del art. 4° LPCA)
	Actuaciones administrativas impugnables basadas en una patología de la actividad administrativa	Inactividad formal e inactividad material de la Administración Pública (numeral 2 del art. 4° LPCA)
		Vías de hecho administrativas (numerales 3 y 4 del art. 4° LPCA)
		¿Responsabilidad patrimonial de la Adm. Publica? (art. 26 LPCA)

Fuente: Ramón Huapaya Tapia, 2006, p. 516

El numeral 4 del artículo 5° del TUO de la LPCA, habilita un proceso frente a la inactividad en el cumplimiento de los actos administrativos firmes: el procedimiento urgente regulado en el artículo 25° del TUO de la LPCA.

Para establecer la naturaleza de este proceso, debemos tener en cuenta primero los procesos contenciosos administrativos en general, donde las principales pretensiones requerirán de cognición, en el que concurren a la vez una tutela declarativa y de condena. De este modo, “lo normal es que la acción que se ejercite sea, a la vez, declarativa y de condena, con una cláusula abierta para esta última” (García de Enterría y Fernández,



2006, p.1580), en el caso del cumplimiento será necesario que el juez ordene la realización de todas las medidas necesaria para el total cumplimiento de la acción omitida.

Las pretensiones como objeto el proceso contencioso administrativo, tradicionalmente son tratadas, de la siguiente manera: primero, respecto de cualquier pretensión la declaración de que una actividad de la Administración es contraria a Derecho; y luego, la condena, por tanto, al reconocimiento o restablecimiento del derecho vulnerado; o en el caso específico del cumplimiento, la condena a la realización de la obligación contenida en un acto administrativo firme.

En cuanto a la pretensión de cumplimiento, García de Enterría y Fernández expresan que se trata de una “acción típica de condena” donde se debe de ordenar el cumplimiento por “el título jurídico de que se trate” (2006, p.1580); por su parte Gonzales Pérez y Urossa Maggi, (como se cita en Huapaya, 2015, p. 435) han propuesto distinguir entre dos tipos de procesos de cumplimiento contencioso-administrativo: (i) cuando se trate de pretensiones que tienen por objeto discutir la certeza del título o la calidad de la obligación incumplida por la Administración Pública, debido a que tal certeza no existe, deberá arbitrarse un proceso contencioso-administrativo cognitivo, pero de carácter sumario; y (ii) Cuando se trate de pretensiones en las cuales exista un título cierto y definido (*mandamus*), y que la Administración sea renuente a su cumplimiento, procederá establecer un proceso ejecutivo, donde el particular proceda directamente a ejecutar la obligación incumplida por la Administración.

Así, encontramos en la doctrina una postura mayoritaria al considerar que la naturaleza del proceso de cumplimiento contencioso-administrativo es la de un proceso de condena, afirmación que no es discutida; por cuanto, se trata sin duda de un proceso que busca ordenar el efectivo cumplimiento de una actuación omitida. Sin embargo, si se entiende solo como un proceso de condena, podría excluirse aspectos propios de la



inactividad, que se constituye justamente en la actualidad como un proceso que reconoce la tutela plena.

De otro lado el autor español De Vicente plantea la naturaleza en los siguientes términos: “Es un procedimiento declarativo que presenta ciertas especialidades en razón de su objeto y de la pretensión ejercitada: la inactividad en la ejecución de actos firmes y la condena a la Administración a esa misma ejecución” (De Vicente, 2015, p. 122), descarta además que se trate de un proceso ejecutivo semejante al de la jurisdicción civil, pues, hay aspectos propios del Derecho Administrativo que deben ser tratados por el Juez contencioso-administrativo.

De lo señalado, nos adherimos a lo planteado en sede nacional por Huapaya, quien realiza un análisis a partir de las diferencias encontradas con el proceso de cumplimiento constitucional, pues, a través de precedente Villanueva Valverde el Tribunal Constitucional indica que éste es un proceso ejecutivo. De otro lado, de acuerdo con las características propias del contencioso-administrativo, el autor considera a este último como uno “declarativo y de condena, expresión de una tutela cognitiva”, donde se declara la existencia de una omisión, y luego se condena a la Administración al cumplimiento del deber legal omitido. (Huapaya, 2015, p. 459).

Por su parte, De Vicente (2015), deduce que, la posición del proceso estrictamente ejecutivo podría funcionar ante actos sencillos, claros y precisos, tales como actos expresos de reconocimiento de una deuda contractual. Pero existen otros de mayor dificultad.

Consideramos por nuestra parte que al tratarse de un proceso que versa sobre la inactividad administrativa. Sustentada en la preexistencia de un acto administrativo firme, eficaz y por tanto ejecutable; por el que la Administración ha decidido autovincularse, cuyo objeto del proceso es la pretensión. Su naturaleza es la de un proceso declarativo y



de condena; la sentencia por tanto debe ordenar el cumplimiento del acto administrativo en congruencia con lo solicitado por el demandante. Esto excluye el conocimiento de cualquier otra pretensión de contenido declarativo que no sea relacionado con el cumplimiento del acto administrativo objeto de ejecución. Se trata de una acción principalmente de condena, así es calificado por García de Enterría y Fernández, Gómez, De Vicente y en sede nacional por Huapaya, pero esto no excluye el carácter cognitivo, esto es, que se trata también de una acción declarativa, esta última será siempre respecto del cumplimiento.

La razón por la cual el legislador ha regulado el cumplimiento mediante el proceso urgente ha sido el estar ante un supuesto necesitado de una pronta respuesta judicial como consecuencia de la existencia de un acto administrativo previo que reconoce una prestación. Por tanto, la oposición de la Administración al recurso es limitada. Y la sentencia declara la ilegalidad de la omisión y la condena a la realización de lo dispuesto en el acto, sin que sea posible cuestionar la legalidad de su contenido.

4.4.2 Facultades del juez y los fundamentos de la imposibilidad de revisión de la validez de un acto administrativo firme dentro del proceso de cumplimiento contencioso administrativo.

En concordancia con los demás procesos Contenciosos-administrativos donde el juez primero juzga la ilegalidad de una actuación administrativa, y luego según sea la pretensión de la parte demandante: reconoce un derecho, restablece un derecho vulnerado y ordena un dar, hacer o no hacer a la administración.

Las facultades del juez serán, en el proceso específico de cumplimiento. Primero, declarar la ilegalidad de la omisión de un acto administrativo cuya ejecución, al provenir de un deber legal, era de obligatorio cumplimiento. En estos casos se toma en cuenta la renuencia de la Administración, quien incluso con el requerimiento previo presentado por

el administrado, se ha mostrado renuente a la materialización del derecho que ella misma ha declarado. En segundo lugar, corresponde condenar a la administración, en concordancia con la prestación a la que se haya obligado. Puede ser una condena de dar, donde son muy frecuentes los reconocimientos de sumas de dinero a los administrados; asimismo, la obligación puede ser una de hacer o simplemente de no hacer.

El carácter declarativo del proceso implica una cognición plena en cuanto a su objeto, y su objeto es la inactividad; de modo que, establecido el objeto de control, se infiere que éste no alcanza a pronunciamiento alguno sobre otras cuestiones, como la legalidad del acto administrativo. Fundamentamos esta posición en base a tres condiciones que se constituyen en los parámetros a tomar en cuenta por el juez, al momento de enjuiciar la exigibilidad o no, del cumplimiento de un acto administrativo firme omitido ilegalmente, excluyendo cualquier otra cuestión distinta del objeto. Los desarrollaremos a continuación:

a. La intangibilidad del acto firme, cualidad del acto administrativo ilegalmente omitido que restringe la revisión de la validez:

La intangibilidad es una cualidad “esencial y omnipresente” en la institución de la inactividad ejecutiva, define claramente la nueva vía de tutela judicial. Con ella se quiere indicar que se juzga la inactividad, no el acto en sí, que debe quedar «intangibile», al margen del control judicial que se ejerce en esta vía. El control se extiende sólo a la inactividad en su ejecución, que es el objeto del recurso. (De Vicente, 2015, P. 131).

Los efectos de esta intangibilidad del acto repercuten en el proceso. Las partes deben adecuar a esta característica esencial del recurso, su defensa y oposición. No deben defender la legalidad del acto ni su ilegalidad pues no es esta la cuestión controvertida. Como señala García de Enterría y Fernández (2006), el acto firme puede ser considerado como un «título ejecutivo», para cuya ejecución no se necesitaría la intermediación de un



proceso declarativo, sino directamente un auténtico proceso ejecutivo para ordenar a la Administración la ejecución del acto. Pero también lo es, que se trata de “un título ejecutivo poco homogeneizable en los supuestos que comprende, no limitados por la materia de que tratan ni por sus determinaciones que pueden ser de muy distinta naturaleza y alcance” (De Vicente, 2015, P. 131). Son estas y no otras las cuestiones que deben de verificarse en el proceso.

A la pregunta de si el juez puede desarrollar en la sentencia razonamientos relacionados con la legalidad del acto cuya ejecución se solicita. De Vicente (2015) considera que no, por innecesario. De otro lado, el autor ha constatado que, con alguna frecuencia las sentencias se explayan con explicaciones próximas a la legalidad del acto, o, incluso, dentro de ella. Ante ello, sostiene que, estos razonamientos, no deben tener la finalidad de juzgar el acto; sino que debieran moverse, en un plano meramente auxiliar y en ningún caso pueden servir para emitir un juicio que trascienda al fallo, con riesgo de incongruencia y de desnaturalizar el proceso.

Agrega el autor que, el razonamiento sobre la legalidad puede servir para dar más cuerpo argumental a la sentencia, evitando que parezca quedar en una lógica un tanto abstracta: constatar la inactividad y condenar a la ejecución del acto. De este modo, nada impide que pueda extenderse mediante *obiter dicta*, cuidando no traspasar las líneas que marcan el discurrir de su control: la existencia del acto y su inmodificabilidad, su ejecutividad y la ejecutabilidad, la firmeza, y la inactividad en el cumplimiento. En resumen, la motivación debe ir orientada siempre a dictar una sentencia sobre el objeto del proceso, que no es ninguna pretensión sobre el acto en sí, sino sobre su ejecución; esto es, si se ha llevado o no a efecto, total o parcialmente; en definitiva, si el acto se ha cumplido o ha habido inactividad.



b. Los principios del derecho administrativo referidos a la irrevisabilidad del acto administrativo favorable al administrado.

Los principales principios que deben guiar la actuación del juez en el proceso de cumplimiento contencioso administrativo son los del derecho administrativo, estos son: i) la legalidad: en su faceta ejecutiva pues como bien los ha señalado Gómez (2011), de poco sirve un acto administrativo que dice reconocer un derecho, si no se cumple; ii) la seguridad jurídica: por la que se debe garantizar como propone Ávila (2012) la cognoscibilidad, confiabilidad y calculabilidad al administrado, para que en base a una situación jurídica reconocida expresamente mediante un acto administrativo, pueda exigir el cumplimiento de las consecuencias jurídicas a quien esté obligado, en este caso la Administración; iii) la economía procesal: que evitará detenerse en la fundamentación de cuestiones irrelevantes para el proceso, asimismo la repetición innecesaria del proceso cuando es declarado improcedente, debido a que en un anterior proceso, se decidió no ordenar el cumplimiento; pero en base a la presunción de validez el acto continua siendo eficaz, por lo que, el demandante puede continuar solicitando su cumplimiento.

Asimismo; iv) La propia torpeza no puede ser alegada: se debe considerar que ha sido la misma Administración la que ha decidido autovincularse, mediante la emisión de un acto administrativo; de modo que debe ser ella quien declare o pretenda en vía judicial la nulidad del acto que considera ilegal, mediante los medios que le provee la Ley. No es facultad del juez sustituirse en esa tarea; v) Conservación de actos: por el que se prefiere no invalidar actos que pueden ser subsanados, por ende la calificación de la presunta ilegalidad del acto no considera a aquellos que incluso conteniendo un vicio pueden ser conservados, al no ser el proceso de cumplimiento, el que debe resolver esa cuestión; vi) Irrevocabilidad de los actos favorables: en concordancia con el anterior principio, en el derecho administrativo se protege la estabilidad de los actos favorables, por tanto, si se



pretende su nulidad debe hacerse respetando rigurosamente las garantías y los procedimientos establecidos con ese fin.

De la misma manera, vii) La protección de la confianza: el acto administrativo que no ha sido cuestionado por la Administración, junto a otros parámetros (cfr. Ávila, 2012) por los cuales se protege la confianza legítima, ha generado en el administrado la convicción de que se trata de un acto válido y que por tanto debe ser cumplido; y, viii) tutela jurisdiccional efectiva: que garantiza la tutela plena, es decir un control sobre la omisión ilegal de la Administración que se constituye en la cuestión de fondo del proceso, en consecuencia la sentencia se debe de pronunciar de manera que brinde plena satisfacción a la pretensión del administrado.

c. Los mecanismos legales que tiene la administración para cuestionar la legalidad del acto administrativo que es objeto de cumplimiento en el proceso.

Discutir la legalidad en este proceso implicaría invadir el ámbito de otras pretensiones que pudieron ejercitarse en su momento. Y supondría también incurrir en una contradicción insalvable: enjuiciar un acto firme que por su propia naturaleza no es susceptible de impugnación jurisdiccional, o de una nueva impugnación jurisdiccional si la firmeza que alcanzó lo fue en la vía judicial. Así pues, el ámbito de la cognición judicial está limitado a la comprobación de la actividad u inactividad de la Administración. La Jurisdicción Contencioso-Administrativa, acostumbrada a fiscalizar plenamente el acto, se ha adaptado perfectamente a la nueva modalidad de recurso frente a la inactividad. (De Vicente, 2015, p. 124-125).

Por consiguiente, serán la nulidad de oficio o el proceso de lesividad (ambos fueron tratados con detalle, más arriba) según corresponda, los mecanismos legales por los cuales deberá transcurrir la Administración si en el trámite del proceso de cumplimiento en vía



contencioso-administrativa, considera que el acto debe ser declarado nulo por ser gravemente contrario a la ley y el Derecho y que además causa perjuicio al interés general.

De otro lado, hay quienes consideran que, por la naturaleza del proceso como uno de carácter declarativo, permite ampliar los alcances de la cognición judicial. Es así que, para Descalzo González y otros, el proceso de cumplimiento es uno declarativo en el que “se construye el título ejecutivo que es la sentencia”(2012, p. 457), por lo que, las facultades del juzgador no estarían condicionadas por el contenido de los actos que deben ejecutarse, y en ellas se incluyen las relativas a “analizar la legalidad del acto administrativo en cuestión y de su consolidación en un título judicial susceptible de ser ejecutado por el procedimiento convencional de ejecución de sentencias”(Descalzo, 2012, p. 458).

Este autor no ha considerado que, en el procedimiento urgente derivado de la pretensión de cumplimiento de la LPCA, la cognición jurisdiccional viene impuesta por la naturaleza misma de la actividad administrativa que constituye el objeto de debate. Pues, acudir a la tutela judicial frente a la inactividad de la Administración, en cuanto es favorable para los intereses de quien demanda, “únicamente puede tener *por objeto un ámbito de discusión ceñido a determinadas cuestiones que dejen intangible el contenido y sentido propio del acto firme*”, ya que carecería de sentido que la Administración pudiera pretender desconocer tales efectos cuando proviene de ella misma la declaración que los reconoce. (De Vicente, 2015, P. 125-126).

Del mismo modo, no se toma en cuenta que, en el proceso de cumplimiento contencioso-administrativo en el que se solicita la ejecución de un “acto firme”(artículo 192° de la LPAG), el órgano judicial sólo puede valorar los aspectos formales o externos propios de la ejecutividad del acto administrativo, tales como su existencia, la firmeza y su objeto, careciendo así de competencia para conocer del propio contenido material del



acto cuya ejecución se pretende; al respecto, De Vicente detecta que, si fuera posible la revisión de validez, *“se descubriría en este recurso una vía alternativa para una extemporánea revisión o enjuiciamiento del acto, lo que iría en contra de su propia firmeza, que es el presupuesto para demandar su ejecución”*(2015, P. 126).

Entonces, la oposición de la Administración ha de ceñirse a la alegación de que tales actos ya han sido ejecutados o que, aun estando pendientes de ejecución, circunstancias sobrevenidas de orden legal o material hacen imposible dicha ejecución. La sentencia que se dicte no puede ir más allá que imponer la condena a la Administración de que lleve a cabo aquello que ya había declarado y no ha ejecutado. (De Vicente, 2015).

Por los fundamentos señalados, podemos afirmar que, la configuración de esta vía no tiene por objeto discutir la legalidad del acto firme, y sí, por el contrario, hacer efectivo el principio de eficacia administrativa, de forma tal que las consecuencias que se derivan de los actos administrativos no sean privadas de transformar la realidad, cuando precisamente ésta ha sido la causa de su existencia y la justificación del ejercicio de las potestades administrativas.

En suma, el examen de todas las cuestiones que el juez tiene que examinar *“encuentra mejor acogida en las posibilidades de cognición del procedimiento declarativo”*, por más que deba realizarse dentro de ciertos límites; y, por lo tanto, debe hacerse con mayor alcance y profundidad en la motivación de las sentencias.(De Vicente, 2015, p. 132).

Sobrepasar los límites de las facultades jurisdiccionales, en el trámite del proceso, significaría acoger la posibilidad de *“una vuelta atrás”*, lo que *“produciría perjuicio al funcionamiento de las instituciones legales”* (De Vicente, 2015, p. 61), con grave daño de la seguridad jurídica. Si ello sucede, habrá que exigir las debidas responsabilidades a



las personas causantes de la omisión, al no haber empleado los procedimientos de revisión de oficio o en su caso planteado un proceso de lesividad.

Cualquier cuestionamiento a la validez del acto, puede ser realizado, pero siempre mediante los mecanismos procesales dispuestos con ese fin; lo contrario sería reducir las garantías del ciudadano. No se puede “premiar a la Administración negligente con una interpretación contra cives cuando sean los particulares quienes ejerciten sus derechos” (De Vicente, 2015, p. 65). Teniendo en cuenta que es el proceso, la garantía que impide que los derechos de los administrados sean vulnerados, cuando la Administración no atiende de manera eficaz sus funciones.

Respecto de la posibilidad de que durante la tramitación del proceso, la Administración ejerza su potestad de autotutela e inicie la nulidad de oficio o el proceso de lesividad contra el acto por considerarlo ilegal; este hecho debería tener, a nuestro criterio, incidencia cuando se suspenda mediante una medida cautelar la ejecución del acto, en cuyo caso se estaría frente a un mandato judicial que considera que la ejecución supondrá algún perjuicio de imposible reparación. Esta situación siguiendo lo planteado por De Vicente tendría que ser valorada principalmente por “el recurrente ante el riesgo que puede suponer obtener una sentencia de condena a ejecutar un acto si prospera luego la acción revisora y se plantea alguna causa impeditiva de la ejecución de sentencia” (2015, p.68). De modo que, si la Administración reacciona adecuadamente podría solicitar la suspensión del proceso mientras se resuelve la nulidad planteada, de lo contrario estaría aceptando la legalidad del acto al no cuestionarla.

Asimismo, deducimos que es irrazonable que habiéndose solicitado expresamente a la Administración el cumplimiento de su obligación a través del requerimiento previo no advierta siquiera que la permanencia en la inactividad supondrá un posterior proceso jurisdiccional en el que probablemente sea condenada. Esta situación debería servir para



que la Administración, actúe y realice los actos necesarios para cumplir con el contenido del acto firme sin necesidad de involucrarse en un proceso; o en todo caso revisar de oficio o iniciar un proceso de lesividad si considera que el acto es ilegal y está dentro del plazo para cuestionarlo.

Otro tema distinto pero vinculado a la cuestión de la naturaleza del proceso, es la carga judicial en los juzgados, lo que obliga a la prolongación de los procesos. Por ello es necesario un proceso declarativo, si bien de carácter más sumario que el especial, pero donde la omisión y la obligación de cumplimiento estén claros. Para que no suceda lo que ahora, es decir declarar improcedente la demanda, que será nuevamente planteada pues el acto administrativo no ha sido declarado nulo y por tanto continúa siendo protegido por la presunción de validez.

Por último, consideramos que los avances ya producidos en materia del control de la inactividad administrativa, no deben restringirse; más aún cuando, la responsabilidad principal en el incumplimiento es de la Administración, la cual, pudiendo y debiendo haber realizado la apreciación jurídica de los hechos dictando la resolución correspondiente, no lo ha hecho; y, ya en sede judicial, no puede hacerla el juez, porque le impide el carácter de esta acción procesal, dirigida a determinar exclusivamente si ha habido o no inactividad.

4.4.3 Causas para declarar improcedente la demanda

Debemos distinguir entre las causas que están vinculadas al fondo del asunto y las que pueden considerarse como requisitos externos al acto.

a. La ausencia de obligación concreta

Como ocurre en otros procesos jurisdiccionales, también en el contencioso-administrativo se han establecido causas de improcedencia que implican un pronunciamiento sobre el fondo; pero en este proceso en específico se tendrá que actuar



con mucha cautela, para no cometer algún error en una decisión de tanta trascendencia; ya que, se debe dar prioridad a la admisión del proceso, en base a los principios de favorecimiento del proceso y suplencia de oficio, establecidos en el artículo 2° del T.U.O de la LPCA, por lo que su aplicación debe hacerse muy restrictivamente.

La ausencia de obligación concreta de la Administración respecto de los recurrentes se puede apreciar en la calificación de la demanda, concediendo un plazo para que el demandante subsane las observaciones o adjunte de manera correcta los requisitos; pero, si el acto examinado en el trámite de admisión careciera de un contenido vinculante para la Administración y esto se apreciara con toda evidencia, debería de ser declarado improcedente. En cuyo caso la decisión de no admitirla se justifica porque el resultado del proceso no podrá ser favorable al actor.

b. La falta de requerimiento previo

La solicitud previa es un presupuesto procesal, su importancia no puede minimizarse pues si no se observa, causaría la imposibilidad de constituir la relación jurídica procesal como la ley ha preestablecido en el supuesto de inactividad. En ellos el proceso se inicia tras verificar este requisito previo y que la Administración lo ha desatendido, siendo renuente incluso con el pedido concreto de cumplimiento. No obstante, se debe tener en cuenta, el principio de informalismo junto con el principio *pro actione* del acceso a la jurisdicción.

De una interpretación no formalista se puede deducir que, no existe obstáculo procesal para conocer del fondo de la pretensión ejercitada por la demandante, ello se desprende de una adecuada interpretación del derecho a obtener una tutela judicial efectiva, acorde con el principio de economía procesal. (De Vicente, 2015, p. 152). Pero por mucha amplitud que se brinde a la aplicación del principio de informalismo, no da cobertura a los casos en los que no hay rastro alguno de requerimiento previo. Cuya



importancia como requisito preprocesal es incuestionable. No es una mera formalidad. A través de él la Administración queda advertida, que transcurrido el plazo de quince días sin ejecutar el acto, puede ser condenada judicialmente a realizar las obligaciones contenidas en el acto administrativo.

c. Plazo para interponer la demanda luego de presentado el requerimiento previo

El recurso debe presentarse después de transcurrido el plazo de quince días desde la petición de ejecución del acto firme. La naturaleza jurídica específica de esta vía procesal exige que la Administración sea previamente requerida de forma clara respecto de la ejecución que de ella se pretende, para que en caso de que no se lleve a cabo la misma en el plazo previsto, se pueda interponer el recurso contencioso administrativo.

4.4.4 Los fundamentos de la defensa de la demandada: la Administración

En congruencia con el peculiar carácter declarativo del proceso contra la inactividad ejecutiva, la contestación a la demanda tiene, como ocurre en los procesos de naturaleza auténticamente ejecutiva, una oposición limitada, sin incidir en la legalidad del acto. Como ya se dijo, el principio de intangibilidad del acto firme es el que impide realizar ese debate, pues en esta vía la plenitud de la cognición se circunscribe a la inactividad, no a la legalidad del acto. (De Vicente, 2015, p. 159).

En el proceso de cumplimiento contencioso-administrativo, afirma De Vicente, no se pueden usar las reglas del proceso civil de ejecución. De modo que, la administración, “no puede formular cualquier alegación sobre la inviabilidad de la ejecución ni menos con base en la discrecionalidad de dicha ejecución”(2015, p. 159).

La oposición limitada de la contestación a la demanda es afirmada en el caso español por los tribunales para los que, la controversia del asunto debe hacerse «orillando cualquier debate sobre la legalidad o no del mismo», es así que en su jurisprudencia, se encuentra afirmaciones como “no es este el momento ni la vía oportuna para oponer



defensas que no estén referidas a la misma eficacia que es propia de los actos administrativos”, eficacia que no puede tener otra consecuencia que la estimación de la pretensión y la condena a la Administración a ejecutar el acto firme de reconocimiento de deuda, tal y como fue solicitado por la actora; porque no cabe oponer cuestiones referidas a la procedencia de la reclamación que la Administración pudo y debió dar respuesta. (De Vicente, 2015, pp. 159 y 160).

Los artículos 5º numeral 4 y 25º, dan cuenta, de la sencillez de las cuestiones que en el proceso deben debatirse, limitadas sustancialmente a verificar la existencia de un acto firme no ejecutado por la administración, lo cual excluye toda discusión sobre la legalidad del acto cuya ejecución se solicita. De otro lado admite, oposición limitada, ya que, podría admitirse hipotéticamente algún otro tipo de oposición, referente a la propia ejecutividad del acto, pero no aperturar un proceso de cognición plena en el que se ponga en duda la validez del acto mismo.

Luego del requerimiento previo, no es posible alegar causas de oposición como la falta de legitimación pasiva. Ello supondría dejar sin efecto un acto administrativo firme sin proceder o haber procedido a algún análisis de legalidad, mediante el procedimiento legalmente establecido. Por ello, no se puede en modo alguno modificar los términos del acto, ya que, el presupuesto objetivo de este proceso no es un acto administrativo, sino la falta de cumplimiento de este.

Las causas de oposición contra una demanda de inactividad administrativa son aquellas que afectan los requisitos dispuestos legalmente para el correcto ejercicio de la acción, tales como: inexistencia de acto, cuando se reclame una actuación material o formal no dispuesta en acto alguno; falta de firmeza, por estar impugnado el acto de forma legal; acto «no ejecutivo» por haber sido ejecutado con anterioridad al proceso, o, si se ejecuta durante el proceso, éste terminaría por pérdida sobrevenida de objeto;



incongruencia, por pedir más de lo que contiene el acto cuya ejecución se pretende; la imposibilidad física o jurídica para la ejecución, causa ésta que de prosperar podría alterar la identidad de la prestación a que le obliga la ejecución, pero no hacerla desaparecer en su totalidad.(De Vicente, 2015, p. 161). Finalmente, si la Administración ha iniciado un procedimiento de revisión de oficio con anterioridad al ejercicio de la acción y ha suspendido cautelarmente la eficacia del acto.

Por el contrario, no es permitido que se plantee la nulidad del acto administrativo, por primera vez, en la contestación a la demanda. La Administración tiene la obligación de ejecutar sus actos firmes y tal obligación persiste mientras dichos actos no desaparezcan del ordenamiento a causa de una decisión administrativa o judicial ejercida a través del procedimiento establecido en la Ley en cada caso. En la vía administrativa los actos firmes pueden anularse por los cauces de revisión de oficio de actos y declaración de lesividad y posterior impugnación jurisdiccional, lo contrario sería pretender sustituir otro proceso ya previsto para esos fines e imponer una carga al administrado.

4.4.5 La sentencia fundada y su ejecución

La sentencia se dirige a ordenar la ejecución del acto cuyo incumplimiento ha motivado la demanda y constituido su objeto propio. Pero es posible que la actuación consista en dictar un acto pues la ejecución del acto puede requerir a su vez dictar otros actos, tanto si están ya previstos en el acto original como si vienen exigidos por la ejecución de aquél. La sentencia puede disponer un plazo para la ejecución del acto.

Un problema que se presenta en las sentencias emitidas en los procesos de cumplimiento es el juicio de interés general donde, “podría haber jueces que por este camino se dedicaran a administrar, a gobernar, en lugar de a juzgar”. Se observa que cuando no se quiere dar cumplimiento a un acto administrativo se “censuran ciertas actuaciones desde la perspectiva del interés público”. En estos casos el poder judicial,



según Rodríguez-Arana deberá “determinar si la actuación administrativa ha sido o no realizada de acuerdo con el concreto interés general que vincula a la Administración” con la norma administrativa que sirve de fundamento. Así, “si se admitiera que el poder judicial tuviera una posición más amplia, entonces podríamos llegar al denominado gobierno de jueces o activismo judicial según doctrinas y países”(2012, p. 157).

De este modo, el Juez deberá actuar dentro de los límites que le impone la norma y principalmente los principios, que, en el caso del proceso de cumplimiento las facultades del juez no alcanzan a verificar la validez del acto administrativo. Si el Juez realiza esta valoración, estaría sustituyendo la labor de la Administración, facultad que le está prohibida por el principio de separación de poderes.

La Ejecución de Sentencia

La sentencia deberá cumplirse, como es obligado para todas las sentencias sean del tipo que sean. En el caso del Proceso de cumplimiento contencioso-administrativo, se establece en el numeral 45.1 del artículo 45° del T.U.O de la LPCA, que las resoluciones judiciales “deben ser cumplidas por el personal al servicio de la administración pública”, los que están “obligados a realizar todos los actos para la completa ejecución de la resolución judicial”.

De forma congruente con la ley, se debe tener en cuenta que, si la sentencia condena a la Administración a realizar una determinada actividad o a dictar un acto, el juez o tribunal tendrá en caso de incumplimiento, la posibilidad de realizar varias actuaciones: ejecutar la sentencia por sus propios medios, o requiriendo la colaboración de las autoridades y agentes de la Administración condenada o, en su defecto, de otras administraciones públicas, con observancia de los procedimientos establecidos.

En caso la Administración no cumpla con la ejecución de la sentencia, se tendrá que recurrir a lo dispuesto por el Código Procesal Civil. La casuística determinará el tipo



de actuaciones de ejecución forzosa de la sentencia. La Administración deberá realizar las actuaciones establecidas en la sentencia, o incoarlas en la forma y términos que se consignen en ella, éstas pueden ser actuaciones formales y/o materiales.

Es la omisión administrativa, la que causa una “situación final de inferioridad ante la petición del ciudadano”. Si la Administración ha dejado pasar el tiempo sin ejecutar voluntariamente su acto y tampoco lo ha hecho ante la reclamación previa, “el tiempo de la legalidad se terminó, dejando paso al tiempo de la seguridad jurídica” (De Vicente, 2015, p. 60), por tanto, el acto beneficiado del principio de validez debe ser cumplido en sus propios términos.

Permitir a la Administración ahorrarse la tramitación del correspondiente procedimiento de revisión de oficio de los actos nulos o la impugnación ante la jurisdicción contencioso administrativa previa declaración de lesividad de los actos favorables, no puede defenderse; por ser abiertamente contrario a la seguridad jurídica e imponer la carga de la prueba de la legalidad del acto al interesado que ha obtenido un acto administrativo del que se presume su legalidad. Acto que vincula y por tanto obliga al cumplimiento por la administración; y al que ninguna razón de peso permite hacer responsable del incumplimiento de sus obligaciones; incurso en el Principio general del Derecho y acogido dentro de los principios del Derecho Administrativo, de que nadie puede beneficiarse de su propia torpeza.

Las actuales sentencias que resuelven los recursos de apelación y que se sustentan en el precedente vinculante del tribunal constitucional que establece los requisitos de procedencia del proceso de cumplimiento, además de causar perjuicio en la seguridad jurídica y en específico la dimensión subjetiva de ésta que es la confianza legítima. Estarían utilizando el derecho como mecanismo para proteger la inactividad de la Administración, produciendo contradicciones; ya que se regula un proceso de tutela plena



contra la inactividad, pero, por otro lado se acogen criterios que desconocen los fundamentos y los principios del Derecho Administrativo; dentro de éste, instituciones como el acto administrativo, el régimen de la invalidez, entre otros; se desconoce asimismo los postulados del Estado Social de Derecho; la naturaleza del proceso contra la inactividad, los fines del proceso contenciosos administrativo en específico la tutela judicial efectiva, entre otros.

Lo cierto es que un administrado que haya obtenido un beneficio, mediante un acto administrativo tiene la posibilidad de acudir a la tutela judicial para exigir su cumplimiento, con la confianza de que, el proceso, en cumplimiento de sus fines garantizara una sentencia favorable por cuanto el acto administrativo no ha sido cuestionado. Por su parte la Administración deberá cumplir con los ordenado por la autoridad jurisdiccional, pues tal como afirma De Vicente, en Derecho, “si aceptamos los presupuestos debemos aceptar las consecuencias o efectos que se deriven de ellos. Esto lo exige la seguridad jurídica y la racionalidad del ordenamiento”(2015, p. 65).

La solución parece no estar en simplemente pedir a la Administración a que ejecute sus actos voluntariamente y prescindir de la vía judicial lo que disminuiría además la carga procesal. La realidad nos muestra que la Administración deja pasar los plazos de cumplimiento voluntario y en su caso incluso los plazos para declarar la nulidad de oficio o plantear un proceso de lesividad, con la consecuencia inmediata de una inexigibilidad de cumplimiento. De modo que, es necesario tener en cuenta los límites que impone el propio proceso contenciosos de cumplimiento, para que dentro de él se realice la revisión de validez de un acto administrativo firme. De manera que, mediante sentencia se ordene a la Administración al cumplimiento de sus obligaciones, disponiendo todos los actos necesarios para la total ejecución de lo establecido por la sentencia.



V. CONCLUSIONES

PRIMERA: OBJETIVO GENERAL

La validez del acto administrativo firme no puede ser revisada por el Juez, ni cuestionada por la Administración dentro del proceso de cumplimiento contencioso administrativo, en razón de la naturaleza del proceso como uno declarativo y de condena; en el que en mérito a la congruencia, el Juez debe delimitar su pronunciamiento respecto de la ilegalidad de la omisión y ordenar a la administración las actuaciones necesarias para el pleno cumplimiento del acto omitido, pudiéndose además establecer el plazo de ejecución y la responsabilidad de quienes sean responsables de la falta de cumplimiento. Esta afirmación, encuentra su fundamento en la adecuada aplicación e importancia que tienen los postulados del Derecho administrativo, las características y la teoría del acto administrativo, los principios del derecho administrativo, el régimen de nulidad de los actos administrativos en específico la nulidad de oficio y el proceso de lesividad como mecanismos de control de validez, facultados a la Administración; y en el proceso en sí mismo, que se constituye en una garantía del administrado. De manera que, se garantice la tutela judicial efectiva y en conjunto se proteja la seguridad jurídica.

OBJETIVOS ESPECIFICOS:

SEGUNDO: La Administración es poseedora de potestades, que le permiten por sí misma establecer situaciones jurídicas, una de ellas es la autotutela declarativa. La misma que le permite también apartarse de sus actos, en caso de que estos infrinjan de manera grave el ordenamiento jurídico. Frente a la posición de superioridad de la Administración, se encuentra el administrado, quien es poseedor por su parte de derechos subjetivos que no pueden ser vulnerados, asimismo se encuentra tutelado por todas las garantías que deben respetarse en el procedimiento administrativo y el proceso judicial. De manera que,



cuando exista controversia debe de recurrirse a los fundamentos del Derecho Administrativo, los principios generales del derecho y específicos del Derecho administrativo; todas estas condiciones permiten que el Administrado se encuentre en una posición de equilibrio frente a las potestades de la Administración.

TERCERO: Los caracteres generales del acto que debe ejecutarse son distintos a los requisitos establecidos para la procedencia del proceso de cumplimiento constitucional, establecidos mediante el precedente vinculante recaído en la sentencia N°00168-2005-PC/TC. Este precedente muestra incongruencias que en la práctica judicial, han generado la desprotección de los administrados que recurren a la vía constitucional. Sin embargo, se advierte que lo pretendido en realidad por el tribunal constitucional, es derivar los procesos a la vía ordinaria del contencioso-administrativo; donde, por otra parte, ha ocurrido un problema que causa mayores perjuicios. Pues, sin mayor argumento se califica la demanda en base a los requisitos de procedencia del proceso de cumplimiento constitucional y alegando la “controversia compleja”, se declara improcedente la demanda. Ello, sin entrar a analizar lo que realmente corresponde en este tipo de procesos y que debe ser resuelto en base al Derecho administrativo y sus principios, de los cuales se derivan las cualidades que debe cumplir un acto administrativo para ser ejecutado. Las cualidades o caracteres del acto administrativo que debe ser ejecutado son la existencia, ejecutividad, ejecutabilidad, firmeza e intangibilidad; de manera que, una vez verificados estos requisitos que son propios del Derecho Administrativo, debe ordenarse el cumplimiento.

CUARTO: En el plano de la realidad existen actos administrativos de los que se pretende su cumplimiento mediante el proceso contencioso administrativo, pero, que pueden ser inválidos. Por tanto, es necesario que sean declarados nulos para que se destruya la presunción de validez y dejen de generar efectos jurídicos. Para ello la Administración



deberá recurrir a los mecanismos legales que la ley ha regulado con este propósito; los cuales son el proceso de nulidad de oficio y el de lesividad. Mediante los cuales la administración debe: en el primer caso revisar de oficio sus actos viciados de nulidad absoluta, queda claro que en este supuesto se ejerce la potestad de autotutela de la Administración, la misma que debe ser ejercida respetando las garantías de los administrados; en el segundo caso, la ley la habilita además para que pueda cuestionar la validez de sus actos en vía judicial una vez que se haya vencido el plazo del ejercicio de la nulidad de oficio; se trata de una facultad que está a disposición de la Administración. En ambos casos se deberá acreditar la gravedad del vicio que contraviene el ordenamiento jurídico, además del perjuicio al interés público.



VI. RECOMENDACIONES

PRIMERA: Los criterios discordantes respecto a la revisión o no de la legalidad del acto administrativo firme, dentro del proceso de cumplimiento contencioso-administrativo afectan la seguridad jurídica; este problema requiere una clara determinación del criterio de la imposibilidad de controlar la validez de un acto administrativo. Proponemos, por tanto, que mediante un pleno casatorio que tenga como fundamento la naturaleza y objeto del proceso, el Derecho administrativo y sus principios; y, los fines del contencioso administrativo, se analice y acoja un solo criterio. A partir de ello, es necesario además que los Jueces o colegiados asuman una posición desde esa perspectiva y garanticen la predictibilidad de las decisiones judiciales, brindando una tutela judicial efectiva a los administrados.

SEGUNDA: El proceso de cumplimiento constitucional debe ser igualmente delimitado, mediante la emisión de un nuevo precedente vinculante que tenga en consideración las particularidades del proceso contra la inactividad administrativa y a partir de ello, establecer los requisitos para la procedencia de este proceso, con la debida materialización de la tutela judicial efectiva. Asimismo, debe definir un criterio sobre la posibilidad o no de la revisión de la legalidad del acto administrativo, porque en esta sede también se encuentran posiciones contradictorias que deben ser aclaradas; todo ello respetando la seguridad jurídica.

TERCERA: Ante la existencia de actos administrativos que contengan vicios graves de nulidad, la Administración debe ejercer, si se encuentra dentro del plazo, su potestad de autotutela; es decir debe iniciar un procedimiento de nulidad de oficio o si no fuera ya posible tiene además la facultad de demandar la nulidad del acto en sede judicial mediante el proceso de lesividad. Para que ello pueda ser efectivo se sugiere la creación de un órgano o el fortalecimiento de uno ya existente, que tenga como función revisar los



escritos de reclamación previa que hace el administrado antes de iniciar el proceso, verificando la validez del acto y si lo considera necesario, remita esta información a los órganos competentes para declarar la nulidad o iniciar un proceso de lesividad. Con la finalidad de evitar que el acto quede firme, incluso en vía judicial, y por su propia irresponsabilidad ser condenada al cumplimiento de un acto administrativo que debió ser cuestionado.



VII. REFERENCIAS

- Almeida Cerredá, M. (2010). El principio de irrevocabilidad de los actos favorables. In *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo* (1º edición, pp. 1103–1135). Madrid: LA LEY grupo Wolters Kluwer.
- Alonso Ibáñez, M. R. (2017). RÉGIMEN GENERAL DE LA INVALIDEZ DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS Y SUS EFECTOS. *XII CONGRESO DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PROFESORES DE DERECHO ADMINISTRATIVO*, 1–36. Recuperado de: <http://www.aepda.es/AEPDAAdjunto-1807-Ponencia%0APrimera-Sesion-Invalidez-de-los-Actos-Administrativos-Prof-Rosario-Alonso%0AAlbanez.aspx>
- Anacleto, V. (2016). *Proceso Contencioso Administrativo* (1º edición). Lima, Perú: LEX & IURIS Grupo Editorial.
- Aragón, M. (1986). LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN Y EL CARÁCTER OBJETIVADO DEL CONTROL JURISDICCIONAL. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 6. Núm.
- Ávila, H. (2012). *Teoría de la seguridad jurídica* ((L. Criado Sánchez - Trad.), ed.). Madrid: Marcial- Pons.
- Beladiez Rojo, M. (1994). LA NULIDAD Y LA ANULABILIDAD. SU ALCANCE Y SIGNIFICACIÓN. *Revista de Administración Pública*, Num. 133, 155–187.
- Bermejo Vera, J. (2010). El principio de seguridad jurídica. In *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo* (1º edición, pp. 73–109). Madrid: LA LEY grupo Wolters Kluwer.
- Bocanegra, R. (2005). *La Teoría del Acto Administrativo* (1º Edición). Madrid, Español: Iustel.
- Boquera Oliver, Jose Maria. (1982). *Estudios sobre el Acto Administrativo* (1º Edición).



Madrid, España: Civitas.

Boquera Oliver, José Maria. (1983). Grados de ilegalidad del acto administrativo. *Revista de Administración Pública*, N° 100-102, 1003–1038.

Buisán García, N. (2010). La propia torpeza no puede ser alegada. In *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo* (1º Edición, pp. 493–518). Madrid: LA LEY grupo Wolters Kluwer.

Carretero Pérez, A. (1971). El principio de economía procesal en lo Contencioso-Administrativo. *RAP*, Num. 65, 99–139.

Cassagne, J. C. (2013). *El Acto Administrativo Teoría y Régimen Jurídico* (2da. Edición). Bogotá - Colombia: Editorial Temis S.A.

Cassagne, J. C. (2017). *Derecho Administrativo* (2a ed). Lima: Palestra Editores.

Castañeda, S., Carpio, E., Espinoza-Saldaña, E., & Sáens, L. (2005). *Introducción a los Procesos Constitucionales* (Primera Ed). Lima - Perú: Jurista Editores E.I.R.L.

Castillo-Córdova, L. (2005). EL PROCESO DE CUMPLIMIENTO: A PROPÓSITO DE UN DESAFORTUNADO CRITERIO JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. *Actualidad Jurídica: Información Especializada Para Abogados y Jueces*, tomo 145, 129–136.

Comadira, J. R., & Escola, H. J. (n.d.). Curso de Derecho Administrativo. In *En prensa*.

Cordón Moreno, F. (1998). El principio de Plenitud del Control Jurisdiccional y sus límites en el Proceso Contencioso- Administrativo español . La legitimación activa. *Círculo de Derecho Administrativo*, 11, 305–314.

Danós Ordoñez, J. (2016). Régimen de la Nulidad de los Actos Administrativos en la Ley N°



27444. In Academia de la Magistratura (Ed.), *Anexo de lecturas del curso "Validez y nulidad del acto administrativo*. Lima, Perú.
- De Urbano Castrillo, E. (2010). Principio de equidad. In *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo* (1º Edición, pp. 249–271). Madrid: LA LEY grupo Wolters Kluwer.
- De Vicente Domingo, R. (2015). *La inactividad administrativa en la ejecución de actos firmes* (Primera ed). Navarra, España: Civitas Thomson-Reuters.
- Descalzo Gonzales, A. (2012). Objeto del Recurso Contencioso Administrativo. In A. Palomar Olmedo (Ed.), *Tratado de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* (Segunda Ed). Navarra-España: Aranzadi-Thomson Reuters.
- Diez Sánchez, J. J. (2010). El principio de conservación de actos. In *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo* (1º edición, pp. 1001–1029). Madrid: LA LEY grupo Wolters Kluwer.
- Doménech Pascual, G. (2010). El Principio de presunción de validez. In *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo* (1º edición, pp. 1031–1060). Madrid: LA LEY grupo Wolters Kluwer.
- Dromi, J. R. (1986). *Introducción al Derecho Administrativo* (1a ed.). Madrid: Editorial Grouz, S.E.
- Dromi, R. (2009). *Derecho Administrativo* (12º Edició). Buenos Aires - Madrid - México: Ciudad Argentina - Hispania Libros.
- Eto, G. (2014). Necesaria reforma (overruling) al precedente vinculante del proceso de cumplimiento: una evaluación a siete años de su vigencia. *Pensamiento Constitucional*, N° 19, 299–330.
- Gamero, E., & Fernandez, S. (2014). *Manual Básico de Derecho Administrativo* (11º Edicio).



Madrid, España: Tecnos.

García de Enterría, E., & Fernández, T. R. (2006). *Curso de Derecho Administrativo* (12^o Edicio). Lima - Bogotá, Perú - Colombia: Palestra - Temis.

García Luengo, J. (2010). El principio de proteccion de la confianza. In *Los principios juridicos del Derecho Administrativo* (1^o edicion, pp. 1167–1205). Madrid: LA LEY grupo Wolters Kluwer.

Gómez Puente, M. (2011). *La inactividad de la Administración* (4^o Ed.). Navarra, España: Aranzadi Thomson - Reuters.

Gordillo, A. (2012). *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas: Primeras obras* (1^o edicion). Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.

Gordillo, A. (2013). *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas: Teoría general del Derecho Administrativo* (1^o Edicion). Retrieved from <http://www.gordillo.com/>

Guaita, A. (1958). Eficacia del acto administrativo. *Revista de Administración Pública.*, 25, 159–180.

Guzmán Napurí, C. (2013). *Manual del Procedimiento Administrativo General* (primera ed). Lima, Perú: Instituto Pacífico S.A.C.

Hernández-Mendible, V. R. (2011). La ejecución de los actos administrativos. *Derecho PUCP*, N^o 67, 359–380.

Huapaya, R. (2006). *Tratado del Proceso Contencioso-Administrativo* (Primera Ed). Lima - Perú: Jurista Editores.

Huapaya, R. (2011). *Administración Pública, Derecho Administrativo y Regulación* (1^o Edición). Lima - Peru: ARA Editores.



- Montoro Chiner, M. J. (1986). La inactividad administrativa en el proceso de ejecución de las leyes. Control jurisdiccional «versus» fracaso legislativo. *Revista de Administración Pública*, N° 110, 263–366.
- Morcillo Moreno, J. (2000). La Invalidez de los Actos Administrativos en el Procedimiento Administrativo en el Derecho Español. *Derecho y Sociedad*, 14, 148–167.
- Moron, J. C. (2015a). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General* (11º). Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Moron, J. C. (2015b). El Proceso Contencioso de Lesividad: Catorce años después de su incorporación en el derecho peruano. *IUS ET VERITAS*, N° 51, 224–246.
- Nieto, A. (1986a). La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo. *Documentacion Administrativa*, 208(1).
- Nieto, A. (1986b). La inactividad material de la Administración : veinticinco años después. *Documentacion Administrativa*, 208.
- Priori, G. F. (2009). *COMENTARIOS A LA LEY DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO* Giovanni F. Priori Posada Ara Editores. Lima. (4º edición). Lima: ARA Editores.
- Priori Posada, G. (2016). QUINCE AÑOS DE LA LEY DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO : Algunos aspectos de su regulación en el Perú. *Themis-Revista de Derecho*, 69.
- Rivero Isern, E., & Fernando Pablo, M. M. (2010). Principio de Equidad. In *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo* (1º Edición, pp. 231–248). Madrid: LA LEY grupo Wolters Kluwer.
- Rodríguez-Arana, J. (2012). *Interés general, Derecho Administrativo y Estado de Bienestar*



(1a ed.). Madrid, España: Iustel.

Saborío Valverde, R. (2002). *Eficacia e invalidez del acto administrativo* (Tercera Ed). San José, Costa Rica: Juricentro.

Sanchez Moron, M. (2010). El Principio de legalidad. In *Los principios juridicos del Derecho Administrativo* (1º Edición, pp. 55–72). Madrid: LA LEY grupo Wolters Kluwer.

Santofimio, J. O. (1994). *Acto Administrativo Procedimiento, eficacia y validez* (Segunda Ed). Colombia: Universidad Extenado de Colombia.

Santy Cabrera, L. V. (2015). Análisis contemporáneo de la nulidad de oficio de los actos administrativos y de la acción de lesividad. *Actualidad Gubernamental*, N° 77-Ma, 1–4.

Sosa, J. M. (2009). El proceso de cumplimiento. In *Estudios y jurisprudencia del Código Procesal Constitucional: análisis de los procesos constitucionales y jurisprudencia artículo por artículo*. Lima: Gaceta-Juridica.

Torres Vasquez, A. (2001). *Introduccion al Derecho Teoria general del Derecho* (primera ed). Bogotá - Colombia: Editorial - Themis S.A.



ANEXOS

ANEXO N° 1: Sentencia del Tribunal Constitucional, del expediente N° 00102-2007-PC/TC

EXP. N.º 00102-2007-PC/TC
LAMBAYEQUE
FÉLIX MARTÍN
MONTENEGRO COLLAZOS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 12 días del mes de agosto de 2008, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Landa Arroyo, Beaumont Callirgos y Eto Cruz, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Félix Martín Montenegro Collazos contra la sentencia de la Sala Descentralizada Mixta Permanente de Jaén de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, de fojas 143, su fecha 8 de noviembre de 2006, que declara improcedente la demanda de cumplimiento de autos.

ANTECEDENTES

El recurrente interpone demanda de cumplimiento contra la Unidad de Gestión Educativa Local de Cutervo, la Dirección Regional de Educación de Cajamarca y el Presidente de la Región Cajamarca, con el objeto que se cumpla con la Resolución de Dirección Subregional Sectorial 642-2000-ED-CUTERVO, de fecha 6 de octubre de 2000, mediante la cual se resolvió otorgarle, con retroactividad al 1 de julio de 1994, la bonificación especial prevista en el Decreto de Urgencia 037-94 de acuerdo a su nivel remunerativo y tiempo de servicios acumulados al cese, con deducción de lo indebidamente pagado por concepto de bonificación del Decreto Supremo 019-94-PCM, así como el pago de los intereses legales.

Manifiesta que la bonificación especial debe otorgársele atendiendo al nivel F-4 alcanzado en el grupo ocupacional de funcionario y que asciende a S/. 380.00, dado que la resolución directoral constituye un acto firme que no ha sido objeto de impugnación administrativa dentro del plazo de ley.

El Director de la Unidad de Gestión Educativa Local – Cutervo, al contestar la demanda, señala que el actor se encuentra excluido de percibir la bonificación del Decreto de Urgencia 037-94, conforme lo establece el inciso d) del artículo 7.

El Procurador Público de la Región Cajamarca solicita que la demanda sea declarada improcedente o infundada, por considerar que el Gobierno Regional no ha tenido ninguna participación en la emisión de la resolución materia del proceso.



El Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Educación señala que la boleta de pago evidencia que el actor percibe la bonificación especial del Decreto Supremo 019-94-PCM, motivo por el cual no puede percibir la prevista en el Decreto de Urgencia 037-94 conforme lo señala el artículo 7, inciso d), del referido decreto.

El Segundo Juzgado Mixto de Cutervo, con fecha 6 de setiembre de 2006, declara fundada la demanda, por considerar que la Resolución de la Dirección Subregional Sectorial 642-2000-ED-CUTERVO ha sido expedida sin haber sido impugnada o invalidada por la administración con las formalidades de la ley, por lo cual ha quedado consentida y ha adquirido la calidad de acto firme, siendo de obligatorio cumplimiento.

La recurrida revoca la apelada y la reforma declarando improcedente la demanda, por estimar que la resolución administrativa ha sido adoptada contraviniendo el contenido mismo de la norma, por lo que el acto administrativo cuya ejecución se demanda carece de virtualidad suficiente para constituirse en un *mandamus*.

FUNDAMENTOS

§ Objeto del proceso de cumplimiento

1. El artículo 200, inciso 6 de la Constitución Política establece que la acción de cumplimiento procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo. Por su parte, el artículo 66, inciso 1 del Código Procesal Constitucional señala que el proceso de cumplimiento tiene por objeto que el funcionario o autoridad renuente dé cumplimiento a una norma legal o ejecute un acto administrativo firme.

§ Naturaleza de los requisitos mínimos del *mandamus* contenido en una norma legal y en un acto administrativo

2. En la STC 0168-2005-PC^[1] se ha señalado, al desarrollar los alcances del proceso de cumplimiento en el modelo de jurisdicción constitucional de la Constitución de 1993, que aquél tiene por finalidad esencial proteger el derecho constitucional de defender la eficacia de las normas legales y actos administrativos. Este criterio ha sido ratificado en la STC 07435-2006-PC^[2] al indicar que: “No sólo basta que una norma de rango legal o un acto administrativo sea aprobado cumpliendo los requisitos de forma y fondo que le impone la Constitución, las normas del bloque de constitucionalidad o la ley, según sea el caso, y que tengan vigencia; es indispensable, también, que aquellas sean eficaces”. La salvaguarda del indicado derecho se materializa a través de lo previsto por el artículo 66 del Código Procesal Constitucional que establece que el objeto de este tipo de procesos es que el funcionario o autoridad pública renuente dé cumplimiento a una norma legal o



- ejecute un acto administrativo firme; o se pronuncie de manera expresa cuando las normas legales le ordenan emitir una resolución administrativa o un reglamento.
3. Bajo dicha premisa, el Tribunal Constitucional ha considerado que para lograr la plena protección del derecho a defender la eficacia de normas legales y actos administrativos mediante el proceso de cumplimiento es necesario que previamente se verifiquen dos acciones concretas. La primera, contenida en la norma procesal y derivada del artículo 200, inciso 6, de la Constitución, referida a la comprobación de la actitud renuente por parte del obligado a cumplir (funcionario o autoridad pública) y en segundo orden, la verificación de la características mínimas comunes del mandato de la norma legal, del acto administrativo o de la orden de emisión de una resolución o un reglamento. En tal sentido, se ha precisado que solo de cumplirse dichos supuestos el proceso de cumplimiento prosperará, haciéndose hincapié en que “de no reunir tales características [mínimas comunes], además de los supuestos contemplados en el artículo 70.º del Código Procesal Constitucional, la vía del referido proceso no será la idónea”^[3], vale decir, el cumplimiento de los requisitos mínimos del *mandamus* contenido en una norma legal, en un acto administrativo o en la orden de emisión de una resolución o un reglamento se convierte en una exigencia indispensable para determinar la procedencia del proceso de cumplimiento.
 4. Lo anotado permite concluir que la idoneidad o no del proceso de cumplimiento, en atención del criterio jurisprudencial establecido en la STC 0168-2005-PC, dependerá de la verificación de los requisitos mínimos comunes del mandato, por lo que en concordancia con lo previsto en el artículo 70 del Código Procesal Constitucional –que regula las causales de improcedencia del proceso de cumplimiento– la utilización de dicha vía no será procedente cuando una vez evaluada la norma legal o acto administrativo se determine que estas no contienen en el mandato que llevan [o deben llevar] inserto las características básicas para pretender lograr la defensa constitucional de su eficacia.

§ La virtualidad o exigencia de un derecho incuestionable como requisito adicional del acto administrativo

5. Como ya se tiene expuesto en la STC 0168-2005-PC, este Tribunal Constitucional estableció, con carácter de precedente vinculante, que el cumplimiento de la norma legal, la ejecución del acto administrativo y la orden de emisión de una resolución resultan exigibles a través del proceso de cumplimiento, siempre que, además de la comprobada renuencia del funcionario o autoridad pública, el mandato contenido en aquellos reúna los siguientes requisitos mínimos comunes: a) vigencia; b) certeza y claridad; c) no encontrarse sujeto a controversia compleja ni a interpretaciones dispares; d) ser de ineludible y obligatorio cumplimiento; y e) ser incondicional, pudiendo, por excepción, ser condicional cuando su satisfacción no sea compleja y no requiera de actuación probatoria. Del mismo modo, se precisó que, adicionalmente para el caso del cumplimiento de actos administrativos, además de los requisitos indicados, en el acto [administrativo] se deberá f) reconocer un derecho incuestionable del reclamante y g) permitir individualizar al beneficiario.



Como fluye de lo anotado, para la viabilidad del proceso de cumplimiento el mandato contenido en la norma legal o en el acto administrativo debe reunir unas características mínimas comunes, bastando la verificación de éstas para que sea posible emitir un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, conforme se ha acotado en la STC 0168-2005-PC; sin embargo, debe advertirse que atendiendo a la naturaleza de los actos administrativos, el Tribunal ha recogido dos cualidades o características que deben someterse a evaluación cuando lo solicitado sea el cumplimiento de un acto administrativo. En efecto, en dicho supuesto, además de la verificación de los requisitos mínimos comunes del mandato, en el acto administrativo se deberá reconocer un derecho incuestionable del reclamante e individualizar al beneficiario. Sobre la individualización del administrado la idea es explícita. El acto administrativo deberá consignar a un sujeto o, de ser el caso, un grupo de sujetos, en ambos casos perfectamente identificables; no cabe, en tal sentido, someter a la vía de cumplimiento un acto administrativo de carácter general, en tanto es cualidad de un acto administrativo sometido al proceso de cumplimiento que la mora o el letargo de la Administración, vale decir la omisión, deba incidir directamente en algún sujeto determinado.

Por otro lado, en lo concerniente al reconocimiento del derecho del reclamante –segunda característica propia del acto administrativo– este Tribunal considera que el cuestionamiento al derecho reconocido en el acto administrativo puede efectuarse con posterioridad a la verificación de los requisitos mínimos comunes, siempre que no se haya comprobado la existencia de una controversia compleja derivada de la superposición de actos administrativos, o que el derecho reclamado esté sujeto a interpretaciones dispares. Así, cuando deba efectuarse un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia se deberá revisar si existe algún cuestionamiento al derecho reconocido al reclamante, pues de haberlo –a pesar de la naturaleza del proceso de cumplimiento– corresponderá su esclarecimiento. De verificarse que el derecho no admite cuestionamiento corresponderá amparar la demanda; por el contrario, cuando el derecho sea debatido por algún motivo, como por ejemplo por estar contenido en un acto administrativo inválido o dictado por órgano incompetente, la demanda deberá desestimarse, en tanto el acto administrativo carece de la virtualidad suficiente para configurarse en un mandato por no tener validez legal. En este supuesto, el acto administrativo se ve afectado en su validez, al sustentarse en normas que no se ciñen al marco legal previsto para el otorgamiento del beneficio, lo que significa que no contienen un derecho incuestionable. En las SSTC 01676-2004-AC, 03751-2004-AC y 02214-2006-PC, referidas al bono por función jurisdiccional y al bono fiscal, el Tribunal Constitucional desarrolla en la misma línea el supuesto de falta de virtualidad del mandato.

§ Viabilidad del proceso de cumplimiento y requisito especial de la demanda

7. A partir de lo indicado, este Tribunal ha señalado en la STC 0168-2005-PC que “Como hemos expuesto precedentemente, el acatamiento de una norma legal o un acto administrativo tiene su más importante manifestación en el nivel de su eficacia. Por tanto, así como el proceso de hábeas data tiene por objeto esencial la protección de los derechos a la intimidad, acceso a la información



pública y autodeterminación informativa, el proceso de cumplimiento tiene como finalidad proteger el derecho constitucional de defender la eficacia de las normas legales y actos administrativos”.

8. Con la solicitud presentada por vía notarial (f. 4) se acredita que el demandante cumplió con el requisito previsto en el artículo 69 del Código Procesal Constitucional.

§ Delimitación del petitorio

9. En el presente caso, se solicita el cumplimiento de la Resolución de Dirección Subregional Sectorial 642-2000-ED-CUTERVO, mediante la cual se le otorgó al recurrente la bonificación especial establecida en el Decreto de Urgencia 037-94.

§ Análisis de la controversia

10. En la STC 168-2005-PC este Colegiado ha precisado los requisitos mínimos que debe contener el mandato contenido en una norma legal o en un acto administrativo para que sea exigible a través del proceso de cumplimiento. En el presente caso, el mandato cuyo cumplimiento exige la parte demandante satisface dicho requisito, de modo que cabe emitir un pronunciamiento de mérito.

11. El artículo 2 del Decreto Supremo 019-94-PCM establece que los pensionistas y cesantes de las entidades a que se refiere el artículo 1, comprendidos en la Ley 23495, percibirán la bonificación especial en forma proporcional a los años de servicios alcanzados. Tal circunstancia importa que percibirán la bonificación los pensionistas y cesantes que se hayan desempeñado como personal administrativo y asistencial de los Ministerios de Educación y Salud y sus Instituciones Públicas Descentralizadas, Sociedades de Beneficencia Pública, Unión de Obras de Asistencia Social y Programas de Salud y Educación a cargo de los Gobiernos Regionales.

12. De la Resolución Suprema 149-89-ED, de fecha 31 de marzo de 1989 (f. 5), se desprende que el actor fue designado en el cargo de confianza de Director de Programa Sectorial II de la Unidad de Servicios Educativos de Cutervo, Departamento de Cajamarca; y de la Resolución Directoral 0779, de fecha 22 de noviembre de 1991 (f. 6), que amplía la Resolución Directoral 1004, se comprueba el reconocimiento total del tiempo de servicios y el otorgamiento de la pensión de cesantía nivelable.



- . De lo anotado, se concluye que el actor como pensionista del sector Educación en el nivel F-4, con el último cargo ocupado de Director de Programa Sectorial II, se encuentra dentro de los alcances del Decreto Supremo 019-94-PCM. En ese sentido, debe precisarse que la condición de funcionario que ostentó el demandante al momento de cese no lo incluye en el ámbito de aplicación del Decreto de Urgencia 037-94, debido a que dicha norma solo incluyó a los pensionistas y cesantes que durante su actividad se hubiesen desempeñado como servidores de la Administración Pública ubicados en los niveles F-2, F-1, Profesionales, Técnicos y Auxiliares, así como al personal comprendido en la Escala 11 del Decreto Supremo 051-91-PCM, que desempeñan cargos directivos o jefaturales, supuestos en los que el actor no se encuentra, dado que no se desempeñó como Director de la Unidad de Servicios Educativos.
14. Consecuentemente, la resolución administrativa cuyo cumplimiento se exige carece de la virtualidad y la legalidad suficientes para constituirse en *mandamus*, toda vez que no es posible reconocer derecho alguno en un acto administrativo que ha sido expedido sin respetar el marco legal vigente.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

LANDA ARROYO
BEAUMONT CALLIRGOS
ETO CRUZ

^[1] Publicada el 29 de setiembre de 2005.

^[2] Ver fundamento 14.

^[3] Ver fundamento 12 de la STC 0168-2005-PC.

ANEXO N° 2: Sentencia de la Corte Suprema, Casación N° 652-2012 LIMA

CAS. N° 652-2012 LIMA.

Lima, tres de junio de dos mil catorce.

LA PRIMERA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA:

VISTOS; Con los acompañados, en audiencia pública de la fecha; y, luego de verificada la votación con arreglo a Ley, se emite la siguiente sentencia:

- MATERIA DEL RECURSO:

Se trata del recurso de casación interpuesto a fojas 324, por el demandado Ministerio de Salud, contra la sentencia de vista de fojas 310, su fecha 01 de julio de 2011, que confirma la sentencia que declara fundada en parte la demanda.-

FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HA DECLARADO PROCEDENTE EL RECURSO:

Mediante resolución de fecha 07 de enero de 2013, que corre a fojas 45, del cuaderno de casación, éste Tribunal Supremo ha declarado procedente el recurso de casación interpuesto por el Ministerio de Salud, por la causal de infracción normativa de los incisos 3) y 5) del artículo 139° de la Constitución Política del Estado y del artículo 28° del Decreto Supremo N° 005-90-PCM.

CONSIDERANDO:

Primero:

Que, el recurso de casación tiene por fines la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia, conforme se señala en el texto del artículo 384° del Código Procesal Civil, vigente a la fecha de la interposición del recurso.

Segundo:

Que, la infracción normativa puede ser conceptualizada, como la afectación de las normas jurídicas en las que incurre la Sala Superior al emitir una resolución, originando con ello que la parte que se considere afectada por la misma pueda interponer el respectivo recurso de casación. Respecto de los alcances del concepto de infracción normativa, quedan subsumidos en el mismo, las causales que anteriormente contemplaba el Código Procesal Civil en su artículo 386°, relativas a interpretación errónea, aplicación indebida e inaplicación de una norma de derecho material, pero además incluyen otro tipo de normas como son las de carácter adjetivo.

Tercero:

Que, habiéndose declarado procedente el recurso de casación por normas sustentadas en vicio in procedendo como en vicio in iudicando, corresponde en primer término efectuar el análisis del error procesal, toda vez que, de resultar fundada la denuncia en dicho extremo, dada su incidencia en la tramitación del proceso y su efecto nulificante, carecería de sentido emitir pronunciamiento respecto de la

denunciada infracción normativa material, referido al derecho controvertido en la presente causa.

Cuarto:

Que, la infracción de las normas que garantizan el derecho a un debido **proceso**¹ se configura cuando en el desarrollo del mismo, no se han respetado los derechos procesales de las partes, se han obviado o alterado actos de procedimiento, la tutela jurisdiccional no ha sido efectiva y/o el órgano jurisdiccional deja de motivar sus decisiones o lo hace en forma incoherente, en clara transgresión de la normatividad vigente y de los principios procesales.

Quinto:

Que, el derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva reconocidos también como principio de la función jurisdiccional en el inciso 3) del artículo 139º de la Constitución Política del Estado garantizan al justiciable, ante su pedido de tutela, el deber del órgano jurisdiccional de observar el debido proceso y de impartir justicia dentro de los estándares mínimos que su naturaleza impone; así mientras que la tutela judicial efectiva supone tanto el derecho de acceso a los órganos de justicia como la eficacia de lo decidido en la sentencia, es decir, una concepción genérica que encierra todo lo concerniente al derecho de acción frente al poder - deber de la jurisdicción, el derecho al debido proceso en cambio significa la observancia de los principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso, entre ellas, el de motivación de las resoluciones judiciales.

Sexto:

Que, se debe señalar que el principio procesal de la motivación escrita de las resoluciones judiciales se halla consagrado en el inciso 5) del artículo 139º de la Constitución Política del Estado, el cual tiene como finalidad principal el de permitir el acceso de los justiciables al razonamiento lógico jurídico empleado por las instancias de mérito para justificar sus decisiones jurisdiccionales y así puedan ejercer adecuadamente su derecho de defensa, cuestionando de ser el caso, el contenido y la decisión asumida. Esta motivación escrita de las resoluciones judiciales constituye un deber para los magistrados, tal como lo establecen los artículos 50 inciso 6), y 122 inciso 3) del Código Procesal Civil; y dicho deber implica que los juzgadores señalen en forma expresa la ley que aplican con el razonamiento jurídico a la que ésta les ha llevado, así como los fundamentos fácticos que sustentan su decisión, respetando los principios de jerarquía de normas y de congruencia.

Séptimo:

¹ En este mismo sentido, respecto a la causal de contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema en la Casación N° 989-2004 Lima Norte señala que: "se presenta cuando en su desarrollo no se han respetado los derechos procesales de las partes, se han obviado o alterado actos de procedimiento, la tutela jurisdiccional no ha sido efectiva, cuando el órgano jurisdiccional deja de motivar sus decisiones o lo hace en forma incoherente, o cuando se vulneran los principios procesales".



Que, en el caso de autos, se tiene que, el petitorio de la demanda incoada, obrante a fojas 140, subsanada a fojas 153, el demandante solicita como pretensión: a) Que, se le restituya su derecho laboral de estar nuevamente en planillas del Ministerio de Salud, como trabajador de dicha entidad; b) Se cumpla con aplicar lo dispuesto por la Resolución Ministerial N° 0444-90-S.A.P, de fecha 23 de julio de 1990, que resolvió nombrar al actor como empleado de carrera a partir del 01 de mayo de 1990, teniendo como fundamento el Decreto Legislativo N° 276, Ley de Bases de la Carrera Pública.

Octavo:

Que, en cuanto a la infracción de la norma legal contenida en el artículo 28° del Decreto Supremo N° 005-90-PCM²; dicha norma establece los requisitos que se exigen para el ingreso de los servidores a la Carrera Pública, las mismas que han sido invocadas en el trámite del presente recurso a efectos de verificar si han sido materia de infracción por parte de la sentencia recurrida.

Noveno:

Que, el Colegiado Superior, mediante la sentencia de vista; confirma la sentencia de primera instancia que declara fundada en parte la demanda expresando como fundamentos: "Sosteniendo que en el caso de autos resulta aplicable el Principio de Primacía de la Realidad, comprobándose la concurrencia de los elementos del contrato de trabajo, en tanto el actor ha venido realizando labores subordinadas en forma regular y permanente y con horario de trabajo, pero lo que corresponde que sea incluido en las planillas de pago. De otro lado sostiene que; mediante Resolución Ministerial N° 0444-90-S.A.P. de fecha 23 de julio de 1990, se resolvió nombrar al demandante como empleado de carrera, en virtud a lo dispuesto en el artículo 18° de la Ley N° 25185, norma que de manera excepcional autorizó a los organismos del Sector Público, a nombrar personal contratado sea cual fuere la modalidad de contrato, siempre que hubieren cumplido un año de servicios ininterrumpidos realizando labores de carácter permanente. Por lo que dicha resolución administrativa debe entenderse como válida, en tanto no existe pronunciamiento de carácter administrativo o judicial que declare su nulidad. En consecuencia, que independientemente de las circunstancias que rodearon el acto administrativo de nombramiento del demandante como trabajador de la demandada, en aplicación del principio de la realidad, se determina que la sentencia venida en grado se ha expedido con arreglo a derecho".

Décimo:

Que, en cuanto al cumplimiento de un acto administrativo; que dentro de sus disposiciones contiene un derecho reconocido por la Administración a favor del demandante (nombramiento como servidor público): Al respecto, debe sostenerse que no cabe evaluar la procedencia o no de dicho derecho en un proceso como éste, cuya

² Artículo 28 del Decreto Supremo N° 005-90-PCM.- El ingreso a la Administración Pública en la condición de servidor de carrera o de servidor contratado para labores de naturaleza permanente se efectúa obligatoriamente mediante concurso. La incorporación a la Carrera Administrativa será por el nivel inicial del grupo ocupacional al cual postuló. Es nulo todo acto administrativo que contravenga la presente disposición.

finalidad es sólo ordenar a la administración pública la realización de una determinada actuación a la que se encuentre obligada en virtud del acto administrativo firme.

En efecto, los vicios que pueda presentar el acto administrativo que se requiere ejecutar no pueden ser objeto de estudio de un proceso de esta naturaleza, toda vez que para dicho fin la Ley ha previsto las figuras jurídicas correspondientes, como la nulidad administrativa de oficio (artículo 202º de la Ley Nº 27444- Ley del Procedimiento Administrativo General) o la acción de nulidad de resolución administrativa dentro de un proceso contencioso administrativo (artículo 5 de la Ley Nº 27584).

Décimo Primero:

Que, efectivamente, realizar lo contrario, implicaría dejar de lado la calidad de "cosa decidida" de la actuación administrativa materia de autos, contrario a lo estipulado en el artículo 139º inciso 2) de la Constitución Política del **Estado**³, por otro lado, la Resolución Ministerial Nº 0444-90-SA-P de fecha veintitrés de julio de mil novecientos noventa, tiene la naturaleza de cosa decidida que la hace plausible de seguridad jurídica. El Tribunal Constitucional ha señalado en precedente sentencia (Exp. Nº 0413-2000-AA/TC. fojas 3. Caso: Ingrid del Rosario Peña Alvarado), que el principio de cosa decidida forma parte del derecho fundamental al debido proceso en sede administrativa, por lo que, frente a su transgresión o amenaza, necesariamente se impone el otorgamiento de la tutela constitucional correspondiente. Por lo tanto, el acto administrativo ha adquirido firmeza, por cuanto ya no puede ser cuestionada en el procedimiento contencioso administrativo u otro análogo, advirtiéndose que hacerlo implicaría una transgresión al Principio de Seguridad Jurídica, principio que se erige como una garantía para los administrados y/o justiciables, el cual abarca entre otros aspectos la certeza que estos tengan que su situación jurídica no sea modificada por procedimientos o conductos legales establecidos, criterio que ha sido adoptado por esta Sala de la Corte Suprema en la Casación Nº 03072-2010-Lima de fecha 14 de mayo de 2013.

Décimo Segundo:

Que, por consiguiente, se verifica que en el caso de autos, el análisis de la norma invocada implicaría una evaluación respecto a la correspondencia de un derecho que ha sido reconocido por la administración en mérito a una actuación administrativa firme, lo cual no es posible en atención a las consideraciones expuestas

³ 3 Artículo 139.- Principios de la Administración de Justicia Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...)

2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución.

Estas disposiciones no afectan el derecho de gracia ni la facultad de investigación del Congreso, cuyo ejercicio no debe, sin embargo, interferir en el procedimiento jurisdiccional ni surte efecto jurisdiccional alguno. (...)



precedentemente, por lo que la Sentencia de Vista no ha incurrido en causal de infracción por las que se ha traído como recurso de casación.- Por estas razones, con lo expuesto en el dictamen emitido por el Señor Fiscal Supremo en lo Contencioso Administrativo.

DECISIÓN:

Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el demandado Ministerio de Salud, a fojas 324; en consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista de fojas 310, de fecha 01 de julio de 2011; DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano, conforme a ley; en los seguidos por Florencio Chumpitaz Manco, sobre proceso contencioso administrativo; interviniendo como Juez Supremo ponente la señora Mac Rae Thays; y, los devolvieron.- SS. RODRÍGUEZ MENDOZA, CHUMPITAZ RIVERA, TORRES VEGA, MAC RAE THAYS, CHAVES ZAPATER

1 En este mismo sentido, respecto a la causal de contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema en la Casación N° 989-2004 Lima Norte señala que: "se presenta cuando en su desarrollo no se han respetado los derechos procesales de las partes, se han obviado o alterado actos de procedimiento, la tutela jurisdiccional no ha sido efectiva, cuando el órgano jurisdiccional deja de motivar sus decisiones o lo hace en forma incoherente, o cuando se vulneran los principios procesales".

2 Artículo 28 del Decreto Supremo N° 005-90-PCM.- El ingreso a la Administración Pública en la condición de servidor de carrera o de servidor contratado para labores de naturaleza permanente se efectúa obligatoriamente mediante concurso. La incorporación a la Carrera Administrativa será por el nivel inicial del grupo ocupacional al cual postuló. Es nulo todo acto administrativo que contravenga la presente disposición.

3 Artículo 139.- Principios de la Administración de Justicia Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...)

2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución.

Estas disposiciones no afectan el derecho de gracia ni la facultad de investigación del Congreso, cuyo ejercicio no debe, sin embargo, interferir en el procedimiento jurisdiccional ni surte efecto jurisdiccional alguno. (...)

C-1154797-16