

EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Derecho Lo Esencial del Derecho 43

Comité Editorial

Baldo Kresalja Rosselló (presidente)

César Landa Arroyo

Jorge Danós Ordóñez

Manuel Monteagudo Valdez

Abraham Siles Vallejos (secretario ejecutivo)

RAMÓN HUAPAYA TAPIA

EL PROCESO
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Con la colaboración de Oscar Alejos Guzmán



FONDO
EDITORIAL

PONTIFICIA **UNIVERSIDAD CATÓLICA** DEL PERÚ

340.7 Huapaya Tapia, Ramón A., 1978-
L El proceso contencioso-administrativo / Ramón Huapaya Tapia ; con la colaboración
43 de Oscar Alejos Guzmán.-- 1a ed.-- Lima : Pontificia Universidad Católica del Perú,
Fondo Editorial, 2019 (Lima : Tarea Asociación Gráfica Educativa).

193 p. ; 21 cm.-- (Lo esencial del derecho ; 43)

Bibliografía: p. [183]-189.

D.L. 2019-10010

ISBN 978-612-317-509-2

1. Derecho - Estudio y enseñanza 2. Recurso contencioso administrativo - Perú 3.
Derecho a la tutela judicial - Perú 4. Derecho administrativo - Perú I. Alejos Guzmán,
Oscar, colaborador II. Pontificia Universidad Católica del Perú III. Título IV. Serie

BNP: 2019-108

El proceso contencioso-administrativo

Ramón Huapaya Tapia

Colección «Lo Esencial del Derecho» N° 43

© Ramón Huapaya Tapia, 2019

De esta edición:

© Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2019

Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú

feditor@pucp.edu.pe

www.fondoeditorial.pucp.edu.pe

La colección «Lo Esencial del Derecho» ha sido realizada por la Facultad de Derecho de la PUCP bajo los auspicios del equipo rectoral.

Diseño, diagramación, corrección de estilo
y cuidado de la edición: Fondo Editorial PUCP

Primera edición: agosto de 2019

Tiraje: 1000 ejemplares

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio,
total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

ISBN obra completa: 978-612-317-229-9

ISBN volumen: 978-612-317-509-2

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2019-10010

Registro del Proyecto Editorial: 31501361900781

Impreso en Tarea Asociación Gráfica Educativa

Pasaje María Auxiliadora 156, Lima 5, Perú

Índice

| | |
|---|----|
| ABREVIATURAS | 11 |
| PRESENTACIÓN | 13 |
| INTRODUCCIÓN | 15 |
| CAPÍTULO 1 | |
| BREVES ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y NORMATIVOS DEL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO | 17 |
| 1. El modelo francés | 18 |
| 2. El sistema judicialista | 20 |
| 3. La regulación del contencioso-administrativo en el Código Procesal Civil de 1992 | 23 |
| 4. El modelo peruano vigente: la ley 27584 y sus fundamentos constitucionales y legales | 23 |
| 5. Preguntas | 27 |
| CAPÍTULO 2 | |
| FUNDAMENTOS JURÍDICO-PÚBLICOS DEL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO | 29 |
| 1. ¿Proceso contencioso-administrativo? | 29 |
| 2. Fundamentos constitucionales del contencioso-administrativo | 30 |
| 3. La relevancia del principio de juridicidad o legalidad de la administración pública | 33 |
| 4. Tutela de los derechos fundamentales y contencioso-administrativo | 34 |
| 5. Tutela judicial efectiva y contencioso-administrativo | 36 |
| 6. Preguntas | 37 |

| | |
|--|-----|
| CAPÍTULO 3 | |
| PRINCIPIOS DEL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO | 39 |
| 1. Breve apreciación del concepto de principios | 39 |
| 2. Principios del proceso contencioso-administrativo | 40 |
| 3. Preguntas | 47 |
| CAPÍTULO 4 | |
| EL OBJETO DEL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO | 49 |
| 1. El objeto del proceso | 49 |
| 2. Concepto de pretensión procesal | 50 |
| 3. Actuaciones administrativas impugnables | 51 |
| 4. Pretensiones en el proceso contencioso-administrativo | 61 |
| 5. Acumulación de pretensiones | 70 |
| 6. El caso del proceso de lesividad | 73 |
| 7. Preguntas | 79 |
| CAPÍTULO 5 | |
| SUJETOS DEL PROCESO | 81 |
| 1. Competencia | 81 |
| 2. Partes del proceso | 86 |
| 3. Capacidad | 87 |
| 4. Legitimación para obrar | 87 |
| 5. Intervención del Ministerio Público: ley 30914 | 91 |
| 6. Preguntas | 93 |
| CAPÍTULO 6 | |
| ASPECTOS PROCEDIMENTALES | 95 |
| 1. Admisibilidad | 95 |
| 2. Procedencia | 96 |
| 3. Vías procedimentales | 104 |
| 4. Preguntas | 107 |

| | |
|--|------------|
| CAPÍTULO 7 | |
| LA PRUEBA EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO | 109 |
| 1. Introducción | 109 |
| 2. Oportunidad | 113 |
| 3. Prueba de oficio | 114 |
| 4. Carga de la prueba | 116 |
| 5. Preguntas | 120 |
| CAPÍTULO 8 | |
| MEDIOS IMPUGNATORIOS | 121 |
| 1. Concepto y fundamento | 121 |
| 2. Tipos de medios impugnatorios | 122 |
| 3. Principios jurisprudenciales | 125 |
| 4. Preguntas | 126 |
| CAPÍTULO 9 | |
| TUTELA CAUTELAR | 127 |
| 1. Concepto y finalidad de las medidas cautelares | 127 |
| 2. Verosimilitud del derecho invocado | 132 |
| 3. Peligro en la demora | 135 |
| 4. La adecuación de la medida cautelar | 137 |
| 5. La contracautela y su real vinculación con la protección del interés público | 138 |
| 6. Preguntas | 144 |
| CAPÍTULO 10 | |
| FIN DEL PROCESO: LA SENTENCIA Y OTROS MECANISMOS DE CONCLUSIÓN DEL PROCESO | 145 |
| 1. La sentencia | 145 |
| 2. Análisis de los casos específicos de las sentencias estimatorias del artículo 40 del TUO de la LPCA | 154 |
| 3. Alcances de la sentencia según una actuación reglada o discrecional | 157 |

| | |
|--|-----|
| 4. Fin del proceso: mecanismos distintos de la sentencia | 164 |
| 5. Preguntas | 168 |
| CAPÍTULO 11 | |
| EJECUCIÓN DE SENTENCIAS | 169 |
| 1. Introducción | 169 |
| 2. Sistemas de ejecución de sentencias | 171 |
| 3. La ejecución de sentencias | 174 |
| 4. Preguntas | 182 |
| BIBLIOGRAFÍA | 183 |
| VOLÚMENES PUBLICADOS | 191 |

Fondo Editorial PUCP

ABREVIATURAS

| | |
|----------------|--|
| CPC | TUO del Código Procesal Civil de 1993 |
| LPCA | Ley 27584, Ley que Regula el Proceso Contencioso-Administrativo y sus Modificatorias |
| TUO de la LPCA | Decreto supremo 011-2019-JUS, que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley que Regula el Proceso Contencioso-administrativo |
| LPAG | Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General y sus Modificatorias |
| TUO de la LPAG | Decreto supremo 004-2019-JUS, que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General |

Fondo Editorial PUCP

PRESENTACIÓN

En su visión de consolidarse como un referente académico nacional y regional en la formación integral de las personas, la Pontificia Universidad Católica del Perú ha decidido poner a disposición de la comunidad la colección jurídica «Lo Esencial del Derecho».

El propósito de esta colección es hacer llegar a los estudiantes y profesores de derecho, funcionarios públicos, profesionales dedicados a la práctica privada y público en general, un desarrollo sistemático y actualizado de materias jurídicas vinculadas al derecho público, al derecho privado y a las nuevas especialidades incorporadas por los procesos de la globalización y los cambios tecnológicos.

La colección consta de cien títulos que se irán publicando a lo largo de varios meses. Los autores son en su mayoría reconocidos profesores de la PUCP y son responsables de los contenidos de sus obras. Las publicaciones no solo tienen calidad académica y claridad expositiva, sino también responden a los retos que en cada materia exige la realidad peruana y respetan los valores humanistas y cristianos que inspiran a nuestra comunidad académica.

Lo «Esencial del Derecho» también busca establecer en cada materia un común denominador de amplia aceptación y acogida, para contrarrestar y superar las limitaciones de información en la enseñanza y práctica del derecho en nuestro país.

Los profesores de la Facultad de Derecho de la PUCP consideran su deber el contribuir a la formación de profesionales conscientes de su compromiso con la sociedad que los acoge y con la realización de la justicia.

El proyecto es realizado por la Facultad de Derecho de la PUCP bajo los auspicios del equipo rectoral.

Fondo Editorial PUCP

INTRODUCCIÓN

La presente obra tiene por objeto estudiar los alcances básicos del proceso contencioso-administrativo en el Perú, a partir de su regulación constitucional y legal en nuestro ordenamiento jurídico. En ese sentido, este estudio tiene las características de una suerte de texto básico, en el cual se busca proporcionar a los estudiantes y público en general los conocimientos iniciales para comprender nuestro régimen ordinario de control judicial de las actuaciones (y omisiones) de la administración pública sujetas al derecho administrativo.

Dentro de esos aspectos esenciales, me he preocupado por tocar todos los temas que resultan relevantes, aun cuando no se desarrollen pormenorizadamente. Este estudio inicia con un breve recuento de los antecedentes del proceso contencioso-administrativo, para luego desarrollar los fundamentos y principios del derecho procesal administrativo. A continuación, se tocan los temas propios de la regulación del proceso, que comienzan con el que resulta quizás el contenido más importante de nuestra ley: la amplitud del objeto del proceso. Posteriormente, se estudia el régimen de las partes, los aspectos procedimentales, la prueba, la tutela cautelar, los medios impugnatorios y se concluye con el estudio de la sentencia y su ejecución.

Para ello, no solo se partirá del dato legislativo —para lo cual se ha analizado el TUO de la LPCA hasta su reciente reforma, operada

por la ley 30914—, sino que se hará referencia a la doctrina más selecta que se ha ocupado del tema. Asimismo, con la necesidad de aterrizar la teoría en casos concretos, se hará referencia a casos hipotéticos y reales que ejemplifiquen las situaciones a las que se hará mención, en las que también se invocará a la jurisprudencia que a la fecha se está gestando en nuestra jurisdicción contencioso-administrativa.

Ramón Huapaya Tapia

Fondo Editorial PUCP

CAPÍTULO 1

BREVES ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y NORMATIVOS DEL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

El estudio del dato histórico en el desarrollo de las instituciones jurídico-administrativas es siempre importante, y el caso del estudio de la justicia administrativa no es una excepción a dicha regla. Conocer y comprender los antecedentes históricos de la jurisdicción contencioso-administrativa resulta sumamente útil, porque permite comprender las justificaciones que han existido a lo largo de la historia y que han sustentado cada modelo de justicia administrativa.

No considero correcto juzgar un modelo sobre la base de las soluciones que están implementadas a la fecha, no solo porque las circunstancias (económicas, sociales y legales) son distintas, sino además porque justamente hay que considerar la evolución legislativa para comprender cómo se partió de una solución primigenia a la actual.

En el caso concreto de la justicia administrativa, no sería correcto juzgar el modelo original francés de una jurisdicción excepcional con los conceptos que manejamos el día de hoy. No puede negarse que, en su momento, el modelo francés —más aun con la creación del recurso por exceso de poder— era una institución loable. La justicia administrativa surge como tal con la Revolución francesa, en un contexto distinto, sin claros antecedentes históricos de una institución similar.

Ahora bien, ¿cómo surge la noción misma de justicia administrativa? Parte de la premisa esencial de volver efectivo el principio de legalidad

sobre la administración pública, que garantice un gobierno de leyes, no de la mera voluntad de los hombres (García de Enterría, 2000b). Así pues, la propia fuerza del principio de legalidad, según el cual solo la ley es capaz de justificar la actuación del poder público en la esfera de los ciudadanos, hizo necesario el surgimiento de estamentos de control sobre la administración pública. Primero, desde la negación —el juez, so pena de prevaricación, no podrá interferir en los actos administrativos—, luego con la creación del Consejo de Estado y su evolución hasta convertirse en el máximo tribunal de la «jurisdicción administrativa» francesa, hasta la configuración moderna de dicho sistema como una justicia plenaria y efectiva.

1. EL MODELO FRANCÉS

En Francia se desarrolló la denominada «jurisdicción administrativa», que en un principio estuvo fuertemente basada en la idea de separación de poderes, de forma específica, en la necesaria separación que debe existir entre la justicia y la administración.

Inicialmente, el revolucionario asumió que «juzgar a la administración es también administrar», por lo que el principio de separación de poderes se hubiese visto vulnerado si se encomendaba el control de la administración pública a la justicia ordinaria. En otras palabras, se parte de la idea que el juez ordinario no puede controlar la actuación de la administración porque ello implicaría que el Poder Judicial pueda inmiscuirse en las competencias propias del Poder Ejecutivo. Pese a esta desconfianza, se estableció un mecanismo de «jurisdicción retenida» en Francia, en donde las funciones de control de los actos o decisiones administrativas, mediante el famoso recurso de «exceso de poder», fueron encomendadas a los propios departamentos ministeriales integrantes de la administración pública y luego en el propio jefe de Estado, como superior jerárquico de aquellos (la famosa teoría del «ministro-juez»), quienes se apoyaban para resolver tales recursos en las opiniones emitidas por un órgano

administrativo consultivo especializado, el Consejo de Estado. En estos casos, la administración «retenía» la potestad de controlar sus propios actos. Dicho sistema cambió mediante la ley del 24 de mayo de 1872, en la cual se pasó a un sistema de «justicia delegada» al propio Consejo de Estado, que dejó de ser un ente consultivo y pasó a tener competencia para resolver los «recursos contencioso-administrativos». Pero no es hasta el famoso *Arret Cadot* de 1889 que el Consejo de Estado se convirtió en la cabeza del sistema común de la jurisdicción administrativa francesa (véase Long y otros, 2017, pp. 73-75).

Ahora bien, contrariamente a lo que se creía en su momento, el modelo francés no rechaza la idea de un verdadero control jurisdiccional del actuar de la administración. Por el contrario, el Consejo de Estado siempre fue verdadera «corte» —en el sentido judicial del término— y no una autoridad administrativa más (Schwartz, 1952, p. 439). Es más, como sostuvo el profesor americano Schwartz hace más de medio siglo, la especialidad en derecho administrativo del Consejo de Estado volvía el sistema francés en uno digno de ser estudiado para los angloamericanos (1952, p. 443).

La característica inicial del sistema francés fue que se montó en un esquema de control o de revisión de los actos de la administración, mediante la técnica del así llamado «recurso por exceso de poder», destinado simple y llanamente a controlar la legalidad de su actuación, sin que resulten relevantes las concretas afectaciones o intereses que sustenten las demandas de los particulares —se decía que el particular era una suerte de Ministerio Público, cuya misión era denunciar la nulidad, a fin de que la justicia actúe en defensa de la legalidad—. Se moldeó así un «contencioso administrativo objetivo», que privilegiaba la revisión de la legalidad de la actuación administrativa antes que la tutela de los derechos del administrado.

Así las cosas, bajo el «esquema revisor», por ejemplo, en un caso donde se denegó un derecho a un particular mediante un acto administrativo ilegal, el control judicial de dicho acto se limitará a revisar la legalidad del

rechazo del pedido del administrado y, de existir un vicio de ilegalidad, lo declarará nulo. Sin embargo, no se pronunciará sobre el concreto interés del ciudadano que se ha visto afectado con esa decisión, es decir, no se pronunciará sobre si el administrado tiene o no derecho, mucho menos sustituirá a la autoridad al disponer que esta otorgue el derecho denegado injustamente.

Posteriormente, aparecieron recursos mucho más sólidos para la defensa de los derechos de los particulares como el de «plena jurisdicción», el cual fue usado para proteger sus derechos en los casos de recursos contencioso-administrativos en materia de contratación administrativa o de responsabilidad extracontractual.

Ahora bien, lógicamente, el modelo francés no se ha quedado limitado a su origen clásico de revisor y centrado en una «justicia objetiva», puesto que ha evolucionado vertiginosamente en los últimos cuarenta años. Es importante mencionar que desde la década de 1980 a la fecha, el modelo francés original se ha visto sacudido y revisado por una serie de reformas normativas sumamente importantes de las que ha dado cuenta la doctrina (García de Enterría, 2006, 2007, 2009a y 2009b; Díez Sánchez, 2010), con lo cual el clásico modelo francés ha adquirido un estatus casi idéntico a la justicia ordinaria, de manera tal que ya no es posible hablar del modelo francés como un modelo opuesto al sistema judicialista, sino que se trata de un sistema de justicia plenamente sintonizado con las exigencias actuales de tutela de los derechos (la descripción del modelo actual del contencioso-administrativo francés puede verse ampliamente en Broyelle, 2017).

2. EL SISTEMA JUDICIALISTA

El modelo francés de justicia administrativa, seguido en otras experiencias —como en países bajo influencia francófona como Bélgica, en las antiguas colonias africanas francesas y, de forma interesante, en Colombia— siempre fue muy particular. Sobre todo, porque puso en práctica un

sistema donde «la administración se juzga a sí misma», pero mediante una jurisdicción especializada, claramente independiente y técnica. Sin embargo, frente a otros ojos, dicho modelo resultaba bastante cuestionable —recuérdese la famosa polémica Dicey-Berthélemy respecto al sistema de derecho administrativo—, motivo por el cual otros países curiosamente encontraron el sistema francés como una desviación del principio de separación de poderes. Es por ello que cuando tocó establecer un modelo de control de la actividad administrativa, diversos países establecieron modelos judicialistas de contencioso-administrativo, incardinados dentro del Poder Judicial de cada país. Uno de los casos paradigmáticos es el español, a partir de 1956, o el argentino, a partir del Código Varela de 1906.

En este modelo, son órganos ubicados dentro de la estructura del Poder Judicial los llamados a juzgar, en el ejercicio de la función jurisdiccional, la actuación administrativa realizada con carácter previo. Claro está que, con el tiempo, el modelo asumió la tarea de incorporar la necesaria especialización en los órganos jurisdiccionales encargados de juzgar los actos de la administración.

Esa necesidad de especialización se aprecia incluso en nuestros días. Vale recordar que la actuación de la administración se desarrolla en múltiples ámbitos y sectores, como urbanismo, medio ambiente, recursos hídricos, competencia, energía, telecomunicaciones, mercado de valores, etcétera. En ese sentido, una adecuada administración de justicia exige que los jueces no solo conozcan el derecho administrativo, sino que, además, estén familiarizados con los sectores específicos de la actuación administrativa.

En los sistemas judicialistas del contencioso-administrativo, este se regula como un proceso jurisdiccional en el que lo relevante es la tutela de las situaciones jurídicas de las partes. Es importante precisar que no existe «un» modelo judicialista, sino países que han ubicado normativamente al contencioso-administrativo dentro de la jurisdicción ordinaria o común civil, otros que le han creado una «especialidad» dentro de la jurisdicción

ordinaria —por ejemplo, Argentina (véase Cassagne, 2011)— y otros que han desarrollado sistemas «mixtos» —como el italiano (véase Travi, 2018) y el uruguayo (véase, Durán Martínez, 2015)—, donde algunas actuaciones de la administración pública son controladas por tribunales administrativos al estilo francés y otras por la jurisdicción ordinaria del Poder Judicial (véase González Pérez, 1985).

Sin embargo, una singularidad notoria en Hispanoamérica es que, pese a ser regulado como un proceso jurisdiccional, el proceso contencioso-administrativo se moldeó sobre los dogmas del modelo francés objetivo del «proceso al acto», vale decir, como un proceso con un objeto y alcance limitado en cuanto a sus pretensiones y a sus alcances respecto a la administración pública. Pasarán muchos años para que el modelo judicialista conciba realmente al proceso contencioso-administrativo proceso jurisdiccional dirigido a brindar tutela efectiva a los derechos e intereses legítimos de los administrados (la evolución y la crítica son ampliamente tratadas en Fernández Torres, 1998).

Hoy en día, luego de un largo camino recorrido, podemos afirmar que el contencioso-administrativo es concebido como un proceso subjetivo en el cual lo relevante es la tutela del sujeto y sus situaciones jurídicas, sin perjuicio de que también se realice una revisión de la juridicidad de las actuaciones de la administración pública. Sin embargo, los frutos de esta visión subjetiva del contencioso-administrativo todavía tardan en aparecer. Se impone por ello un mayor estudio de los temas básicos del contencioso-administrativo, con el fin de efectivizar este proceso cuya importancia radica en el control de los excesos del poder administrativo y en el hecho de que solo el juez puede brindar aquello que la administración no supo tutelar a favor del administrado. Al ser así, con mayor razón se apreciará la necesidad de especialización de los jueces. Si en este modelo el juez no solo controla la juridicidad del acto, sino que además brinda tutela efectiva, necesariamente debe tener conocimiento de los temas de fondo en los que enmarcan las controversias, los cuales, evidentemente, son temas propios del derecho administrativo.

3. LA REGULACIÓN DEL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL DE 1992

Aun cuando pueden encontrarse rastros de diversas regulaciones inorgánicas del contencioso-administrativo en diversas leyes desde 1912 (Huapaya, 2006, pp. 328-391), lo cierto es que el proceso contencioso-administrativo en el Perú se reguló por primera vez «orgánicamente» en el Código Procesal Civil (CPC) de 1992 (artículos 540 a 545).

Se le reguló como un proceso abreviado: «impugnación de acto o resolución administrativa». Su naturaleza era la de un proceso contra el acto o resolución de la administración con el fin de que se declare su invalidez e ineficacia. La similitud con el modelo revisor francés antes reseñado es evidente.

En el balance que se puede realizar de este primer modelo peruano de contencioso-administrativo, se puede señalar que era disfuncional e ineficiente. Su carácter meramente revisor se reflejaba en la regulación de una sola pretensión —pedir la invalidez o ineficacia de un acto administrativo—, lo que lo convertía prácticamente en un «proceso a un acto». Por ello, claramente era una regulación insuficiente de cara a la tutela efectiva de los derechos de los administrados. En su momento, Espinosa-Saldaña (2002, p. 3) señaló incluso que este modelo era contrario a la lógica de un Estado constitucional, más proclive a la judicialización de la actividad estatal. No puedo sino mostrarme de acuerdo con dicha posición.

4. EL MODELO PERUANO VIGENTE: LA LEY 27584 Y SUS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES

La renovación de los estudios del derecho administrativo en nuestro país, llevada a cabo a partir de la publicación y entrada en vigencia de la Ley del Procedimiento Administrativo General en el año 2001, fue acompañada de la publicación de la Ley del Proceso Contencioso-administrativo (LPCA),

ley 27584, norma general de desarrollo de los procesos contencioso-administrativos en nuestro país. Esta ley, vigente a partir del 16 de abril de 2002, reguló por primera vez el proceso contencioso-administrativo de forma integral en una ley específica. Contiene una serie de innovaciones sustanciales al régimen de control jurisdiccional de la actuación de la administración pública, con las que se reemplazó el vetusto régimen contenido en el Código Procesal Civil (artículos 540 a 545).

La nueva justicia administrativa, que nace en el Perú a partir de la ley 27584, partió del entendimiento de que el juez es el último reducto de defensa de los derechos, encargado tanto de controlar la sumisión de la administración a la ley y al derecho (principio de juridicidad), así como de brindar tutela judicial efectiva (139.3 de la Constitución) al administrado.

Así las cosas, el contencioso-administrativo nace del principio de división de poderes y, en concreto, del sistema de «frenos y contrapesos» entre los poderes públicos, donde aparece que, si bien es cierto que el Ejecutivo, el gobierno nacional, los regionales y locales lo administran, el Poder Judicial controla que tales autoridades lo administren de acuerdo a lo que establezcan las leyes y el derecho.

Por tanto, la finalidad del contencioso-administrativo es ejercer el control jurisdiccional de la sumisión de la administración a la ley y al derecho, a fin de proteger, a la par, tanto la legalidad como los derechos e intereses del administrado. Conforme explicaré más adelante, la referencia al «derecho» no es gratuita. En efecto, es preciso resaltar que las actuaciones de la administración no se encuentran sujetas solamente a la ley, sino a todo el ordenamiento jurídico, con especial énfasis en los principios generales del derecho (García de Enterría, 2009c, p. 158)

Entendemos entonces que el proceso contencioso-administrativo en el Perú encuentra sus fundamentos constitucionales tanto en el artículo 148 de la Constitución (cláusula de la justicia contencioso-administrativa) como en el artículo 139.3 (cláusula del derecho a la tutela judicial efectiva).

Debemos recordar que la tutela contencioso-administrativa es de naturaleza objetivo-subjetiva (García de Enterría, 2000a). El juez brinda tutela tanto a la juridicidad —mediante el control de la aplicación del derecho—, así como protección a los derechos subjetivos e intereses legítimos de los particulares.

Como bien ha precisado Santofimio: «La idea de juzgar a la administración y de garantizar tanto los derechos subjetivos como la legalidad objetivamente considerada se ha consolidado de manera magnífica en la evolución del Estado de derecho, donde el control fluye como una necesidad justificadora y sustentadora de su existencia conceptual y práctica» (2017, p. 838).

En lo que concierne al aspecto subjetivo del proceso, en nuestro modelo se muestra en la medida que protege derechos —no se agota en el control de legalidad— y su objeto es la pretensión procesal —concreta petición de tutela de situaciones subjetivas—.

La tutela subjetiva implica que el juez de lo contencioso-administrativo es también un protector de los derechos. Ello supone que debe disponer de los medios procesales necesarios para ordenar, compeler y restablecer derechos vulnerados por la acción u omisión administrativa.

Sus herramientas serán el poder del juez en torno a la plena jurisdicción (efectos de las sentencias), sus poderes de oficio, la regulación de las pruebas, la amplitud del objeto material del contencioso, entre otros aspectos.

Ahora bien, es preciso indicar que, a lo largo de los años, la LPCA no ha estado exenta de modificaciones. Luego de su entrada en vigencia, la LPCA tuvo varios cambios en su contenido; el más amplio y sensible se efectuó con el decreto legislativo 1067 del año 2008. Ello motivó la publicación de un primer Texto Único Ordenado de la LPCA, aprobado por el decreto supremo 013-2008-JUS. Posteriormente, el mismo TUO de la LPCA fue modificado por la ley 29782 y el decreto legislativo 1158, para variar las reglas de competencia funcional en este proceso, —una de las materias más manoseadas dentro de esta regulación legal—; después,

mediante la ley 30137, para modificar otro aspecto puntual concerniente a la regulación de la ejecución de sentencias, y finalmente, mediante la ley 30914, para modificar los aspectos relativos a la intervención del Ministerio Público en el proceso contencioso-administrativo. Ello ha motivado la publicación de un segundo y novísimo Texto Único Ordenado de la LPCA, aprobado por decreto supremo 011-2019-JUS (en adelante, TUO de la LPCA).

Pese a ello, debe quedar claro que la norma, con todos sus méritos, no deja de estar sujeta a mejoras. En ese sentido, no puede decirse que estamos en un escenario óptimo en la regulación del proceso contencioso-administrativo. Quedan aún reformas pendientes en materias importantes como la tutela urgente y la tutela diferenciada, sin dejar de mencionar los problemas que faltan solucionar en lo relativo a la ejecución de sentencias contra la administración pública.

Asimismo, conforme se verá en los capítulos siguientes, reformas parciales realizadas en leyes especiales han privilegiado bastante la posición de la administración pública, lo que refuerza la presunción de legitimidad de la que gozan sus actos. En esta situación, se ha debilitado la tutela del administrado quien, por ejemplo, para obtener una tutela cautelar, no solo debe cumplir con acreditar los clásicos requisitos que manda la ley, sino además incurrir en costos excesivos para cumplir con la contracautela que estas normas establecen.

Hace falta, entonces, retornar a una forma de equilibrio que garantice la tutela efectiva de los administrados, pero sin dejar de considerar la eficacia que debe caracterizar las actuaciones de la administración. Los capítulos siguientes se centran en el desarrollo y estudio de las reglas previstas en el TUO de la LPCA que se sustentan en las premisas antes anotadas.

5. PREGUNTAS

1. ¿Cuáles son las características del modelo francés de jurisdicción contencioso-administrativa?
2. ¿Cuáles son las características del sistema judicial de jurisdicción contencioso-administrativa?
3. ¿En qué cuerpo normativo se reguló por primera vez el proceso de revisión de actos administrativos?
4. ¿Qué modelo asume nuestra Ley del Proceso Contencioso-administrativo?

Fondo Editorial PUCP

Fondo Editorial PUCP

CAPÍTULO 2

FUNDAMENTOS JURÍDICO-PÚBLICOS DEL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Nosotros, buenos salvajes, somos espíritus simples: nosotros pensamos que la justicia está hecha para el justiciable, y que su valor se mide en términos de vida cotidiana. No nos interesa el desarrollo del derecho sino la protección eficaz que recibe el particular. Yo pensaba que vuestro gran recurso le aseguraba esta protección. ¿Habré hecho un viaje tan largo para aprender que no es nada de eso?

El hurón en el palacio real o reflexiones ingenuas sobre el recurso por exceso de poder, Jean Rivero, 2002.

1. ¿PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO?

El proceso contencioso-administrativo se inscribe dentro de los medios de control jurídico que existen sobre la administración pública, junto con los procesos constitucionales y administrativos. Existen otro tipo de controles —por ejemplo, el control político—, respecto de los cuales no me pronunciaré aquí.

El mencionado proceso está regulado en nuestro país por la ley que regula el proceso contencioso-administrativo, el ya mencionado TUO de la LPCA. Nuestra ley mantiene la expresión «contencioso-administrativo», aun cuando calificada doctrina (González Pérez, 2003, pp. 90-93) ha

señalado que dicho término es un «pleonazgo», dado que su significante expresa un rezago de que el proceso contencioso-administrativo es una suerte de «segunda instancia» que sigue al procedimiento administrativo, como una suerte de «revisión extraordinaria a nivel judicial» de lo actuado en vía administrativa.

Actualmente, en lugar del término «contencioso-administrativo», se prefiere emplear los términos de «justicia administrativa» —expresión utilizada por Juan Carlos Cassagne (2017)— o de «proceso administrativo», que reflejan mejor la calidad del contencioso-administrativo: un auténtico proceso o «juicio» entre partes, que debe ser analizado desde la perspectiva del moderno derecho procesal y sus instituciones.

En el transcurso del presente análisis, emplearé indistintamente, las expresiones «contencioso-administrativo», «justicia administrativa» y «revisión judicial de la administración» como sinónimos, en la medida que todos expresan la misma idea: se trata del proceso judicial de control de las actuaciones y omisiones de la administración pública y que se encuentran sujetos al derecho administrativo.

2. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DEL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Debe recordarse que la administración pública es un conjunto de organismos e instituciones que ejercen la función administrativa estatal, a fin de ejecutar y desarrollar las políticas del Estado establecidas por el Poder Ejecutivo y los demás poderes del Estado.

Asimismo, conviene señalar que la administración pública es una organización vicarial, es un instrumento para que el Estado ejerza su función administrativa y sirva a los intereses generales o colectivos. En tal sentido, la administración tiene poderes jurídicos (potestades administrativas) exorbitantes al derecho privado para cumplir con sus fines.

La idea del proceso administrativo descansa en la finalidad de control del Estado sobre la administración pública, a través del Poder Judicial. En todo caso, se sustenta en el principio de frenos y contrapesos propio del Estado de derecho. Precisamente, el Perú es una república democrática que se organiza bajo el principio de división y separación de poderes, con arreglo a los principios del Estado de derecho, conforme se establece en el artículo 43 de la Constitución¹.

Este principio de separación de poderes implica un sistema de frenos y contrapesos (*checks and balances*) entre los poderes. No existe «primacía» ni «jerarquía» entre los poderes. Asimismo, cabe señalar que el artículo 45 de la Constitución establece que todos los poderes públicos y sus autoridades están sometidos a la Constitución y a la ley. No hay reductos de poder exentos al control ni al imperio del derecho.

En palabras de Danós, de esta manera se

garantiza el equilibrio entre los poderes del Estado, porque permite que lo decidido por las entidades y órganos que conforman la administración pública, o que ejercen funciones administrativas, en cualquiera de sus tres niveles de gobierno, es decir, nacional, regional y local, pueda ser revisado a pedido de los interesados por otro poder distinto y autónomo como lo es el Poder Judicial (2012, p. 1172).

Cabe señalar, además, que nuestra Constitución (artículo 148²) ha establecido que el control jurídico de las actuaciones y omisiones de la administración pública será realizado por el Poder Judicial. Sin embargo, dicha cláusula de la justicia administrativa no puede ser interpretada de forma aislada: tiene necesariamente que ser leída, entendida y

¹ «Artículo 43.- Estado democrático de derecho. Forma de gobierno: la República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. El Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes».

² «Artículo 148.- Las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso-administrativa».

aplicada bajo los alcances amplios del derecho a la tutela judicial efectiva que asiste a todos los ciudadanos (artículo 139 numeral 3 de la Constitución). Este control jurisdiccional de las actuaciones de la administración pública sujetas al derecho administrativo será realizado por los órganos competentes del Poder Judicial, pues así lo dispone la Constitución de 1993.

Así, el control jurisdiccional de las actuaciones de la administración pública persigue las siguientes finalidades:

- Afirmar la vigencia del principio de juridicidad o legalidad de la administración pública —sometimiento a la Constitución y al ordenamiento jurídico—, conforme a los artículos 45³ y 51⁴ de la Constitución.
- Afirmar la vigencia de los derechos fundamentales y de la protección del ciudadano (artículo 1 de la Constitución).
- Garantizar la tutela judicial efectiva (artículo 139.3⁵ de la Constitución) a todo afectado por un acto del Poder Público.

En dicha medida, nuestro sistema constitucional y las leyes apuestan porque sea el juez y no otro, el llamado a controlar la legalidad administrativa a través del proceso contencioso-administrativo.

³ «Artículo 45.- El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen. Ninguna persona, organización, Fuerza Armada, Policía Nacional o sector de la población puede arrogarse el ejercicio de ese poder. Hacerlo constituye rebelión o sedición».

⁴ «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».

⁵ «Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: [...] 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación».

De esta manera, el juez tiene los plenos poderes para determinar la existencia de vicios en la actuación administrativa, así como para ordenar que la administración pública cese actuaciones ilegales, realice y cumpla las obligaciones que le impone la ley, y para corregir los vicios que se encuentren en las actuaciones administrativas. En las siguientes líneas, desarrollaré los principios u objetivos antes enunciados.

3. LA RELEVANCIA DEL PRINCIPIO DE JURIDICIDAD O LEGALIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Un primer principio directriz que permite comprender la finalidad del proceso administrativo es el principio de juridicidad, entendido como el necesario sometimiento de la actuación de la administración pública a la ley y al derecho. Nótese que uso el término «derecho» y no ley, porque —como acertadamente se reconoce en la doctrina (García de Enterría 2009c)— el derecho administrativo es mucho más que la ley y, por ende, la administración se somete al entero y pleno ordenamiento jurídico en su conjunto. Esto, aunque es más que evidente, hay que decirlo para que no se cometa el terrible error de entender que el principio de legalidad es que la administración se somete solo al texto expreso de la ley como única fuente de derecho.

Se afirma que el proceso contencioso-administrativo se convierte en un cauce o instrumento para asegurar el sometimiento de la administración al derecho, dado que, mediante dicho proceso, el órgano jurisdiccional busca verificar que la actuación administrativa haya sido o no conforme a derecho, en el sentido de ordenamiento jurídico. Reitero que, al momento de hacer esta «revisión», el juez no puede quedarse en el análisis del texto expreso de la norma jurídica, sino que necesariamente debe tener como parámetro de referencia en su análisis de validez de la actuación administrativa a todo el ordenamiento jurídico en su conjunto, con especial énfasis en los principios jurídicos (García de Enterría, 1963 y 1984).

Un ejemplo permitirá entender lo expuesto. No existe en el TUO de la LPAG el reconocimiento expreso del principio del derecho administrativo sancionador del *non bis in idem* en su denominada «vertiente procesal» («Nadie puede ser procesado dos veces por los mismos hechos»). A partir de ello, algunas entidades públicas podrían rechazar su aplicación al señalar que la citada LPAG solo reconoce el referido principio en su vertiente «material» (numeral 11 del artículo 248 del TUO de la LPAG: «No puede sancionarse a una persona dos veces por los mismos hechos»). Pues bien, frente a la impugnación jurisdiccional de un acto administrativo que procesa indebidamente a una persona por hechos que están siendo ya procesados en otro procedimiento sancionador, el juez, al momento de resolver, debe necesariamente analizar la situación más allá del texto expreso de la ley. Al hacerlo, corroborará que los fundamentos del *non bis in idem* procesal se encuentran en los principios de legalidad (numeral 1.1. del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG) y razonabilidad (numeral 1.4 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG) que el propio TUO de la LPAG sí reconoce. Asimismo, corroborará que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sí ha reconocido el referido principio en la vertiente antes señalada (STC expediente 2050-2002-AA/TC), por lo que su aplicación al caso concreto es innegable. En ese sentido, el juez deberá declarar nulo el referido acto administrativo, al verificar que la actuación pública sometida a su conocimiento ha transgredido el «derecho», entendido como el ordenamiento jurídico en su conjunto.

4. TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

En un modelo subjetivo de contencioso-administrativo, es claro que este proceso sirve de instrumento también para la tutela de los derechos y, entre ellos, los derechos fundamentales (Fernández Torres, 2012, pp. 235-236; Rodríguez-Arana, 2010, p. 681).

Sobre la vinculación entre los derechos fundamentales y el derecho administrativo no debe quedar mayor duda. En efecto, el derecho administrativo sirve tanto como ordenamiento normativo dirigido a la satisfacción de los derechos fundamentales, como también para brindar instituciones de garantía a los ciudadanos frente a actuaciones públicas que pueden afectar o lesionar sus derechos.

Como bien se ha apuntado en la doctrina nacional, nuestro proceso-contencioso administrativo también sirve de instrumento de tutela de los derechos fundamentales. Así también lo señala el profesor Espinosa-Saldaña:

Se va imponiendo así progresivamente una percepción distinta del Proceso contencioso-administrativo, la del contencioso subjetivo o de plena jurisdicción, en el cual el análisis jurisdiccional no se limita a determinar si la administración actuó o no conforme a derecho, sino que apunta básicamente a establecer si en su quehacer dicha administración respetó los derechos fundamentales de los administrados, fenómeno al cual, por cierto, no ha sido ajeno nuestro país, pues con la dación de las leyes N° 27584 y 27684 es que se instaura en el Perú un Proceso contencioso-administrativo que reclama ser uno subjetivo o de plena jurisdicción (2012, p. 12).

Queda claro, entonces, que el proceso contencioso-administrativo sirve de cauce también para la tutela de los derechos fundamentales. Quizás el extremo en el cual se aprecia mejor este principio es en la tutela cautelar y en las sentencias que el juez emita con órdenes a la administración pública. La idea es que el juez materialice la tutela de los derechos fundamentales de los administrados mediante sus resoluciones recaídas en la solución del proceso, sea con efectos provisionales (en las cautelares) o definitivos (en las sentencias).

5. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

En línea con lo anterior y en observancia de los preceptos constitucionales que regulan la función jurisdiccional, dentro de la cual se halla el control judicial de la administración pública, se reconoce también que el proceso contencioso-administrativo busca la tutela jurisdiccional efectiva de los particulares.

Sobre el particular, el artículo 193 de nuestra Constitución establece lo siguiente:

Son principios y derechos de la función jurisdiccional: [...] 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.

En sentido similar, el artículo 4 del Código Procesal Constitucional establece lo siguiente:

Se entiende por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal.

Hay que entender que el derecho a la tutela judicial efectiva es la matriz constitucional de todos los procesos en nuestro ordenamiento jurídico. Despliega su intensidad en sus distintos momentos o facetas:

acceso a la jurisdicción, debido proceso y la ejecución de sentencias, y, asimismo, en la tutela cautelar.

Al ser la matriz constitucional de todos los procesos y consagrar el derecho fundamental de acceso a la justicia, la regulación constitucional del proceso contencioso-administrativo debe ser interpretada en función a los alcances de la tutela judicial efectiva, no al revés. En tal sentido, el proceso contencioso-administrativo es un proceso en el sentido estricto de la palabra. Al mismo se le deben aplicar todas las garantías, principios y derechos contenidos en el derecho a la tutela judicial efectiva.

Comparto lo señalado por el profesor Juan Carlos Cassagne: «la tutela judicial efectiva, ya sea que se la conciba como principio, derecho o garantía, cobra una trascendencia principalísima convirtiéndose en el paradigma central que informa a todo el sistema protectorio de los derechos de las personas» (2017, pp. 665-666).

Estos principios o fines del proceso contencioso-administrativo que han sido analizados someramente deben ser tomados en cuenta al momento de interpretar la norma al caso concreto, pues permitirán dar una visión teleológica en cada caso.

6. PREGUNTAS

1. ¿En qué principios se fundamenta el control judicial de las actuaciones de la administración?
2. ¿En qué consiste el principio de juridicidad?
3. ¿Cómo garantiza el proceso contencioso-administrativo la tutela de derechos fundamentales?
4. ¿En qué consiste la tutela judicial efectiva?

Fondo Editorial PUCP

CAPÍTULO 3

PRINCIPIOS DEL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

1. BREVE APRECIACIÓN DEL CONCEPTO DE PRINCIPIOS

La teoría general del derecho se ha preocupado por delimitar el concepto de norma, clave para entender el derecho como un sistema que va más allá de la ley formal, y clasifica, a su vez, los distintos tipos de norma en reglas y principios. Dado que en este capítulo analizaré los principios contenidos en el TUO de la LPCA, conviene precisar qué entendemos por principios.

En este punto, sigo las precisiones realizadas por Guastini (2016, p. 76), para quien los principios se caracterizan por (i) su carácter fundamental y, (ii) porque sufren de una particular forma de indeterminación.

Su carácter fundamental se encuentra en que dotan de justificación axiológica a otras normas y que, ellas mismas, no requieren ningún fundamento axiológico. De ahí que se sostenga, con razón, que los principios poseen una fuerte carga valorativa que sirve de fundamento a las demás reglas del ordenamiento jurídico.

Por su parte, su naturaleza indeterminada está vinculada a su contenido. Conforme explica Guastini (2016, p. 77), dicha indeterminación puede hallarse en el supuesto de hecho abierto, en la «derrotabilidad» de la norma o en su generalidad. En el supuesto de hecho abierto, porque existen distintos escenarios fácticos susceptibles de permitir el cumplimiento del fin que subyace al principio; y en la

derrotabilidad porque los principios presentan diversas excepciones implícitas en su ámbito de aplicación.

Sin entrar en detalles, importa destacar aquí que, en la mayoría de casos, los principios son normas cuyo supuesto de hecho es abierto, lo cual permite a quien aplica el principio a subsumir conductas varias que son susceptibles de cumplir con la finalidad de la norma, es decir, con la realización del valor que sustenta el principio.

Ahora bien, precisamente si se considera dicho carácter fundamental es que los principios cumplen un rol esencial en la interpretación de la ley. Al tomar en cuenta su trasfondo valorativo, los principios sirven para dar sentido a las demás reglas e instituciones del ordenamiento jurídico.

En el caso concreto del derecho procesal administrativo, los principios servirán precisamente para ello, para atribuir un significado a las reglas que sea acorde con el valor que subyace a dichos principios. En ese sentido, los principios que analizaré en breve serán el canon interpretativo sobre el cual se estudiarán las demás normas.

2. PRINCIPIOS DEL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Como proceso ordinario, el contencioso-administrativo utiliza y emplea las técnicas propias de los procesos jurisdiccionales. Comparte por ello los principios que informan a todos los procesos de dicha índole. De ahí que resulte necesario distinguir entre los principios del derecho procesal aplicables al proceso contencioso-administrativo, como el principio de tutela jurisdiccional efectiva o independiente de los órganos jurisdiccionales; y los principios específicos que regula nuestro TUO de la LPCA, como son el principio de integración, el principio de igualdad procesal, el principio de favorecimiento del proceso y el principio de suplencia de oficio.

En adelante, desarrollaré solo los principios expresamente regulados en el TUO de la LPCA, sin perjuicio de mencionar que ya existen estudios sumamente completos sobre los principios generales del

derecho procesal, incluso vinculados al escenario del derecho procesal administrativo (Priori, 2009).

2.1. Principio de integración

El numeral 1 del artículo 2 del TUO de la LPCA regula el principio de integración en los siguientes términos:

El proceso contencioso-administrativo se rige por los principios que se enumeran a continuación y por los del derecho procesal, sin perjuicio de la aplicación supletoria de los principios del derecho procesal civil en los casos en que sea compatible:

1. Principio de integración. - Los jueces no deben dejar de resolver el conflicto de intereses o la incertidumbre con relevancia jurídica por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos deberán aplicar los principios del derecho administrativo.

En efecto, en virtud del principio de integración, le está prohibido al juez limitar su análisis al estudio de la ley formal, y debe alegar que existe un vacío en caso no exista ley que brinde respuesta al problema sometido a su conocimiento. Por lo demás, se trata de una regla vieja en el derecho administrativo —prevista ya en el artículo VIII del Título Preliminar del TUO de la LPAG¹—, y en el derecho en general: la prohibición del *non liquet*, o la regla que impide al juez dejar de resolver un caso puesto a su conocimiento por vacíos o deficiencias del derecho aplicable.

¹ «Título Preliminar. Artículo VIII.- Deficiencia de fuentes. 1. Las autoridades administrativas no podrán dejar de resolver las cuestiones que se les proponga, por deficiencia de sus fuentes; en tales casos, acudirán a los principios del procedimiento administrativo previstos en esta Ley; en su defecto, a otras fuentes supletorias del derecho administrativo, y solo subsidiariamente a estas, a las normas de otros ordenamientos que sean compatibles con su naturaleza y finalidad. 2. Cuando la deficiencia de la normativa lo haga aconsejable, complementariamente a la resolución del caso, la autoridad elaborará y propondrá a quien compete, la emisión de la norma que supere con carácter general esta situación, en el mismo sentido de la resolución dada al asunto sometido a su conocimiento».

Por el contrario, en nuestro sistema jurídico en general, y en el contencioso-administrativo en concreto, el juez está llamado a recurrir a los principios como método de integración e interpretación. En efecto, en caso de un verdadero vacío en el ordenamiento, los principios jurídicos propios del derecho administrativo han de servirle para que integre el ordenamiento. Asimismo, sirven como guía interpretativa en caso existan múltiples normas aplicables —en el sentido de múltiples interpretaciones posibles sobre una misma regla—; son los principios jurídicos propios del derecho administrativo los que entrarán a tallar para guiar al juez hacia la interpretación correcta.

Cabe destacar que la norma remite expresamente a los principios del derecho administrativo, por lo que el juez deberá recurrir a los principios consagrados en el artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG, como son los principios del debido procedimiento, verdad material, informalismo, predictibilidad, buena fe, confianza legítima, entre otros. No obstante ello, también podrá emplear los principios que se deriven de normas especiales o sectoriales del derecho administrativo². Por cierto, tampoco hay que dejar de tener en cuenta a los principios proclamados por la jurisprudencia o la doctrina, toda vez que los principios en el derecho público no se agotan en los que estén jurídicamente recogidos en la norma positiva.

Conforme se aprecia, los principios mencionados permiten al juez decidir sobre el fondo del asunto sometido a su conocimiento. Por ejemplo, los principios de buena fe y confianza legítima permiten al juez establecer límites a los poderes de la administración.

Otro ejemplo se encuentra en el principio de informalismo o de formalismo moderado que puede ser usado por el juez al momento de decidir un caso en materia de contratación pública. Así, en caso se

² Por ejemplo, hay grandes normas administrativas —como el Código Tributario, la Ley de Contrataciones del Estado, entre otras— que regulan sus propios principios jurídicos sectoriales, en algunos casos distintos a los proclamados por la Ley del Procedimiento Administrativo General.

impugne una decisión del Tribunal de Contrataciones del Estado, en donde se declare nula una adjudicación de buena pro por incumplimiento de algunos requisitos formales establecidos en las bases, el juez deberá evaluar la legalidad del acto tomando como parámetro el referido principio.

2.2. Principio de igualdad procesal

En el numeral 2 del artículo 2 del TUO de la LPCA se regula el principio de igualdad procesal:

2. Principio de igualdad procesal. - Las partes en el proceso contencioso-administrativo deberán ser tratadas con igualdad, independientemente de su condición de entidad pública o administrado.

A partir de dicho principio se ordena al juez a tratar por igual a ambas partes del proceso. Ello quiere decir que no puede existir favorecimiento ni del administrado ni de la administración pública. Claro está, con excepción de las reglas que expresamente buscan subsanar alguna disparidad expresa entre las partes del proceso, por ejemplo, las reglas sobre la carga de la prueba en materia sancionadora conforme al artículo 32 del TUO de la LPCA.

Sobre el particular, son ilustrativas las reflexiones de los profesores García de Enterría y Fernández (2015, p. 502): «El principio de absoluta independencia del Poder Judicial, artículo 117.1 de la Constitución, que obliga a una objetividad absoluta, 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».

Lo dicho vale respecto de todas las partes del proceso y de los diferentes tipos de procesos plurisubjetivos que puedan presentarse. Como se verá luego, en un contencioso-administrativo puede darse el supuesto clásico de un particular que demanda a la administración; también podría darse el caso de un particular vencido en un procedimiento trilateral

que demanda a la administración que resolvió su caso y al particular beneficiado del acto ganador en dicho procedimiento; o casos donde la parte demandante está conformada por varios administrados afectados por la misma actuación administrativa (supuesto de partes con intereses comunes). Inclusive, puede darse el supuesto de una administración que demanda a un administrado beneficiado por un acto administrativo ilegal (caso del proceso de lesividad). En todos estos casos necesariamente regirá la regla de igualdad del proceso.

No obstante, esta regla ha tenido algunas excepciones, adoptadas por la ley en nombre de la tutela diferenciada. Por ejemplo, existen reglas procesales de excepción del agotamiento de la vía administrativa para el caso de demandas relativas al contenido esencial de una pensión en materia previsional (numeral 4 del artículo 20 del TUO de la LPCA). Se entiende que dicha regla, que exceptúa del agotamiento de la vía administrativa a tales demandas, busca favorecer el acceso a la justicia de aquellas personas de avanzada edad que buscan tutela a sus pretensiones pensionarias denegadas en vía administrativa. Por tanto, considero que se trata de una excepción válida al señalado principio de igualdad procesal.

2.3. Principio de favorecimiento del proceso

El numeral 3 del artículo 2 del TUO de la LPCA contempla el principio de favorecimiento del proceso en los siguientes términos:

3. Principio de favorecimiento del proceso. - El juez no podrá rechazar liminarmente la demanda en aquellos casos en los que por falta de precisión del marco legal exista incertidumbre respecto del agotamiento de la vía previa.

Asimismo, en caso de que el juez tenga cualquier otra duda razonable sobre la procedencia o no de la demanda, deberá preferir darle trámite a la misma.

Al respecto, comenta Danós:

El «principio de favorecimiento del proceso» está vinculado al principio más conocido como *in dubio pro actione* y según la Exposición de Motivos del Proyecto que dio origen a la ley 27584; en caso que los jueces encargados de tramitar el proceso tengan duda razonable acerca de la procedencia de la demanda, deberán preferir darle trámite sin perjuicio de poder verificar el cumplimiento o no de los requisitos de procedibilidad a lo largo del proceso. El objetivo es facilitar el acceso a los ciudadanos a la tutela judicial efectiva, a fin de evitar que interpretaciones en exceso formalistas menoscaben su derecho constitucional a cuestionar judicialmente actuaciones administrativas que consideren ilegales (2012, pp. 1177-1178).

Como veremos más adelante, este principio es clave para interpretar cuándo se ha agotado la vía administrativa. En suma, lo correcto es sostener que, en caso de cualquier duda sobre el agotamiento de la vía administrativa, debe favorecerse el acceso al proceso, esto es, el acceso a la tutela judicial efectiva.

Hay que poner las cosas en perspectiva: incluso, cuando luego de la duda, se determine que efectivamente no se llegó a agotar la vía administrativa en forma previa a la demanda, cualquier deficiencia producida al respecto en esta vía puede y debe ser suplida mediante la puesta en conocimiento de la demanda a la administración, la cual tendrá precisamente el plazo para contestarla y ejercer así su derecho de defensa. Basta esto para que se vea superada cualquier necesidad de «agotamiento», con lo cual, a nuestro criterio, el juez no podrá utilizar la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa, ya que en nuestro medio la misma se ve suplida perfectamente con la contestación de la demanda por parte de la administración.

2.4. Principio de suplencia de oficio

Por último, se encuentra el principio de suplencia de oficio que está contemplado en el numeral 4 del artículo 2 del TUO de la LPCA en los siguientes términos:

4. Principio de suplencia de oficio. - El juez deberá suplir las deficiencias formales en las que incurran las partes, sin perjuicio de disponer la subsanación de las mismas en un plazo razonable en los casos en que no sea posible la suplencia de oficio.

Sobre este principio, comenta Jiménez Vargas-Machuca:

Significa que el juez debe procurar subsanar (adecuando la vía) la demanda, pero en caso se requiera subsanaciones que solo puede realizar (por tener requisitos especiales) el demandante, entonces le dará un plazo razonable (no 1 ni 2 días, como a menudo se concede, sino a partir de 3 días, y preferiblemente más, según las circunstancias y la dificultad de su subsanación o adecuación), a fin de que la demanda se vuelva procesalmente viable (2012, p. 31).

Este principio va acorde con el principio de informalismo previsto en la LPAG, en el sentido de que no cabe rechazar o retrasar la admisión de la demanda si nos encontramos frente a omisiones o defectos fácilmente subsanables, incluso por el mismo juez.

En concreto, el juez debe subsanar de oficio cualquier deficiencia formal de las partes del proceso. Si no pudiera, debe disponer que las partes hagan la subsanación, aclaración, corrección, etcétera, pero con un plazo razonable, mayor a los de la ley o del Código Procesal Civil, a fin de resguardar adecuadamente la marcha del proceso y evitar así sentencias inhibitorias, que son la negación de la justicia.

3. PREGUNTAS

1. ¿Cómo se diferencian las reglas de los principios?
2. ¿En qué consiste el principio de suplencia de oficio?
3. ¿En qué consiste el principio de integración?
4. ¿En qué consiste el principio de favorecimiento del proceso?

Fondo Editorial PUCP

Fondo Editorial PUCP

CAPÍTULO 4
EL OBJETO DEL PROCESO
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

1. EL OBJETO DEL PROCESO

Uno de los elementos más novedosos y que requieren un bagaje previo de conocimiento de las formas jurídicas de actuación en el derecho administrativo radica en la regulación del objeto del proceso contencioso-administrativo. El objeto del proceso contencioso-administrativo es la pretensión procesal administrativa: una petición realizada por un sujeto y dirigida a un juez a fin de que una entidad de la administración pública le satisfaga un interés legítimo o un derecho subjetivo reconocido por el ordenamiento jurídico.

En ese sentido, a partir de la LPCA quedaron atrás las ideas clásicas que señalaban que el objeto del proceso contencioso-administrativo era el acto objeto de revisión. Conforme he señalado anteriormente, se ha pasado de un modelo contencioso objetivo a un modelo contencioso subjetivo, que busca tanto el control jurídico de las actuaciones y omisiones administrativas, así como la efectiva tutela de los derechos de los administrados. Se ha pasado de un modelo de mera revisión del acto a uno de tutela de derechos del administrado.

Por el contrario, en el Perú, el TUO de la LPCA prevé que el proceso contencioso-administrativo sea un proceso jurisdiccional pleno, donde el juez tiene todos los poderes para disponer las medidas necesarias

para la tutela de los derechos e intereses afectados por la actuación administrativa.

Resulta claro que el objeto del proceso contencioso-administrativo es la pretensión procesal administrativa, con énfasis en su contenido específico de «derecho administrativo». De esta manera, son controlables a través del proceso contencioso-administrativo las actuaciones de la administración pública sustentadas o sometidas al derecho administrativo, conforme al artículo 4 del TUO de la LPCA. La eventual impugnación jurisdiccional de las actuaciones de la administración pública —en cuanto persona jurídica— sujetas al derecho privado o a distintas ramas del derecho, serán conocidas por los órdenes jurisdiccionales correspondientes —sea el civil y comercial o el laboral, por ejemplo—.

2. CONCEPTO DE PRETENSIÓN PROCESAL

Ahora bien, una lectura atenta del TUO de la LPCA revela que se nos habla tanto de las pretensiones como de las actuaciones administrativas impugnables. Ello es así por la estrecha vinculación que existe entre ambas, dado que las primeras (pretensiones) se deducen siempre en relación con las segundas (actuaciones administrativas). Así lo dice también Víctor Baca:

[...] las pretensiones necesariamente deben deducirse en función de una previa actuación administrativa (que habitualmente no será el «objeto» del proceso, sino un presupuesto procesal). Así, de acuerdo al artículo 1 de la LPCA, la finalidad del proceso contencioso-administrativo es doble: por un lado, la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados, pero, por otro y como condición previa, el control jurídico de las actuaciones de la administración pública, habiéndose incluso establecido una lista de aquéllas contra las que procede la impugnación (2009, p. 113).

Recordemos que la pretensión se conforma de un «pedido» —expresión concreta de lo pedido al órgano jurisdiccional— y una causa *petendi* —fundamentos de hecho y de derecho del pedido—.

Al ser así, es evidente que el sustento fáctico de la pretensión procesal administrativa está dado por unos hechos que han acaecido en la realidad, hechos motivados por una actuación administrativa específica —por ejemplo, un acto materializado en una resolución o una actuación material de un funcionario público—, o precisamente, por la falta de dicha actuación administrativa —en los supuestos de inactividad administrativa formal o material—. Por ende, la pretensión está estrechamente vinculada con la actuación impugnada (acto, actuación material, etcétera), puesto que esta última sirve de presupuesto fáctico para formular aquella.

3. ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS IMPUGNABLES

Las actuaciones impugnables conforman el denominado «conflicto administrativo», esto es, lo que genera una afectación a un derecho o interés de un administrado y que, a su vez, motiva en dicho sujeto la necesidad de la interposición de una demanda dirigida a fin de que el órgano jurisdiccional brinde satisfacción de las pretensiones procesales que pudiera incoar.

La ley recurre al concepto de «actuación administrativa» por ser más comprensivo que el concepto de «acto administrativo». De esta manera, se supera la idea de que el acto administrativo es la única forma de manifestación de la voluntad de las entidades administrativas. En efecto, no se puede dejar de lado que la administración procede a través de actuaciones propiamente dichas, esto es, actos administrativos, actuaciones materiales y contratos administrativos. Asimismo, se manifiesta a través de omisiones, como la falta de cumplimiento de un mandato contenido en una ley o un acto administrativo (inactividad formal e inactividad material).

Ahora bien, sobre este tema, es necesario señalar que, al regular las actuaciones impugnables, el legislador puede optar por hasta tres sistemas: un sistema de lista «duro», un sistema de «lista atenuada» y un sistema de

cláusula general. Ejemplo del primer sistema es el sistema español de la ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1998, en el cual se regulan específicamente las únicas actuaciones impugnables y sus correlativas pretensiones.

De otro lado, se inscriben sistemas de lista atenuada, donde primero se señala un control universal de todo tipo de actuaciones administrativas, para luego señalar un catálogo no taxativo de actuaciones impugnables, como el Código de Proceso de los Tribunales Administrativos de Portugal (ley 15/2002), el Código Procesal Administrativo de la Provincia de Buenos Aires (ley 12.008 del año 1997) y nuestro TUO de la LPCA.

Asimismo, existe un sistema de cláusula general, como el previsto en Alemania, en donde «son conocidas por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo las pretensiones que se deduzcan con relación a asuntos jurídico públicos no constitucionales» (artículo 40, numeral 1 de la *Wervaltungsgerichtordnung*, Ley de la Justicia Administrativa de Alemania de 1960). Como puede apreciarse, el sistema alemán no conoce una lista de actuaciones impugnables, en la medida que considera más importante el estudio de las relaciones jurídico-administrativas antes que centrarse en los vehículos que las contienen.

Ahora bien, en concreto, la lista de actuaciones impugnables que contiene el artículo 4 del TUO de la LPCA es la que explicaré a continuación.

3.1. Los actos administrativos y cualquier otra declaración administrativa

El acto administrativo es la forma más común de manifestación de voluntad que emiten las entidades de la administración pública. Nuestra legislación tiene una peculiaridad frente a otros ordenamientos, puesto que en ella se define efectivamente el concepto de acto administrativo, de manera que seguir definiciones doctrinarias o jurisprudencias, en realidad, no resulta muy útil.

Así, el artículo 1 del TUO de la LPAG establece que «son actos administrativos, las declaraciones de las entidades que, en el marco de las normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta». Pero también interesa tener en cuenta que este mismo artículo señala que no son actos administrativos: (i) los actos de administración interna, entendidos como aquellos que están «destinados a organizar o hacer funcionar sus propias actividades o servicios»; y, (ii) las actuaciones materiales o meros hechos administrativos.

En ese sentido, resulta necesario atender a la problemática de lo que la doctrina ha llamado «acto administrativo a efectos jurisdiccionales» (Bocanegra, 2012, pp. 46-49), puesto que, en puridad, no todos los actos administrativos son impugnables en el proceso contencioso-administrativo, sino, conforme a la regla del artículo 217.2 del TUO de la LPAG, solo aquellos de contenido decisorio o, mejor dicho, los que ponen fin al procedimiento administrativo, y, de forma excepcional, aquellos actos de trámite o interlocutorios que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento —por ejemplo actos que determinen la inadmisibilidad o improcedencia de una solicitud en la vía administrativa— o que causen indefensión —por una grave afectación al debido proceso administrativo—. Claro está, que todos los actos que pretendan ser impugnados en la vía contencioso-administrativa deberán haber agotado la vía administrativa cuando ello sea preceptivo.

También en la definición de «acto a efectos jurisdiccionales» hay que tener en cuenta la expresión que señala que también será impugnable, aparte de los actos administrativos, «[...] y cualquier otra declaración administrativa». ¿A qué alude ello? Evidentemente, dicha frase excluye a las declaraciones de la administración pública emitidas en uso de la potestad reglamentaria —ya que son objeto de cuestionamiento por la acción popular regulada en el Código Procesal Constitucional— y a las declaraciones de la administración pública emitidas en uso de la actividad contractual —ya que tienen su sede impugnatoria en el

arbitraje o residualmente en el contencioso-administrativo, conforme al numeral 5 del artículo 4 del TUO LPCA—.

Creemos que dicha expresión pretende cubrir aquellos casos excepcionales que se encuentren referidos a que están dentro del ámbito de control del contencioso-administrativo: (i) la actividad informal de la administración pública, entendida como aquella que se materializa a través de declaraciones de voluntad que no consisten en una declaración negocial o en un acto administrativo, sino en actuaciones informales como comunicados, información colocada en páginas web¹, avisos publicitarios o informativos estatales, noticias difundidas por el Estado, actos administrativos no procedimentalizados, entre otras expresiones que no se formalizan por la manifestación clásica de las resoluciones administrativas²; y (ii) a aquellos casos en los que las entidades de la administración pública pretendan desconocer el contenido material de una declaración administrativa, refutando que exista un acto administrativo. Por ejemplo, una entidad pública que sanciona a un empleado vía memorando y luego pretende que el mismo no sea impugnado al invocar que se trata de un «acto de administración interna». La expresión «y cualquier otra declaración administrativa», busca cubrir estos fraudes a la ley y pretende generalizar el control jurisdiccional inclusive de los casos

¹ La cual tiene carácter y valor oficial conforme a la ley 29091.

² Es preciso manejar con prudencia el caso de la actividad administrativa informal. Sus manifestaciones no son materializadas en actos administrativos emitidos en «sentido clásico», y, por ello, en principio no serían «impugnables» vía una pretensión de nulidad. Pero eso no quiere decir que carezcan de efectos jurídicos, que no puedan ser analizados desde un parámetro de validez o que no produzcan efectos patrimoniales. Por ende, una actuación informal, por ejemplo, puede ser ilegal, o incluso siendo legal, podría generar daños sobre las personas y su patrimonio. Ello ameritaría una pretensión indemnizatoria, que tendría que ser vista en lo contencioso-administrativo. Lastimosamente, en la actualidad solo podría ser tratada como una pretensión accesorio debido a la limitación absurda del TUO LPCA, pero en el futuro, en una reforma normativa, los efectos perjudiciales para los administrados de una actuación informal podrían ser cuestionados por la vía de la pretensión indemnizatoria como pretensión principal y autónoma. Agudo González, 2013, trata el tema de la actuación informal.

dudosos en los cuales las actuaciones administrativas formalizadas no se materialicen en un acto administrativo³.

3.2. El silencio administrativo, la inercia y cualquier otra omisión de la administración pública

La inactividad administrativa es la peor forma de patología existente con relación a la actuación administrativa. En tal medida constituye el incumplimiento de dos deberes específicos: por un lado, el de cumplir con las obligaciones específicas establecidas por una norma jurídica o por una ley a cargo de la administración y, por otro lado, el de cumplir con el principio de eficacia que toda entidad administrativa en función al servicio de los intereses generales debe cumplir.

Como se sabe, en el derecho administrativo se distingue entre inactividad formal e inactividad material de la administración pública (Nieto, 1962). Conforme a lo señalado por la doctrina, «el concepto de inactividad material se corresponde con la idea ordinaria de la misma: es una pasividad, un no hacer de la administración en el marco de sus competencias ordinarias. La inactividad formal se refiere, por su parte, a la pasividad de la administración dentro de un procedimiento, es la simple no contestación a una petición de los particulares» (Nieto, 1962, p. 80).

Ahora bien, definido lo anterior, el TUO de la LPCA recoge como una «actuación impugnabile» de forma genérica al silencio, inercia, omisión o cualquier forma de inactividad, sin distinguir entre el tipo de inactividad que se trate, lo cual nos parece erróneo, porque nuestra normativa procesal administrativa no distingue adecuadamente los fenómenos jurídicos que surgen de la distinta tipología de la inactividad (formal y material), la cual ha sido objeto de sólidos estudios doctrinarios (Gómez Puente, 2011).

Sin perjuicio de ello, se debe recordar que el silencio no es una forma de inactividad administrativa, sino que es una técnica jurídica

³ Sobre todos estos temas, recomendamos revisar a Betancor, 2012.

destinada a constituir una especie de «remedio» para el ciudadano frente a la mencionada inactividad. Y en todo caso, lo que se debe tener en claro cuando se menciona en la norma bajo comentario que el «silencio» es una actuación impugnabile, la referencia está hecha a la posibilidad de impugnar en la vía contencioso-administrativa cuando ocurra el silencio administrativo negativo en materia de recursos administrativos de reconsideración, apelación o revisión contra actos administrativos previos de gravamen, denegatorios o desfavorables total o parcialmente a los administrados; o al silencio negativo que podría recaer en procedimientos iniciados a pedido de parte seguidos en instancia única —de acuerdo a lo previsto en los literales a, b y c del numeral 228.2 del artículo 228 del TUO de la LPAG—. Vale decir, en los casos donde el silencio negativo «agota la vía administrativa» debido a la falta de emisión de un acto administrativo en el marco de un procedimiento administrativo, lo que permite a nuestra legislación sustantiva su impugnación en sede jurisdiccional.

Ahora bien, la norma no se limita a regular al silencio como única forma de inactividad administrativa impugnabile en el contencioso-administrativo, también hace referencia a la «inercia» y a cualquier otra «omisión de la administración pública».

¿A qué supuestos se refiere la norma bajo comentario? Considero que dicha norma, al referirse a la «inercia», hace mención de un supuesto de paralización, en el sentido lingüístico del término, pero no tiene una correlación jurídica expresa. Lo cierto es que el silencio no es la única «omisión» impugnabile. Lo importante es entender que «inercia» y «omisión» son considerados sinónimos bajo el término de la LPCA. Entonces, ¿cuáles son las otras omisiones impugnables de la norma bajo comentario?

A nuestro entender, el término bajo análisis cubre los siguientes supuestos:

- La inactividad material, que consiste en la falta de cumplimiento de una obligación de una entidad de la administración pública contenida en una ley o acto administrativo firme.
- La llamada «denegatoria ficta», que consiste, a diferencia del silencio negativo, en la denegatoria automática de un recurso administrativo por el mero transcurso del plazo regulado para su resolución y notificación⁴. Por ejemplo, el plazo regulado en el artículo 133 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el decreto supremo 344-2018-EF.
- La posibilidad de impugnar el silencio positivo por parte de un tercero administrado afectado por el mismo, conforme lo habilita el numeral 4 del artículo 18 del TUO de la LPCA.

Por el contrario, el término no cubre los supuestos de la denominada inactividad convencional —ya prevista por el numeral 5 del artículo 4 del TUO LPCA— y la inactividad reglamentaria —regulada por el artículo 66 del Código Procesal Constitucional—. Tampoco, evidentemente, alcanza a la inactividad del legislador, que se puede enfrentar vía la acción de inconstitucionalidad o por la vía del amparo por omisión.

⁴ Son muy escasos los supuestos de denegatoria ficta existentes en nuestro ordenamiento. Con todo, es importante distinguir entre el silencio negativo y la denegatoria ficta, que son figuras jurídicas radicalmente diferentes. Recuérdese siempre que el silencio negativo es un derecho potestativo a favor del particular, quien siempre tendrá la opción de esperar la resolución expresa de su recurso o, por el contrario, considerarlo denegado e impugnar en la vía jurisdiccional —por eso la regla prevista en el artículo 197, numeral 5, del TUO de la LPAG que precisa que «El silencio administrativo negativo no inicia el cómputo de plazos ni términos para su impugnación»—. A diferencia de ello, la denegatoria ficta no tiene nada de optativa, es una denegatoria obligatoria, automática, que se produce por el mero transcurso del plazo para resolver y notificar un recurso. A partir del día siguiente en que vence dicho plazo perentorio, el administrado debe considerar denegado su recurso, habilitándosele para tal efecto la vía impugnatoria del contencioso-administrativo.

3.3. La actuación material que no se sustenta en acto administrativo

Esta es la denominada «vía de hecho administrativa».

3.4. La actuación material de ejecución de actos administrativos que trasgrede principios o normas del ordenamiento jurídico

En estos dos dispositivos tenemos ejemplo de las actuaciones catalogadas como «vías de hecho administrativas». Lo importante es que la ley antes que recurrir al concepto indeterminado expresado de «vías de hecho», lo que ha realizado es una innovación al definir qué se entiende por vía de hecho.

En primer lugar, la vía de hecho se genera cuando la actuación material no se sustenta en acto administrativo alguno, es decir, carece de título para su realización. Por ejemplo, si se procede con un decomiso de bien o una demolición sin que exista una orden previa.

De otro lado, las actuaciones materiales que violen principios o normas del ordenamiento jurídico son vías de hecho administrativas. Lo serán cuando violen derechos fundamentales (intimidad, inviolabilidad de domicilio, secreto de papeles privados, trabajo, etcétera), cuando violen el principio de razonabilidad, o cuando se produzcan infracciones graves a las normas de procedimiento. Este sería el caso, por ejemplo, de una demolición luego de haberse obtenido la licencia correspondiente en vía de regularización, es decir, pese a haber cesado la situación ilegal.

3.5. Las actuaciones u omisiones de la administración pública respecto de la validez, eficacia, ejecución o interpretación de los contratos de la administración pública, con excepción de los casos en que es obligatorio o se decida, conforme a ley, someter a conciliación o arbitraje la controversia

En nuestro país, los conflictos que se suscitan en el marco de los contratos públicos han sido entregados a la jurisdicción arbitral, de manera que, en principio, esta disposición es de escasa —por no decir, nula— aplicación. Siendo así, ¿cuál fue el propósito de regularla?

Recordemos que la LPCA entra en vigencia en una situación diferente a la actual, en la que prácticamente el universo de las controversias contractuales, donde son parte las entidades de la administración pública, se resuelven en arbitraje. En ese sentido, esta disposición tenía sentido para resolver el aspecto relativo a los contratos celebrados antes de la ley 26850, Ley de Contrataciones del Estado —ahora derogada—, muchos de los cuales se encontraban en ejecución en el año 2001, en cuyo caso —en defecto de una cláusula arbitral—, eran de aplicación las normas de la LPCA.

Actualmente son escasos los supuestos donde no se haya pactado cláusula arbitral en los contratos de la administración pública, bajo los generosos alcances del artículo 63 de la Constitución y el artículo 4 del decreto legislativo 1071, que regula el arbitraje. Por tanto, el ámbito material del contencioso-administrativo sobre la actividad contractual de la administración pública será residual. Sin embargo, si no hubiera pacto arbitral, entonces se aplicará esta cláusula. Ahora bien, téngase en cuenta que esta cláusula es amplia y regula tanto actuaciones como omisiones derivadas de un contrato suscrito por la administración pública. Esta cláusula, además, tiene un amplio alcance subjetivo, en el sentido que aplica a todos los contratos de la administración pública donde no haya pacto arbitral. Lógicamente los conflictos deben estar referidos a validez (nulidad), eficacia, ejecución, o la interpretación contractual, sea por acción de la propia administración pública o por su omisión.

3.6. Las actuaciones administrativas sobre el personal dependiente al servicio de la administración pública

Sobre este punto, interesa resaltar que con la aprobación de la nueva Ley Procesal del Trabajo —así como la previa reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial sobre la materia— se dispuso una transformación radical de la competencia en materia contencioso-administrativa del empleo público, puesto que la misma ha sido entregada a los jueces del orden laboral, pero con sujeción a las reglas del proceso contencioso-administrativo.

De tal manera que ahora tenemos un proceso «contencioso-administrativo» especializado en «materia laboral pública» —que incluye lo laboral propiamente dicho, los temas de seguridad social, disciplinarios, y previsionales—, que se sigue ante los jueces de la especialidad laboral, quienes han asumido desde tal reforma normativa el rol de protección de los derechos e intereses de los trabajadores al servicio del Estado, quienes tendrán que acudir a dichos jueces para obtener tutela jurisdiccional con el uso de las normas del TUO de la LPCA.

Asimismo, en lo que respecta al contencioso-administrativo para cuestionar los actos de la autoridad administrativa de trabajo, por efecto del decreto legislativo 1067 —base del actual TUO de la LPCA—, la competencia también fue trasladada a los jueces laborales, de tal manera que ahora puede afirmarse que estos jueces son los que manejan enteramente el proceso contencioso-administrativo por todos los aspectos que atañen a la materia laboral vinculada con la administración pública.

Especial interés tiene el tema de las sanciones administrativas relativas al empleo público, derivadas de la aplicación de la Ley del Servicio Civil. A nuestro criterio, tales conflictos serán resueltos ante los jueces laborales, pero con el uso de las reglas del contencioso-administrativo, debido a la *vis atractiva* que ejerce el ámbito material de competencia de los jueces especializados en lo laboral conforme a la Ley Procesal del Trabajo y a lo previsto en la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial. El mismo criterio deberá emplearse para el caso de las sanciones derivadas de la potestad sancionadora de la Contraloría General de la República, aplicable conforme a la ley 29622, cuyo ámbito material pertenece también a los jueces especializados en lo laboral, por ser sanciones de inhabilitación que implican el término del vínculo entre la administración pública empleadora y sus servidores o funcionarios.

Por tanto, hoy en día, tal como están las cosas, esta «actuación impugnada» estaría derogada tácitamente por las normas del numeral 4 del artículo 1 de la Ley Procesal del Trabajo – Ley 29497, que regulan el «contencioso-administrativo laboral» para todas las cuestiones vinculadas

a relaciones jurídicas entre la administración pública y el personal a su servicio, sean propias del servicio activo o del régimen previsional público.

4. PRETENSIONES EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

En el derecho administrativo se han concebido, por lo general, solo dos tipos de pretensiones: la pretensión de nulidad y la pretensión de plena jurisdicción. La primera esta dirigida a la invalidación de un acto administrativo y la segunda esta dirigida al restablecimiento de un derecho o reparación de los perjuicios ocasionados por la administración.

Actualmente, este esquema dual ha sido superado, pues el diseño de las pretensiones depende de las particularidades del caso, concretamente, de la actuación administrativa a la cual está vinculada.

4.1. La declaración de nulidad, total o parcial o ineficacia de actos administrativos

La nulidad es la sanción procesal aplicable a los actos administrativos aquejados de los vicios más graves previstos por el ordenamiento, es decir, aquellos actos administrativos inválidos no conservables. Recuérdese que la lista tasada de causales de nulidad de los actos administrativos está prevista en el artículo 10 del TUO de la LPAG, sin perjuicio de la aplicabilidad de las causales de nulidad previstas en las leyes especiales.

Cabe recordar aquí que en nuestro ordenamiento jurídico rige el principio de conservación, previsto en el artículo 14 del TUO de la LPAG, conforme al cual solo pueden ser declarados nulos los actos que presentan un vicio trascendente de invalidez. En ese sentido, es imperativo distinguir la ilegalidad de la invalidez, en la medida que no todo acto ilegal es inválido. Mientras la ilegalidad implica un juicio de conformidad entre el acto y el ordenamiento jurídico, la invalidez implica un juicio valorativo (Nieto 1994, pp. 10-11). En tal sentido, solo los actos que tengan un vicio grave de invalidez —cualquiera de

los previstos en el artículo 10 del TUO de la LPAG— no podrán ser conservados, y, por ende, serán nulos.

Es claro que la pretensión de nulidad es el petitório específico de aplicación de dicha consecuencia jurídica a los actos aquejados de vicios graves de invalidez. Pero dicha pretensión se sustenta en unos motivos específicos de nulidad que son aportados por el demandante, el cual debe formular su petitório de nulidad amparado en una causal concreta contenida expresamente en alguna de las previstas en el artículo 10 del TUO de la LPAG o las que estén previstas en normas especiales. Ciertamente, los motivos de nulidad del acto administrativo no se agotan en el incumplimiento de validez del acto administrativo —contenidos en el artículo 3 del TUO de la LPAG—, sino que también deben ser encontrados en el resto de causales, especialmente en las que enfrenten al acto administrativo con su supuesto de hecho normativo legal o reglamentario que le da sustento, vale decir, las causales de nulidad por el fondo. De acuerdo a esto, insisto, el pretensor de nulidad no solo debe aportar motivos genéricos de nulidad, sino que debe precisar expresamente, qué causales (qué motivos) de forma o de fondo invoca para sustentar su pedido de nulidad en relación al acto impugnado, y el juez deberá apreciarlos y valorarlos de igual manera, al privilegiar el pronunciamiento de fondo y evitar los pronunciamientos de retroacción de actuaciones (sobre ello, ampliamente, Fernández Rodríguez, 1969).

Un tema que no debe dejarse de lado, es que el petitório de nulidad puede ser total o parcial respecto del acto administrativo. En el caso de la nulidad parcial, su base normativa está concatenada a lo previsto en el numeral 13.2 del artículo 13 del TUO de la LPAG, norma que establece que: «La nulidad parcial del acto administrativo no alcanza a las otras partes del acto que resulten independientes de la parte nula, salvo que sea su consecuencia, ni impide la producción de efectos para los cuales, no obstante, el acto pueda ser idóneo, salvo disposición legal en contrario».

De otro lado, resulta preciso advertir que en el ámbito propio del contencioso administrativo resulta innecesaria la regulación de un

petitorio de ineficacia, puesto que el administrado lo que solicita en relación con el acto administrativo es su nulidad: recuérdese que los efectos del acto administrativo —su eficacia— se dan en el tiempo, de forma indefinida, hasta que sea declarada la nulidad del acto, ya que mientras ello no ocurra, el acto se presume válido y sigue surtiendo efectos —salvo medida cautelar en contrario—.

Por tanto, es impertinente solicitar la ineficacia del acto administrativo. Si lo que se quiere es la suspensión de efectos, ello se solicita en vía cautelar, pero la ineficacia, en sí misma, es consecuencia específica y necesaria que se da a partir de la declaración de nulidad, puesto que el acto nulo es expulsado del ordenamiento y, por ende, deja de surtir efectos jurídicos⁵.

4.2. El reconocimiento o restablecimiento del derecho o interés jurídicamente tutelado y la adopción de las medidas o actos necesarios para tales fines

Es una pretensión procesal dirigida expresamente a la tutela específica de derechos, de restablecimiento de la legalidad, pero a favor de las posiciones

⁵ Si bien comparte nuestra posición, Víctor Baca considera que una pretensión de ineficacia podría ser una pretensión cautelar autónoma: «se ha sostenido que la ineficacia no puede pedirse de modo independiente a la declaración de invalidez, sino que es su consecuencia, lo que es cierto. Sin embargo, en realidad puede tratarse de una oportunidad, porque si hay un supuesto en que la pretensión de “ineficacia” es por lo menos anterior a la declaración de invalidez: los casos de tutela cautelar, donde lo que el particular pretende es no solo la anulación, sino que los efectos del acto administrativo dejen de producirse o no se produzcan en absoluto. Por tanto, podría ser un medio para consagrar la pretensión “cautelar” autónoma en nuestro ordenamiento jurídico, tal como lo ha exigido respecto del ordenamiento español el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en su Sentencia de 15 de mayo de 2003. De este modo se admitiría la posibilidad de solicitar una medida cautelar incluso antes de presentar el recurso contencioso-administrativo, aunque, claro está, finalmente esté vinculada a la futura interposición de este. Además, como veremos más adelante, esta pretensión de “ineficacia” puede servir como un medio para reaccionar frente a la ejecución material de actos que transgrede principios o normas del ordenamiento jurídico» (2009, pp. 120-121).

jurídicas del administrado que sufrió los efectos de una irregular actuación administrativa.

En términos estrictos, esta pretensión no tiene como presupuesto al acto administrativo. Puede interponerse contra cualquier actuación distinta del acto administrativo. Asimismo, la tutela de plena jurisdicción implica tanto una tutela declarativa como de condena, puesto que, en primer lugar, se reconoce o se dispone el restablecimiento de un derecho o interés conculcado por la actuación administrativa (efecto declarativo); y, en segundo lugar, se condena a la administración para que adopte todas las medidas o actos necesarios para el fin de reconocer o restablecer los derechos conculcados (efecto condenatorio).

Al estilo de la pretensión prestacional alemana, esta debería haber sido nuestra pretensión modélica o general, que coexista junto a la pretensión «nulificante», pero sin supeditarse a su contenido. Esta pretensión tutelar es tal en la medida que tiene todos los efectos de tutela subjetiva a favor de la debida cautela de los derechos o situaciones subjetivas a favor de un particular. Sin embargo, en nuestro medio, y de acuerdo al sistema de pretensiones de la LCA que no es abierto, se interpreta que esta pretensión es necesariamente un complemento de la pretensión nulificante (Baca, 2009, p. 125).

La sentencia en el ámbito de la pretensión tutelar es la expresión plena y pura del juez ordinario plenipotenciario destinado a tutelar los ámbitos propios de los derechos e intereses puestos a su protección por parte del administrado.

Cuando se habla de reconocer una situación jurídica, se trata de que el juez determine la existencia de una relación jurídica entre la administración y el ciudadano, la misma que puede ser el otorgamiento de una prestación o simplemente la emisión de un acto administrativo por el juez, en sustitución de la actividad administrativa deficiente, que no emitió una declaración expresa pese a estar habilitada para hacerlo —por ejemplo, el otorgamiento de una licencia o de un permiso—.

Sobre el particular, ha escrito Baca:

Creemos que es posible para los jueces reconocer directamente las situaciones jurídicas individualizadas, siempre y cuando no se trate de una decisión discrecional de la administración pública, pues en tal caso esta tendrá un cierto margen de «libertad» frente al legislador y frente al propio juez, al atribuirle el ordenamiento jurídico la potestad de determinar lo que es de interés general en el caso concreto. En estos supuestos, el juez únicamente podrá sustituir la decisión discrecional cuando se haya producido lo que se conoce como «reducción a cero de la discrecionalidad» (2009, pp. 131-132).

Más adelante, me pronunciaré sobre los alcances de las sentencias cuando se discute una decisión reglada y cuando se discute una decisión proveniente de una potestad discrecional.

Por otro lado, cuando la norma se refiere a «restablecer» el derecho o interés jurídicamente tutelado, se trata de dejar en claro que el juez puede dictar pronunciamientos dirigidos a restablecer o reparar un derecho o interés afectado por una actuación administrativa. Por ejemplo, pensemos en un acto que, ilegalmente, declara la nulidad de oficio de una licencia de funcionamiento municipal legítimamente otorgada. En ese caso, el administrado tendría que formular una demanda para que se declare la nulidad del acto ilegítimo, pero, además, puede acumular una pretensión para que se le restituya la licencia que legítimamente le fuera otorgada en su momento. En ese sentido, la plena jurisdicción no solo elimina el acto ilegal, sino también restablece el originario que favorecía al administrado. Otro ejemplo es cuando el administrado sufre la imposición de una sanción manifiestamente ilegal por atipicidad del hecho infractor. Agotada la vía administrativa, el administrado formula una demanda con una pretensión de nulidad de la sanción impuesta, a la cual puede acumular una pretensión dirigida a que no solo se anule el acto de gravamen, sino que también se disponga el archivo de las actuaciones sancionadoras, lo que restablecería su presunción de licitud conculcada por el acto sancionador ilícito.

Finalmente, la referencia a «la adopción de las medidas o actos necesarios para tales fines» debe ser entendida a que el juez no tiene limitación alguna para reconocer o restablecer derechos o intereses afectados bajo la plena jurisdicción, lo cual implica que el juez puede emitir en su sentencia pronunciamientos de condena o mandatos contra la administración, a fin de que se cumpla estrictamente con reconocer o restablecer el derecho o interés afectado del administrado de forma integral y precisa. Por ejemplo, en los casos de acreencias a favor del administrado, no solo se ordena el pago de la deuda principal, sino también de los intereses que correspondan. Otro ejemplo sería que en la sentencia se ordene no solo reponer un derecho al administrado, sino que la administración se abstenga de desconocerlo o de emitir medidas para impedir su ejercicio. En suma, esta «pretensión tutelar» es la herramienta más poderosa con que cuenta el administrado para lograr que el juez repare los derechos afectados por los pronunciamientos denegatorios o de gravamen que la administración haya emitido en sede administrativa.

4.3. La declaración de contraria a derecho y el cese de una actuación material que no se sustente en acto administrativo

Esta es la pretensión procesal específica para uno de los supuestos de las vías de hecho. En realidad, tiene un efecto declarativo y otro de condena. Primero, declara que, efectivamente, la actuación material que no se sustenta en acto administrativo es contraria al ordenamiento, con lo cual declara su ilegalidad y, sucesivamente, establece una condena, dirigida a la administración, para que cese la referida actuación material.

Conforme he criticado anteriormente (Huapaya, 2006), esta pretensión debió ser acumulable con la tutelar, pero ello no es factible de realizarse, puesto que esta pretensión tiene una vía procedimental específica (proceso urgente) y la tutelar tiene como vía procedimental la del procedimiento especial, y, en ese sentido, la acumulación no es procedente conforme al artículo 7, numeral 3, del TUO de la LPCA, que

prohíbe la acumulación de pretensiones que tengan vías procedimentales distintas.

Un hecho curioso, que ha motivado hasta sentencias de la Corte Suprema, es que esta pretensión ha sido empleada en nuestra práctica jurídica como un medio para lograr la reposición de trabajadores CAS o con contrato de locación de servicios cuando cesaban en sus contratos.

4.4. 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

Esta pretensión es dirigida específicamente a la superación de la inactividad de la administración. Como tal, es un caso específico de pretensión de condena, dirigida a que el juez condene a la administración pública a cumplir efectivamente con la prestación impuesta por una ley o por un acto administrativo firme.

Sobre el particular, Víctor Baca sostiene que

la acción reconocida en este caso no permite la reacción frente a cualquier inactividad material, sino únicamente frente a la inactividad «prestacional», que se producirá cuando existe una verdadera relación jurídica entre la administración y el administrado, perfectamente individualizado y titular de un derecho frente a la obligación administrativa que no requiere de ningún pronunciamiento adicional para su reconocimiento (2009, pp. 135-136).

Es el caso, por ejemplo, en el que un administrado pretenda que se obligue a la administración a efectuarle un pago o una prestación debida derivada de una obligación prevista en una norma jurídica o en un acto administrativo firme.

Un tema que no debe escapar a esta problemática es que, en la práctica procesal peruana, esta pretensión es aplicada comúnmente solo a los casos de inactividad material, y no así a los casos de inactividad formal (silencio negativo), puesto que en casos de falta de pronunciamiento de la

administración pública en el marco de un procedimiento administrativo lo que procede en los hechos es impugnar el silencio administrativo negativo, por la vía de la pretensión de nulidad, lo cual es un contrasentido. En puridad, esta práctica es errónea. Lo que debería suceder es que, en caso de falta de pronunciamiento de la administración pública en el marco de un procedimiento, el administrado acuda al contencioso-administrativo y solicite que el juez ordene a la administración que supere su estado de inactividad y emita pronunciamiento, y otorgue así el derecho que el administrado solicita. En puridad, frente al silencio negativo no cabe una pretensión impugnatoria, sino una pretensión de condena a que la administración se pronuncie y conceda el derecho que el administrado ha «considerado denegado» debido a la falta de pronunciamiento en plazo. Sin embargo, el diseño de esta pretensión no es el mejor para permitir el razonamiento planteado. Con lo cual, en los hechos, en nuestro medio se sigue empleando la pretensión de nulidad para los casos de impugnación del silencio negativo, lo cual, insisto, jurídicamente es erróneo.

Finalmente, existe un tema interesante relativo a esta pretensión y es que es difícil diferenciarla del proceso constitucional de cumplimiento, porque materialmente tienen el mismo contenido jurídico. Sin embargo, hay criterios de diferenciación ya fijados, tanto en el Código Procesal Constitucional —que limita el alcance del proceso de cumplimiento (artículo 70)— como en el precedente vinculante contenido en el caso Villanueva del Tribunal Constitucional (STC expediente 0168-2005-PC/TC). La indemnización por el daño causado con alguna actuación impugnada, conforme al artículo 238 de la ley 27444 —hoy artículo 260 del TUO de la LPAG—, se da siempre y cuando se plantee de forma acumulativa a alguna de las pretensiones anteriores.

Sobre este punto es preciso recordar que el proyecto original de la LPCA del año 2000 contemplaba como una actuación impugnada a las actuaciones administrativas que causaran daños a los administrados, en la lógica de establecer un sistema de unidad de jurisdicción para el contencioso de la responsabilidad patrimonial. No obstante, en el texto

final —que se convirtió en la ley 27584— se suprimió la regulación respectiva del contencioso de la responsabilidad patrimonial de la administración, y se estableció que el mismo se debía articular como pretensión principal y conforme a las reglas del Código Civil y Procesal Civil en el ahora derogado artículo 26 de la LPCA.

Posteriormente, esta regulación fue cambiada por el decreto legislativo 1067, que derogó el artículo 26 de la LPCA y reguló como una pretensión la posibilidad de solicitar al órgano jurisdiccional especializado en lo contencioso-administrativo una «indemnización por el daño causado por alguna actuación impugnante», la misma que debería ser propuesta como una pretensión acumulada a cualquiera de las otras reguladas en la lista del artículo 5 del TUO de la LPCA.

Lo cierto es que el remedio propuesto es solo un paliativo frente a lo que debería suceder en realidad, toda vez que la garantía de la responsabilidad patrimonial de la administración pública no puede verse realizada si no se corrige a la pretensión de indemnización como una pretensión autónoma, que puede deducirse para reclamar el resarcimiento de daños que hayan sido generados por el funcionamiento anormal (y normal inclusive) de la administración pública.

No podemos desconocer que, a partir de la moderna regulación del objeto del proceso contencioso-administrativo en la LPCA, se ha cumplido con instituir un proceso contencioso-administrativo basado fundamentalmente en un modelo tutelar o de justicia subjetiva a favor del administrado, el mismo que, en ningún caso, se encontrará desprotegido.

Sin embargo, hay que tener presente que la regulación vigente del proceso contencioso-administrativo todavía sigue lastrada por algunos temas, entre ellos, quizás el más importante, la falta de un auténtico régimen procesal para proteger a los administrados cuando sufran daños en su patrimonio causados por responsabilidad del Estado, así como la cuestión de la ejecución de las sentencias contra el Estado, entre otros aspectos.

5. ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES

El artículo 6 del TUO de la LPCA prevé la acumulación de pretensiones y precisa que las mismas pueden acumularse de forma originaria o sucesiva, siempre que se cumpla con los requisitos previstos en el artículo 7, es decir: que sean de competencia del mismo órgano jurisdiccional, que no sean contrarias entre sí —salvo que se acumulen de forma subordinada o alternativa—, que se tramiten en la misma vía procedimental y que exista conexidad entre ellas, por referirse a la misma actuación impugnada, se sustenten en los mismos hechos o tengan elementos comunes en la causa de pedir.

En principio, la doctrina procesal es unánime al señalar como fundamento de la acumulación la economía procesal y la necesidad de evitar eventuales decisiones contradictorias de pretensiones que son conexas. González Pérez explica cómo los efectos de la acumulación nos llevan a cumplir con los fines antes mencionados:

Estos efectos de la acumulación son:

1. Todas las pretensiones acumuladas deberán ser examinadas en un mismo proceso. Así se permite obtener una de las ventajas que se persigue con la acumulación: la de la economía.
2. Todas las pretensiones deberán decidirse en una misma sentencia. Así se permite obtener la otra de las ventajas que se señalan a la acumulación: la de evitar decisiones contradictorias (1953, p. 100).

En ese sentido, es posible plantear una pretensión de superación de inactividad material —pago efectivo de una pensión—, más una de plena jurisdicción —adoptar las medidas necesarias para hacer efectivo dicho pago—. O, por ejemplo, acumular una pretensión de superación de una vía de hecho más una pretensión de plena jurisdicción —restablecer los derechos conculcados—.

5.1. Clases de acumulación

La acumulación puede ser subordinada, alternativa o accesorio, conforme se desprende del artículo 87 del Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente al proceso contencioso-administrativo. Es subordinada cuando la pretensión queda sujeta a la eventualidad de que la propuesta principal sea desestimada. Por ejemplo, si se plantea como pretensión principal que se ordene el archivo de un procedimiento sancionador por no existir infracción, se puede acumular una pretensión subordinada para que, en caso no se ampare la primera, se reduzca la multa impuesta.

Es alternativa, cuando el demandado elige cuál de las pretensiones va a cumplir, al considerar que se trata de pretensiones como idéntica causa de pedir, pero distinto pedido. Si el demandado no elige la pretensión alternativa a ejecutarse, lo hará el demandante.

Es accesorio cuando hay varias pretensiones y, al declararse fundada la principal, se amparan también las demás. En ese sentido, la fundabilidad de la pretensión principal constituye causa necesaria y suficiente para el amparo de la pretensión accesorio.

Junto a ellas, la doctrina reconoce también la llamada acumulación autónoma y la acumulación condicional (Priori, 2009, pp. 147). La primera se produce cuando se acumulan pretensiones conexas, pero cuya suerte es independiente la una de la otra. La segunda es similar a la accesorio, pero el amparo de la pretensión principal no es causa suficiente para amparar la pretensión condicional, sino solo necesaria.

5.1.1. *Acumulación objetiva sucesiva*

La acumulación objetiva sucesiva se produce en los siguientes casos:

- Cuando el demandante amplía su demanda al agregar una o más pretensiones (artículo 17 del TUO de la LPCA).
- Cuando el demandado reconviene. La reconversión implica una acumulación de pretensiones que amplía la cuestión controvertida

sobre la que deberá pronunciarse el juez. En el contencioso-administrativo peruano es muy rara la reconvención, por no decir inviable.

- Cuando de oficio o a petición de parte se reúnen dos o más procesos en uno, a fin de que una sola sentencia evite pronunciamientos jurisdiccionales opuestos.

5.1.2. Acumulación subjetiva de pretensiones

La acumulación subjetiva de pretensiones originaria se presenta cuando la demanda es interpuesta por varias personas o es dirigida contra varias personas.

En cambio, la acumulación subjetiva de pretensiones sucesiva se presenta en los siguientes casos:

- Cuando un tercero legitimado incorpora al proceso otra u otras pretensiones.
- Cuando dos o más pretensiones intentadas en dos o más procesos autónomos se reúnen en un proceso único.

5.1.3. Acumulación de pretensiones prevista en el artículo 8 del TUO de la LPCA

Por otro lado, el TUO de la LPCA contempla un supuesto especial de acumulación de pretensiones sucesivas que acaece en los casos de modificación de demanda por nuevas actuaciones impugnables que son consecuencia directa de la actuación que sustenta la pretensión inicial. Expresamente se dispone lo siguiente en el artículo 8 del TUO de la LPCA:

En los casos previstos en el artículo 17 es posible que el demandante incorpore al proceso otra pretensión referida a una nueva actuación administrativa, siempre que se cumplan con los requisitos previstos en el artículo 7. El pedido de acumulación puede presentarse hasta antes de la expedición de la sentencia en primer grado, el que se

resolverá previo traslado a la otra parte, conforme al trámite previsto en el artículo 17.

Si a consecuencia de la referida incorporación, es necesaria la citación a audiencia para la actuación de un medio probatorio, el juez dispondrá su realización.

El juez oficiará a la entidad demandada para que remita el expediente administrativo o los actuados referidos a la actuación administrativa incorporada o, en su defecto, la entidad podrá remitir copias certificadas de los mismos.

Un ejemplo de este supuesto puede darse en los casos de multas coercitivas que se producen como consecuencia de una primera actuación que es el objeto primigenio de la demanda. Otro ejemplo muy común acontece cuando se impugna el silencio administrativo negativo y, después a la interposición de la demanda y antes de ser notificada con esta, la administración pública resuelve el procedimiento en sentido desfavorable al administrado, pero por un acto expreso denegatorio. En este supuesto, el justiciable no necesita iniciar un nuevo proceso contra el acto administrativo nuevo, sino basta con ampliar su demanda contra el silencio negativo, habida cuenta de la nueva actuación impugnada, derivada de la original.

6. EL CASO DEL PROCESO DE LESIVIDAD

El TUO de la LPCA recoge en el segundo párrafo del artículo 13 el denominado «proceso de lesividad», al regular la legitimación activa, en los siguientes términos:

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

vencido el plazo para que la entidad que expidió el acto declare su nulidad de oficio en sede administrativa.

El proceso de lesividad es un proceso contencioso-administrativo especial, donde la peculiaridad es que la administración pública aparece como legitimada activamente para demandar de forma judicial la nulidad de un acto propio, afectado de un vicio de nulidad y que además genere un agravio al interés público. Proviene y está vinculada específicamente a lo que el TUO de la LPAG regula en su artículo 211 como «nulidad de oficio».

En la doctrina nacional, Juan Carlos Morón lo describe así: «el contencioso por lesividad del Estado, es más que una simple inversión de roles entre una entidad y un administrado. Es precisamente un proceso judicial contencioso administrativo singular que inicia una autoridad administrativa para buscar promover la anulación en vía judicial de su propia actuación administrativa ya firme, y que ha otorgado o reconocido derechos e intereses a administrados» (2015, p. 227).

En mi opinión, prefiero denominar a este proceso como un proceso de agravio, subsidiario respecto de la potestad de autotutela administrativa declarativa, o de anulación de oficio de sus propios actos por parte de la administración pública.

En efecto, el proceso de lesividad permite a la administración pública solicitar al Poder Judicial la declaración de nulidad de sus propios actos, por considerar que ya no puede ejercer dicha potestad en sede administrativa por efecto del transcurso del plazo prescriptorio previsto en el artículo 213 del TUO de la LPAG.

En ese sentido, es evidente que el proceso de agravio ha sido establecido como un proceso subsidiario con respecto a la potestad de autotutela administrativa y procede únicamente cuando la administración no haya ejercido su potestad —sujeta a plazo— de declarar la nulidad de oficio de sus propios actos en vía administrativa.

Como bien anota Morón:

Mediante el proceso de lesividad se intenta que perviva la potestad anulatoria de oficio de la administración, pero garantizando al ciudadano que la alegación de nulidad sea apreciada por un tercero imparcial y no decidido unilateralmente por la autoridad ejecutiva. En consecuencia, la detección de vicios en un acto, cuando ha transcurrido un plazo razonable para generar seguridad jurídica no legítima ni habilita —en los parámetros de nuestro sistema legal— su anulación oficiosa por la propia administración. La emisión de un pronunciamiento sobre la existencia de vicios en la adjudicación, debe iniciarse a través del proceso de lesividad correspondiente por la administración pública para retirar dicho acto del mundo jurídico (2015, p. 227).

6.1. **Ámbito de aplicación del proceso de lesividad**

La técnica del proceso de lesividad procede especialmente contra los actos administrativos favorables, es decir aquellos por los cuales los administrados obtienen el reconocimiento o la declaración de derechos subjetivos a su favor por parte de la administración.

Los actos favorables pueden surgir de dos formas: de forma expresa, mediante resolución o acto administrativo expreso; o presunta, ya sea mediante el silencio administrativo positivo o a través de un procedimiento de aprobación automática.

Sobre el particular, precisa Morón:

[...] en virtud del proceso de lesividad sobre la base de estas condiciones, el alcance de la demanda es acotado restringiéndolo a los actos administrativos que hayan alcanzado la calidad de irrevocables en sede administrativa por la propia entidad y por su contenido hayan declarado derechos subjetivos en favor de administrados determinados. Al efecto, entendemos por actos declarativos de derechos subjetivos, aquellos que la doctrina reconoce como favorables a la esfera jurídica

del destinatario del acto, creando un derecho, una facultad, o una posición de ventaja o beneficio, suprimiendo una limitación o desventaja, etcétera), como, por ejemplo, los actos conformadores o ampliatorios: la admisión, la autorización, la licencia, los permisos, la concesión, etcétera. Esta apreciación de favorabilidad también comprende aquellos en que el acto bifronte o de dos efectos, por ser también dos los destinatarios. Nos referimos, por ejemplo, a los casos de los actos emitidos por tribunales administrativos al resolver un procedimiento trilateral, los que por naturaleza son favorables para una parte y adversos a la otra (2015, p. 230).

6.2. Legitimación en el proceso de lesividad

La legitimación activa la tiene la entidad que pretende la nulidad del acto administrativo que causa agravio al interés público.

Aquí la administración aparece como demandante, pero no al invocar una situación subjetiva —por ejemplo, derecho— lesionada por el particular, sino, por el contrario, invoca puramente la defensa del ordenamiento jurídico y del interés público.

En ese sentido, técnicamente no existe legitimación activa, sino que es la ley la que obliga a la administración a iniciar un proceso contencioso-administrativo dirigido a que el juez declare la nulidad de un acto administrativo declarativo de derechos, en el entendido que la entidad que lo emitió no puede hacerlo porque el plazo para ejercer dicha potestad derivada de la autotutela administrativa decayó por el transcurso del tiempo. Por ello, debe destacarse también que el proceso de lesividad es un proceso objetivo, dirigido exclusivamente a buscar la nulidad de un acto administrativo que lesione tanto la legalidad como el interés público.

Por su parte, conforme al artículo 15 del TUO de la LPCA, la legitimación pasiva en el proceso de lesividad la tendría el administrado favorecido con el acto administrativo que se reputa nulo y agravia al interés público.

6.3. Supuestos que no constituyen proceso de lesividad

Por otro lado, es importante delimitar la figura del proceso de lesividad de supuestos que podrían considerarse similares, pero que, en realidad, son totalmente distintos y responden a fundamentos también disímiles.

En primer lugar, es preciso diferenciarlo de los supuestos especiales de legitimación activa extraordinaria otorgada a entidades de la administración pública. Por ejemplo, el caso de la Sunat (artículo 157 del Código Tributario) y las demandas por causales establecidas taxativamente.

En segundo lugar, es imprescindible diferenciar el proceso de lesividad de los supuestos donde la administración impugna un procedimiento administrativo del que haya sido parte (artículo 50 LPAG). Por ejemplo, cuando una entidad pública participa en un procedimiento en el que solicita una licencia municipal, la aprobación de un estudio de impacto ambiental o el reconocimiento de un crédito concursal. En caso tenga resoluciones desfavorables en la vía administrativa, puede demandar en lo contencioso-administrativo, pero como si fuera un administrado cualquiera, con el plazo genérico de tres meses previsto en el numeral 1 del artículo 18 del TUO de la LPCA.

6.4. Presupuestos procesales del proceso de lesividad

Conforme he precisado, el proceso de lesividad se caracteriza por la presencia de una entidad que busca la nulidad de un acto propio, en la medida en que el mismo está aquejado de vicios de nulidad y además agravia el interés público. Este último concepto marca la diferencia respecto de cualquier proceso en el que se plantee la nulidad de un acto. Morón explica: «Es la exigencia que concurra además de la ilegalidad un interés público, concreto y tangible que justifique el retiro de la situación jurídica favorable que el administrado ha podido adquirir» (2015, p. 332).

En primer lugar, debe haberse emitido un acto administrativo de declaración de «lesividad» o de «agravio al interés público» debidamente motivado, en la cual se fundamente por qué el acto que se reputa nulo

agravia al interés público y por eso debe ser eliminado del ordenamiento. Es un acto administrativo motivado, distinto de la autorización para que el procurador entre en el proceso. Es una declaración de juicio y no tiene naturaleza impugnabile.

Como acertadamente ha precisado González Pérez: «el fundamento de la declaración de lesividad está en que, siendo el proceso de lesividad excepcional, se quiere asegurar que la administración, antes de iniciarle, está convencida de la lesión, obligándola a dictar formalmente tal declaración, cuyo régimen jurídico vamos a examinar a continuación, distinguiendo entre los requisitos y los efectos de la misma» (1958, p. 142).

Sobre el particular, señala Morón:

La declaración de lesividad se expresa en una manifestación de juicio, razonado, y declarativo que emite la autoridad administrativa calificando como lesivo el acto administrativo, que está dirigido a habilitar la acción judicial de retirar del mundo jurídico dicha decisión por medio de la jurisdicción contencioso administrativa. Como se puede apreciar, ni por la forma ni por el fondo, constituye una autorización administrativa de la administración hacia su representante procesal para que interponga la demanda contenciosa administrativa contra el acto administrativo ilegal (2015, p. 233).

En mi opinión, la declaración de agravio es una declaración administrativa meramente informativa. Por tanto, no es un acto administrativo en sentido estricto, entendido como una decisión de contenido regulador, que crea, modifica o extingue una relación jurídico-administrativa. En tal sentido, es una declaración de juicio.

Esta declaración vincularía a la administración en el futuro proceso. Como indica Morón: «Como la declaración de lesividad debe ser motivada, esta fundamentación en armonía del principio de conducta procedimental, que refleja a su vez la doctrina de los actos propios, establece los argumentos de derecho y el razonamiento que la entidad adoptara luego en el proceso judicial para pretender la nulidad del acto administrativo» (2015, p. 240).

En ese sentido, por más que pueda considerársele una declaración de juicio inimpugnable, al no tener un contenido regulador o que incide en la esfera del administrado —ya que no anula ni modifica su situación jurídica—, no puede desconocerse que se trata de una declaración sumamente importante, con efectos jurídicos relevantes que deben ser analizados por el juzgador al momento de analizar los fundamentos de la demanda de lesividad y su sustentación.

7. PREGUNTAS

1. ¿En qué consiste el objeto del proceso contencioso-administrativo?
2. ¿Qué actuaciones impugnables reconoce la Ley del Proceso Contencioso-administrativo?
3. ¿Qué pretensiones reconoce la Ley del Proceso Contencioso-administrativo?
4. ¿En qué consiste el proceso de lesividad?

Fondo Editorial PUCP

CAPÍTULO 5

SUJETOS DEL PROCESO

1. COMPETENCIA

Conforme se ha precisado en la doctrina procesal, para entender el concepto de competencia es clave entender a su vez el concepto de potestad jurisdiccional (Priori, 2004, p. 38). En términos sencillos, se entiende por potestad jurisdiccional al poder atribuido a determinados órganos del Estado para que actúen el derecho al caso concreto, con el fin de otorgar tutela a las situaciones jurídicas.

Como la potestad jurisdiccional no es ilimitada, sino que debe ser ejercida en determinados ámbitos, surge el concepto de competencia precisamente para delimitar los ámbitos sobre los cuales el ejercicio de la potestad jurisdiccional es legítima. En la medida que la competencia indica los ámbitos dentro de los cuales es válido el ejercicio de la función jurisdiccional, antes de entrar a analizar la competencia es preciso determinar si existe o no jurisdicción (Priori, 2004, p. 39).

Sobre la base de esas premisas, lo importante es saber cuáles son las reglas de competencia en cada caso, pues estas permiten saber «a qué juez, entre los muchos que existen, le debe ser propuesta una *litis*» (Priori, 2004, p. 39). En palabras de Ariano:

Cada uno de estos órganos jurisdiccionales no conoce indiferenciadamente de lo mismo, sino que la ley, sobre la base de unos criterios técnicos, les distribuye el respectivo trabajo jurisdiccional. El conjunto de tales criterios técnicos de los que se sirve el legislador para distribuir el trabajo jurisdiccional constituyen las «reglas de competencia». De allí que, si bien todos los órganos jurisdiccionales, sea cual fuere el nivel en el que estén colocados, son depositarios de la potestad jurisdiccional del Estado, no todos son «competentes» para lo mismo (2009, p. 118).

Vale destacar, además, como indica Priori (2004, p. 39), que las reglas de competencia tienen fundamento constitucional. Ello, en la medida que las reglas de competencia garantizan el derecho constitucional de las personas a un juez natural que sea un tercero imparcial e independiente predeterminado por ley, como parte del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

Ahora bien, un tema que no debe pasar inadvertido es que el fuero o especialidad de lo contencioso-administrativo no se encuentra regulado expresamente en la Ley Orgánica del Poder Judicial —por mandato de su artículo 23—, pero debería estarlo, para afirmar su competencia en dicha ley básica. Actualmente la competencia del fuero está desarrollada por la LPCA, pero recordemos que se trata de una ley ordinaria y, en realidad, la propia existencia de este ámbito jurisdiccional debería partir de la propia Ley Orgánica del Poder Judicial.

Fuera de estas garantías formales que asegura la competencia, no puede dejarse de lado la imperiosa necesidad de contar con jueces profesionales, capacitados y especializados en derecho administrativo, que accedan al cargo por concurso de oposiciones, donde lo fundamental sea el conocimiento del derecho administrativo (en esta línea, véase Díez Sánchez, 2004, p. 328). Es la única manera de que el árbol del contencioso-administrativo de fruto; de lo contrario, seguirá siendo un árbol aparentemente frondoso, pero, sin duda, estéril.

1.1. Competencia material

En el ámbito de la competencia material es importante aclarar que el artículo 4 del TUO de la LPCA establece que «procede la demanda contra toda actuación [de la administración pública] realizada en ejercicio de potestades administrativas».

Ya hemos señalado que el concepto de actuación es amplio y comprende tanto la acción formalizada —actos y contratos, con la excepción de los reglamentos, y se debe tener en cuenta la residualidad del contencioso-administrativo respecto del arbitraje— como las omisiones —formal y material— y las vías de hecho. Pero lo que importa aquí es que se someten al conocimiento material de lo contencioso-administrativo todas las actuaciones realizadas en ejercicio de potestades administrativas, vale decir, las actuaciones sujetas al derecho administrativo, que es el criterio de lo contencioso-administrativo (González Pérez, 1966, pp. 46-122).

Sin embargo, ¿significa esto que el proceso contencioso-administrativo regulado en la LPCA es el «único» proceso que puede interponerse contra la administración pública en nuestro ordenamiento? A nuestro entender, ello no es así. Por ejemplo, cuando la administración pública actúa y genera afectación o amenaza derechos fundamentales, proceden los procesos constitucionales —amparo, *habeas data*, cumplimiento— que tienen una relación de residualidad respecto al contencioso-administrativo. De otro lado, cuando la administración pública actúa sujeta a otras ramas del derecho, como el civil o mercantil —autorizada por ley, claro está—, empleará los procesos típicos de estos ámbitos competenciales.

De otro lado, hay que tener en cuenta que todo el contencioso-administrativo del régimen de empleo público y servicio civil, así como de los regímenes previsionales públicos, así como el de la responsabilidad funcional derivada del régimen sancionador de la Contraloría General de la República, está entregado a la competencia de los jueces laborales, por mandato de la Ley Orgánica del Poder Judicial y la ley Procesal del Trabajo, aun cuando sujeto a las «reglas» del TUO de la LPCA.

Coincido con Díez Sánchez (2004) cuando señala que el contencioso-administrativo regulado en el TUO de la LPCA es el «proceso específico» para controlar la actuación de la administración pública sujeta al derecho administrativo, pero no es el único proceso jurisdiccional, puesto que existe la posibilidad de que se puedan aplicar otros ámbitos de competencia jurisdiccional al caso de las actuaciones y omisiones de la administración pública en nuestro país.

1.2. Competencia territorial

El TUO de la LPCA regula en su artículo 10 los criterios de competencia territorial: «Es competente para conocer el proceso contencioso-administrativo en primera instancia, a elección del demandante, el juez en lo contencioso administrativo del lugar del domicilio del demandado o del lugar donde se produjo la actuación materia de la demanda o el silencio administrativo». Esta norma regula «los criterios territoriales, es decir, los de ubicación geográfica de los diversos órganos jurisdiccionales, que permiten distribuir la competencia “horizontalmente”, vale decir, entre jueces de igual nivel» (Ariano, 2009, p. 120). Para determinar la competencia territorial, el legislador se basa en criterios subjetivos —ubicación espacial de las partes— y en algunos casos en criterios objetivos que atienden a los elementos concretos de una pretensión (*petitum* o *causa petendi*).

Como puede apreciarse, la regla favorece al demandante, pues le permite elegir al juez competente territorialmente, entre el domicilio del demandado y el lugar donde se produjo la actuación administrativa. Sin embargo, hay que precisar que esta regla no comprende a los casos en los cuales existan demandantes débiles o que requieran casos de tutela jurisdiccional diferenciada —caso de jubilados, pequeños contribuyentes o empresarios, personas en situación de discapacidad, entre otros—, los cuales deberían poder escoger su propio domicilio para demandar a la administración, como sucede en el proceso de amparo, por ejemplo. Ello genera auténticos supuestos de indefensión material, los cuales

deberían corregirse en una reforma ulterior, que diferencie estos casos y que les permita demandar en su propio domicilio.

1.3. Competencia funcional

Por su parte, en el artículo 11 del TUO de la LPCA se regula el supuesto de competencia funcional:

Son competentes para conocer el proceso contencioso-administrativo el juez Especializado y la Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo, en primer y segundo grado, respectivamente.

Cuando el objeto de la demanda verse sobre actuaciones del Banco Central de Reserva del Perú (BCR), Superintendencia del Mercado de Valores (SMV), de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (SBS) y de la Superintendencia Nacional de Salud, es competente, en primera instancia, la Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior respectiva. En este caso, la Sala Civil de la Corte Suprema resuelve en apelación y la Sala Constitucional y Social en casación, si fuera el caso. Es competente para conocer la solicitud de medida cautelar la Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior.

En los lugares donde no exista juez o Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo, es competente el juez en lo Civil o el juez Mixto en su caso, o la Sala Civil correspondiente.

Sobre la norma, Espinosa-Saldaña apunta que «el razonamiento que impulsa esta distinción es indudablemente interesante y atendible, pues busca que situaciones ya conocidas por una instancia colegiada a nivel administrativo sean vistas también por una instancia colegiada en el escenario jurisdiccional» (2012, p. 14).

Sin embargo, como veremos más adelante al estudiar los medios impugnatorios, esta regla de competencia funcional es el origen de un serio problema. Al establecer como competente en primera instancia a una sala especializada de la Corte Superior, se genera que, tanto en

apelación como en casación, sean competentes las salas de la Corte Suprema, con lo cual se priva de su esencia al recurso de casación. Además, contraviene la regla que se está convirtiendo en universal en el derecho comparado, donde los procesos contencioso-administrativos son conocidos desde primera instancia por jueces unipersonales, sin distinguir privilegios indebidos entre entidades públicas. Por lo tanto, creo que debería retornarse al sistema inicial de la LPCA, que establecía la competencia simple entre: en primera instancia, el juez especializado; en segunda instancia y vía de apelación, la sala especializada; y en casación, excepcional, la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República.

2. PARTES DEL PROCESO

Como en todo proceso, el proceso contencioso-administrativo tiene dos partes, una demandante y una demandada. Normalmente, quien asume la calidad de parte demandante en el contencioso-administrativo —que llega en calidad de vencida y apelante, luego de agotar una vía administrativa que le fue desfavorable— es el administrado o particular. La particularidad reside en que generalmente la administración pública asume la condición de demandada —salvo el caso del proceso de lesividad—, sin perjuicio de estar acompañada, en algunos casos, de los sujetos privados interesados en mantener la validez del acto por ser titulares de derechos subjetivos o intereses legítimos derivados precisamente de dicha actuación administrativa cuestionada.

Sobre el particular, me remito a las reflexiones de los profesores García de Enterría y Fernández:

La situación existente en el tráfico jurídico-administrativo, según la cual la administración disfruta como regla de la posición posesoria privilegiada que resulta de su potestad básica de autotutela, hace que lo normal del proceso administrativo sea que los ciudadanos tengan que adoptar la posición de parte demandante o actora para remover esa

situación posesoria y, a la vez, eventualmente, obtener del Tribunal la anulación del acto administrativo de autotutela en que dicha posesión se basa, la declaración de sus propios derechos desconocidos por la administración, la condena a esta para que cumpla sus obligaciones desatendidas o para que cese una actuación de facto no amparada siquiera en un acto administrativo previo, o para que proceda a la ejecución de una sentencia anterior (2015, p. 492).

Ahora bien, sin perjuicio de su falta de reconocimiento en el TUO de la LPCA y siguiendo la línea de González Pérez, considero que es necesario distinguir entre «partes principales y accesorias, entre el que tiene la condición de parte desde el momento de incoarse el proceso y los que comparecen a coadyuvar a alguna de las partes porque tienen interés en que prevalezca la posición que mantengan; en definitiva, llamando a las cosas por su nombre, entre interesado e intervención adhesiva» (2016, p. 245). Como bien señala el profesor español, partes y coadyuvantes no pueden tener las mismas prerrogativas en el proceso.

3. CAPACIDAD

La capacidad para ser parte se identifica con la capacidad civil, es decir, con la aptitud que un sujeto tiene para ser titular de situaciones jurídicas (derechos, deberes, obligaciones, etcétera). En la doctrina procesal se distingue entre la capacidad para ser parte y la capacidad procesal. La primera es la aptitud para ser titular de situaciones jurídicas procesales, mientras que la segunda es la aptitud para realizar por sí misma dichas situaciones jurídicas (Priori, 2009, p. 165).

4. LEGITIMACIÓN PARA OBRAR

Como bien ha precisado González Pérez, «la evolución de la legislación contencioso-administrativa se ha caracterizado por una progresiva ampliación de la legitimación para poder accionar frente a la actuación de un ente público sujeto al derecho administrativo» (2016, p. 243).

En el TUO de la LPCA se regula la legitimación activa en el artículo 13:

Tiene legitimidad para obrar activa quien afirme ser titular de la situación jurídica sustancial protegida que haya sido o esté siendo vulnerada por la actuación administrativa impugnada materia del proceso.

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

El supuesto del segundo párrafo lo he analizado al desarrollar el tema del proceso de lesividad. El supuesto del primer párrafo alude a la legitimación ordinaria que reside solo en el administrado o particular.

Como puede apreciarse de la norma citada, se exige que el legitimado afirme ser titular de una situación jurídica sustancial (derecho subjetivo, interés legítimo) que haya sido o esté siendo vulnerada por la actuación administrativa impugnada, lo cual va en línea con lo dispuesto en los artículos 62, 118 y 120 del TUO de la LPAG, que regulan la legitimación de los administrados en cuanto a la titularidad de derechos subjetivos e intereses legítimos (sobre el tema, véase el exhaustivo estudio de Medina Alcoz, 2016). Nótese que no se exige haber sido parte en el procedimiento administrativo, lo cual es perfectamente lógico, si consideramos que la finalidad del proceso es la tutela efectiva de las situaciones jurídicas y no la mera revisión del procedimiento administrativo. En ese sentido, es clave que el particular simplemente afirme y pruebe ser titular de un derecho subjetivo o interés legítimo que haya sido afectado por una actuación u omisión administrativa, hecho que debe conectarse con el interés para obrar que muestre para afirmar la necesidad de tutela jurisdiccional para

lograr la satisfacción de su derecho o interés afectado por la actuación u omisión administrativa.

De otro lado, resulta pertinente mencionar que el artículo 14 del TUO regula la legitimación para obrar activa en tutela de intereses difusos:

Cuando la actuación impugnada de la administración pública vulnere o amenace un interés difuso, tendrán legitimidad para iniciar el proceso contencioso-administrativo:

1. El Ministerio Público, que en estos casos actúa como parte.
2. El Defensor del Pueblo.
3. Cualquier persona natural o jurídica.

Dicha norma establece una amplia legitimación, al incluir a cualquier persona natural o jurídica para que pueda activar el proceso contencioso-administrativo en tutela de un interés difuso o «derecho de incidencia colectiva», es decir, un interés que beneficia a la colectividad —por ejemplo, la protección del medio ambiente, del patrimonio cultural, de la legalidad urbanística, entre otros similares—. No obstante, conviene apuntar que, actualmente, se encuentran en duda los alcances del rol de la posibilidad de que el Ministerio Público actúe como parte en los procesos de tutela de intereses difusos, debido a la derogatoria total del artículo 14 de la LPCA, que precisamente regulaba la participación del Ministerio Público en los procesos contencioso-administrativos. Sin embargo, pese a dicha derogatoria, entendemos que el numeral 1 del artículo 14 del TUO LPCA sí permite que el Ministerio Público pueda accionar en defensa de tales intereses difusos como parte demandante, vía un proceso contencioso-administrativo.

Por último, el artículo 15 del TUO de la LPCA regula el supuesto de legitimación para obrar pasiva, es decir, quiénes se encuentran legitimados para ser parte demandada en el proceso:

La demanda contencioso administrativa se dirige contra:

1. La entidad administrativa que expidió en última instancia el acto o la declaración administrativa impugnada.
2. La entidad administrativa cuyo silencio, inercia u omisión es objeto del proceso.
3. La entidad administrativa cuyo acto u omisión produjo daños y su resarcimiento es discutido en el proceso.
4. La entidad administrativa y el particular que participaron en un procedimiento administrativo trilateral.
5. El particular titular de los derechos declarados por el acto cuya nulidad pretenda la entidad administrativa que lo expidió en el supuesto previsto en el segundo párrafo del Artículo 13 de la presente ley.
6. La entidad administrativa que expidió el acto y la persona en cuyo favor se deriven derechos de la actuación impugnada en el supuesto previsto en el segundo párrafo del Artículo 13 de la presente ley.
7. Las personas jurídicas bajo el régimen privado que presten servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado están incluidas en los supuestos previstos precedentemente, según corresponda.

Conforme adelantamos, la administración pública es quien asume, por lo general, la posición de parte demandada o la legitimación pasiva. Sin perjuicio de ello, en algunos casos —como acontece en los procedimientos trilaterales, o con el proceso de lesividad— la legitimación pasiva también corresponde a sujetos que tienen interés en que el acto o actuación cuestionados por la vía del proceso se mantengan. Vale indicar que dicho interés debe ser directo, real y personal, y no un mero interés simple en la legalidad.

No hay que perder de vista que en la lista de la legitimación pasiva a un supuesto de hecho, que surge de la lista de los plazos para interponer la demanda contencioso-administrativa (numeral 4 del artículo 18 del TUO de la LPCA), es el caso del particular que sea titular de un derecho

ganado por silencio positivo, y que sea demandado por un «tercero legitimado» que cuente con motivos para oponerse al derecho ganado por silencio. En este caso, el particular que obtuvo el silencio positivo sería el legitimado pasivo o demandado en el supuesto previsto por la norma antes comentada.

Por otro lado, el artículo 16 del TUO de la LPCA regula el supuesto de representación y defensa de las entidades:

16.1 La representación y defensa de las entidades administrativas estará a cargo de la Procuraduría Pública competente o, cuando lo señale la norma correspondiente, por el representante judicial de la entidad debidamente autorizado.

16.2 Todo representante, judicial de las entidades administrativas, dentro del término para contestar la demanda, pondrá en conocimiento del titular de la entidad su opinión profesional motivada sobre la legalidad del acto impugnado, recomendándole las acciones necesarias en caso de que considere procedente la pretensión.

De particular importancia me parece el numeral 2 del artículo citado, conforme al cual se ordena al representante judicial de la entidad a poner en conocimiento del titular de la entidad su opinión motivada sobre la legalidad del acto. Se trata, en buena cuenta, de fortalecer la estrategia de defensa de la administración pública, lo cual implica, en ciertos casos, recurrir a mecanismos de conclusión anticipada del proceso, en caso no existan mayores posibilidades de éxito en el mismo.

5. INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO: LEY 30914

Por último, el artículo 16 del texto anterior del TUO de la LPCA (artículo 14 de la LPCA) regulaba la intervención del Ministerio Público en los siguientes términos:

En el proceso contencioso-administrativo el Ministerio Público interviene de la siguiente manera:

1. Como dictaminador, antes de la expedición de la resolución final y en casación. En este caso, vencido el plazo de 15 días para emitir dictamen, devolverá el expediente con o sin él, bajo responsabilidad funcional.

2. Como parte, cuando se trate de intereses difusos, de conformidad con las leyes de la materia.

Cuando el Ministerio Público intervenga como dictaminador, el órgano jurisdiccional le notificará obligatoriamente con la resolución que pone fin a la instancia o con la que resuelve la casación, según sea el caso.

Como ha señalado Priori (2009, p. 170), el Ministerio Público fue señalado como el causante de las demoras en el proceso contencioso-administrativo. De ahí en que, el año 2008, con la reforma del decreto legislativo 1067, se reguló de forma muy estricta su actuación como dictaminador, otorgándole un plazo perentorio de quince días para emitir su dictamen en el proceso.

Sin embargo, es pertinente prestar atención a la ley 30914, publicada el 14 de febrero de 2019, la cual ha modificado el rol del Ministerio Público en el proceso contencioso-administrativo. Elaborada por una comisión de notables, elegidos para proponer reformas constitucionales y legales para el mejor funcionamiento del sistema de justicia, dicha norma ha generado una serie de cambios que, al menos en lo que respecta al contencioso-administrativo, no tienen un mayor sustento.

Así, se ha eliminado el dictamen fiscal en los procesos contencioso-administrativos, específicamente en el «procedimiento ordinario», regulado en el artículo 27 del TUO de la LPCA. Sinceramente, no vemos con que finalidad, salvo la de querer «acelerar» el trámite de un contencioso-administrativo que, en la práctica, demora de cuatro a cinco años de duración. Restarle quince días a dicho tiempo la verdad es que no suma nada. Por otro lado, eliminar «parcialmente» la legitimación para obrar del Ministerio Público en materia de tutela de intereses difusos, tampoco suma favorablemente a la mejora de la tutela de tales derechos.

A mi parecer, habría sido más provechoso impulsar reformas más importantes en el contencioso-administrativo que aprobar la ley 30914. Sin embargo, en los tiempos de la «legislación por el espectáculo», parafraseando a Mario Vargas Llosa, valen más las leyes supuestamente beneficiosas, aunque antitécnicas y carentes de contenido. Considero que debería pensarse de una manera más detenida qué hacer con el Ministerio Público en el contencioso-administrativo, replantear su rol dictaminador y, además, precisar de mejor manera su legitimación para obrar activa para la tutela de intereses difusos en el texto del TUO de la LPCA.

6. PREGUNTAS

1. ¿Qué se entiende por competencia territorial?
2. ¿Qué se entiende por competencia funcional?
3. ¿En qué se diferencia el concepto de «capacidad» del concepto de «legitimidad»?
4. Actualmente, ¿cuál es el rol del Ministerio Público en el proceso contencioso-administrativo?

Fondo Editorial PUCP

CAPÍTULO 6

ASPECTOS PROCEDIMENTALES

1. ADMISIBILIDAD

Los requisitos de admisibilidad son requisitos formales que se le exigen a la demanda. Como tales, son subsanables en caso de omisión o defecto. En el marco del proceso contencioso-administrativo, adicionalmente a los requisitos de admisibilidad previstos en el Código Procesal Civil, se exige lo siguiente:

Artículo 22.- Requisitos especiales de admisibilidad

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

1. El documento que acredite el agotamiento de la vía administrativa, salvo las excepciones contempladas por la presente ley.
2. En el supuesto contemplado en el segundo párrafo del Artículo 13 de la presente ley, la entidad administrativa que demande la nulidad de sus propios actos deberá acompañar el expediente de la demanda.

Claramente el juez debe evaluar con cautela estos requisitos adicionales, dado que en muchos casos —por ejemplo, actuaciones materiales o silencio—, no existirá propiamente un «documento que acredite el agotamiento de la vía administrativa». En tales casos,

evidentemente, dicho requisito no será exigible. Y hasta debería ser omitido, en función del principio *pro actione* o de favorecimiento del proceso, que como hemos visto ya, consagra una regla de que, en caso de duda sobre alguna formalidad del agotamiento de la vía administrativa, prima el proceso.

2. PROCEDENCIA

A diferencia de los requisitos de admisibilidad, los requisitos de procedencia son requisitos procesales de fondo que son necesarios para que la relación procesal sea válida (Priori, 2009, p. 178).

En concreto, se regulan los siguientes requisitos de procedencia en el artículo 22 del TUO de la LPCA:

La demanda será declarada improcedente en los siguientes supuestos:

1. Cuando sea interpuesta contra una actuación no contemplada en el Artículo 4 de la presente ley.
2. Cuando se interponga fuera de los plazos exigidos en la presente ley. El vencimiento del plazo para plantear la pretensión por parte del administrado, impide el inicio de cualquier otro proceso judicial con respecto a la misma actuación impugnada.
3. Cuando el administrado no haya cumplido con agotar la vía administrativa, salvo las excepciones contempladas en la presente ley.
4. Cuando exista otro proceso judicial o arbitral idéntico, conforme a los supuestos establecidos en el Artículo 452 del Código Procesal Civil.
5. Cuando no se haya vencido el plazo para que la entidad administrativa declare su nulidad de oficio en el supuesto del segundo párrafo del Artículo 13 de la presente ley.
6. Cuando no se haya expedido la resolución motivada a la que se hace referencia en el segundo párrafo del Artículo 13 de la presente ley.
7. En los supuestos previstos en el Artículo 427 del Código Procesal Civil.

En las líneas siguientes, analizaré brevemente cada uno de los supuestos.

2.1. Cuando sea interpuesta contra una actuación no contemplada en el artículo 4 de la presente ley

Para mí este es un error de la LPCA. Nuestro sistema es uno de cláusula general. El artículo 4 del TUO de la LPCA establece expresamente que «[c]onforme a las previsiones de la presente ley y cumpliendo los requisitos expresamente aplicables a cada caso, procede la demanda contra toda actuación realizada en ejercicio de potestades administrativas».

Esta norma supone un avance con respecto a leyes como la española, que tienen un sistema de lista. Como juez, en función del principio *pro actione*, no debería emplearse este criterio de improcedencia para el contencioso-administrativo, sino todo lo contrario.

2.2. Cuando se interponga fuera de los plazos exigidos en la presente ley

El vencimiento del plazo para plantear la pretensión por parte del administrado, impide el inicio de cualquier otro proceso judicial con respecto a la misma actuación impugnada. Conforme al artículo 18 del TUO de la LPCA, los plazos son de caducidad. Ello significa que la no interposición de las demandas acarrea la pérdida del plazo para deducir la demanda y además el decaimiento del derecho subjetivo que sustenta la misma. Por eso mismo los plazos son perentorios. Concretamente, el artículo 18 del TUO de la LPCA regula los siguientes plazos:

La demanda deberá ser interpuesta dentro de los siguientes plazos:

1. Cuando el objeto de la impugnación sean las actuaciones a que se refieren los numerales 1, 3, 4, 5 y 6 del Artículo 4 de esta ley, el plazo será de tres meses a contar desde el conocimiento o notificación de la actuación impugnada, lo que ocurra primero.

2. Cuando la ley faculte a las entidades administrativas a iniciar el proceso contencioso-administrativo de conformidad al segundo párrafo del Artículo 13 de la presente ley, el plazo será el establecido en la ley de Procedimiento Administrativo General, salvo disposición legal que establezca plazo distinto.

3. Cuando se trate de silencio administrativo negativo, se observará lo establecido en el numeral 188.5 del artículo 188 de la ley 27444 Ley del Procedimiento Administrativo General. Carece de eficacia el pronunciamiento hecho por la administración una vez que fue notificada con la demanda. Si el acto expreso se produce antes de dicha notificación, el órgano jurisdiccional podrá, a solicitud del actor, incorporar como pretensión la impugnación de dicho acto expreso o concluir el proceso.

Cuando se trate de inercia o cualquier otra omisión de las entidades distinta del silencio administrativo negativo, no se computará plazo para interponer la demanda.

4. Cuando se trate de silencio administrativo positivo por transcurso del plazo previsto en la Ley del Procedimiento Administrativo General o por normas especiales, el plazo para el tercero legitimado será de tres meses.

5. Cuando se pretenda impugnar actuaciones materiales que no se sustenten en actos administrativos el plazo será de tres meses a contar desde el día siguiente en que se tomó conocimiento de las referidas actuaciones.

Cuando la pretensión sea planteada por un tercero al procedimiento administrativo que haya sido afectado con la actuación administrativa impugnada, los plazos previstos en el presente artículo serán computados desde que el tercero haya tomado conocimiento de la actuación impugnada.

Los plazos a los que se refiere el presente artículo son de caducidad.

Ahora bien ¿el mero transcurso del plazo sin interponer la demanda genera cosa juzgada? A mi entender, se genera cosa juzgada relativa o

formal en la medida que esto impide tratar nuevamente el asunto, pero no genera un pronunciamiento sobre el fondo.

En tal sentido, tal vez si a una persona se le venció el plazo para impugnar un acto administrativo, no podrá iniciar un proceso contencioso-administrativo, pero si tendrá remanente, por ejemplo, una pretensión indemnizatoria si es que el acto administrativo le causó un perjuicio. En ese sentido, soy de la opinión que hay que relativizar esta causal de improcedencia.

2.3. Cuando el administrado no haya cumplido con agotar la vía administrativa, salvo las excepciones contempladas en la presente ley

La norma citada establece como requisito para la procedencia de la demanda el agotamiento de la vía administrativa conforme a las reglas establecidas por la Ley del Procedimiento Administrativo General o por normas especiales.

Al respecto, el artículo 228 del TUO de la LPAG, señala lo siguiente:

Artículo 228.- Agotamiento de la vía administrativa

228.1 Los actos administrativos que agotan la vía administrativa podrán ser impugnados ante el Poder Judicial mediante el proceso contencioso-administrativo a que se refiere el artículo 148 de la Constitución Política del Estado.

228.2 Son actos que agotan la vía administrativa:

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

- b) El acto expedido o el silencio administrativo producido con motivo de la interposición de un recurso de apelación en aquellos casos en que se impugne el acto de una autoridad u órgano sometido a subordinación jerárquica; o
- c) El acto expedido o el silencio administrativo producido con motivo de la interposición de un recurso de revisión, únicamente en los casos a que se refiere el Artículo 218; o
- d) El acto que declara de oficio la nulidad o revoca otros actos administrativos en los casos a que se refieren los artículos 213 y 214; o
- e) Los actos administrativos de los Tribunales o Consejos Administrativos regidos por leyes especiales.

Ahora bien, vale resaltar que esta regla tiene sustento constitucional en el artículo 148 de la Constitución, que hace referencia a los actos que causen estado. En ese sentido, comenta Danós:

Conforme al artículo 148 de la Constitución, la condición que deben reunir los actos administrativos para ser cuestionados ante el Poder Judicial es que causen estado, es decir, que agoten o pongan fin a la vía administrativa porque fijan de manera definitiva la voluntad de la administración, constituyendo la manifestación final de la acción administrativa respecto de la cual no es posible la interposición de otro recurso administrativo, debiendo entenderse que ello ocurre cuando se ha llegado al funcionario superior con competencia para decidir en definitiva sobre el acto impugnado, por lo que únicamente su pronunciamiento podría ser objeto de cuestionamiento ante el Poder Judicial. Las reglas sobre la forma como el particular puede cumplir dicho requisito están establecidas en el artículo 218 de la ley de Procedimiento Administrativo General N° 27444, la que ha regulado los recursos y los actos mediante los cuales el particular puede entender por agotada la vía administrativa, a fin de acceder a la tutela judicial mediante el proceso contencioso-administrativo (2012, p. 1175).

Vale la pena dejar en claro algo indiscutible: en nuestro ordenamiento los conceptos de «causar estado» y «agotar la vía administrativa» son sinónimos. En efecto, el acto administrativo que causa estado es justamente aquel que agota o pone fin a la vía administrativa, porque fija finalmente la voluntad de la administración luego de haber transcurrido las instancias previstas en el procedimiento administrativo previo, por lo que es solo recurrible ante el Poder Judicial.

Distinto es el concepto de «acto definitivo», que es el que pone fin al procedimiento administrativo, en el sentido de una resolución que resuelve el mismo por el fondo. Diferente es, además, el concepto de «acto firme» (artículo 222 del TUO de la LPAG), que no necesariamente es el que agota la vía —piénsese en los actos emitidos por una primera instancia que quedaron consentidos—, se trata de actos que quedan firmes o consentidos por el mero transcurso de los plazos para recurrir.

Como señalé anteriormente, al momento de determinar si se cumple o no con el agotamiento de la vía administrativa, el juez debe guiarse por el principio de favorecimiento del proceso.

Ahora bien, en línea con ello, el TUO de la LPCA establece en su artículo 20 las excepciones al agotamiento de la vía administrativa en los siguientes casos:

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

1. Cuando la demanda sea interpuesta por una entidad administrativa en el supuesto contemplado en el segundo párrafo del Artículo 13 de la presente ley.
2. Cuando en la demanda se formule como pretensión la prevista en el numeral 4 del Artículo 5 de esta ley. En este caso el interesado deberá reclamar por escrito ante el titular de la respectiva entidad el cumplimiento de la actuación omitida. Si en el plazo de quince días a contar desde el día siguiente de presentado el reclamo no se cumpliese con realizar la actuación administrativa el interesado podrá presentar la demanda correspondiente.

3. Cuando la demanda sea interpuesta por un tercero al procedimiento administrativo en el cual se haya dictado la actuación impugnada.
4. Cuando la pretensión planteada en la demanda esté referida al contenido esencial del derecho a la pensión y, haya sido denegada en la primera instancia de la sede administrativa.

Claramente existen otros supuestos en los que tampoco se requiere del agotamiento de la vía administrativa, como en los casos de las vías de hecho. Esta precisión ha sido reconocida por la Primera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema en la casación 7167-2012-Arequipa del 15 de mayo de 2014 —juez ponente Chaves Zapater—, en donde se señaló lo siguiente:

[...] se aprecia que la Sala Superior, al emitir el auto materia de casación, no ha tenido en cuenta que el caso de autos tiene como base la «vía de hecho», en razón a que el pedido de la demandante es su reposición en las labores que venía desempeñando, toda vez que fue despedida a través de un acto material, acreditado mediante constancia policial de fojas 03; consecuentemente, al no existir acto administrativo por el cual se cesa a la demandante, no resulta exigible como acto previa la impugnación administrativa del mismo, para dar por agotada la vía previa.

[...]

A mayor abundamiento, corresponde referir que, ante una actuación material que no se sustenta en un acto administrativo, conocido en doctrina como «vía de hecho» resulta innecesario exigirle al administrado el agotamiento de la vía administrativa, independientemente que dicha actuación impugnada no se encuentre contemplada expresamente entre las causales de inexigibilidad del agotamiento de la vía administrativa a que se refiere el artículo 19° del Texto Único Ordenado de la ley 27584. En este caso, se trata de una actuación de la administración que es ejecutada de manera inmediata, configurándose una vía de hecho por lo cual no resulta necesario el agotamiento de la vía previa, máxime si se tiene en cuenta

que el Principio de Favorecimiento del Proceso, recogido en el artículo 2° numeral 3) del Texto Único Ordenado de la ley 27584, es uno de los que orienta a todo proceso contencioso-administrativo y que estando a las singularidades del caso, la exigencia de agotamiento de la vía administrativa por la resolución vista bajo los argumentos allí esbozados, implican también una contravención a los Principios *Pro Homine* y *Pro Accione*, especialmente si se tiene en cuenta que en sede de los procesos contenciosos administrativos, la facultad de plena jurisdicción que se reconoce al juzgador, tiene una especial materialización y cobran vital importancia en aplicación de los Principios de *Iura Novit Curia* y de Suplencia de Oficio, reconocidos en los artículos VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil y 2° inciso 4) del Texto Único Ordenado de la ley 27584. Por lo que, estando a lo señalado, se colige que, la resolución objeto de casación además de inobservar lo dispuesto por esta Suprema Sala, adolece de motivación defectuosa en sentido estricto.

Cabe indicar que el criterio previsto en la sentencia transcrita ya había sido anticipado antes por la casación 6414-2009-Piura —vocal ponente, Elizabeth MacRae—. Como comenté al inicio del presente libro, desde la entrada en vigencia de la norma, la jurisprudencia también se ha ido perfilando positivamente con interpretaciones creativas como las que acabo de reseñar.

2.4. Cuando exista otro proceso judicial o arbitral idéntico, conforme a los supuestos establecidos en el artículo 452 del Código Procesal Civil

Estos son los supuestos de litispendencia, que se regulan conforme al Código Procesal Civil.

2.5. Cuando no se haya vencido el plazo para que la entidad administrativa declare su nulidad de oficio en el supuesto del segundo párrafo del artículo 11 de la presente ley

Esto aplica para el caso de los procesos de lesividad. Conforme he precisado, el proceso de lesividad o de agravio se activa cuando han vencido los plazos que tiene la administración para, en ejercicio de su potestad de autotutela declarativa, declare nulos sus propios actos. Tales plazos están regulados en el artículo 213 del TUO de la LPAG.

2.6. Cuando no se haya expedido la resolución motivada a la que se hace referencia en el segundo párrafo del artículo 13 de la presente ley

Esto aplica para el caso de los procesos de lesividad, y la resolución a la que hace referencia es la llamada declaración de agravio que, como adelanté, tiene una relevancia importante para definir el motivo y el interés para obrar que tiene la administración en acudir al juez para declarar la nulidad de un acto emitido por ella misma y que ya no puede declarar nulo en vía administrativa al haber prescrito dicho plazo.

2.7. En los supuestos previstos en el artículo 427 del Código Procesal Civil

En este último supuesto, el TUO de la LPCA nos vuelve a remitir a la regulación ordinaria de causales de improcedencia del Código Procesal Civil.

3. VÍAS PROCEDIMENTALES

El TUO de la LPCA contempla dos tipos de procesos: el proceso urgente y el proceso ordinario —denominaciones conforme a lo establecido en la ley 30914—. Este último tiene un ámbito de aplicación residual, por lo que es aplicable cuando no nos encontremos en los supuestos que permiten recurrir al trámite del proceso urgente.

En relación con el proceso ordinario, vale destacar que se prevén las mismas etapas que en un proceso de conocimiento abreviado regulado en el CPC —vale decir, el molde original del contencioso-administrativo—, a saber, la interposición de la demanda, su calificación, el emplazamiento, la actuación del demandado, el saneamiento procesal, la fijación de puntos controvertidos, el saneamiento probatorio y la actuación de pruebas, el informe oral (de haberse solicitado) y, por último, la sentencia. Lo único que lo diferencia del clásico proceso abreviado del CPC es que no existe audiencia de conciliación y que el juez puede prescindir de la audiencia de saneamiento y de fijación de puntos controvertidos, e, inclusive, de la audiencia de pruebas. Se hace con ello un flaco favor a la idea del proceso contencioso-administrativo como un proceso de plena jurisdicción que verse sobre hechos con pruebas y, por el contrario, se insiste en la idea que el contencioso-administrativo es un proceso de «puro derecho», idea ya abandonada en todos los ordenamientos jurídicos de referencia y por la propia doctrina, pero que en nuestro medio persiste debido a la mala influencia de corrientes doctrinarias ya desfasadas.

Sobre el proceso urgente, se establece lo siguiente en el artículo 25 del TUO de la LPCA:

Se tramita como proceso urgente únicamente las siguientes pretensiones:

1. El cese de cualquier actuación material que no se sustente en acto administrativo.
2. El cumplimiento por la administración de una determinada actuación a la que se encuentre obligada por mandato de la ley o en virtud de acto administrativo firme.
3. Las relativas a materia previsional en cuanto se refieran al contenido esencial del derecho a la pensión.

Para conceder la tutela urgente se requiere que, del mérito de la demanda y sus recaudos, se advierta que concurrentemente existe:

- a) Interés tutelable cierto y manifiesto,
- b) Necesidad impostergable de tutela, y
- c) Que sea la única vía eficaz para la tutela del derecho invocado.

Espinosa-Saldaña ha criticado lo siguiente sobre esta norma:

Todo lo expuesto aparece sin duda como muy interesante, pero se encontraba, por ejemplo, enfrentado a otros parámetros ya establecidos en materia previsional, poniendo con ello en una situación bastante difícil a los operadores jurídicos vinculados con la solución de posteriores conflictos que puedan surgir al respecto.

Digo esto en mérito a que, de acuerdo con lo señalado en el tercer inciso del artículo 26° del Texto Único Ordenado de la ley, debe defenderse mediante Proceso contencioso-administrativo, y en la lógica de Proceso urgente, el contenido esencial del derecho a la pensión. Aquello se aprobó sin tomar en cuenta que el Tribunal Constitucional peruano ya había establecido en el caso «Manuel Anicama», e incluso con carácter de precedente vinculante, que el contenido esencial del derecho a la pensión debe ser tutelado mediante un proceso constitucional de amparo (2012, p.18).

Sin duda una situación problemática a la que deben enfrentarse los operadores jurídicos, con especial énfasis en los órganos jurisdiccionales encargados de aplicar la norma. Sin perjuicio de ello, es preciso resaltar que la propia naturaleza del proceso urgente impide que se puedan plantear aquí todo tipo de pretensiones. En ese sentido, coincido con Priori (2009, p. 210) en que el proceso urgente está pensado para pretensiones que suponen un cese de una actuación o el restablecimiento de un derecho. Sin embargo, resulta complejo —aunque no imposible, a mi criterio— que en un proceso urgente pueda verse una pretensión de indemnización. No obstante, es preciso recordar que el propio TUO de la LPCA lo permite solo para el caso de las pretensiones contra las vías de hecho administrativas y contra la inactividad de la administración pública.

4. PREGUNTAS

1. ¿Genera cosa juzgada la improcedencia declarada por demanda interpuesta fuera del plazo?
2. ¿En qué caso especial se declara improcedente una demanda en el marco de un proceso de lesividad?
3. ¿En qué consiste el agotamiento de la vía administrativa?
4. ¿En qué consiste la vía del proceso urgente?

Fondo Editorial PUCP

Fondo Editorial PUCP

CAPÍTULO 7
LA PRUEBA EN EL PROCESO
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

1. INTRODUCCIÓN

La prueba constituye un tema fundamental en todo proceso. Recordemos que el proceso es un instrumento para viabilizar la tutela efectiva de las situaciones jurídicas. Para ello, es necesario esclarecer ahí donde existe incertidumbre o conflicto derivado de una incertidumbre, y no hay otra forma para conseguir ello que probando.

Así, la prueba se erige como pieza esencial en todo proceso y, evidentemente, también en el proceso contencioso-administrativo. Sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico se han establecido restricciones a la prueba, sobre la base de una noción también restringida de los alcances del proceso contencioso-administrativo. Esta es una muestra más de cómo la actual LPCA mantiene una seria contradicción entre la superación de su naturaleza meramente revisora del acto y su naturaleza como instrumento de tutela efectiva de situaciones jurídicas.

La relación entre el régimen probatorio y la finalidad del proceso ha sido adecuadamente graficada en nuestro medio por Giovanni Priori en los siguientes términos:

En otras palabras, un proceso de efectiva tutela de las situaciones jurídicas de los particulares (es decir, un proceso en el que se respete

el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva) supone un proceso contencioso-administrativo en el que se le dé al particular la más amplia posibilidad de probar. En cambio, un proceso que brinde una tutela minusválida a las situaciones jurídicas subjetivas (es decir, que contravenga el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva) es un proceso en el que se limita la posibilidad de probar de los particulares (2009, p. 216).

Pues bien, lamentablemente, en nuestro ordenamiento jurídico no existe esa consonancia entre los fines del proceso y el régimen probatorio. Como veremos en breve, al lado de disposiciones positivas que refuerzan la finalidad de tutela efectiva, existen disposiciones cuestionables. Al respecto, son ilustrativas las palabras de Eloy Espinosa-Saldaña:

En síntesis, encontramos a nivel probatorio un escenario con luces y sombras, al cual convendría introducir importantes modificaciones, máxime si ahora el proceso contencioso-administrativo va a convertirse en el medio procesal ordinario para la tutela de los derechos fundamentales de los administrados frente al accionar de la administración. Ojalá pronto la reforma legislativa o un quehacer jurisdiccional más comprometido con la protección de los derechos y libertades ciudadanas permitan revertir, o por lo menos, mediatizar las no deseadas consecuencias de un inadecuado diseño normativo en este tema en particular (2006, p. 38).

Con estas precisiones, pasaré a analizar cómo se encuentra regulada la actividad probatoria en el TUO de la LPCA.

1.1. Actividad probatoria: inadmisibles restricciones

El artículo 29 del TUO de la LPCA establece expresamente que «la actividad probatoria se restringe a las actuaciones recogidas en el procedimiento administrativo, salvo que se produzcan nuevos hechos o que se trate de hechos que hayan sido conocidos con posterioridad al

inicio del proceso. En cualquiera de estos supuestos, podrá acompañarse los respectivos medios probatorios».

En otras palabras, restringe el material probatorio a las actuaciones realizadas en el procedimiento administrativo previo. Asimismo, establece como excepciones: (i) la producción de nuevos hechos posteriores al término del procedimiento administrativo; y (ii) los hechos conocidos luego de iniciado el proceso. El último párrafo del citado artículo contempla una excepción adicional en el caso de existir una pretensión indemnizatoria acumulada, caso en el cual se permite alegar «todos los hechos que le sirvan de sustento, ofreciendo los medios probatorios pertinentes».

Conforme lo ha denunciado la doctrina (Priori, 2009, p. 219), esta restricción es inconstitucional al afectar el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de ambas partes, en específico, al derecho fundamental a la prueba como parte del debido proceso. Esto es, que tanto demandante como demandado ven indebidamente restringido su derecho a presentar medios probatorios que puedan sustentar mejor su demanda o su defensa, de ser el caso.

Ahora bien, como he explicado anteriormente, es claro que la justificación de dicha restricción se condice con un modelo de proceso que tiende únicamente a la revisión de la actuación de la administración pública, el llamado «dogma revisor». La lógica es simple: si el proceso busca revisar la legalidad de los actos de la administración, estos solo deben ser juzgados a la luz del material probatorio que se tuvo al momento de emitir el acto. Permitir la incorporación de mayores elementos de prueba significaría juzgar a la administración con base en evidencia que esta «no tuvo» al momento de actuar.

Como puede apreciarse, esta regla es propia de un proceso contencioso-administrativo objetivo, nomofiláctico, pensado exclusivamente en la revisión del acto y no en la tutela efectiva de los derechos de los ciudadanos. Este argumento olvida que nuestro proceso contencioso-administrativo no es meramente revisor de actos, sino que permite

también la tutela de plena jurisdicción, por medio de la cual se pueden reconocer u otorgar derechos a favor de quien demanda. Si esto es así, no tiene sentido restringir los medios probatorios que se puedan aportar para sustentar una pretensión de plena jurisdicción.

Por ejemplo, si se plantea la nulidad de una orden de demolición dictada por ausencia de licencia y, a su vez, se plantea como pretensión de plena jurisdicción que se reconozca el derecho que se tiene a mantener la edificación por haber conseguido la licencia, aun cuando fuera extemporánea, es correcto afirmar que la «licencia extemporánea» como medio probatorio no actuado en el procedimiento administrativo puede ser descartada para juzgar la legalidad de la orden de demolición —plenamente legal al momento de dictarse—, pero sí debe ser valorada al momento de juzgar si se reconoce el derecho reclamado. Caso contrario, la pretensión de plena jurisdicción carecería de sentido.

Otro problema vinculado es que con esta disposición podría llegar a restringirse indebidamente el derecho de terceros afectados que no participaron en el procedimiento administrativo, pero que participan en el proceso judicial por tener un derecho o interés legítimo digno de tutela (Priori, 2009, p. 217).

No obstante, para salvar este último problema, siempre es posible interpretar que el referido precepto se limita a las partes que participaron en el procedimiento, lo que lo hace inaplicable en aquellos que recién participan en el proceso judicial.

Al considerar esto, urge una modificación que permita la admisión de medios de prueba, aun cuando no hayan sido actuados en el procedimiento administrativo. En ese sentido se han pronunciado los Grupos de Trabajo encargados de elaborar los proyectos de modificación de la LPCA. Así, en el último proyecto del año 2018 se planteó el siguiente texto para el artículo 30: «En el proceso contencioso-administrativo las partes pueden ofrecer todos los medios probatorios pertinentes, aunque no hubieran sido actuados en el procedimiento administrativo».

2. OPORTUNIDAD

De conformidad con el artículo 30 del TUO de la LPCA, las partes deben ofrecer los medios probatorios en los actos postulatorios. En otras palabras, quien demanda debe ofrecer sus medios probatorios con la demanda, mientras que la entidad pública que se defiende debe presentar sus medios probatorios con su contestación de demanda.

Esta regla tiene como excepción el caso antes mencionado de los «hechos nuevos», tanto aquellos que ocurren luego de iniciado el proceso, como aquellos que fueron conocidos luego de iniciado el proceso. Claro está, la incorporación de los medios probatorios vinculados a los hechos nuevos debe respetar el principio de contradictorio, de ahí que la norma mencionada prevea no solo que se corra traslado de estos a la contraparte, sino que, además, se realice una audiencia en caso sea necesaria para la actuación de la prueba:

Artículo 31.- Oportunidad

Los medios probatorios deberán ser ofrecidos por las partes en los actos postulatorios, acompañándose todos los documentos y pliegos interrogatorios.

Se admitirán excepcionalmente medios probatorios extemporáneos, cuando estén referidos a hechos ocurridos o conocidos con posterioridad al inicio del proceso, vinculados directamente a las pretensiones postuladas.

De presentarse medios probatorios extemporáneos, el juez correrá traslado a la parte contraria por el plazo de tres días.

Si a consecuencia de la referida incorporación es necesaria la citación a audiencia para la actuación de un medio probatorio, el juez dispondrá su realización.

Si el particular que es parte del proceso no tuviera en su poder algún medio probatorio y este se encuentre en poder de alguna entidad administrativa, deberá indicar dicha circunstancia en su escrito de demanda o de contestación, precisando el contenido del documento

y la entidad donde se encuentra con la finalidad de que el órgano jurisdiccional pueda disponer todas las medidas necesarias destinadas a la incorporación de dicho documento al proceso.

Del texto citado se aprecia además una última regla pensada para aquellos casos en los cuales el administrado no tiene en su poder un medio probatorio que sí se encuentra en poder de una entidad pública. En efecto, en estos casos, el administrado asume la carga de indicar dicho hecho, así como precisar el contenido del documento y la entidad que lo posee, para que el órgano jurisdiccional disponga su incorporación al proceso.

Esta disposición no es más que una extensión razonable de la regla de simplificación que figura en el artículo 48 del TUO de la LPAG, conforme a la cual está prohibido solicitar al administrado, información que posea otra entidad pública. La lógica detrás de ello es que es más fácil para la entidad poner a disposición dichas pruebas que para el administrado recabarlas de dicha entidad.

3. PRUEBA DE OFICIO

El artículo 31 del TUO de la LPCA regula la posibilidad de que el órgano jurisdiccional disponga la actuación de pruebas adicionales de oficio, en caso los ofrecidos por las partes resulten insuficientes. Claro está, dicha decisión debe ser motivada.

Esta disposición tiene dos ventajas notables. Una primera, propia de todo proceso, es que permite acercar al juez a la búsqueda de la verdad al momento de resolver, sin tener que encontrarse constreñido por las limitaciones probatorias de las partes. Una segunda, vinculada a la primera, pero relacionada al diseño imperfecto de nuestro proceso contencioso-administrativo, es que esta disposición le permite al juez superar la restricción indebida a la actividad probatoria que consagra el artículo 29 del TUO de la LPCA.

En efecto, con este poder, el juez puede —a fin de generarse convicción— ordenar la actuación de medios probatorios que no constan en el expediente administrativo. Por ende, superar la limitación inconstitucional que anteriormente hemos denunciado.

Por cierto, a nuestro entender, esto refleja la posición distinta que tiene el proceso contencioso-administrativo respecto de los procesos civiles. El juez civil —salvo los de familia y otras especialidades vinculadas a la tutela de sujetos débiles— tradicionalmente está constreñido a aplicar los medios probatorios propuestos por las partes, quedándose en la verdad formal. La propia doctrina procesal civil critica la posibilidad de las pruebas de oficio. Pero el contencioso-administrativo es diferente: parte de una desigualdad evidente entre el administrado y la administración pública, que, pese a que quiere ser corregida por el principio de igualdad procesal, no lo ha sido, ni lo podrá ser. El particular que inicia el contencioso-administrativo estará siempre en una posición de desventaja frente a la todopoderosa administración pública. Y por ello, resulta necesario que el juez brinde ese equilibrio al romper el principio de congruencia (lo hace ya conforme al numeral 2 del artículo 40 del TUO de la LPCA), pero también con el ejercicio del poder probatorio de oficio, en búsqueda de la verdad material, principio básico del derecho administrativo, que, así como es usado por la administración, también podría ser empleado por el juez.

Ahora bien, coincido con Giovanni Priori (2009, p. 222) en que este poder debe tener algún tipo de limitación; pienso en concreto que estas serían dos. En primer lugar, solo deberá ser ejercido respecto de temas, cuestiones, pretensiones o fundamentos ya alegados y discutidos por las partes, y que pese a ello no generen convicción en el juez, motivo por el cual este se convence en la necesidad de emplear este poder probatorio; y, en segundo lugar, debe realizarse con respeto del contradictorio previo.

Cabe destacar además que la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre este tema en la casación 4367-2012-Arequipa

—ponente juez supremo Gómez Benavides—, publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 2 de enero de 2014, en la cual se señaló lo siguiente:

[...] la prueba de oficio viene a ser una herramienta otorgada al juez cuando existe deficiencia en las pruebas aportadas por las partes y su uso resulta necesario a fin de resolver con justicia el caso concreto y de manera correcta. Esta facultad abre la puerta al juez para investigar sobre la verdad de los hechos controvertidos con información complementaria a la brindada por las partes, la finalidad de esta actividad es esclarecer los hechos, llegando a establecer la existencia o inexistencia de los hechos afirmados por las partes.

Es más, al verificar que no se ejerció la facultad para ordenar una prueba de oficio, la Sala concluyó que se había vulnerado el derecho de prueba que, a su criterio, «comprende el derecho a que actúen los medios probatorios de oficio». En vista de ello, y al constatar una lesión al contenido esencial de la garantía constitucional de la debida motivación y del debido proceso, se declaró la nulidad de la sentencia de vista.

4. CARGA DE LA PRUEBA

El artículo 32 del TUO de la LPCA regula la carga de la prueba en los siguientes términos:

Salvo disposición legal diferente, la carga de la prueba corresponde a quien afirma los hechos que sustentan su pretensión.

Sin embargo, si la actuación administrativa impugnada establece una sanción o medidas correctivas, o cuando por razón de su función o especialidad la entidad administrativa está en mejores condiciones de acreditar los hechos, la carga de probar corresponde a esta.

El primer párrafo consagra la regla en todo proceso: quien afirma los hechos, asume la carga de probarlos¹. Como bien señala Peyrano:

Lo corriente en el rubro es que en cualquier caso y contingencia los hechos constitutivos (es decir, los invocados por el actor en el escrito de demanda) deben ser probados por quien demanda dentro de un proceso de conocimiento, mientras que los hechos impeditivos, modificativos o extintivos –o en general, cualesquiera que alegara el demandado y que fueran distintos de los invocados por el actor– debían ser acreditados por el demandado. Y punto (2013, p. 968).

Sin embargo, el segundo párrafo establece una excepción para el caso de actos de gravamen (sanciones y medidas correctivas) y para aquellos en los cuales la entidad esté en mejor condición de probar. En estos casos, será la entidad quien asuma la carga de la prueba.

De esta forma, se consagra una regla de carga dinámica de la prueba, conforme a la cual, quien se encuentra en mejor posición de probar determinados hechos, asume dicha carga. La explicación del surgimiento y fundamento de las cargas dinámicas es ilustrativa en el texto de Peyrano:

En verdad, las reglas corrientes del reparto del *onus probandi* parten del presupuesto tácito de que debe mediar una igualdad probatoria procesal absoluta entre las partes, lo que no solo resulta difícil de establecer, sino que asimismo puede producir graves injusticias. Así fue que surgieron instrumentos que apuntan a «igualar» en términos reales la faena probatoria, ponderando la especial debilidad de uno de los litigantes frente al comparativamente mayor peso específico

¹ No se desconoce que, como bien se ha precisado en doctrina, la carga de la prueba es más una regla de juicio, antes que una regla probatoria. En palabras de Peyrano: «Finalmente, es preciso tener en cuenta que la regla de la carga de la prueba es más bien una regla de juicio que una regla de prueba, poniéndose de manifiesto su real importancia cuando no concurre prueba o ella es insuficiente porque en tal caso se debe fallar contra la parte que corría el riesgo de no probar. Más que distribuir la prueba, reparte las consecuencias de la falta de prueba o certeza, y las normas que la regulan son de naturaleza procesal» (2013, p. 959).

de la contraria (V. gr. el ámbito del derecho del consumidor) o la especial naturaleza de un sector del mundo jurídico, a algunos de cuyos protagonistas se privilegia por razones jurídicamente atendibles. Este último es el supuesto del instituto de las cargas probatorias con intensidades de esfuerzos diferentes donde se reconoce y admite un trato diferente a la hora de acreditar hechos y circunstancias (2013, p. 969).

En el caso concreto de nuestro ordenamiento jurídico, se ha establecido que, en los casos de sanciones y medidas correctivas, sea la administración quien asume la carga de probar los hechos que justifican el acto cuestionado. Se parte, entonces, de la presunción de licitud de la que goza el administrado, de manera que corresponde a la administración demostrar ante el juez que en el procedimiento administrativo se cumplió con romper dicha presunción sobre la base de unos determinados hechos probados. Esto es de suma importancia: la administración va a defenderse, y tiene que probar ante el juez que cumplió con sancionar bien. Para lo cual tiene que ofrecer todas las pruebas necesarias para comprobar la corrección de la sanción impuesta en el procedimiento administrativo previo. El juez no tiene que asumir un rol pasivo de mera verificación de la existencia de pruebas en el expediente administrativo, sino que, por el contrario, tiene que evaluar y actuar de ser el caso, las pruebas que haya tenido la administración en el procedimiento administrativo sancionador para determinar la existencia de una infracción administrativa y, por ende, de una sanción.

Como bien apuntó Santiago Muñoz Machado (1976), esta regla se nutre de las reglas manejadas en el proceso penal. En efecto, no tiene mucho sentido mantener la regla del proceso civil en un escenario en el cual se discuten sanciones, siendo lo más lógico que en este caso se apliquen las reglas del proceso penal. En palabras del autor:

Parece claro, pues, que son precisas serias matizaciones antes de aceptar la aplicación en bloque los litigios contencioso-administrativos de las

reglas sobre la carga de la prueba del proceso civil. Lo que acaba de señalarse es solo un ejemplo de las alteraciones que en los principios del derecho administrativo pueden resultar de ello. Sin embargo, donde queda de manifiesto de forma más palmaria la inadecuación de estas técnicas al proceso contencioso- administrativo es cuando este versa sobre sanciones administrativas. En estos casos puede afirmarse más rotundamente que no son en absoluto de recibo por una razón bastante fácil de determinar: las sanciones administrativas se concretan en una privación de bienes y derechos del inculpado, tienen un contenido afflictivo que exige que su imposición se rija por idénticos principios y se nutra de técnicas equivalentes a las manejadas por la potestad punitiva penal. No serían, por ello, de aplicación los principios del proceso civil en cuanto al tema de la prueba que aquí nos ocupa, sino los del proceso penal (1976, p. 735).

Por esta lógica es que el TUO de la LPCA contempla la regla antes aludida. En ese sentido, corresponde a la administración demostrar en el proceso que la sanción que se discute se sustenta de forma suficiente en hechos probados que acreditan la responsabilidad del administrado sancionado.

Como puede apreciarse, el legislador ha tomado una posición de principio en donde privilegia la presunción de licitud del administrado frente a la presunción de validez del acto administrativo, aun cuando la primera haya sido desvirtuada en el marco de un procedimiento sancionador, cuyo acto final es el que será objeto de juzgamiento ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

5. PREGUNTAS

1. ¿En qué consiste la prueba?
2. ¿Cuáles son las limitaciones que establece la Ley del Proceso Contencioso-administrativo a la actividad probatoria?
3. ¿En qué consiste la prueba de oficio?
4. ¿Cuál es la regla de la carga de la prueba en el proceso contencioso-administrativo en el que se discute un acto de sanción?

Fondo Editorial PUCP

CAPÍTULO 8

MEDIOS IMPUGNATORIOS

1. CONCEPTO Y FUNDAMENTO

El TUO de la LPCA dedica su Capítulo V a regular los «medios impugnatorios», a los que les dedica solamente tres artículos y realiza una remisión a la regulación contenida en el Código Procesal Civil. Por medio impugnatorio se refiere a aquel mecanismo que permite contradecir o cuestionar un acto procesal, alegando que este contiene un defecto o error. En el caso bajo análisis, un medio impugnatorio será el mecanismo por medio del cual se cuestiona un acto procesal.

En la doctrina procesal, se ha indicado que el término impugnar «supone cuestionar o contradecir un determinado acto jurídico procesal expedido por un órgano jurisdiccional denunciando que el acto cuestionado ha incurrido en un error. De esta manera, el error se convierte en el fundamento de la impugnación procesal, pues lo que se desea con el instituto de la impugnación es precisamente concederles a las partes la posibilidad de impugnar un acto denunciando un error con la finalidad de que este sea corregido» (Priori, 2009, p. 231).

El error es, entonces, elemento clave para entender cómo opera un sistema de impugnaciones. La cuestión se centra en determinar qué tipo de errores o defectos pueden tener las resoluciones judiciales, pues estos serán los que permitan activar el derecho a impugnar.

En palabras de Ariano, «una resolución judicial puede ser defectuosa en su “construcción” (error *in procedendo*) o en lo que “decide u ordena” (error *in iudicando*)» (2015, p. 32).

Siguiendo la misma doctrina, los errores *in procedendo* pueden producirse en dos niveles: (i) cuando el defecto esté en la misma resolución —por ejemplo, ausencia de decisión—; y (ii) cuando el defecto se produce en el *iter* procesal antes de la resolución —por ejemplo, ausencia de notificación de la demanda— (Ariano, 2015, p. 32).

Los errores *in iudicando*, en cambio, se producen cuando «el juez juzga, pero juzga mal» (Ariano, 2015, p. 33). Ese «juzgar mal» puede hallarse tanto en la valoración de los hechos, como en la valoración del derecho. En los términos de Ariano:

Podría juzgar mal al fijar los hechos invocados por las partes o en la operación de interpretación y valoración de los medios de prueba (los así llamados errores *in iudicando* de hecho). Pero también podría juzgar mal si yerra en la operación de individualización de la norma del caso (error de subsunción) o en la interpretación de la norma aplicada (error interpretativo), esto es, incurre en los llamados errores *in iudicando* de derecho (2015, p. 33).

La distinción entre errores *in procedendo* y errores *in iudicando* no es baladí. De acuerdo al error que se alegue será distinta la pretensión impugnatoria. Mientras en los errores *in procedendo* la pretensión es rescisoria, es decir, se pide la nulidad de la resolución; en los casos de errores *in iudicando* la pretensión es revocatoria, es decir, se pide la corrección y sustitución de la decisión (Priori, 2009, p. 233).

2. TIPOS DE MEDIOS IMPUGNATORIOS

El artículo 34 del TUO de la LPCA contempla los mismos medios impugnatorios previstos en la legislación procesal civil, es decir: el recurso de reposición contra decretos, el recurso de apelación contra autos y sentencias, el recurso de casación y el recurso de queja. Los requisitos de

admisibilidad y procedencia de estos recursos son también los mismos que establece la legislación procesal civil.

Sobre el recurso de reposición, nos dice Priori (2009, p. 234) que es un recurso impropio, dado que se presenta ante el mismo juez para que revoque un decreto emitido por él mismo. A diferencia de la apelación, que es un recurso propio, pues se presenta ante el mismo juez para que evalúe su admisibilidad y procedencia, y lo eleve al superior, quien determinará la fundabilidad del recurso.

De ahí que el recurso de apelación sea al que más importancia le ha dado la doctrina (Ariano, 2015), pues se erige como el medio impugnatorio que permite que el caso sea reevaluado por un órgano jurisdiccional distinto.

Particular importancia merece la regulación del recurso de casación. Al respecto, el artículo 34 del TUO de la LPCA dispone lo siguiente:

En el proceso contencioso-administrativo proceden los siguientes recursos:

[...]

3. El recurso de casación contra las siguientes resoluciones:

3.1 Las sentencias expedidas en revisión por las Cortes Superiores;

3.2 Los autos expedidos por las Cortes Superiores que, en revisión, ponen fin al proceso.

El recurso de casación procede en los casos que versen sobre pretensiones no cuantificables. Tratándose de pretensiones cuantificables, cuando la cuantía del acto impugnado sea superior a 140 Unidades de Referencia Procesal (U.R.P) o cuando dicho acto impugnado provenga de autoridad de competencia provincial, regional o nacional; y, por excepción, respecto de los actos administrativos dictados por autoridad administrativa distrital, cuando la cuantía sea superior a 140 Unidades de Referencia Procesal (U.R.P).

En los casos a que se refiere el artículo 25 no procede el recurso de casación cuando las resoluciones de segundo grado confirmen las de primera instancia, en caso de amparar la pretensión.

Como puede apreciarse, el recurso de casación procede contra las sentencias expedidas en revisión por las cortes superiores, cuando actúan como segunda instancia. Asimismo, procede contra los autos expedidos por las cortes superiores cuando ponen fin al proceso.

Vale recordar aquí que, como vimos anteriormente, en los casos en que se discuten actuaciones del BCR, la SMV y la SBS, es competente en primera instancia la Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo y, en apelación, la Sala Civil de la Corte Suprema. En este esquema, la Sala Constitucional es quien asume competencia para resolver los recursos de casación.

En otras palabras, en esos casos, una sala de la Corte Suprema es quien revisa en casación lo juzgado por otra sala de la Corte Suprema. Esta desnaturalización de la casación ha sido descrita y criticada por Danós, posición que comparto:

[...] se constata que los legisladores han desnaturalizado la casación al permitir que proceda respecto de resoluciones dictadas por una sala de la propia Corte Suprema, olvidando que su propósito es la unificación de la jurisprudencia y que ello solo se justifica respecto de sentencias dictadas por instancias judiciales inferiores a la del más alto tribunal de justicia nacional. Dicho error ha motivado que de manera incoherente se haya otorgado la competencia para resolver la apelación de las sentencias de las salas especializadas en lo contencioso-administrativo de la Corte Superior nada menos que a la Sala Civil de la Corte Suprema, en lugar de la respectiva sala especializada en materia administrativa de dicho alto tribunal, a la que se le ha relegado a resolver precisamente los recursos de casación (2012, p. 1178).

En términos de cuantía, se ha previsto que el recurso de casación procede en casos de pretensiones no cuantificables, como sería el caso, por ejemplo, en el cual se discute exclusivamente la nulidad de un acto que revocó un permiso. En el caso de pretensiones cuantificables, la regla es que la casación procede cuando la cuantía supere las 140 unidades

de referencia procesal (URP) o cuando proceda de una autoridad con competencia provincial, regional o nacional.

Asimismo, se ha previsto en la normativa que, en los casos de procesos urgentes, no procederá el recurso de casación si ha existido doble pronunciamiento a favor de amparar la pretensión del demandante.

3. PRINCIPIOS JURISPRUDENCIALES

Por último, resulta relevante lo dispuesto en el artículo 36 del TUO de la LPCA, conforme al cual se regula el establecimiento de principios jurisprudenciales que constituyen precedentes vinculantes:

Cuando la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema fije en sus resoluciones principios jurisprudenciales en materia contencioso administrativa, constituyen precedente vinculante.

Los órganos jurisdiccionales podrán apartarse de lo establecido en el precedente vinculante, siempre que se presenten circunstancias particulares en el caso que conocen y que motiven debidamente las razones por las cuales se apartan del precedente.

El texto íntegro de todas las sentencias expedidas por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República se publicarán en el Diario Oficial *El Peruano* y en la página web del Poder Judicial. La publicación se hace dentro de los sesenta días de expedidas, bajo responsabilidad.

De otro lado, se incorpora la exigencia que el juez debe ponderar la proporcionalidad entre la eventual afectación que causaría al interés público o a terceros la medida cautelar y el perjuicio que causa al recurrente la eficacia inmediata de la actuación impugnada.

Dejando de lado el último párrafo, que claramente constituye un error en la redacción de la norma, lo relevante aquí es que se fijan como precedentes vinculantes los pronunciamientos de la Corte Suprema en donde se determinen principios jurisprudenciales en materia contencioso-administrativa.

Vale destacar que, aun cuando la norma no lo mencione expresamente, dichos principios jurisprudenciales constituyen precedentes vinculantes no solo para los demás órganos jurisdiccionales, sino también —y quizás más importante— para todas las autoridades administrativas que apliquen la norma jurídico-pública interpretada por la Corte Suprema.

Lo dicho se respalda, a su vez, con una lectura sistemática de esta norma y del artículo V del TUO de la LPAG, que establece como fuente del procedimiento administrativo, «la jurisprudencia proveniente de las autoridades jurisdiccionales que interpreten disposiciones administrativas».

Sobre el particular, es importante reconocer que, al margen de las discusiones respecto a si la jurisprudencia constituye o no fuente de derecho, lo verdaderamente importante es resaltar el valor que le otorga la LPAG a las resoluciones judiciales, con la esperanza de que sea la jurisprudencia contencioso-administrativa la que marque el camino a seguir en la interpretación del derecho administrativo.

Es claro, entonces, que, en nuestro ordenamiento jurídico administrativo, los precedentes emitidos por la Corte Suprema en materia administrativa constituyen fuente del derecho también para las propias autoridades administrativas.

4. PREGUNTAS

1. ¿Qué tipos de errores habilitan la interposición de medios impugnatorios?
2. ¿Qué tipos de medios impugnatorios reconoce la Ley del Proceso Contencioso-administrativo?
3. ¿Cuál es la finalidad del recurso de casación?
4. ¿A qué se refiere la Ley del Proceso Contencioso-administrativo cuando habla de «principios jurisprudenciales»?

CAPÍTULO 9

TUTELA CAUTELAR

1. CONCEPTO Y FINALIDAD DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

A través de las medidas cautelares se pretende impedir que el resultado de un proceso se vea frustrado por las contingencias que puedan acaecer durante el curso de la litis. Su naturaleza, en tal sentido, es instrumental respecto del proceso en el que se busca la tutela definitiva.

Si bien ello sigue siendo así, no puede negarse que, en los hechos, la tutela cautelar es, en muchas ocasiones, igual de importante que la tutela definitiva. En efecto, su carácter instrumental respecto de la tutela definitiva no puede ser motivo para restarle importancia. De ahí que una buena regulación en la materia es imprescindible.

El fundamento de la tutela cautelar es explicado en la doctrina nacional por Ariano:

Pero el proceso, ya sea de cognición o ejecutivo, es una institución dinámica que se desarrolla en fases sucesivas imbuidas en el tiempo. El proceso se genera, evoluciona y llega a su acto terminal en un determinado marco temporal. Sin embargo, la diversa finalidad de la tutela de cognición y la ejecutiva determinan que esa necesaria Sucesión de actos de parte y del juez que se realizan en determinados períodos de tiempo encuentre una diferente justificación. La sucesión de actos en el proceso de cognición, su división en fases sucesivas,

se justifica en atención a que este proceso tiene por objeto establecer la verdad, establecer cuál de las partes tiene la razón y cuál no. En estos supuestos el tiempo es necesario, y, es más, constituye una garantía de un buen juicio.

[...]

Si este es el aspecto positivo del tiempo, el tiempo también puede constituir un factor negativo, pues la propia duración del proceso puede conducir a la ineficacia de su resultado. Ciertamente es que en este caso no hablamos de la duración patológica del proceso, de aquel que se desarrolla fuera del plazo razonable, sino de la simple duración fisiológica como fuente potencial de ineficacia del proceso [...] Para lograr el objetivo de vencer al «enemigo tiempo», desde antiguo se idearon algunos remedios dirigidos a neutralizar los efectos negativos del tiempo, muchos de los cuales tras una larga evolución englobamos bajo la figura de la tutela cautelar (2003, pp. 591-593).

En suma, en los términos de Ariano: «La tutela cautelar se presenta, pues, desde la óptica del sujeto necesitado de tutela (el “justiciable”) como una auténtica garantía de obtener la tutela efectiva y definitiva de sus derechos, en todos aquellos supuestos en los que el tiempo necesario para obtener la razón constituye fuente potencial de ineficacia de aquella, máxime en una realidad como la que estamos viviendo en donde la velocidad en que se desenvuelven las relaciones humanas y jurídicas ha convertido al propio tiempo en un bien» (2003, p. 596).

En el contexto específico del proceso contencioso-administrativo, he señalado ya que para el legislador ha sido clave el concepto de tutela judicial efectiva. En ese sentido, necesariamente había de considerarse una regulación propensa al desarrollo de la tutela cautelar, como elemento esencial a su vez de la tutela judicial efectiva.

Ahora bien, es preciso diferenciar, aun cuando no se haya hecho legislativamente, entre la tutela cautelar y los demás tipos de tutelas de urgencia. Hoy en día se reconocen otros mecanismos de tutela de urgencia, como la tutela anticipatoria.

En efecto, si se hablara de un «género» en las tutelas de urgencia, estarían, dentro de estas la tutela cautelar, la técnica anticipatoria —medidas dirigidas a garantizar la inmediata satisfacción del derecho— y los procesos urgentes —como el amparo— dirigidos a proteger específicamente un derecho.

En todas estas está presente la cognición sumaria, en donde el juez no tiene un conocimiento pleno de los hechos, sino que tendrá que resolver sobre la base de la evidencia específica de un peligro o amenaza de afectación sobre un derecho la comisión de un ilícito, o también sobre la base de una «apariencia de buen derecho» o de «probabilidad de su existencia».

En sentido similar, recientemente el profesor Juan Carlos Cassagne (2017, p. 678) se ha pronunciado a favor de incorporar expresamente este tipo de tutela, que deja de lado la idea de que solo es admisible la tutela cautelar en donde el objeto de la misma no coincida con el objeto de la demanda.

Cabe señalar que la tutela cautelar contencioso-administrativa recogida en el TUO de la LPCA tiene seis características radicalmente importantes:

- a) Es atípica: la diversidad de las formas administrativas de actuación y omisión administrativas que serán enjuiciadas en los procesos contencioso-administrativos hace necesario que el juez tenga un poder genérico para despachar las medidas cautelares que sean adecuadas y necesarias para garantizar la eficacia de la tutela cautelar, buscándose además superar el estrecho escenario de medidas cautelares en la clásica doctrina del derecho administrativo, que las basaba únicamente en la medida cautelar de suspensión de efectos del acto administrativo y, escasamente, en las «medidas cautelares positivas». Ciertamente, hoy en día se reconoce la generosidad de la amplitud de la tutela cautelar, pudiéndose disponer cualquier medida cautelar genérica que sea adecuada para proteger el

resultado del proceso y cautelar que el derecho discutido no se pierda o dañe por el transcurso del tiempo.

- b) Es provisional y variable (artículo 612 del CPC): la medida cautelar busca proteger una situación de manera provisional y nunca implica un juicio definitivo sobre la situación de fondo. Como indica Proto Pisani (2018, pp. 643-644), la tutela cautelar implica una decisión provisoria —en el sentido de no definitiva— en cuanto a su contenido. Ahora bien, derivada de ella, el mandato cautelar será variable, también tendrá en cuenta a la necesidad de tutela específica y de protección del bien o la situación jurídica discutida en el proceso. Si estos varían, la medida cautelar también deberá variar a fin de desplegar su protección. Debe ser adecuada para tutelar la situación jurídica sustantiva discutida en el proceso principal, este es un tema sumamente importante en lo que respecta al ámbito cautelar. Precisamente, la protección cautelar debe ir en línea con el objeto del proceso (Bacigalupo, 1999, pp. 132-133), a fin de poder tutelar de mejor manera las situaciones jurídicas cuya tutela se discute en el proceso. Si hay un objeto amplio del contencioso-administrativo, entonces la protección cautelar debe ir de la mano con el mismo, y estar diseñada adecuadamente para poder brindar tutela provisoria a las situaciones jurídicas del administrado afectadas por las actuaciones impugnadas en el proceso principal.
- c) Se otorgan antes o ya iniciado el proceso: en el ordenamiento peruano se pueden pedir «medidas cautelares fuera del proceso», es decir, antes de su inicio, conforme al artículo 636 del Código Procesal Civil. La condición es que, luego de ejecutada la cautelar, se presente la demanda principal en el plazo de diez días hábiles siguientes a la fecha de ejecución. Claro está, también las medidas cautelares se pueden solicitar dentro del proceso, una vez admitido el mismo o conjuntamente con la demanda principal.

- d) Se otorgan *inaudita altera pars*: en el sistema peruano del contencioso-administrativo todas las medidas cautelares se otorgan sin oír a la parte contraria (artículo 637 del CPC, aplicable de forma supletoria al TUO de la LPCA), lo cual implica que todas son «provisionalísimas» en el sentido del artículo 135 de la ley 29/1998 de España. Esta regla, ciertamente, es excesiva y va en contra de la mayoría de los sistemas contencioso-administrativos en el derecho comparado, los cuales exigen que el juez, antes de despachar la tutela provisoria, debe escuchar a la administración. Sin embargo, derivado de nuestro Código Procesal Civil, en nuestro sistema todas las medidas cautelares son despachadas sin escuchar a la parte demandada. Esto, a nuestro criterio, resulta contraproducente y es un elemento que muchas veces disuade al juez de conferir la tutela cautelar, debido a que no tiene una visión completa de los intereses en conflicto en el proceso.
- e) Se basa especialmente en las medidas de innovar y de no innovar contenidas en el Código Procesal Civil: en el Perú, estas medidas —especialmente estudiadas por la doctrina argentina— siempre fueron consideradas como medidas procedentes como *ultima ratio*, si es que alguna de las medidas contempladas en el Código no era de recibo, mientras que, bajo el TUO de la LPCA, son medidas cautelares especialmente procedentes. Así lo establece el artículo 39 del TUO de la LPCA: «Son especialmente procedentes en el proceso contencioso-administrativo las medidas cautelares de innovar y de no innovar». Esto implica que las medidas cautelares van más allá de la mera suspensión del acto impugnado, y se pueden dar todas las medidas cautelares, sean suspensivas, negativas, positivas o de tutela provisoria de la situación discutida en el proceso. Como ya hemos dicho, la tutela cautelar de lo contencioso-administrativo es atípica, hecho que se ve reforzado con lo dispuesto en el artículo 38 del TUO LPCA que permite aplicar cualquier medida —sea innovativa de la situación discutida o de no innovar la situación

que es discutida en el proceso— y, además, con el hecho que corresponde dictar al juez la medida cautelar que sea más adecuada para garantizar la protección del derecho o interés del administrado, puesto en juego en el proceso (sobre el tema, ampliamente, Bacigalupo, 1999).

- f) Toda medida cautelar implica un prejujuamiento (artículo 612 del Código Procesal Civil): la medida cautelar implica una anticipación de tutela para el demandante, aun cuando provisoria, y por ello se basa en la idea de una verosimilitud del derecho, bajo los términos de una cognición sumaria superficial que se basa más en la idea de probabilidad antes que de verdad. Por tanto, siempre una tutela cautelar implicará un prejujuamiento por parte del juzgador, lo cual es normal en este tipo de escenarios, sin que deba existir una preocupación o sorpresa por ello. Ahora bien, para ello, el juzgador deberá ponderar efectivamente tanto los requisitos para el otorgamiento de la tutela cautelar, así como la relevancia de las decisiones que serán adoptadas sobre el particular.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 38 del TUO de la LPCA, para conceder una medida cautelar es necesario que concurran los siguientes requisitos: la verosimilitud del derecho invocado, el peligro en la demora y la adecuación de la medida solicitada para garantizar la eficacia de la pretensión. A continuación, examinaremos cada uno de estos.

2. VEROSIMILITUD DEL DERECHO INVOCADO

La apariencia o verosimilitud del derecho es considerada como aquello que tiene forma exterior o apariencia de verdadero, lo que implica que la pretensión tenga un sustento jurídico que la haga discutible, esto es, que se configure la posibilidad razonable de que ese derecho exista. En palabras de Juan José Monroy:

El solicitante de la medida cautelar deberá demostrar al juez que la pretensión principal —que se intenta garantizar— tiene una posibilidad razonable de ser declarada fundada al pronunciarse la sentencia. Por tratarse de un mecanismo solicitado durante el transcurso del proceso resulta humanamente imposible que el juez pueda tener certeza de que la medida solicitada garantizará el futuro derecho a ser considerado por la sentencia. Adicionalmente, la propia estructura del pedido cautelar, al buscarse con urgencia un mecanismo que acabe con la situación de peligro, impide un análisis detallado de la fundabilidad de la pretensión llevada al proceso. Tengamos en cuenta que, precisamente, por aquella situación de urgencia, el actor tan solo se limita a presentar una información sumaria respecto de las posibilidades de su posición frente al proceso» (2002, p. 170).

Es así que el juez debe realizar un juicio sumario de probabilidad basado en las alegaciones y su sustento (Priori, 2006, p. 74), tras cuyo cálculo la balanza debe presentarse, de momento, a favor del solicitante de la medida, en atención además a los derechos fundamentales en juego.

Sobre el particular, es preciso recordar que en el texto original de la LPCA el requisito de verosimilitud del derecho estaba vinculado a que el juez aprecie una apariencia de buen derecho, pero que equipare la misma a la presunción de legalidad del acto administrativo, lo cual era un criterio sostenido en la antigua doctrina española.

Dicho criterio, asumido como bueno en dicha normativa, actualmente está desfasado, ya que se limita únicamente a confrontar las medidas cautelares frente al acto administrativo —el cual ya no es la única actuación impugnabile en el contencioso administrativo— y, de otro lado, eleva innecesariamente el rango de fuerza jurídica de la presunción de legitimidad, la cual es clásicamente concebida como una presunción *iuris tantum* y además no debe limitar la apreciación del juez para tutelar los derechos. Vale decir que, frente al juez, la legalidad de la actuación administrativa no puede oponerse como un criterio o canon comparativo, pues justamente, dicha actuación administrativa será discutida en el proceso principal.

De ahí que la doctrina haya criticado fuertemente dicha disposición —véase al respecto, García de Enterría (2004, p. 246)—. Con la modificación, el texto actual ha mejorado, pero sigue manteniendo un error garrafal y es que la verosimilitud no debe analizarse contra el interés público. Pero, ¿qué sucede en la práctica?

Si se entiende que el interés público es algo que beneficia a toda la colectividad, es muy probable que el juez señale que no existe verosimilitud del derecho, ya que en la ponderación, siempre perderá la verosimilitud del derecho particular versus la protección del interés público —por ejemplo, en el cobro y recaudación de las deudas tributarias para financiar el funcionamiento del Estado y la satisfacción de las necesidades de la población—.

De ahí se propone que el requisito de verosimilitud del derecho invocado por el particular no debe ser confrontado con el interés público, sino que, por el contrario, debe ser comparado con la existencia de causas evidentes o notorias de ilegalidad de la actuación u omisión administrativa impugnada. Me explico: la comparación con el interés público siempre puede poner en inferioridad la protección del derecho invocado por el particular. Por ejemplo, en una situación de omisión administrativa, donde la administración pública no actúe, ¿qué interés público puede existir? No hay criterio alguno de comparación. De otro lado, en una situación de vía de hecho, donde la administración actúa con la fuerza material sin un título jurídico, ¿dónde está el interés público? Por último, en una situación como la ejemplificada anteriormente, el administrado que denuncia la manifiesta ilegalidad de la administración tributaria, ¿cómo podría oponerse al interés público existente en el cobro de los tributos?

A mi entender, debe corregirse el texto del artículo 38 del TUO de la LPCA y eliminar la referencia a la ponderación de la verosimilitud del derecho con el interés público. Las razones para ello son:

- El interés público no es el canon que permite determinar la ilegalidad de la actuación administrativa, sino que, por el contrario, la verosimilitud del derecho debe ser enfrentada a la existencia de una evidente o manifiesta ilicitud de la actuación u omisión administrativa, lo cual debe ser sustentado por el pretensor cautelar.
- Un escenario de tutela de derechos fundamentales no permite subordinarlos al interés público.
- Es necesario superar el dogma revisor en el contencioso-administrativo, que supere la idea de que la única actuación impugnabile es el acto administrativo, en función a lo dispuesto en el artículo 4 del propio TUO de la LPCA.

Por tanto, creo que, si miramos a la experiencia comparada, es un poco gaseoso optar solamente por un criterio que enfrente la verosimilitud del derecho con una supuesta e imprecisa «afectación del interés público», y, por tanto, este canon de comparación debe ser eliminado y dejar de seguir lastrando la evaluación que el juez haga del requisito de la verosimilitud del derecho.

3. PELIGRO EN LA DEMORA

Como he indicado en los apartados anteriores, el artículo 38 del TUO de la LPCA establece los presupuestos para la concesión de las medidas cautelares en el marco del proceso contencioso-administrativo. Dentro de ellos, resulta de particular importancia el peligro en la demora, en tanto concepto que fundamenta la existencia de tutela cautelar (Chinchilla, 1991, p. 41).

El profesor Juan José Monroy explica este concepto de la siguiente manera:

El *periculum in mora* está referido a la amenaza de que el proceso se torne ineficaz durante el tiempo transcurrido desde el inicio de la relación procesal hasta el pronunciamiento de la sentencia definitiva.

Su existencia no está sustentada necesariamente en la posibilidad de que actos maliciosos del demandado impidan el cumplimiento de lo pretendido por el demandante, sino también en que el solo trascurso del tiempo constituye, de por sí, un estado de amenaza que merece una tutela especial (2002, p. 176).

Giovanni Priori explica en otros términos la naturaleza del peligro exigido por la norma: «[...] es necesario recordar que el peligro en la demora es el temor de daño jurídico que se puede producir a consecuencia de la demora en el proceso, el mismo que tiene que ser de inminente realización» (2009, p. 255).

En la mayoría de casos, el peligro en la demora consiste en que los actos administrativos que son cuestionados en los procesos sigan produciendo efectos hasta que el juzgado no los declare nulos. Ello porque nuestro ordenamiento legal garantiza la ejecutoriedad de los actos administrativos en el artículo 203 del TUO de la LPAG, lo que significa que la administración pública tiene plenas facultades para hacer cumplir forzosamente lo que se ordena en dichos actos, salvo que medie mandato judicial.

Es importante resaltar que en doctrina se reconoce que la ejecutoriedad de los actos administrativos no tiene fuente constitucional sino solamente legal y que, además, su incorporación en los ordenamientos jurídicos no es pacífica en la doctrina, por lo que existen quienes consideran que no debería existir. Esto demuestra la necesidad imperiosa de que el Poder Judicial revise con atención estos casos en donde la administración pública hace uso de ese mecanismo de autotutela que implica la ejecutoriedad de sus actos.

En línea con ello, cabe destacar que la doctrina (Priori, 2009, p. 258) reconoce que la ejecutoriedad de los actos administrativos constituye la materialización del peligro en la demora en los procesos contencioso-administrativos.

Cabe destacar, además, que en los procesos contenciosos administrativos en donde se solicita tutela cautelar no es necesario acreditar un peligro irreparable. Así lo reafirma la doctrina procesalista:

[...] la disposición de la ley que regula el proceso contencioso-administrativo, conforme a la cual las medidas cautelares de innovar y de no innovar no son excepcionales, determina también que, para el dictado de estas medidas en un proceso contencioso-administrativo, no se requiere que el daño que con ellas se desea evitar tenga el carácter de irreparable. Mantener la exigencia de irreparabilidad del daño como característica del peligro en la demora en estos casos no sería sino contrariar lo dispuesto en el artículo 40 del TUO de la ley que regula el proceso contencioso-administrativo (Priori, 2009, p. 259).

En efecto, la medida cautelar debe actuarse como un mecanismo de tutela provisional que prevenga la generación de daños al administrado, sin que sea requisito que esos daños tengan la condición de irreparables.

4. LA ADECUACIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR

El tercer presupuesto de la medida cautelar, regulado en el TUO de la LPCA, consiste en que dicha medida sea adecuada para asegurar la eficacia de la pretensión planteada en el proceso. Priori sostiene: «Lo cierto es que la medida cautelar debe ser adecuada para garantizar la eficacia de la pretensión procesal. Ello quiere decir que debe existir una relación de coherencia y adecuación entre aquello que se intenta garantizar y la medida cautelar solicitada como garantía» (2009, p. 262).

Por ejemplo, en un caso en donde se discute la nulidad de un acto de gravamen y se pretende cautelarmente que el mismo no surta efectos, la única medida idónea para evitar el peligro es la suspensión de los efectos del acto.

Es importante destacar que no existe otra medida cautelar que pueda suplir a la solicitada en términos de adecuación. Solo mediante la suspensión de los efectos de las resoluciones se puede evitar, por ejemplo,

el cobro de las multas impuestas en el marco de procedimientos sancionadores.

5. LA CONTRACAUTELA Y SU REAL VINCULACIÓN CON LA PROTECCIÓN DEL INTERÉS PÚBLICO

La contracautela es toda garantía que asegura la concesión de una medida cautelar en función al eventual perjuicio que esta pudiera ocasionar respecto de la contraparte que sufre sus efectos. En línea con ello, el artículo 38 del TUO de la LPCA ha precisado que «para la ejecución de la medida cautelar el demandante deberá ofrecer contracautela atendiendo a la naturaleza de la pretensión que se quiere asegurar».

Es en este extremo en el que considero debería realizarse la ponderación con el interés público. En efecto, el análisis debería seguir el siguiente esquema:

- En primer lugar, el juez debe analizar los tres requisitos: verosimilitud del derecho versus notoria o evidente ilegalidad de la actuación u omisión administrativa, el peligro en la demora y la adecuación.
- Luego, tomada la decisión cautelar, y en un segundo momento, debe ponderar los posibles perjuicios que cause la ejecución de la medida cautelar con una eventual afectación al interés público. A fin de evitar esta afectación es que se cuantificaría la contracautela. Es la única finalidad. Aquí es donde debe ponderarse el interés público, y no versus la verosimilitud del derecho.

Ahora bien, un tema que resulta de particular importancia es que la normativa especial ha dispuesto que en determinados casos la contracautela solo puede materializarse en una carta fianza que equivale al monto de la multa que se pretende cuestionar en el proceso judicial. Pero no solo ello, sino que se dispone expresamente que la contracautela

no sería requisito para la ejecución de la medida cautelar, sino para su misma concesión.

Este régimen particular y especial lo tiene la Sunat conforme a las modificaciones al Código Tributario, así como entidades como Indecopi y OEFA. En efecto, el artículo 159 del Código Tributario dispone lo siguiente:

Artículo 159.- Medidas cautelares en procesos judiciales

Cuando el administrado, en cualquier tipo de proceso judicial, solicite una medida cautelar que tenga por objeto suspender o dejar sin efecto cualquier actuación del Tribunal Fiscal o de la administración Tributaria, incluso aquéllas dictadas dentro del procedimiento de cobranza coactiva, y/o limitar cualquiera de sus facultades previstas en el presente Código y en otras leyes, serán de aplicación las siguientes reglas:

1. Para la concesión de la medida cautelar es necesario que el administrado presente una contracautela de naturaleza personal o real. En ningún caso, el juez podrá aceptar como contracautela la caución juratoria.
2. Si se ofrece contracautela de naturaleza personal, esta deberá consistir en una carta fianza bancaria o financiera, con una vigencia de doce (12) meses prorrogables, cuyo importe sea el sesenta por ciento (60%) del monto por el cual se concede la medida cautelar actualizado a la fecha de notificación con la solicitud cautelar. La carta fianza deberá ser renovada antes de los diez (10) días hábiles precedentes a su vencimiento, considerándose para tal efecto el monto actualizado hasta la fecha de la renovación.

En caso de que no se renueve la carta fianza en el plazo antes indicado el juez procederá a su ejecución inmediata, bajo responsabilidad.

3. Si se ofrece contracautela real, esta deberá ser de primer rango y cubrir el sesenta por ciento (60%) del monto por el cual se concede la medida cautelar actualizado a la fecha de notificación con la solicitud cautelar.

4. La administración Tributaria se encuentra facultada para solicitar a la autoridad judicial que se varíe la contracautela, en caso esta haya devenido en insuficiente en relación con el monto concedido por la generación de intereses. Esta facultad podrá ser ejercitada al cumplirse seis (6) meses desde la concesión de la medida cautelar o de la variación de la contracautela. El juez deberá disponer que el solicitante cumpla con la adecuación de la contracautela ofrecida, de acuerdo a la actualización de la deuda tributaria que reporte la administración Tributaria en su solicitud, bajo sanción de dejarse sin efecto la medida cautelar.

5. El juez deberá correr traslado de la solicitud cautelar a la administración Tributaria por el plazo de cinco (5) días hábiles, acompañando copia simple de la demanda y de sus recaudos, a efectos de que aquella señale el monto de la deuda tributaria materia de impugnación actualizada a la fecha de notificación con la solicitud cautelar y se pronuncie sobre la verosimilitud del derecho invocado y el peligro que involucra la demora del proceso.

6. Vencido dicho plazo, con la absolución del traslado o sin ella, el juez resolverá lo pertinente dentro del plazo de cinco (5) días hábiles.

En el caso que, mediante resolución firme, se declare infundada o improcedente total o parcialmente la pretensión asegurada con una medida cautelar, el juez que conoce del proceso dispondrá la ejecución de la contracautela presentada, destinándose lo ejecutado al pago de la deuda tributaria materia del proceso.

En el supuesto previsto en el artículo 615 del Código Procesal Civil, la contracautela, para temas tributarios, se sujetará a las reglas establecidas en el presente artículo.

Lo dispuesto en los párrafos precedentes no afecta a los procesos regulados por leyes Orgánicas.

Excepcionalmente, cuando se impugnen judicialmente deudas tributarias cuyo monto total no supere las quince (15) unidades impositivas tributarias (UIT), al solicitar la concesión de una medida cautelar, el administrado podrá ofrecer como contracautela la caución juratoria».

Por su parte, en el caso de OEFA, se modificó la ley 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, y se incorporó el artículo 20-A con el siguiente sentido:

Artículo 20-A.- Ejecutoriedad de las resoluciones del OEFA

La sola presentación de una demanda contencioso-administrativa, de amparo u otra, no interrumpe ni suspende el procedimiento de ejecución coactiva de las resoluciones de primera o segunda instancia administrativa referidas a la imposición de sanciones administrativas emitidas por el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA).

Sin perjuicio de los requisitos y demás regulaciones establecidas en el Código Procesal Civil en materia de medidas cautelares, cuando el administrado, en cualquier tipo de proceso judicial, solicite una medida cautelar que tenga por objeto suspender o dejar sin efecto las resoluciones de primera o segunda instancia administrativa referidas a la imposición de sanciones administrativas, incluso aquellas dictadas dentro del procedimiento de ejecución coactiva o que tengan por objeto limitar cualquiera de las facultades del OEFA previstas en la presente ley y normas complementarias, son de aplicación las siguientes reglas:

- a) Para admitir a trámite las medidas cautelares, los administrados deben cumplir con presentar una contracautela de naturaleza personal o real. En ningún caso el juez puede aceptar como contracautela la caución juratoria.
- b) Si se ofrece contracautela de naturaleza personal, esta debe consistir en una carta fianza bancaria o financiera a nombre del OEFA, de carácter irrevocable, incondicional, de ejecución inmediata y sin beneficio de excusión, otorgada por una entidad de primer orden supervisada por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones.
- c) Dicha garantía debe tener una vigencia de doce meses renovables y ser emitida por el importe de la deuda derivada del acto

- administrativo cuyos efectos se pretende suspender o dejar sin efecto, actualizada a la fecha de solicitud de la medida cautelar.
- d) La carta fianza debe ser renovada y actualizada, en tanto se mantenga vigente la medida cautelar, dentro de los veinte días hábiles previos a su vencimiento, de acuerdo al monto de la deuda acumulada a la fecha de su renovación. En caso de que no se renueve la carta fianza o no se actualice su importe en el plazo antes indicado, el juez procede a su ejecución inmediata.
 - e) Si se ofrece contracautela real, esta debe ser de primer rango y cubrir el íntegro del importe de la deuda derivada del acto administrativo cuyos efectos se pretende suspender o dejar sin efecto, actualizada a la fecha de solicitud de la medida cautelar.
 - f) El OEFA se encuentra facultado para solicitar a la autoridad judicial que se varíe la contracautela, en caso de que esta haya devenido en insuficiente en relación con el monto concedido por la generación de intereses. El juez debe disponer que el solicitante cumpla con la adecuación de la contracautela ofrecida.
 - g) En aquellos casos en los que se someta a revisión del órgano judicial competente la legalidad y el cumplimiento de las normas previstas para el inicio y trámite del procedimiento de ejecución coactiva mediante demanda de revisión judicial regulada en la ley 26979, ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva, la ejecución coactiva solo es suspendida si el cumplimiento de la obligación es garantizado mediante contracautela, la que debe cumplir con iguales requisitos a los señalados en los incisos precedentes.

Sobre el particular, es pertinente citar las críticas a esta normativa excesiva —que consagra el *solve et repete* en nuestro país—, y que fueron señaladas en nuestro medio por Samuel Abad y Jorge Danós, a propósito de la modificación del Código Tributario respecto de la contracautela:

A nuestro juicio, se trata de una medida inconstitucional puesto que no supera el principio de necesidad. En efecto, a nuestro juicio existen medidas menos lesivas de los derechos de los administrados

que permiten tutelar de manera adecuada el derecho de defensa del Tribunal Fiscal y la administración Tributaria. Por ejemplo, la posibilidad de interponer un recurso de oposición, o facultar al juez para dispensar los requisitos establecidos atendiendo a la urgencia y circunstancias del caso en concreto.

Asimismo, la medida resulta inconstitucional pues no supera el principio de proporcionalidad. En efecto, el procedimiento de contradictorio previo – sin que se admita excepciones – desnaturaliza la esencia de la medida cautelar puesto que desconoce su carácter urgente, el cual se fundamenta en la finalidad de evitar el peligro en la demora que ocasiona el propio proceso. Ello resulta desproporcionado en tanto que, aun estableciéndose un procedimiento inaudita parte, se permitiría la defensa del afectado con la medida cautelar a través del recurso de oposición, por ejemplo. Pero, además, no resulta proporcional condicionar la concesión de la medida cautelar – y no la ejecución tal como ocurre en los restantes casos – al cumplimiento de una garantía pecuniaria.

Cabe resaltar que no existe una razón objetiva y suficiente que justifique un procedimiento cautelar especial única y exclusivamente aplicables al Tribunal Fiscal y a la administración Tributaria. De ahí que el régimen cautelar constituya un verdadero privilegio para el Tribunal Fiscal y la administración Tributaria, sin que exista una justificación objetiva y razonable para ello. Estamos ante una discriminación inaceptable en función de quien sea el sujeto demandado (2013, p. 36).

De más está decir que comparto plenamente la crítica realizada, en la medida que considero un privilegio injustificado, que, además, atenta contra el fundamento de la tutela cautelar y, más grave aún, contra los fines de tutela judicial efectiva que el proceso contencioso-administrativo persigue. Nada justifica que estas entidades de la administración pública tengan dicho privilegio *a priori*, en situaciones en donde no se sabe aún si existe en realidad un riesgo alto de daño a la administración, producto de la medida cautelar.

Por último, pese que a nuestro criterio estas normas son inconstitucionales, la única forma en la cual el juez puede darle una lectura constitucional es: dada la contracautela en los términos pedidos por estas normas, el juez no puede, sino que debe conceder la tutela cautelar solicitada, puesto que el interés público está más que satisfecho con los términos exigidos por tales normas para la contracautela.

6. PREGUNTAS

1. ¿Cuál es la finalidad de la medida cautelar?
2. ¿Qué otros tipos de tutela de urgencia existen?
3. ¿Cuáles son los presupuestos de toda medida cautelar?
4. ¿En qué consiste la contracautela y qué regímenes especiales de contracautela existen en materia contencioso-administrativa?

CAPÍTULO 10

FIN DEL PROCESO: LA SENTENCIA Y OTROS MECANISMOS DE CONCLUSIÓN DEL PROCESO

1. LA SENTENCIA

La doctrina entiende que la sentencia es la «decisión judicial que, normalmente, pone fin al proceso de cognición, en cualquier instancia, y por el cual el órgano jurisdiccional satisface las pretensiones y resistencias deducidas por las partes, aplicando el ordenamiento jurídico» (Hutchinson, 2009, p. 195). La sentencia definitiva es aquella que provoca la finalización del proceso al resolver el fondo de la cuestión planteada.

El tercer párrafo del artículo 121 del CPC denomina sentencia a la resolución que expide pronunciamiento sobre el derecho de las partes —sentencia estimatoria o sobre el fondo—; sin embargo, reconoce que excepcionalmente dicha resolución final puede contener un pronunciamiento solo respecto de la validez de la relación procesal —sentencia inhibitoria—.

La sentencia no es solo un juicio lógico o dictamen jurídico, sino que a dicho juicio le acompaña un mandato, que estima o no las pretensiones de las partes procesales.

Tiene, lógicamente, la estructura de un silogismo, aunque ello no implica desconocer la labor creativa del juez, que dentro de la perspectiva

del realismo jurídico es de suma importancia para mantener vivo el funcionamiento del ordenamiento jurídico.

1.1. Requisitos de la sentencia

La sentencia tiene requisitos subjetivos y objetivos. Entre los requisitos subjetivos tenemos la jurisdicción o poder jurisdiccional, la competencia y la ausencia de causas de abstención o recusación. Por su parte, entre los requisitos objetivos tenemos los siguientes:

- La motivación suficiente: derecho integrante de la tutela judicial efectiva —derecho a una resolución motivada y fundada en derecho—.
- La congruencia: consiste en la adecuación entre los pronunciamientos judiciales y lo que se pidió al juez, incluida la razón de ser de la petición (Hutchinson, 2009, pp. 222-229).

Para determinar la incongruencia, se requiere realizar una confrontación entre la parte dispositiva y el objeto del proceso (*rectius*, la pretensión). En ese contexto, tenemos los siguientes vicios de incongruencia:

- Incongruencia *citra petitum*: consiste en que la sentencia deja de juzgar alguna cuestión objeto del proceso (incongruencia *ex silentio*).
- Incongruencia *ultra petitum*: se concede en la sentencia más de lo solicitado por las partes en el *petitum*, con lo cual se desconoce el principio dispositivo.
- Incongruencia *extra petitum*: cuando el órgano judicial concede a las partes algo no solicitado por ellas.

En la LPCA —a diferencia del proceso civil donde todavía impera el principio— se ha producido una atenuación de la exigencia de la congruencia, debido al carácter de proceso de plena jurisdicción que tiene el proceso contencioso-administrativo —conforme al numeral 2 del

artículo 40 del TUO de la LPCA—, así como a la impronta «publicística» que tiene este proceso.

En efecto, en el proceso contencioso-administrativo rige el principio publicístico, por tanto, no son ilegales o inválidas las sentencias *ultra petitum*, sobre todo en las pretensiones de plena jurisdicción.

1.2. El caso particular del numeral 1 del artículo 40 del TUO LPCA

La norma actual prescribe lo siguiente:

Artículo 40.- sentencias estimatorias

La sentencia que declare fundada la demanda podrá decidir en función de la pretensión planteada lo siguiente:

1. La nulidad, total o parcial, o ineficacia del acto administrativo impugnado, de acuerdo a lo demandado.

Sin embargo, hay casos en los cuales se demanda nulidad parcial y en realidad corresponde una nulidad total o viceversa. E, inclusive, hay casos en los cuales el juez debería poder tener la potestad de apreciar de oficio los motivos de nulidad, fuera de los argumentados expresamente por las partes. El proyecto de LPCA hacía eco de la potestad del juez de apreciar esto y modificarlo de acuerdo a su criterio, dando un plazo para que se pronuncien las partes, y expresar así el poder del juez de apreciar la nulidad y los imperativos del principio publicístico.

Sin embargo, el texto de la LPCA—modificada antes de su aprobación en la Comisión de Justicia del Congreso— alteró el planteamiento inicial y estableció esta rígida aplicación del principio dispositivo, y que además desconoce que la regla de enjuiciamiento de los actos administrativos es el principio de conservación (artículo 14 del TUO de la LPAG).

De ahí que esta regulación no se encuentre exenta de críticas (Priori, 2009, p. 272). Al considerar la naturaleza misma de las reglas de validez de los actos administrativos, correspondía en este caso hacer una

excepción al principio radical de congruencia, lo que permitiría al juez que pueda declarar la nulidad total, aun si se demanda solo la nulidad parcial. Asimismo, con la misma lógica, permitir al juez apreciar los motivos de la nulidad pese a que no hayan sido alegados por las partes.

En función al principio de tutela judicial efectiva, yo considero que el juez puede apreciar la nulidad y sus causales, así como sus alcances, conforme a lo establecido en los artículos 12 (efectos de la nulidad) y 13 (alcance de la nulidad) del TUO de la LPAG, sin que el principio dispositivo sea un obstáculo para ello.

Por cierto, calificada doctrina entiende que el principio *iura novit curia* (artículo VII del CPC) es de aplicación al proceso contencioso-administrativo y permitiría solucionar el entuerto causado por la deficiencia normativa analizada: «los tribunales administrativos han de juzgar dentro del límite de las alegaciones deducidas por las partes —es decir, unilateralmente como en el proceso civil—, pueden fundar la sentencia en otros motivos jurídicos que los abogados oportunamente por aquellas» (Hutchinson, 2009, p. 242).

1.3. Tipos de sentencia

Las sentencias pueden ser de dos tipos (artículo 121 CPC):

- Por regla general: sentencias que se pronuncian sobre el fondo del asunto puesto a conocimiento del órgano judicial (sentencias de mérito o estimatorias/desestimatorias).
- Por excepción: sentencias que se pronuncian sobre la validez de la relación jurídico-procesal (sentencias donde se declara la inadmisibilidad/improcedencia de la demanda contencioso-administrativa).

Las sentencias inhibitorias se pueden pronunciar sobre aspectos formales, relativos a la validez de la relación jurídico-procesal, y en concreto, con respecto a las causas de:

- Inadmisibilidad: es una declaración provisional de invalidez de la relación procesal, en la cual se otorga un plazo para remover el defecto que la provocó, por considerar que este defecto es subsanable.
- Improcedencia: sirve para denunciar la existencia de una invalidez cuyo defecto invocado es considerado insubsanable.

Por su parte, las sentencias, cuando se pronuncian sobre el fondo, pueden ser:

- Estimatorias: son las que actúan las pretensiones de las partes.
- Desestimatorias: son las que no actúan las pretensiones de las partes del proceso.

Las sentencias estimatorias pueden ser declarativas, de condena y constitutivas.

- Declarativas: son aquellas que ponen fin al conflicto al ratificar o confirmar la existencia de un derecho o de una situación o estado jurídico existente.
- Constitutivas: a través de este tipo de sentencias, se modifica o extingue una situación jurídica existente y se crea una nueva.
- De condena: son las que imponen el cumplimiento de una obligación de dar, hacer o no hacer. No solo se declara el derecho, se impone su efectivo cumplimiento.

Ahora bien, en todos los casos, se establece un requisito adicional para el caso de las sentencias estimatorias. Así, el TUO de la LPCA dispone lo siguiente:

Artículo 43.- Especificidad del mandato judicial

Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 122 del Código Procesal Civil, la sentencia que declara fundada la demanda deberá establecer el

tipo de obligación a cargo del demandado, el titular de la obligación, el funcionario a cargo de cumplirla y el plazo para su ejecución.

Como puede apreciarse, la norma citada impone al juez la obligación de precisar el tipo de obligación a cargo del demandado, el titular de la obligación, el funcionario a cargo de cumplirla y el plazo para su ejecución. De esta forma se garantiza el adecuado cumplimiento de la sentencia.

1.4. Características de la sentencia

Las sentencias, una vez emitidas, son inmutables, no pueden ser variadas, es un atributo propio de las mismas. Sin embargo, esto no impide la posibilidad de que se rectifiquen los errores materiales y aritméticos, ni que se aclaren los conceptos oscuros.

Para la aclaración es competente el órgano que emitió la sentencia y puede hacerlo de oficio o a pedido de parte. La aclaración únicamente procederá si la sentencia ofrece en su parte dispositiva oscuridad o ambigüedad, o es necesario suplir cualquier omisión de la misma.

1.5. Efectos de las sentencias

Las sentencias estimatorias en los procesos generan diversos tipos de efectos reconocidos por la doctrina, los cuales describo siguiendo las enseñanzas de González Pérez (1966, pp. 222-223) y Hutchinson (2009, pp. 313-360):

- Efectos jurídico-materiales: la obtención del concreto bien perseguido mediante el proceso, la obtención de lo solicitado al juzgador mediante el *petitum* —en el caso del proceso contencioso-administrativo, conforme a lo establecido en el artículo 5 referido a las pretensiones—.
- Efectos jurídico-procesales: la ejecutividad de la sentencia y la cosa juzgada.

Conforme a lo que he señalado, son efectos jurídico-procesales de las sentencias en lo contencioso-administrativo:

- La eficacia ejecutiva: consiste en la actividad orientada a cumplir lo dispuesto en el fallo, lo que se hará de manera voluntaria o si es necesario, forzosamente, para lo cual el órgano jurisdiccional deberá adoptar todas las medidas necesarias para promover y activar la ejecución. El fallo de la sentencia debe ser en sí mismo ejecutable y ha de concretar el alcance y contenido de la obligación derivada de esta.
- La eficacia declarativa o la cosa juzgada consiste en la influencia del fallo en ulteriores actividades declarativas de carácter jurisdiccional.

La cosa juzgada puede entenderse de dos sentidos:

- La cosa juzgada formal implica la imposibilidad de impugnación de la sentencia recaída en un proceso, lo que ocurrirá cuando no exista recurso alguno contra ella o porque se haya dejado transcurrir el término para interponerlo.
- La cosa juzgada material consiste en la indiscutibilidad o inmutabilidad de la esencia de la voluntad concreta de la ley afirmada en la sentencia. Es considerada como la verdadera cosa juzgada, que se extiende a los procesos futuros. Lo que se establece en una sentencia que adquiere la autoridad de cosa juzgada no puede ser objeto de un nuevo juicio, ni ningún otro órgano judicial podrá dictar una nueva sentencia sobre el mismo asunto. La cosa juzgada material produce dos efectos: (i) impide que se pueda volver a tratar y a decidir sobre el mismo asunto (efecto negativo); y, (ii) si se llega a seguir un nuevo proceso, la segunda sentencia tendrá que ser acorde con la primera (efecto positivo).

Los efectos jurídico-materiales son los efectos que el fallo puede producir sobre las relaciones jurídicas a las que se refiere. Hay que tener

en cuenta que la pretensión que se deduce en el proceso contencioso-administrativo recae sobre tales realidades jurídicas extraprocesales. El proceso versará siempre sobre una realidad jurídico-administrativa, siempre habrá un acto, actuación u omisión, y situaciones creadas o derivadas de ellas que se verán afectadas por la resolución judicial que se adopte sobre el proceso antes referido.

Ahora bien, los efectos de la sentencia también pueden ser directos o indirectos. Los efectos directos son efectos inmediatos o consecuencias que la sentencia produce directamente sobre la realidad jurídico-material. La sentencia crea, modifica o extingue alguna o algunas situaciones jurídicas extraprocesales. Por ejemplo, son efectos directos la declaración judicial de nulidad de un acto administrativo, o el restablecimiento o reconocimiento de una situación jurídica individualizada. Por su parte, los efectos indirectos son las consecuencias mediatas que produce el fallo.

Sobre ambos tipos de efectos, el maestro González Pérez ha precisado lo siguiente:

Al delimitar los efectos subjetivos de la sentencia es ineludible tener en cuenta, no solo el objeto del proceso, sino la distinción entre efectos jurídico-materiales directos e indirectos. Distinción de la que dependerá la existente entre parte principal y accesoria, que ha desaparecido en el anteproyecto y con ello la eliminación de una figura tan tradicional en nuestro contencioso-administrativo como es el coadyuvante.

Una sentencia, al estimar un recurso contencioso-administrativo en el que se pretendiera el reconocimiento de una situación jurídica, puede producir efectos jurídicos directos respecto del demandante y producirlos indirectamente respecto de todos aquellos a los que beneficiaría el ejercicio del derecho. Por ejemplo, si se trataba del reconocimiento del derecho a instalar un centro docente, al lado del efecto directo del recurso contencioso-administrativo, están los indudables beneficios en los padres de los potenciales alumnos que viven en las proximidades del lugar del emplazamiento, evitándoles ir a otros centros más alejados (1998, p. 110).

Hay un tema novedoso que el TUO de la LPCA no plantea, pero que se pudo haber considerado respecto de los procesos de tutela de intereses difusos del artículo 14 del TUO de la LPCA, que es la temática de la extensión de los efectos de las sentencias a terceros, mediante la cual se pueden extender los efectos de una sentencia a otros sujetos y a otras situaciones distintas.

Existirá, para ello, una sentencia de referencia cuyos efectos pretenden extenderse. A través de esa sentencia referencia —que constituye un referente para una igualdad de supuestos o para una multitud de personas— se pueden extender los efectos de las sentencias en materias tales como laborales, previsionales, de seguridad social o tributaria.

La extensión de efectos de las sentencias a terceros puede ser de dos casos:

- Extensión objetiva de efectos: que podría denominarse «traslación de efectos por analogía». En ella se trata de extender los efectos jurídicos de una sentencia a otros casos objetivamente idénticos o análogos.
- Extensión subjetiva de efectos: en la que los efectos de una sentencia se extienden a aquellos afectos por el mismo acto administrativo.

1.6. Eficacia de las sentencias según el tipo de pronunciamiento

Las sentencias declarativas, al no modificar la realidad jurídica, no son ejecutables ni tienen efectos jurídicos-materiales —en apariencia—. Solo producen efectos jurídico-procesales declarativos.

Las sentencias constitutivas producen, además del efecto de cosa juzgada, efectos jurídico-materiales, ya que cambian la realidad jurídica material —y por tanto son ejecutables—.

Las sentencias de condena no producen efectos jurídico-materiales, sino únicamente efectos de títulos de ejecución —efectos ejecutivos procesales— y efectos de cosa juzgada.

En la realidad propia del proceso contencioso-administrativo se dan sentencias o pronunciamientos con efectos mixtos, es decir, pronunciamientos sobre pretensiones declarativas acompañadas con constitutivas y de condena —nulidad y restablecimiento del derecho, nulidad y reconocimiento, nulidad e indemnización, constatación de la ilegalidad de la omisión o vía de hecho, cese de la actividad ilegal y restablecimiento de la legalidad, etcétera (véase Hutchinson, 2009, pp. 313-360; y Pérez Andrés, 2000)—.

2. ANÁLISIS DE LOS CASOS ESPECÍFICOS DE LAS SENTENCIAS ESTIMATORIAS DEL ARTÍCULO 40 DEL TUO DE LA LPCA

En lo que concierne a las sentencias estimatorias, el artículo 40 del TUO de la LPCA establece lo siguiente:

La sentencia que declare fundada la demanda podrá decidir en función de la pretensión planteada lo siguiente:

1. La nulidad, total o parcial, o ineficacia del acto administrativo impugnado, de acuerdo a lo demandado.
2. El restablecimiento o reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de cuantas medidas sean necesarias para el restablecimiento o reconocimiento de la situación jurídica lesionada, aun cuando no hayan sido pretendidas en la demanda.
3. La cesación de la actuación material que no se sustente en acto administrativo y la adopción de cuanta medida sea necesaria para obtener la efectividad de la sentencia, sin perjuicio de poner en conocimiento del Ministerio Público el incumplimiento para el inicio del proceso penal correspondiente y la determinación de los daños y perjuicios que resulten de dicho incumplimiento.
4. El plazo en el que la administración debe cumplir con realizar una determinada actuación a la que está obligada, sin perjuicio de poner en conocimiento del Ministerio Público el incumplimiento para el

inicio del proceso penal correspondiente y la determinación de los daños y perjuicios que resulten de dicho incumplimiento.

5. El monto de la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados.

Como puede apreciarse, la norma en comentario conecta los efectos de la sentencia con la pretensión planteada, la cual, a su vez, está vinculada con una concreta actuación administrativa. El numeral 1 establece que la sentencia estimatoria de la demanda se pronunciará por la nulidad total o parcial, o por la ineficacia del acto. Evidentemente ello sucederá cuando la pretensión formulada sea precisamente que se declare la nulidad total o parcial de un acto administrativo.

Como ya he indicado, discrepo de la última frase de esta norma que restringe el pronunciamiento del juez conforme «a lo demandado», pues implica reconocer una congruencia estricta que no es acorde con el modelo integral de revisión de legalidad de los actos administrativos, en el cual, como hemos dicho, si bien el juez queda vinculado al petitorio, no lo está en lo que respecta a la causa *petendi* o los motivos jurídicos que sustentan la nulidad, de modo tal que partiendo de los invocados por el demandante, podrá apreciar, de oficio, los que estime convenientes de una revisión integral del expediente. Creemos que el *iura novit curia* lo permite.

Solo por poner un ejemplo. No sería acorde al principio de conservación—reconocido no solo doctrinariamente, sino expresamente en el mismo TUO de la LPAG— que el juez se pronuncie por la nulidad total de un acto de sanción por múltiples infracciones si es que es posible conservar algún extremo de este, aun cuando el demandante haya planteado así su pretensión. Vale decir, que pueda declarar la nulidad parcial cuando haya sido demandada la total o viceversa. Estimo que el juez podrá citar a las partes y pedir que manifiesten sus posiciones sobre esta tesitura por cinco días antes de resolver, lo que estaba proyectado originalmente en el texto que dio origen a la actual LPCA.

Por su parte, en el numeral 2, el contenido de la sentencia estimatoria responde a una pretensión de plena jurisdicción. Como se aprecia de la norma, se reconocen dos efectos. En primer lugar, lo que sería un efecto declarativo, lo que sucede, por ejemplo, cuando se reconoce el derecho del demandante a una licencia o permiso. En segundo lugar, se contempla un efecto de condena, conforme al cual el juez tiene plena legitimidad para ordenarle a la administración a tomar las medidas necesarias para que sea efectivo ese restablecimiento o reconocimiento de derechos o intereses legítimos. Ello sucede, por ejemplo, cuando es necesario que el juez ordene a la autoridad que libere un bien decomisado indebidamente o que reembolse una multa que no debió cobrarse.

Insisto, importa bastante que en lo que respecta a esta pretensión comprender que el juez está plenamente liberado del yugo de la congruencia procesal: el juez puede disponer todas las medidas que discrecionalmente estime necesarias para restablecer o reconocer los derechos que fueron afectados o denegados por la administración, lo cual implica que no se debe limitar a lo demandado, sino que se debe disponer lo que sea necesario para que el derecho denegado sea otorgado y el derecho afectado sea reestablecido en su total plenitud.

El numeral 3 hace referencia a la cesación de actuaciones materiales, sobre las cuales ya me he pronunciado anteriormente. Asimismo, se establece que se podrá ordenar cuanta medida sea necesaria para obtener la efectividad de la sentencia.

La fórmula legal empleada por el legislador resulta sumamente pertinente, porque a veces no es suficiente una simple orden de cese, sino que son necesarias medidas adicionales que garanticen que la sentencia sea realmente efectiva. La norma además contempla la posibilidad de que el juez determine la indemnización por los daños que la actuación material haya causado, supuesto que solo tendrá lugar si así ha sido pedido por el demandante.

En lo referido al numeral 4, la norma hace referencia a la necesidad de fijar «[e]l plazo en el que la administración debe cumplir con realizar

una determinada actuación a la que está obligada». Como se aprecia, este supuesto se da cuando el demandante pretende que la administración realice una determinada actuación a la que se encuentra obligada por ley, o porque debe ejecutar un acto administrativo, lo que sucede, por ejemplo, cuando se pretende que una autoridad cumpla con realizar una prestación a la cual se tiene derecho. En estos casos, es lógico que la sentencia fije el plazo que tiene la autoridad para cumplirla.

Por último, el numeral 5 establece que el juez deberá fijar la cuantía de la indemnización, claro está, cuando esta hubiese sido pretendida en los estrechos márgenes del TUO de la LPCA. Es claro que, cuando lo haga, el juez deberá observar siempre las reglas de la indemnización integral previstas en el artículo 260 del TUO de la LPAG. No deberá mirar para nada al Código Civil y sus estrecheces, sino que deberá dar vida a la cláusula de garantía patrimonial frente a la administración pública ya regulada en la citada norma del TUO de la LPAG.

3. ALCANCES DE LA SENTENCIA SEGÚN UNA ACTUACIÓN REGLADA O DISCRECIONAL

El alcance de las sentencias, específicamente de aquellas estimativas frente a una pretensión de plena jurisdicción, depende en gran parte de si la actuación en discusión proviene de una potestad reglada o discrecional. Tenemos potestades regladas cuando se trata de situaciones jurídicas donde la norma jurídica predetermina un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica concreta que le es aplicable. La potestad reglada predetermina la aplicación del derecho por la administración en un determinado sentido. Por ejemplo, el otorgamiento de una licencia de funcionamiento o el cese de un funcionario por límite de edad.

Por su parte, en la potestad discrecional existe un supuesto de hecho, al cual le pueden ser aplicables varias soluciones jurídicas, todas igualmente legítimas. Por dicho motivo, el derecho otorga a la entidad administrativa un «poder de decisión» o un «margen de elección»

entre tales soluciones, mediando en dicha elección una apreciación de los hechos y el interés público envuelto en dicha decisión. Eso es la discrecionalidad¹.

Como explica Víctor Baca (2012, p. 184), la discrecionalidad presenta una doble faceta, en tanto es un «margen de libertad» frente al legislador y un «margen de libertad» frente al juez. En el primer caso, se habla de margen de libertad frente al legislador, en la medida que la administración actúa sobre la base de un ámbito de acción permitido por la ley; y, en el segundo caso, se habla de margen de libertad frente al juez, en la medida que el control que este ejercería sería menos restrictivo que el control que se ejerce sobre actos provenientes de potestades regladas.

3.1. Control sobre los actos reglados

Ahora bien, el control jurisdiccional en lo reglado es de «legitimidad» y no de mera «legalidad». El juez evalúa no solamente que la administración haya cumplido con las normas, sino también que su actuación se haya regido por los principios del derecho administrativo. La apreciación es integral: se aprecian los hechos y se aprecia el derecho, pero siempre desde el parámetro judicial.

En lo reglado, la plena jurisdicción determina que el juez puede condenar a la emisión de un acto administrativo por parte de la administración, en caso determine que se ha vulnerado un derecho o interés legítimo de un administrado. El juez usará el poder de condena, de ordenar que la administración actúe conforme a la ley, y que reconozca u otorgue un derecho, en función a lo determinado por la sentencia (la sentencia directiva).

¹ Concepción similar puede encontrarse en Baca: «la discrecionalidad queda configurada como la atribución a la Administración de la facultad de ponderar entre diversos intereses en conflicto, determinando, basándose en consideraciones no jurídicas, cuál es el más conveniente para la consecución del interés general» (2012, p. 186). Sobre el tema, también un amplio análisis en Zegarra Valdivia, 2006.

3.2. Control sobre los actos discrecionales

En lo que concierne al control sobre las potestades discrecionales, es pertinente resaltar que lo discrecional no implica ausencia de leyes o normas que disciplinen el actuar administrativo. Lo discrecional siempre será un margen de decisión o estimación que en mayor o menor grado otorgan las normas a la administración pública. No es una «zona de libertad», es un margen de decisión otorgado por la ley para el cumplimiento de fines de interés público —por ejemplo, el nombramiento de un funcionario o la aplicación de una sanción administrativa—.

Al respecto, vale señalar que discrecional no es lo opuesto a reglado, como bien señaló García de Enterría hace más de medio siglo:

[...] en todo acto discrecional hay elementos reglados suficientes como para no justificarse de ninguna manera una abdicación total del control sobre los mismos. Estos elementos reglados son, por de pronto, la misma existencia de la potestad, de cuyo ejercicio dimana el acto, la extensión concreta de esta potestad, que es imposible que sea totalmente indeterminada, y, en fin, la competencia para ejercitarla.

[...] el fin de las potestades discrecionales es también un elemento reglado de las mismas. En efecto, las autoridades administrativas pueden contar y cuenta, con toda normalidad, con poderes discrecionales, pero no para el cumplimiento de cualquier finalidad, sino precisamente de la finalidad considerada por la ley, y en todo de la finalidad pública, de la utilidad o interés general (1983, pp. 25-27).

En línea con ello, cabe recordar lo que la doctrina y la jurisprudencia han precisado como límites o criterios de control de las potestades discrecionales. El mismo García de Enterría (1983, p. 30) precisó tres formas de control de la potestad discrecional:

- a) Control mediante los hechos determinantes: «Toda potestad discrecional se apoya en una realidad de hecho que funciona como supuesto de hecho de la norma de cuya aplicación se trata.

Este hecho ha de ser una realidad como tal hecho, y ocurre que la realidad es siempre una: no puede ser y no ser al mismo tiempo o ser simultáneamente de una manera y de otra» (1983, p. 31). En ese sentido, aun cuando el acto sea discrecional, corresponde al órgano jurisdiccional apreciar los hechos del caso que sirven de causa del acto administrativo discrecional.

- b) Diferenciación con los conceptos jurídicos indeterminados: «Lo peculiar de estos conceptos jurídicos indeterminados es que su calificación en una circunstancia concreta no puede ser más que una [...] Hay, pues, y esto es esencial, una unidad de solución justa en la aplicación del concepto a una circunstancia concreta» (1983, p. 35). Así, cuando en un proceso se discute una sanción impuesta por la autoridad de consumo (Indecopi), en función de una infracción al «deber de idoneidad», se debe considerar que estamos frente a un concepto jurídico indeterminado y no frente a un ejercicio de potestad discrecional.
- c) Control por los principios generales del derecho: «La ley que ha otorgado a la administración tal potestad de obrar no ha derogado para ella la totalidad del orden jurídico, el cual, con su componente esencial de los principios generales, sigue vinculando a la administración. [...] El control de la discrecionalidad por los principios generales hace al juez administrativo atenerse a su más estricta función de defensor del orden jurídico» (1983, p. 44).

Conforme he precisado anteriormente, los principios no solo son clave para entender la juridicidad de la actuación administrativa, sometida a más que la ley formal, sino que además sirven de canon interpretativo. En el caso del ejercicio de las potestades discrecionales, el uso de los principios se presenta bastante útil para identificar el fin que marca el límite de la potestad.

Ahora bien, adicionalmente a dichos elementos de control de las potestades discrecionales, la doctrina ha precisado que también en

estos casos, la decisión debe ser juzgada conforme a los cánones de la motivación y la razonabilidad. Una lectura contraria nos llevaría a confundir la discrecionalidad con la arbitrariedad, la cual está claramente proscrita.

Sobre el particular, especial mención merece Tomás-Ramón Fernández, quien ha estudiado ampliamente el tema con un énfasis necesario en la distinción entre discrecionalidad y arbitrariedad. A criterio de este autor —el cual comparto— la motivación del acto marca la diferencia entre la discrecionalidad —permitida por nuestro ordenamiento jurídico— y la arbitrariedad —vedada en razón del principio de interdicción de la arbitrariedad—: «La motivación de la decisión comienza, pues, por marcar la diferencia entre lo discrecional y lo arbitrario, y ello, porque si no hay motivación que la sostenga, el único apoyo de la decisión será la sola voluntad de quien la adopta, apoyo insuficiente, como es obvio, en un Estado de derecho en el que no hay margen, por principio, para el poder puramente personal» (2008, p. 81).

En ese sentido, es necesario señalar que el primer criterio que permite juzgar un acto discrecional para distinguirlo de un acto arbitrario es la motivación. Un segundo criterio consiste en que la decisión discrecional contenga una justificación objetiva. Es decir, no basta que el acto se encuentre motivado, sino que dicha motivación debe ser racional.

En palabras de Tomás-Ramón Fernández: «Dada una motivación, una razón de la elección, la que sea, esa razón debe ser plausible, congruente con los hechos de los que necesariamente ha de partirse, sostenible en la realidad de las cosas y... susceptible de ser comprendida por los ciudadanos, aunque no sea compartida por todos ellos» (2008, p. 154).

Esta posición es compartida por nuestra propia jurisprudencia constitucional en la sentencia recaída en el expediente 90-2004-AA-TC (caso Callegari), en donde el Tribunal Constitucional estableció lo siguiente:

[...] en la discrecionalidad de grado intermedio y menor, el órgano jurisdiccional tiene como cuestión crucial la motivación —elemento inherente al debido proceso, que desarrollemos más adelante—, de la que depende esencialmente la legitimidad de ejercicio de todo poder, y es, por ello, inexcusable e irrenunciable, tal como lo prueba la categórica prohibición constitucional de todo uso arbitrario de aquel. Asimismo, dada una motivación, es decir, una razón de la elección, esta debe ser plausible, congruente con los hechos, en los que necesariamente ha de sustentarse, sostenible en la realidad de las cosas y susceptible de ser comprendida por los ciudadanos, aunque no sea compartida por todos ellos. No basta, como es obvio, cualquier explicación que la administración convenga en dar en el momento de la obligada rendición de cuentas; estas han de ser, en todo caso, debidamente justificadas.

[...]

Es por ello que la prescripción de que los actos discrecionales de la administración del Estado sean arbitrarios exige que estos sean motivados; es decir, que se basen necesariamente en razones y no se constituyan en la mera expresión de la voluntad del órgano que los dicte.

Dichas razones no deben ser contrarias a la realidad y, en consecuencia, no pueden contradecir los hechos relevantes de la decisión. Más aún, entre ellas y la decisión necesariamente debe existir consistencia lógica y coherencia.

Vale añadir que, como bien ha señalado Juan Carlos Cassagne (2016, p. 276), la exigencia de motivación se encuentra en la necesidad de garantizar la tutela judicial efectiva y específicamente la garantía de defensa, dado que solo frente a un acto adecuadamente motivado se permite al administrado cuestionar la decisión de la administración.

Pues bien, dicho ello, es pertinente señalar que, dentro de sus parámetros —la ley y el derecho— el juez no puede sustituir a la administración. El juez ejerce control jurídico, controla que la

administración haya ejercido su poder discrecional adecuadamente, conforme a los patrones antes indicados.

En concreto, el juez lo que resguarda es la legalidad del acto discrecional y su razonabilidad. No puede determinar el mérito, la oportunidad o la conveniencia ni del acto ni del proceso de actuación discrecional de la administración ni de su apreciación del interés público.

Como bien dice García de Enterría:

Esto ya no es fiscalizable jurisdiccionalmente, ni puede serlo, porque los Tribunales solo pueden usar para la medida del actuar administrativo criterios jurídicos generales —lo general es justamente lo propio del derecho, en donde radica su objetividad, y no en apreciaciones subjetivas y contingentes de la justicia de los casos concretos—. Es en esa libertad última de decisión, en vista de lo singular y de lo concreto, en donde radica la responsabilidad del poder político, responsabilidad de que el juez está exento y que nunca puede pretender sustituir (1983, p. 48).

En caso determine que la discrecionalidad ha sido ejercida contra la ley, de forma irrazonable o desproporcionada, el juez podrá anular y ordenar a la administración que emita nuevo pronunciamiento, con el uso del poder genérico de condena de la plena jurisdicción. Podrá emitir «sentencias-directiva» que orienten a la administración por el lado jurídico.

Ahora bien, ¿podrá reconocer u otorgar derechos? Ello será posible, siempre y cuando se haya logrado reducir la discrecionalidad. Si luego de reducida, encuentra tutela jurídica para un derecho o interés legítimo, debidamente amparado por el ordenamiento, podrá determinar su reconocimiento o su otorgamiento.

Pero el juez deberá aplicar la técnica de la condena, reenviando el asunto a la administración, para que emita un nuevo pronunciamiento de acuerdo a las pautas o criterios determinados por la sede judicial, para el reconocimiento u otorgamiento del derecho.

3.3. Sobre la discrecionalidad técnica

La doctrina italiana de inicios de siglo pasado acuñó un término llamado «discrecionalidad técnica» para delimitar un ámbito donde el juez jamás podría entrar a controlar el actuar administrativo sustentado en un conocimiento técnico especializado propio de la administración. Así, el juez no podría entrar a determinar la licitud o no del ejercicio de la discrecionalidad técnica por parte de la administración, puesto que es un ámbito que únicamente le pertenece a esta.

Actualmente esta doctrina está superada. La circunstancia de que la administración haya utilizado criterios técnicos para dictar un acto administrativo no lo convierte en discrecional, ni lo exime de revisión judicial. Hay cuestiones técnicas que no son justiciables y otras que sí. Lo que determina su evaluación judicial es la existencia de derechos subjetivos de los administrados vulnerados por una ilegalidad administrativa.

Por ejemplo, si se fija un criterio técnico para determinar el impacto ambiental de un relave minero, sobre la base de normas técnicas y medio ambientales, y un titular minero quiere obtener un EIA y la administración le aplica otro criterio, denegándose, esto sería controlable: el juez verificaría que no se ha empleado el criterio técnico previsto en la norma y ejercería control. ¿Cómo puede determinar esto el juez? Con el auxilio de los peritajes. En las cuestiones técnicas, regulatorias, administrativas, ambientales, será necesario siempre el peritaje, aún de oficio, para que el juez pueda obtener el conocimiento técnico para realizar la evaluación bajo sus pautas jurídicas.

4. FIN DEL PROCESO: MECANISMOS DISTINTOS DE LA SENTENCIA

4.1. La satisfacción extraprocésal de la pretensión

El TUO de la LPCA reconoce también otros mecanismos de conclusión del proceso, distintos de la sentencia. Así, en su artículo 41 regula la conclusión anticipada del proceso en los siguientes términos:

Si la entidad demandada reconoce en vía administrativa la pretensión del demandante, el juez apreciará tal pronunciamiento y, previo traslado a la parte contraria, con su absolución o sin esta, dictará sentencia, salvo que el reconocimiento no se refiera a todas las pretensiones planteadas.

Sobre el particular, García de Enterría y Fernández precisan que «nada impide, como es natural, que, interpuesto un recurso, la administración demandada reconozca totalmente en vía administrativa las pretensiones del demandante. Es lo que se conoce con el nombre de “satisfacción extraprocésal de la pretensión”» (2015, p. 524).

Sobre esta norma, Ariano, de forma bastante ilustrativa, ha realizado las siguientes precisiones:

Ergo, todo parece indicar que el supuesto conclusivo del artículo 42° LPCA constituye la versión nacional de aquella particular modalidad de conclusión del proceso determinada por lo que los alemanes denominan «Erledigung der Hauptsache», los italianos «cessazione della materia del contendere» y los españoles —en el ámbito del proceso civil— «satisfacción extraprocésal o carencia sobrevenida de objeto» (artículo 22° LEC 2000), un supuesto terminativo que en España estuvo previsto en el artículo 90° de su ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956 y ahora en el artículo 76° de la ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA) de 1998 (2012, p. 144).

Sobre la base de ello, concluye la autora citada, que el artículo 41 del TUO de la LPCA regula lo que nosotros conocemos como «sustracción de la materia», es decir, aquella situación que se produce «cuando por hechos sobrevenidos al planteamiento de la demanda (en rigor, a la notificación de la demanda) el actor obtiene extraprocesalmente lo que pretendía o cuando lo que pretendía ha devenido ya imposible de obtener» (Ariano, 2012, p. 146).

Ahora bien, la norma citada deja algunas dudas respecto de su aplicación. La más importante es que, si bien precisa que el proceso concluirá con una sentencia, no indica si esta ha de pronunciarse estimando la pretensión del demandante o si puede ser de mera absolución de instancia.

Pues bien, si partimos de la premisa de que el proceso contencioso-administrativo tiene por finalidad brindar tutela efectiva, considero que la lectura correcta es que, en el supuesto bajo análisis, el proceso debe culminar con una sentencia estimatoria. Lo contrario implicaría poner al demandante en una situación problemática y de incerteza, pues el «reconocimiento» producido en el procedimiento administrativo podría ser desconocido, obligándolo a iniciar un nuevo proceso, dado que el primigenio no generó cosa juzgada.

En ese sentido, comparto plenamente la interpretación que de la norma ha realizado Ariano:

Cuando la administración demandada dé integral satisfacción extraprocesal (es decir, en la «vía administrativa») a la pretensión del demandante, si no media un desacuerdo entre las partes sobre tal satisfacción, el proceso puede ya concluir. Y puede concluir tanto si el proceso está en su primera instancia, en apelación o, incluso en casación. Pero, pese a que existe una «sustracción de materia» (el artículo 42° LPCA es inequívoco), no puede concluir por un auto que así lo declare (como ocurre en el proceso civil), sino que tiene que emitirse una sentencia, sentencia esta que no puede ser de mera absolución de la instancia (esto es, que declara improcedente

la demanda), sino que tiene que ser estimatoria de la pretensión del demandante, con efectos —tal como en el ordenamiento alemán— meramente declarativos y con la aptitud de devenir, a todos los efectos, cosa juzgada (2012, p. 153).

Solo de esta forma se asegura al administrado que esta forma peculiar de conclusión del proceso no sea en vano, pues así no solo se satisface el interés que motivó la pretensión objeto del proceso, sino que además se asegura que, en el futuro, la administración no pueda afectar en el mismo sentido la esfera jurídica del administrado que ya cuenta con una sentencia a su favor que se pronuncia sobre el fondo.

Por último, es importante destacar que este supuesto particular de conclusión del proceso no será de aplicación en los casos en donde el antecedente sea un procedimiento trilateral, pues en estos casos, el administrado codemandado también reconocería la pretensión del demandante (Priori, 2009, p. 279). Este sería el caso en el cual se discute una oposición de signo distintivo, supuesto en el que no basta con el reconocimiento que pudiera realizar la autoridad administrativa (Indecopi), sino que será necesario que el codemandante también reconozca la pretensión.

4.2. Conciliación o transacción

Adicionalmente al supuesto anterior, el TUO de la LPCA prevé en su artículo 42 la conclusión del proceso por transacción o conciliación: «En cualquier momento del proceso, las partes podrán transigir o conciliar

sobre pretensiones que contengan derechos disponibles. Si el acuerdo homologado o aprobado es total, producirá la conclusión del proceso. De ser parcial, el proceso continuará sobre los aspectos no comprendidos. Para proponer o acceder a la fórmula de composición, la entidad deberá analizar objetivamente la expectativa de éxito de su posición jurídica en el proceso».

Como bien ha anotado Piori (2009, p. 279), se ha establecido expresamente que el proceso puede concluir con un medio autocompositivo bilateral. De esta forma, además, se refuerza la obligación que tiene la entidad de analizar de forma objetiva si efectivamente tiene posibilidades de éxito en el caso, con el fin de evitar que se continúe con un proceso destinado al fracaso.

5. PREGUNTAS

1. ¿Qué tipos de sentencia existen?
2. ¿Cuáles son los requisitos de las sentencias?
3. ¿Cuáles son los efectos de las sentencias?
4. ¿Cuál es el alcance de las sentencias en el caso de actos provenientes de potestades discrecionales?
5. ¿Qué otros mecanismos de conclusión del proceso reconoce la Ley del Proceso Contencioso-administrativo?
6. ¿En qué consiste la transacción?, ¿puede la administración recurrir a este mecanismo de conclusión del proceso?

CAPÍTULO 11

EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

La afirmación por el juez de lo bien fundada de la demanda, la norma jurídica que él aplica, o que a fortiori él dicta en los considerandos parecen mucho más importantes para él que las consecuencias prácticas de su decisión para el particular que acudió a él y que, en Francia, por lo menos, da su nombre a la sentencia. El demandante frente al juez administrativo. Jean Rivero, 2002.

1. INTRODUCCIÓN

El fundamento del derecho a la ejecución de las sentencias en el proceso contencioso-administrativo, está en el derecho a la tutela judicial efectiva, contenido en el artículo 139.3 de la Constitución. Al respecto, son ilustrativas las palabras de González Pérez: «El derecho constitucional a la tutela no se limita a obtener una resolución dictada por un órgano estatal independiente que dé respuesta a lo que la pretensión plantea, sino que se extiende a la plena eficacia de lo mandado en la sentencia. La pretensión no quedará satisfecha por la sentencia que declare si está o no fundada, sino cuando el contenido del fallo sea cumplido» (1998, p. 109).

Todos tienen derecho a la ejecución de las sentencias favorables y así pasar de un plano de satisfacción procesal hacia uno de satisfacción

material. De nada sirve al administrado obtener una tutela que sea meramente declarativa de su derecho si luego no puede materializar dicha tutela. Por ejemplo, no funciona para un concesionario de energía obtener un pronunciamiento judicial que le diga que tiene derecho a obtener una licencia de uso de agua, si luego la autoridad competente no emite una resolución que reconozca dicho derecho. Del mismo modo, una resolución que reconozca que una autoridad debe devolver el pago de una tasa en exceso no sirve si, luego, la autoridad obligada no desembolsa el dinero que debe devolver por mandato judicial.

Luego de superar un proceso de naturaleza cognitiva, donde las dos partes no están en pie de igualdad, si el administrado obtiene una sentencia favorable, en principio, la administración pública condenada a cumplirla debería ejecutarla espontáneamente. Sin embargo, ¿qué sucede si ello no es así?

El tema es que, al momento de la ejecución, desaparece la igualdad: aparecen privilegios estatales como la «legalidad presupuestaria» o la «inembargabilidad de los bienes y cuentas bancarias del Estado». Este problema tiene solución si se interpreta adecuadamente la Constitución, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la legislación vigente. La cuestión es conciliar el derecho a la tutela judicial efectiva —y el derecho a la ejecución de sentencias— con el cumplimiento de las atribuciones del Estado y de sus bienes y recursos para el servicio del interés general. Sobre el particular, comparto lo escrito por Danós:

[...] ha sido una lamentable constante en el Perú los últimos años el establecimiento de graves restricciones a la posibilidad de ejecutar sentencias que establezcan obligaciones pecuniarias contra el Estado, no obstante, las citadas sentencias del Tribunal Constitucional e incluso reiterados informes de la Defensoría del Pueblo sobre la materia. Se tiene entendido que felizmente en algunos casos los jueces, invocando el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución, que les permite ejercer el control difuso de inconstitucionalidad, han procedido a ejecutar directamente sus sentencias, inaplicando al

caso concreto las normas que pretenden restringir sus poderes, por considerarlas contrarias a los derechos de los justiciables consagrados en la Constitución (2012, pp. 1184-1185).

En las líneas que siguen, analizaré los aspectos más relevantes de nuestro sistema de ejecución de sentencias en el proceso contencioso-administrativo.

2. SISTEMAS DE EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

Históricamente han existido dos sistemas de ejecución de las sentencias (Ortega Álvarez, 2001):

- a) Sistema administrativo: donde la administración era la titular de la potestad de ejecución y era totalmente libre de decidir cuándo y cómo se ejecutaban. Se concebía que la actividad de ejecución era administrativa y se regía por las normas de procedimientos administrativos.
- b) Sistema jurisdiccional: el juez es el titular de la ejecución y titular de la potestad de dictar sus sentencias y hacerlas cumplir.

El Perú adopta este último sistema jurisdiccional, conforme se desprende de las siguientes normas:

- Artículo 139.2 de la Constitución: «Ninguna autoridad puede [...] modificar sentencias ni retardar su ejecución».
- Artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: «Toda persona y autoridad está obligada a acatar y dar cumplimiento a las decisiones judiciales o de índole administrativa, emanadas de autoridad judicial competente, en sus propios términos, sin poder calificar sus contenidos o fundamentos, restringir sus efectos o interpretar sus alcances, bajo la responsabilidad civil, penal y administrativa que la ley señala».

- Artículo 44 del TUO de la LPCA: «La potestad de hacer ejecutar las sentencias y demás resoluciones judiciales corresponde exclusivamente al juzgado o Sala que conoció del proceso en primera instancia. En caso de que la ejecución corresponda a una Sala esta designará al Vocal encargado de la ejecución de la resolución».

Antiguamente, la ejecución de sentencias era regulada íntegramente por la administración. Esto, claramente, era un atentado al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, puesto que la ejecución de las sentencias es una actividad netamente jurisdiccional, puesto que los jueces tienen competencia para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Hoy en día, siguiendo la tónica moderna, el artículo 44 del TUO de la LPCA proclama expresamente que le corresponde al juez ejecutar y hacer ejecutar lo decidido por los órganos jurisdiccionales especializados en lo contencioso-administrativo.

De otro lado, el artículo 43 del TUO de la LPCA establece una norma referida al deber de cumplimiento específico de las sentencias: «Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 122 del Código Procesal Civil, la sentencia que declara fundada la demanda deberá establecer el tipo de obligación a cargo del demandado, el titular de la obligación, el funcionario a cargo de cumplirla y el plazo para su ejecución».

En consecuencia, el juez contencioso-administrativo al emitir sus sentencias de condena, deberá especificar adecuadamente a quién están dirigidas, quién es el titular de la ejecución y, además, el funcionario encargado de cumplirla y el plazo de su ejecución.

Por su parte, el TUO de la LPCA establece lo siguiente:

Artículo 44.- Ejecución de la sentencia

La potestad de hacer ejecutar las sentencias y demás resoluciones judiciales corresponde exclusivamente al juzgado o Sala que conoció del proceso en primera instancia. En caso de que la ejecución

corresponda a una Sala esta designará al Vocal encargado de la ejecución de la resolución.

Los conflictos derivados de actuaciones administrativas expedidas en ejecución de la sentencia serán resueltos en el propio proceso de ejecución de la misma. Antes de acudir al juez encargado de la ejecución, el interesado, si lo considera conveniente, podrá solicitar en vía administrativa la reconsideración de la actuación que originó el conflicto.

Por último, el TUO también dispone lo siguiente:

Artículo 45.- Deber personal de cumplimiento de la sentencia

45.1 Conforme a lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 139 de la Constitución Política y el artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, las resoluciones judiciales deben ser cumplidas por el personal al servicio de la administración pública, sin que estos puedan calificar su contenido o sus fundamentos, restringir sus efectos o interpretar sus alcances, bajo responsabilidad civil, penal o administrativa; estando obligados a realizar todos los actos para la completa ejecución de la resolución judicial.

45.2 El responsable del cumplimiento del mandato judicial será la autoridad de más alta jerarquía de la entidad, el que podrá comunicar por escrito al juez qué funcionario será encargado en forma específica de la misma, el que asumirá las responsabilidades que señala el inciso anterior.

Sin perjuicio de lo anteriormente señalado, el juez podrá identificar al órgano responsable dentro de la entidad y otorgarle un plazo razonable para la ejecución de la sentencia.

45.3 En la ejecución de la sentencia los funcionarios encargados de exteriorizar la voluntad de las entidades mediante actuaciones son solidariamente responsables con esta.

45.4 La renuncia, el vencimiento del período de la función o cualquier otra forma de suspensión o conclusión del vínculo contractual o laboral con la administración pública no eximirá al personal

al servicio de esta de las responsabilidades en las que ha incurrido por el incumplimiento del mandato judicial, si ello se produce después de haber sido notificado.

En la ejecución de la sentencia los funcionarios encargados de exteriorizar la voluntad de las entidades mediante actuaciones son solidariamente responsables con esta. La renuncia, el vencimiento del período de función o cualquier otra forma de suspensión o conclusión del vínculo contractual o laboral con la administración pública, no eximirá al personal al servicio de esta de las responsabilidades en las que haya incurrido por el incumplimiento del mandato judicial, si ello se produce después de haber sido notificado.

3. LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

La dialéctica del proceso en el ámbito de ejecución es inversa a su antecedente temporal, el momento de cognición. Si el primero, cronológicamente, se aboca a transformar el hecho en derecho mediante la actividad cognitiva del juez; el segundo es la transformación del derecho declarado en hecho ejecutado.

La ejecución procesal es la alteración de la realidad conforme al derecho decidido en una sentencia judicial, transformación que se produce por el comportamiento espontáneo del obligado a propósito de una mera declaración judicial o a pesar de la resistencia o no cooperación del vencido en juicio, a propósito de la actuación judicial coercitiva o sustitutiva (Quispe y otros, 2008).

De allí que, en lo contencioso-administrativo, se divida entre la ejecución voluntaria —que corresponde a la administración una vez que el mandato judicial queda firme— y en la ejecución forzosa o coercitiva, que procede cuando, transcurrido el plazo para la ejecución voluntaria, la administración no haya cumplido por lo dispuesto por la autoridad judicial, motivo por el cual, el administrado que venció en el proceso

pide al juez que proceda a la ejecución forzosa contra el Estado (Quispe y otros, 2008)

3.1. Sentencia condenatoria con ejecución de obligación de dar suma de dinero

El supuesto de sentencia condenatoria, que contiene la declaración o constitución de un derecho de acreedor y en el que simultáneamente se ordena el pago de la entidad al deudor, presenta en su ejecución un escenario donde pretendidamente se establece una «controversia» entre el Estado —que está sometido a la legalidad presupuestaria y a los privilegios de inembargabilidad— y el derecho a la tutela judicial efectiva y a la ejecución de las sentencias.

Nuestro análisis parte de estas premisas, para solucionar esta aparente contradicción entre las atribuciones del Estado y los derechos del particular. Cabe señalar que he seguido para ello a uno de los mejores estudios sobre el particular en nuestro medio, que es el del profesor Víctor Baca (2006).

El supuesto de sentencia condenatoria con ejecución de obligación de dar suma de dinero, parte de la hipótesis de la emisión de una sentencia que, de forma simultánea a la declaración de nulidad de una resolución administrativa, ordena el pago de una suma de dinero a la entidad del Estado vencida en juicio. Este es el caso, por ejemplo, en donde se declara nulo un acto de sanción y, a su vez, se ordena a la entidad devolver lo que el administrado haya cancelado por concepto de multa.

El proceso de ejecución de esta sentencia pasará por dos grandes etapas: la del procedimiento administrativo previo y la de la ejecución forzada.

3.1.1. El procedimiento administrativo previo

Tiene su justificación en el principio de legalidad presupuestaria establecida en los artículos 77 y 78 de la Constitución, que indican que la decisión del gasto se debe encontrar prevista en el presupuesto anual reservado a la ley.

En materia de ejecución de la obligación de dar suma de dinero, exige que, en un primer momento antes de la realización del pago, conste su autorización en el presupuesto de la entidad o en las partidas presupuestales comunes a todos los pliegos, en el que previamente debe encontrarse autorizado el pago al ejecutante, por lo que, de no encontrarse presupuestado, el procedimiento administrativo previo servirá como instrumento para obtener tal autorización.

Así, en esta primera etapa la ejecución judicial se limita a una ejecución no sustitutiva sino indirecta de empleo de medidas coercitivas, a efectos de concretar la obligación del Estado de presupuestar, señalándose al titular del pliego como el responsable.

Sobre el uso de medidas coercitivas, considero que este poder no solo es factible de ser utilizado, sino que constituye un deber del juez, por cuanto, a falta de norma específica contenida en el TUO de la LPCA, resultan aplicables los artículos 4 y 9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

3.1.2. La ejecución forzada

Es el paso que sigue al procedimiento administrativo previo y se encuentra prevista en el TUO de la LPCA en los siguientes términos:

Artículo 46.- Ejecución de obligaciones de dar suma de dinero

Las sentencias en calidad de cosa juzgada que ordenen el pago de suma de dinero, serán atendidas por el Pliego Presupuestario en donde se generó la deuda, bajo responsabilidad del Titular del Pliego, y su cumplimiento se hará de acuerdo con los procedimientos que a continuación se señalan:

46.1 La Oficina General de administración o la que haga sus veces del Pliego Presupuestario requerido deberá proceder conforme al mandato judicial y dentro del marco de las leyes anuales de presupuesto.

46.2 En el caso de que para el cumplimiento de la sentencia el financiamiento ordenado en el numeral anterior resulte insuficiente,

el Titular del Pliego Presupuestario, previa evaluación y priorización de las metas presupuestarias, podrá realizar las modificaciones presupuestarias dentro de los quince días de notificada, hecho que deberá ser comunicado al órgano jurisdiccional correspondiente.

46.3 De existir requerimientos que superen las posibilidades de financiamiento expresadas en los numerales precedentes, los pliegos presupuestarios, bajo responsabilidad del Titular del Pliego o de quien haga sus veces, mediante comunicación escrita de la Oficina General de administración, hacen de conocimiento de la autoridad judicial su compromiso de atender tales sentencias de conformidad con el artículo 70 del Texto Único Ordenado de la ley 28411, ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, aprobado mediante el decreto supremo 304-2012-EF.

46.4 Transcurridos seis meses de la notificación judicial sin haberse iniciado el pago u obligado al mismo de acuerdo a alguno de los procedimientos establecidos en los numerales 46.1, 46.2 y 46.3 precedentes, se podrá dar inicio al proceso de ejecución de resoluciones judiciales previsto en el artículo 713 y siguientes del Código Procesal Civil. No podrán ser materia de ejecución los bienes de dominio público conforme al artículo 73 de la Constitución Política del Perú.

Vale mencionar que la norma mencionada ha sido modificada varias veces y el contexto de su modificación se encuentra no solo en la emisión de decretos de urgencia, que ilegalmente pretendieron regular una situación que claramente no era de urgencia, sino también en el dictado de varias sentencias del Tribunal Constitucional —en particular la STC recaída en los expedientes acumulados 015-2001-AI/TC, 016-2001-AI/TC y 004-2002/TC—. Por motivos de espacio no me es posible explayarme aquí; sin embargo, remito al informado trabajo del profesor Víctor Baca (2006, pp. 157 y ss.).

3.1.3. Limitaciones objetivas y subjetivas a la ejecución de sentencias condenatorias de la administración

Ahora bien, en el supuesto de ejecución forzosa regulado por el artículo 46.4 del TUO de la LPCA, ¿es posible embargar bienes del Estado para hacer cumplir los términos de las sentencias de condena pecuniaria? Nuestra respuesta, siguiendo a Baca (2006) es que sí, pero con ciertas limitaciones y recaudos.

En ese sentido, es posible limitar la embargabilidad de los bienes públicos, siempre y cuando esto obedezca a causas objetivas, habida cuenta de que, como lo ha señalado el Tribunal Constitucional,

como sucede con todos los derechos fundamentales, el de efectividad de las resoluciones judiciales tampoco es un derecho absoluto, es decir, que esté exento de condiciones, límites o restricciones en su ejercicio [...] el Tribunal Constitucional considera legítimo que tomando en cuenta al sujeto procesal vencido en juicio y, en concreto, cuando ese vencido en juicio sea el Estado, el legislador pueda establecer ciertos límites o restricciones al derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales firmes, en la medida en que estas tengan una justificación constitucional (FFJJ 15 de la sentencia recaída en los expedientes acumulados 015-2001-AI/TC, 016-2001-AI/TC y 004-2002-AI/TC).

Los límites al embargo de los bienes de la administración pública, entonces, solo podrán sujetarse a dos tipos de causas: objetivas y subjetivas (Baca, 2006).

Las limitaciones objetivas son absolutas. Se derivan de la calidad jurídica de algunos bienes públicos —por ejemplo, los bienes afectos a un uso o servicio público—. En estos casos, los bienes de dominio público son inalienables —es decir, están fuera del comercio y no pueden ser gravados ni vendidos en el mercado— y, por tanto, objetivamente son inembargables y tampoco podrían ser rematados.

Las limitaciones subjetivas no pueden ser absolutas, pues impiden la ejecución contra la administración pública. Lo contrario implicaría asumir la tesis del *privilegium fisci*, conforme a la cual se sostiene la «inembargabilidad de los bienes administrativos simplemente en virtud de su titularidad pública; es decir, todos los bienes públicos, solo por ser tales, serían inembargables, de modo que la ejecución de la sentencia quedaba en manos de la propia administración condenada, al carecer los jueces de las facultades para hacerla cumplir» (Baca, 2006, p. 159).

Como bien se ha indicado, tres serían los argumentos para rebatir esta tesis: (i) la potestad jurisdiccional de hacer cumplir lo juzgado; (ii) el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva; y (iii) el principio de igualdad procesal (Baca, 2006, p. 160).

Sobre este último, sin embargo, no existe acuerdo en la doctrina. Hay quienes niegan su aplicación al caso, pues consideran que, en la realidad, no existe igualdad entre administrado y administración, por lo que sí existe justificación para que algunos bienes sean considerados inembargables.

En ese sentido, podrá darse alguna concesión debido al servicio del interés general, pero nunca este será un motivo para que el Estado deje de pagar sus obligaciones. Tal vez la única limitación subjetiva sería el principio de legalidad presupuestaria.

3.1.4. Un supuesto discutido: el caso del embargo de dinero público

Queda claro en nuestro ordenamiento que los fondos públicos no son inembargables por definición, ni tampoco pueden ser considerados como bienes de dominio público.

Sin embargo, se puede afirmar válidamente que existen algunas limitaciones al embargo y ejecución sobre dichos fondos, en virtud del principio de legalidad presupuestaria. No obstante, ello no implica otorgar facultad discrecional para cumplir o no las decisiones judiciales y se trata solo de una limitación temporal a la ejecución. El derecho a la

tutela judicial efectiva sería desconocido si se pospone indefinidamente el pago de las deudas de la administración.

En ese sentido, hay que buscar una interpretación conciliadora del privilegio con el derecho a la tutela judicial efectiva y con el derecho a la ejecución de las sentencias condenatorias. El dinero público no es dominio público, es un bien fungible y no puede ser considerado como inalienable o imprescriptible.

Sobre el particular, se hace necesario revisar lo que dispone el TUO de la Ley General del Sistema Nacional del Presupuesto:

Artículo 70.- Pago de sentencias judiciales

70.1 Para el pago de sumas de dinero por efecto de sentencias judiciales en calidad de cosa juzgada, se afecta hasta el cinco por ciento (5%) o hasta un mínimo de tres por ciento (3%), según sea necesario, de los montos aprobados en el Presupuesto Institucional de Apertura (PIA), con excepción de los fondos públicos correspondientes a las fuentes de financiamiento Donaciones y Transferencias y Operaciones Oficiales de Crédito Interno y Externo, la reserva de contingencia y los gastos vinculados al pago de remuneraciones, pensiones y servicio de tesorería y de deuda. Esta norma comprende, entre otros, la atención de sentencias judiciales en calidad de cosa juzgada por adeudos de beneficios sociales.

70.2 El Ministerio de Economía y Finanzas, a través de la Dirección General de Endeudamiento y Tesoro Público, procederá a la apertura de una cuenta bancaria en el Banco de la Nación para cada Entidad que lo solicite, en la cual la Entidad deberá depositar, mensualmente, los montos de las afectaciones presupuestales mencionadas en el numeral precedente, bajo responsabilidad del Director General de administración o quien haga sus veces en la Entidad.

70.3 Los pagos de las sentencias judiciales, incluidas las sentencias supranacionales, deberán ser atendidos por cada Entidad, con cargo a su respectiva cuenta bancaria indicada en el numeral precedente, debiendo tomarse en cuenta las prelación legales.

70.4 En caso de que los montos de los requerimientos de obligaciones de pago superen el porcentaje señalado en el numeral 69.1 del presente artículo, la Entidad debe cumplir con efectuar el pago en forma proporcional a todos los requerimientos existentes de acuerdo a un estricto orden de notificación, hasta el límite porcentual.

70.5 Los requerimientos de pago que superen los fondos públicos señalados en el numeral 69.1 del presente artículo se atenderán con cargo a los presupuestos aprobados dentro de los cinco (5) años fiscales subsiguientes.

70.6 Precísase que la prelación legal implica que las deudas se cancelan y/o amortizan bajo responsabilidad, priorizando la antigüedad del expediente que contiene el monto adeudado, así como la presentación de la documentación sustentatoria.

La interpretación legal consistente de la norma citada considera que ciertas partidas no pueden ser afectadas al momento de pagar las sentencias judiciales cuando se siga el procedimiento previsto en la LPCA. En ese sentido, se pronuncia Víctor Baca:

Es decir, la ley considera que ciertas partidas no deben verse afectadas al momento de pagar las sentencias judiciales cuando se siga el procedimiento previsto en la LPCA, y tendrían que ser esas las que no puedan ser objeto de embargo en ejecución, al afectar el funcionamiento básico e indispensable de las Administraciones Públicas: es el caso, por ejemplo, del dinero destinado al pago de remuneraciones. En consecuencia, todas las demás partidas presupuestarias, aun cuando estuvieran destinadas a futuras obras públicas, pueden ser objeto de embargo, en el marco del proceso de ejecución forzosa (2006, p. 168).

Comparto plenamente la lectura que realiza el profesor Baca sobre el tema en cuestión y es que no debe perderse de vista que una regla absoluta de inembargabilidad del dinero público implicaría otorgar un privilegio desproporcionado a la administración pública, atentando con

el fin del proceso que es la tutela efectiva de las situaciones jurídicas de los ciudadanos en un Estado constitucional de derecho.

4. PREGUNTAS

1. ¿Qué sistemas de ejecución de sentencia existen en el marco de los procesos contencioso-administrativos?
2. ¿En qué consiste el privilegio de inembargabilidad?
3. ¿En qué consiste una sentencia condenatoria no sustitutiva?
4. ¿Cuáles son los límites de la inembargabilidad de los bienes públicos?

Fondo Editorial PUSCP

BIBLIOGRAFÍA

- Abad, Samuel & Jorge Danós (2012). La inconstitucional regulación de las medidas cautelares contra la administración Tributaria y el Tribunal Fiscal. En Julio Fernández Cartagena (relator general), *XII Jornadas Nacionales de Derecho Tributario. Aplicación de la Ley del Procedimiento Administrativo General en Materia Tributaria*. Simposio llevado a cabo en Lima, 6 y 7 de noviembre.
- Agudo González, Jorge (2013). Actuación material e informalidad: el ejemplo de la concertación con la administración. *Revista Aragonesa de administración pública*, 41-42, 123-172.
- Ariano Deho, Eugenia (2003). *Problemas del proceso civil*. Lima: Jurista.
- Ariano Deho, Eugenia (2009). Algunas notas sobre la competencia en materia civil. *Ius et Veritas*, 39, 118-144.
- Ariano Deho, Eugenia (2012). Consideraciones sobre la conclusión del proceso contencioso-administrativo por reconocimiento de la pretensión en la vía administrativa. *Revista de derecho administrativo*, 11, 143-154.
- Ariano Deho, Eugenia (2015). *Impugnaciones procesales*. Lima: Instituto Pacífico.
- Baca Oneto, Víctor (2006). La ejecución de sentencias condenatorias de la administración. *Revista de derecho administrativo*, 2, 156-169.

- Baca Oneto, Víctor (2009). Las pretensiones en el proceso contencioso-administrativo. En Karla Vilela (coord.), *Teoría de la impugnación* (pp. 107-137). Lima: Palestra.
- Baca Oneto, Víctor (2012). La discrecionalidad administrativa y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. *Revista de derecho administrativo*, 11, 181-202.
- Bacigalupo, Mariano (1999). *La nueva tutela cautelar en el contencioso-administrativo*. Madrid: Marcial Pons.
- Betancor, Andrés (2012). Revisión de la categoría de acto administrativo a la luz de la evolución de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo. *Revista jurídica de Castilla y León*, 26, 9-44.
- Bocanegra, Raúl (2012). *Lecciones sobre el acto administrativo* (cuarta edición). Madrid: Civitas.
- Broyelle, Camille (2017). *Contentieux administratif* (quinta edición). París: LGDJ.
- Cassagne, Juan Carlos (2011). *Tratado general de derecho procesal administrativo* (segunda edición). 2 tomos. Buenos Aires: La Ley.
- Cassagne, Juan Carlos (2016). *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa* (segunda edición). Montevideo-Buenos Aires: B de F.
- Cassagne, Juan Carlos (2017). *Derecho administrativo*. Tomo II (segunda edición). Lima: Palestra.
- Chinchilla, Carmen (1991). *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*. Madrid: Civitas.
- Danós, Jorge (2012). Panorama general del derecho administrativo en el Perú. En Santiago González-Varas (coord.), *Derecho administrativo en Iberoamérica* (segunda edición; pp. 1011-1252). Madrid: INAP.
- Díez Sánchez, Juan (2004). Comentarios en torno a la Ley del Proceso Contencioso-administrativo del Perú. *Revista de la administración pública*, 165, 327-351.

- Díez Sánchez, Juan (2010). La justicia administrativa en Europa. *Revista aragonesa de administración pública*, 36, 53-82.
- Duran Martínez, Augusto (2015). *Contencioso administrativo* (segunda edición). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Espinosa-Saldaña, Eloy (2002). El nuevo proceso contencioso-administrativo peruano: ¿principio del fin de nuestro amparo alternativo? *Normas legales*. Tomo 319 (pp. 1-7). Trujillo: Normas Legales.
- Espinosa-Saldaña, Eloy (2006). Estudio preliminar: el actual proceso contencioso-administrativo peruano y los importantes aportes que nos proporciona el trabajo de Ramón Huapaya al respecto. En Ramón Huapaya, *Tratado del proceso contencioso-administrativo* (pp. 15-44). Lima: Jurista.
- Espinosa-Saldaña, Eloy (2012). Proceso contencioso-administrativo peruano: evolución, balance y perspectivas. *Revista de derecho administrativo*, 11, 11-20.
- Fernández Rodríguez, Tomás-Ramón (1969). Los vicios de orden público y la teoría de las nulidades en el derecho administrativo. *Revista de administración pública*, 58, 49-126.
- Fernández Rodríguez, Tomás-Ramón (2008). *De la arbitrariedad de la administración* (quinta edición). Madrid: Civitas.
- Fernández Torres, Juan Ramón (1998). *Jurisdicción administrativa revisora y tutela judicial efectiva*. Madrid: Civitas.
- Fernández Torres, Juan Ramón (2012). Desafíos y retos de la justicia administrativa en pleno siglo XXI. *Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal*, 38, 227-244.
- García de Enterría, Eduardo (1963). Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho en el derecho administrativo. *Revista de administración pública*, 40, 189-222.
- García de Enterría, Eduardo (1984). Principio de legalidad, estado material de derecho y facultades interpretativas y constructivas de la

jurisprudencia en la Constitución. *Revista española de derecho constitucional*, 4(10), 11-61.

García de Enterría, Eduardo (2000a). Contencioso-administrativo objetivo y contencioso-administrativo subjetivo a finales del siglo XX. Una visión histórica y comparatista. *Revista de administración pública*, 152, 93-105.

García de Enterría, Eduardo (2000b). La administración pública y la ley. *Themis*, 40, 229-236

García de Enterría, Eduardo (2006). *La batalla por las medidas cautelares* (tercera edición). Madrid: Civitas.

García de Enterría, Eduardo (2007). *Las transformaciones de la justicia administrativa: de excepción singular a la plenitud jurisdiccional, ¿un cambio de paradigma?* Madrid: Civitas.

García de Enterría, Eduardo (2009a). La formación y el desarrollo en Europa de la jurisdicción contencioso-administrativa. Su adquisición definitiva de un estatus de jurisdicción plena y efectiva. *Revista de administración pública*, 179, 167-183.

García de Enterría, Eduardo (2009b). La formación, el desarrollo y la transformación radical en Europa de la jurisdicción contencioso-administrativa. administración de Andalucía. *Revista andaluza de administración pública*, 73, 11-26.

García de Enterría, Eduardo (2009c). *Democracia, jueces y control de la administración* (sexta edición) Madrid: Civitas.

García de Enterría, Eduardo (2016). *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo*. Madrid: Civitas.

García de Enterría, Eduardo & Tomás-Ramón Fernández (2015). *Curso de derecho administrativo*. Tomo II (decimocuarta edición). Madrid: Civitas.

Gómez Puente, Marcos (2011). *La inactividad de la administración*. Navarra: Aranzadi.

- González Pérez, Jesús (1953). La acumulación de pretensiones en el proceso administrativo. *Revista de administración pública*, 10, 89-106.
- González Pérez, Jesús (1958). El proceso de lesividad. *Revista de administración pública*, 25, 127-155. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- González Pérez, Jesús (1966). *Derecho procesal administrativo*. Tomo II. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- González Pérez, Jesús (1985). *Derecho procesal administrativo hispanoamericano*. Bogotá: Temis.
- González Pérez, Jesús (1998). La eficacia de la sentencia. En Marta García Pérez (coord.), *Jornadas de estudio sobre la jurisdicción contencioso-administrativa* (pp. 109-136). La Coruña: Universidade da Coruña.
- González Pérez, Jesús (2003). *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)* (cuarta edición). 2 tomos. Madrid: Civitas.
- González Pérez, Jesús (2007). La justicia administrativa. En Germán Cisneros, Miguel López y Jorge Fernández, *Justicia administrativa. Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo* (pp. 235-263). Ciudad de México: UNAM.
- Guastini, Riccardo (2016). *La sintaxis del derecho*. Traducción de Álvaro Núñez. Madrid: Marcial Pons.
- Huapaya, Ramón (2006). *Tratado del proceso contencioso-administrativo*. Lima: Jurista.
- Hutchinson, Tomás (2009). *Derecho procesal administrativo*. Tomo III. Rosario: Rubinzal-Culzoni.
- Jiménez Vargas-Machuca, Roxana (2012). Los principios del proceso contencioso-administrativo. *Revista de derecho administrativo*, 11, 21-33.
- Long, Marceau; Guy Prosper Weil, Pierre Devolve & Bruno Genevois (2017). *Jurisprudencia administrativa del Consejo de Estado francés*. Primera edición en español con el texto correspondiente a la vigésima edición francesa del año 2015. Madrid: BOE-Dalloz.

- Medina Alcoz, Luis (2016). *Libertad y autoridad en el derecho administrativo. Derecho subjetivo e interés legítimo: una revisión*. Madrid: Marcial Pons.
- Monroy Palacios, Juan José (2002). *Bases para la formación de una teoría cautelar*. Lima: Comunidad.
- Morón Urbina, Juan Carlos (2015). El proceso contencioso de lesividad: catorce años después de su incorporación en el derecho peruano. *Ius et Veritas*, 51, 224-246.
- Morón Urbina, Juan Carlos (2017a). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica.
- Morón Urbina, Juan Carlos (2017b). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Tomo II. Lima: Gaceta Jurídica.
- Muñoz Machado, Santiago (1976). La carga de la prueba en el contencioso-administrativo. Su problemática en materia de sanciones administrativas. *Revista española de derecho administrativo*, 11, 734-741.
- Nieto, Alejandro (1962). La inactividad de la administración y el recurso contencioso-administrativo. *Revista de administración pública*, 37, 75-126.
- Nieto, Alejandro (1994). *Estudio preliminar a la obra de Margarita Beladiez Rojo. Validez y eficacia de los actos administrativos*. Madrid: Marcial Pons.
- Ortega Álvarez, Luis (2001). La ejecución de sentencias. En Jesús Leguina y Miguel Sánchez Morón (dirs.), *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa* (segunda edición; pp. 495-523). Valladolid: Lex Nova.
- Pérez Andrés, Antonio (2000). *Los efectos de las sentencias de la jurisdicción contencioso-administrativa*. Navarra: Aranzadi.
- Peyrano, Jorge (2013). *La carga de la prueba*. Escritos sobre diversos temas de derecho procesal, <https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/38jorge-w-peyrano.pdf>. Fecha de consulta: 30/4/2019.

- Priori, Giovanni (2004). La competencia en el proceso civil peruano. *Derecho & Sociedad*, 22, 38-52.
- Priori, Giovanni (2006). *La tutela cautelar. Su configuración como derecho fundamental*. Lima: Ara.
- Priori, Giovanni (2009). *Comentarios a la Ley del Proceso Contencioso-administrativo* (cuarta edición). Lima: Ara.
- Proto Pisani, Andrea (2018). *Lecciones de derecho procesal civil*. Lima: Palestra.
- Quispe, David; Héctor Lama, Ulises Yaya, Saúl Ampuero, Jesús Mejía & Enver Inocente (2008). *El proceso contencioso-administrativo. Reflexiones y praxis desde la toga*. Lima: Cultural Cuzco.
- Rivero, Jean (2002). *Páginas de derecho administrativo*. Bogotá: Temis-Universidad del Rosario.
- Rodríguez-Arana, Jaime (2010). Jurisdicción contencioso-administrativa, derechos fundamentales y principios rectores de la política económica y social. *AFDUDC*, 14, 681-700.
- Santofimio, Jaime (2017). *Compendio de derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Schwartz, Bernard (1952). French and Anglo-american Conceptions of Administrative Law. *University of Miami Law Review*, 6, 433-445.
- Travi, Aldo (2018). *Lezioni di giustizia amministrativa* (duodécima edición revisada y actualizada). Turín: G. Giappichelli.
- Zegarra, Diego (2006). Control judicial de la discrecionalidad administrativa: viejo problema y nuevo excursus (sus alcances en la doctrina española). *Revista de derecho administrativo*, 1, 33-62.

Fondo Editorial PUCP

VOLÚMENES PUBLICADOS

1. *Derechos reales*. Jorge Avendaño V. y Francisco Avendaño A.
2. *Los derechos fundamentales*. César Landa Arroyo
3. *Derecho penal básico*. Felipe Andrés Villavicencio Terreros
4. *Derecho constitucional*. Carlos Blancas Bustamante
5. *Introducción al derecho ambiental*. Patrick Wieland Fernandini
6. *Nociones básicas de derecho internacional público*. Elizabeth Salmón
7. *La enseñanza del derecho*. Lorenzo Zolezzi Ibárcena
8. *Derecho constitucional económico*. Baldo Kresalja y César Ochoa
9. *Aspectos jurídicos de la contratación estatal*. Juan Carlos Morón Urbina y Zita Aguilera B.
10. *Teoría esencial del ordenamiento jurídico peruano*. Marcial Rubio Correa y Elmer Arce
11. *Derecho tributario: temas básicos*. Francisco Ruiz de Castilla
12. *El mercado de valores en fácil*. Lilian Rocca
13. *Derecho de las obligaciones*. Mario Castillo Freyre
14. *Derecho de sucesiones*. César E. Fernández Arce
15. *Ética y ejercicio de la ciudadanía*. Alberto Simons Camino, S.J.
16. *Arbitraje comercial nacional e internacional*.
César Guzmán-Barrón Sobrevilla

17. *Derecho eclesiástico del Estado peruano*. Milagros Revilla Izquierdo
18. *Delitos económicos, contra la administración pública y criminalidad organizada*. José Ugaz Sánchez-Moreno y Francisco Ugaz Heudebert
19. *Sistema de justicia en el Perú*. David Lovatón Palacios
20. *Manual de derecho marítimo*. Percy Urday B.
21. *Los secretos de los seguros*. Alonso Núñez del Prado Simons
22. *Derecho internacional privado*. César Delgado Barreto y María Antonieta Delgado Menéndez
23. *Introducción al derecho urbanístico*. Iván Ortiz Sánchez
24. *La protección jurídica de los signos distintivos. Marcas, nombres y lemas comerciales*. María del Carmen Arana Courrejolles
25. *Sociedades reguladas por la Ley General de Sociedades*. Julio Salas Sánchez
26. *Las creaciones industriales y su protección jurídica. Patentes de invención, modelos de utilidad, diseños industriales y secretos empresariales*. Baldo Kresalja Rosselló
27. *Derecho penal. Parte especial: los delitos*. Víctor Prado Saldarriaga
28. *El derecho a la seguridad social*. César Gonzales Hunt y Javier Paitán Martínez
29. *Derecho de la niñez y adolescencia*. María Consuelo Barletta Villarán
30. *La interpretación de la ley. Teoría y métodos*. Shoschana Zusman T.
31. *Las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú*. Christian Donayre Montesinos
32. *Derecho tributario. Impuesto a la renta: aspectos significativos*. Humberto Medrano
33. *Teoría del conflicto y mecanismos de solución*. Javier La Rosa y Gino Rivas
34. *Instituciones del derecho familiar no patrimonial peruano*. Róger Rodríguez Iturri
35. *Análisis económico del derecho*. Alfredo Bullard
36. *Derecho procesal constitucional*. César Landa

37. *La Sunat y los procedimientos administrativos tributarios.* Carmen del Pilar Robles Moreno
38. *Introducción al derecho de las telecomunicaciones.* Diego Zegarra Valdivia
39. *La Defensoría del Pueblo en el Perú y en el mundo.* Walter Albán
40. *El derecho de la función pública y el servicio civil. Nociones fundamentales.* Janeyri Boyer Carrera
41. *Derecho individual del trabajo en el Perú.* Víctor Ferro Delgado
42. *El proceso y la tutela de los derechos.* Giovanni F. Priori Posada

Fondo Editorial PUCP

Se terminó de imprimir en
los talleres gráficos de
Tarea Asociación Gráfica Educativa
Psje. María Auxiliadora 156, Breña
Correo e.: tareagrafica@tareagrafica.com
Teléfono: 332-3229 Fax: 424-1582
Se utilizaron caracteres
Adobe Garamond Pro en 11 puntos
para el cuerpo del texto
agosto 2019 Lima - Perú

Fondo Educativo PUCP

Fondo Editorial PUCP

Fondo Editorial PUCP