

RESEÑA DE LIBRO

Maraví, Milagros (compiladora). (2009). *Sobre la Ley del Procedimiento Administrativo General. Libro homenaje a José Alberto Bustamante Belaunde*. Lima: Fondo Editorial UPC.

*Hugo Gómez Apac**

Gracias a la invitación de Fernando Cantuarias, tengo el honor de comentar esta obra colectiva que rinde homenaje a José Alberto Bustamante Belaunde, obra compilada por Milagros Maraví y en la cual han participado profesores de esta casa de estudios. Voy a comentar la primera parte del libro, del capítulo 1 al 6.

Si bien abordaré los temas tratados en los primeros seis capítulos con la concisión que las circunstancias justifican, dedicaré un mayor tiempo al capítulo 1, el más extenso del libro, que trata del título preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, cuyo autor es precisamente la persona a la cual la obra rinde homenaje: Alberto Bustamante.

La puerta de ingreso a la Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, solo la Ley) es la delimitación de su ámbito de aplicación¹, escenario en el cual la Ley menciona qué entidades califican como administración pública para los fines de dicha norma. En esta parte, y en lo atinente al Poder Ejecutivo, Alberto Bustamante nos explica con bastante detalle las funciones del presidente de la República, del Consejo de Ministros, del presidente del Consejo de Minis-

Revista de Economía y Derecho, vol. 6, nro. 23 (invierno de 2009). Copyright © Sociedad de Economía y Derecho UPC. Todos los derechos reservados.

* Asesor de la ministra de Comercio Exterior y Turismo y profesor de la Facultad de Derecho Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC).

tros y de los ministros, volcando para ello su propia experiencia como presidente del Consejo de Ministros y ministro de Justicia, y advirtiéndonos, con fundamento, de los vacíos y deficiencias del texto constitucional y de circunstancias extrañas que a veces no solemos cuestionar. Así, por ejemplo, como el artículo 120 de la Constitución Política del Perú establece que “son nulos los actos del presidente que carecen de refrendación ministerial”, la resolución suprema que designa al presidente del Consejo de Ministros es refrendada por aquel que está siendo designado como presidente del Consejo de Ministros y que aún no ha jurado en el cargo, lo que podría ser cuestionado como un problema de competencia de la autoridad que emite el acto, esto es, con nulidad, al no haberse dado la formalidad que exige la investidura correspondiente. Alberto Bustamante aconseja que sea un fedatario especial, como podría ser el secretario general de la Presidencia de la República, quien debiera refrendar dicho acto.

El artículo III del título preliminar de la Ley señala que la actuación de la administración pública sirve para proteger el interés general, garantizando los derechos e intereses de los administrados. Alberto Bustamante menciona que dicha disposición no debería llevarnos a un extremo garantista o tuitivo de los derechos de los administrados, sino a una situación de equilibrio que permita ponderar de manera equivalente la protección del administrado en sus derechos e intereses y la eficacia del fin público perseguido. Reflexionando sobre estas palabras, no encuentro razón para discrepar. Las autoridades administrativas deben encontrar este equilibrio en su labor diaria, especialmente cuando tramitan procedimientos sancionadores con el fin de proteger intereses públicos. No niego, sin embargo, que a veces es difícil alcanzar este equilibrio, puesto que lo más fácil es irse a los extremos.

En lo concerniente al principio de legalidad², Alberto Bustamante sostiene que una interpretación armónica de los artículos 51 y 138 de la Constitución Política del Perú³ nos lleva a considerar que las autoridades administrativas deben preferir dicha norma suprema a las leyes que la contradigan. Comparto la tesis, por polémica que sea. Es lo que entendemos como el control difuso administrativo, potestad que ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional a través de precedentes constitucionales vinculantes⁴, y que significa que determinados órganos administrativos (aquellos cuerpos colegiados con competencia nacional que tramitan los llamados procedimientos trilaterales), en aras de otorgar una mayor protección a los derechos fundamentales, tienen

la capacidad de efectuar el control constitucional de aquellas normas con rango de ley que de modo manifiesto vulneren la Constitución Política, inaplicándolas en el caso concreto. Claro está, esta potestad podrá ser ejercida solo cuando no sea posible interpretar la norma cuestionada conforme a la Constitución. La posición del Alberto Bustamante coincide con el sendero trazado desde hace cinco años por el Tribunal Constitucional, pese a la oposición de la tradición jurídica de buena parte de la doctrina nacional.

Respecto del principio del debido procedimiento⁵, el autor nos dice algo provocador, y hasta revolucionario: no solo debiera protegerse al administrado, sino también a la administración pública, por ejemplo otorgándole el derecho de impugnación. Esto lo traigo a colación porque en el procedimiento administrativo de sanción de conductas anticompetitivas⁶, diseñado el año pasado en el marco de la delegación de facultades otorgada a raíz de la implementación del tratado de libre comercio suscrito con Estados Unidos, se ha establecido que no solo las partes pueden impugnar la resolución de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, sino también el secretario técnico que actuó como instructor en dicho procedimiento⁷. Por tanto, si la referida comisión del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) declarara que no hay infracción administrativa, pese a la opinión contraria del secretario técnico, este puede apelar la decisión de dicha comisión.

¿Podríamos decir que es algo revolucionario? Creo que sí. Como en su momento lo fue la introducción del principio de presunción de veracidad, que, en palabras de Alberto Bustamante, fue el componente conceptual clave en el proceso de modernización administrativa. Fue un cambio trascendental en la actuación administrativa. Sobre la base de este principio, la administración tiene que confiar en los ciudadanos y dejar de atolondrarlos con constancias, certificados y legalizaciones, pero sin bajar la guardia frente a los sinvergüenzas que declaran falsedades, de ahí la importancia de la fiscalización posterior, la cual debe ser auténticamente aleatoria para ser efectiva. La simplificación administrativa no le era nada extraña a Alberto Bustamante, quien redactó la Ley de Simplificación Administrativa a finales del primer gobierno de Alan García.

La crítica al principio de predictibilidad⁸ es severa. Este principio –nos dice el autor– implica que quienes se encuentren sujetos a una determinada ley o derecho estén en capacidad de prever o anticipar lo

que podría ocurrir en función de la decisión por la que se opte a partir de la estructura objetiva del marco jurídico vigente, lo que –como es fácil advertir– va más allá de brindar información veraz, completa y fiable sobre el trámite del procedimiento, que es lo que señala la ley bajo escrutinio.

Respecto de las fuentes del procedimiento administrativo⁹, el autor menciona que el hecho de que el legislador haya ubicado a los tratados y convenios internacionales después de la Constitución y antes de las leyes no debería llevarnos a pensar que existe una primacía de los tratados frente a las leyes, pues los tratados tienen jerarquía legal equivalente al de las leyes formales. De ahí que Alberto Bustamante afirme que, si lo que intentaron los legisladores al dictar la Ley fue definir la mayor jerarquía de los tratados respecto de las leyes, tal propósito no sería del todo compatible con lo dispuesto en el artículo 55 de la Constitución¹⁰, norma que señala que los tratados celebrados por el Estado forman parte del derecho nacional.

En fin, podría seguir toda la noche comentando el capítulo redactado por Alberto Bustamante, especialmente por sus palabras inquietantes que despiertan y motivan el análisis crítico y la reflexión respecto de una ley hecha por personas y, por tanto, con yerros y perfectible, como toda obra humana. Pero debo detenerme, y abocarme ahora, aunque en forma más breve, a los otros capítulos.

Richard Martin, con amplitud y rigor conceptual, trata sobre el régimen jurídico de los actos administrativos en el capítulo 2 del libro. En esta sección, resulta interesante la diferenciación que hace el autor entre la validez y la eficacia del acto administrativo, siguiendo, por supuesto, la lógica contenida en la Ley, la cual se distancia de los parámetros propios del derecho civil, prueba adicional de la autonomía del derecho administrativo frente a una de la más longevas ramas del derecho. Así, en sede administrativa –nos dice el autor– la validez es la conformidad del acto con el ordenamiento jurídico, y la eficacia es la posibilidad de que un acto despliegue sus efectos jurídicos en la realidad. En ese sentido –agrego por mi parte–, si en el derecho civil la invalidez es una modalidad de ineficacia del acto jurídico, en el derecho administrativo no cabe hablar de género ni especie entre estos dos conceptos, que se encuentran disociados. Un ejemplo claro es el acto administrativo que no ha sido notificado. Podrá ser válido, en cuanto al cumplimiento de sus elementos esenciales (competencia, objeto, motivación, finalidad pública y procedimiento regular)¹¹, pero no sur-

tirá efectos si el destinatario del acto no ha tomado conocimiento de su existencia a través de la notificación¹². Además –como dice Richard–, a partir de la presunción de validez¹³, una vez que el acto está correctamente notificado, el mismo resulta eficaz, por más que se encuentre afectado por los vicios más flagrantes de invalidez.

El capítulo 3 está reservado para la compiladora de la obra, Milagros Maraví, quien, con la solvencia académica que caracteriza sus trabajos, se aboca al procedimiento administrativo y las reglas de simplificación administrativa. La actuación de la administración pública, en su manifestación “potestad de policía”, cuesta, le cuesta a las empresas que tienen que tramitar permisos, autorizaciones, licencias, registros u obtener concesiones para poder desarrollar sus actividades económicas. Las reglas de simplificación administrativa, introducidas en nuestra legislación en 1989, buscan que el Estado sea lo menos costoso posible, que sus exigencias destinadas a proteger los fines públicos sean legales y razonables, y no barreras burocráticas ilegales o irracionales que resten competitividad a las empresas. Sobre esta temática, y desde una perspectiva histórica, la autora nos explica que el silencio administrativo no nació para garantizar los derechos de las personas, sino para evitar que la inactividad administrativa genere perjuicios a la propia Administración. El silencio administrativo tenía por objeto evitar que queden abiertos indefinidamente pleitos contra el Estado, y más bien enviar el litigio no resuelto a los jueces del contencioso administrativo. Hoy, afortunadamente –como resalta Milagros–, prima el equilibrio entre el interés por el adecuado funcionamiento de las entidades públicas y el aseguramiento del derecho fundamental de petición¹⁴.

En el capítulo 4, Rafael Melgarejo nos aproxima, con detalle y profundidad, al mundo de los sujetos del procedimiento administrativo. Respecto de la autoridad administrativa (la administración pública), el autor nos explica sobre la potestad organizatoria y sus tres niveles de comprensión: el constitucional, el legal y el reglamentario. En el constitucional se encuentran la organización y división territorial del Estado, la llamada descentralización política y la concepción de los organismos constitucionalmente autónomos. A nivel de las leyes, la reserva legal para la creación, modificación o extinción de los organismos públicos. Y a nivel de los reglamentos, para la creación, modificación y extinción de órganos administrativos dentro de organismos administrativos, lo que se manifiesta a través de documentos de ges-

tión, como reglamentos de organización y funciones (ROF), manuales de organización y funciones (MOF), cuadros de asignación de personal (CAP), etcétera. En lo que concierne a los organismos públicos, cabe mencionar, por mi parte, la actual clasificación introducida por la nueva Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (Ley 29158), la cual divide a los organismos públicos en organismos ejecutores y organismos especializados, y a estos últimos los subdivide en organismos técnicos especializados y organismos reguladores, siendo que los menos autónomos son los ejecutores y los más autónomos (dentro del Poder Ejecutivo) los reguladores –me refiero al Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (Osiptel), al Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (Ositrán), a la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (Sunass) y al Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (Osinergmin)–. Llama la atención que la nueva Ley Orgánica del Poder Ejecutivo señale que la naturaleza de los organismos públicos sea la de entidades desconcentradas del Poder Ejecutivo¹⁵, cuando, bajo la óptica de los principios de organización administrativa, se tratarían más bien de entidades u organismos “descentralizados” del Poder Ejecutivo, y es que mientras la desconcentración es una técnica de transferencia de competencia entre órganos ubicados dentro de un organismo administrativo, la descentralización implica una transferencia de competencia entre organismos con personalidad jurídica, siendo lo usual aquella por la cual se transfiere una competencia del ministerio del sector a un organismo adscrito a dicho ministerio. El texto de Rafael aborda, con solvencia, técnicas y principios de organización administrativa, entre ellas la diferencia entre órganos y organismos. Lástima que esta diferenciación no haya sido tomada en cuenta por el legislador al abordar la naturaleza de los organismos públicos en la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.

En el capítulo 5, Sergio Tafur, con pulcritud conceptual, aborda el íter del procedimiento administrativo, esto es, desde su inicio hasta su fin. Tratándose de los procedimientos administrativos iniciados a pedido de parte, qué duda cabe, el ejercicio del derecho de petición juega un rol determinante. El autor sigue el orden de la Ley al explicar las diversas manifestaciones del derecho de petición. Entre estas, una de las menos conocidas, y que suele ser objeto de mayor curiosidad por parte de los alumnos, es la facultad que tienen los ciudadanos para formular peticiones graciabiles. La petición graciable

hace referencia a una acción que se hace sin título legal específico que lo respalde¹⁶. Es lo que sucede en los procedimientos para obtener pensiones de gracia, indultos, etcétera.

Por último, en el capítulo 6, Javier Rizo-Patrón y Úrsula Patroni, expertos en el control de la actuación administrativa desde su quehacer profesional en la eliminación de las barreras burocráticas, nos explican la temática de la revisión de los actos administrativos, entre ella la figura de la revocación. Y si la petición graciable es la que más curiosidad provoca en los alumnos, la figura de la revocación del acto administrativo¹⁷ es la que más suspicacia genera en las autoridades administrativas. Esta institución administrativa –creo– no suele ser entendida y utilizada en su verdadera dimensión. Hay consenso en que no cabe la revocación de aquellos actos administrativos que declaran, otorgan, constituyen o reconocen derechos o intereses legítimos. Sin embargo, al parecer pocos reparan en que sí cabe la revocación de los actos desfavorables, de aquellos que importan una carga o gravamen, de aquellos que limitan derechos o que impiden su ejercicio, de aquellos que imponen obligaciones, como son las resoluciones sancionadoras. Los autores, citando a Juan Carlos Morón Urbina, señalan como factible la revocación de los actos desfavorables cuando aparecen elementos de juicio sobrevinientes. En mi opinión, hay que ir un poco más allá, hay que reconocer en la Administración una mayor capacidad de acción para sanear sus errores, una mayor capacidad de actuación para remover aquellos actos desfavorables o de gravamen que lesionan derechos fundamentales o que de cualquier otra forma son contrarios al ordenamiento jurídico, siempre que no se generen perjuicios a terceros.

He ahí, pues, un recuento rápido de los primeros seis capítulos de libro. El lector apreciará estilos diferentes, modos particulares de abordar los diversos temas contenidos en la Ley.

Quisiera terminar diciendo lo siguiente: al comentar el capítulo 1 del libro he hablado de Alberto Bustamante en presente y no en pasado: “él explica”, “él menciona”, “él afirma”, etcétera, porque su enseñanza está aquí con nosotros, permanece en el “presente”; y cuando abogados, docentes y estudiantes acudan a este libro, van a encontrar a un Alberto Bustamante hablándoles directamente con un lenguaje claro y sencillo, con energía y convicción, con crítica y con consejo, sin ambages, timidez ni eufemismos; es más, muchas veces polémico, y que creo es la forma apropiada de aprender y entender esta apasionante disciplina que es el Derecho Administrativo.

NOTAS

- 1 Artículo I del Título Preliminar de la Ley.
- 2 Inciso 1.1 del numeral 1 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley.
- 3 Constitución Política del Perú.-
“Artículo 51.- La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado”.
- “Artículo 138.- La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes.
En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior”.
- 4 Sentencia del 11 de octubre de 2006, expedida en el proceso de amparo tramitado bajo Expediente 3741-2004-AA/TC (Caso Salazar Yarlénque) y aclarada mediante resolución del 13 de octubre de 2006; y sentencia del 19 de octubre de 2007, expedida en el proceso de amparo tramitado bajo Expediente 06135-2006-PA/TC (Caso Hatuchay).
- 5 Inciso 1.2 del numeral 1 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley.
- 6 Regulado en el Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, publicado el 25 de junio de 2008 y vigente desde el 25 de julio de dicho año.
- 7 Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.-
“Artículo 37.- Recurso de apelación.-
37.1. La resolución final de la comisión es apelable por el imputado, por quien haya presentado la denuncia de parte y por los terceros con interés legítimo que se hayan apersonado al procedimiento, ante el Tribunal, en el plazo de quince (15) días hábiles. *La secretaria técnica podrá apelar la resolución que exculpa a los investigados, así como la multa impuesta [...]*” (las cursivas son mías).
- 8 Inciso 1.15 del numeral 1 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley.
- 9 Artículo V del título preliminar de la Ley.
- 10 Constitución Política del Perú.-
“Artículo 55.- Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”.
- 11 Ley del Procedimiento Administrativo General.-

“Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

1. Competencia.- Ser emitido por el órgano facultado en razón de la materia, territorio, grado, tiempo o cuantía, a través de la autoridad regularmente nombrada al momento del dictado y en caso de órganos colegiados, cumpliendo los requisitos de sesión, quórum y deliberación indispensables para su emisión.

2. Objeto o contenido.- Los actos administrativos deben expresar su respectivo objeto, de tal modo que pueda determinarse inequívocamente sus efectos jurídicos. Su contenido se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, debiendo ser lícito, preciso, posible física y jurídicamente, y comprender las cuestiones surgidas de la motivación.

3. Finalidad pública.- Adecuarse a las finalidades de interés público asumidas por las normas que otorgan las facultades al órgano emisor, sin que pueda habilitársele a perseguir mediante el acto, aun encubiertamente, alguna finalidad sea personal de la propia autoridad, a favor de un tercero, u otra finalidad pública distinta a la prevista en la ley. La ausencia de normas que indique los fines de una facultad no genera discrecionalidad.

4. Motivación.- El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.

5. Procedimiento regular.- Antes de su emisión, el acto debe ser conformado mediante el cumplimiento del procedimiento administrativo previsto para su generación”.

12 Ley del Procedimiento Administrativo General.-

“Artículo 16.- Eficacia del acto administrativo

16.1 El acto administrativo es eficaz a partir de que la notificación legalmente realizada produce sus efectos, conforme a lo dispuesto en el presente capítulo. [...]”.

13 Ley del Procedimiento Administrativo General.-

“Artículo 9.- Presunción de validez

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

14 Hoy, la técnica del silencio administrativo se encuentra regulado en la Ley 29060, Ley del Silencio Administrativo (publicado el 7 de julio de 2007), y en los artículos 30 y 188 de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

15 Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.-

“Artículo 28.- Naturaleza

Los organismos públicos son entidades desconcentradas del Poder Ejecutivo, con personería jurídica de Derecho Público. Tienen competencias de alcance nacional.

Están adscritos a un Ministerio y son de dos tipos:

1. Organismos públicos ejecutores, cuya creación y disolución se realiza por ley a iniciativa del Poder Ejecutivo.
2. Organismos públicos especializados, cuya creación y disolución se realiza por ley a iniciativa del Poder Ejecutivo.
[...]

16 Ley del Procedimiento Administrativo General.-

“Artículo 112.- Facultad de formular peticiones de gracia

112.1. Por la facultad de formular peticiones de gracia, el administrado puede solicitar al titular de la entidad competente la emisión de un acto sujeto a su discrecionalidad o a su libre apreciación, o prestación de un servicio cuando no cuenta con otro título legal específico que permita exigirlo como una petición en interés particular.

112.2. Frente a esta petición, la autoridad comunica al administrado la calidad graciable de lo solicitado y es atendido directamente mediante la prestación efectiva de lo pedido, salvo disposición expresa de la ley que prevea una decisión formal para su aceptación.

112.3. Este derecho se agota con su ejercicio en la vía administrativa, sin perjuicio del ejercicio de otros derechos reconocidos por la Constitución”.

17 Ley del Procedimiento Administrativo General.-

“Artículo 203.- Revocación

203.1. 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.

203.2. Excepcionalmente, cabe la revocación de actos administrativos, con efectos a futuro, en cualquiera de los siguientes casos:

203.2.1. Cuando la facultad revocatoria haya sido expresamente establecida por una norma con rango legal y siempre que se cumplan los requisitos previstos en dicha norma.

203.2.2. Cuando sobrevenga la desaparición de las condiciones exigidas legalmente para la emisión del acto administrativo cuya permanencia sea indispensable para la existencia de la relación jurídica creada.

203.2.3. Cuando apreciando elementos de juicio sobrevinientes se favorezca legalmente a los destinatarios del acto y siempre que no se genere perjuicios a terceros.

203.3. La revocación prevista en este numeral solo podrá ser declarada por la más alta autoridad de la entidad competente, previa oportunidad a los posibles afectados para presentar sus alegatos y evidencia en su favor”.