

# Apuntes para la protección de los derechos ciudadanos a través del Proceso Contencioso Administrativo: el agotamiento de la vía previa

Carmen Vegas Guerrero\*

## SUMILLA

El presente artículo tiene por objetivo develar los múltiples problemas existentes relacionados al requisito exigido para poder recurrir al Proceso Contencioso Administrativo, es decir, el agotamiento de la vía administrativa. Para ello, la autora describe las múltiples posiciones doctrinarias a favor y en contra de dicho requisito, la posición que nuestros legisladores han tomado al respecto, teniendo en consideración diversas leyes e informes elaborados con relación a dicho tema, para terminar describiendo los problemas que se suscitan al exigir dicho requisito en el ámbito de los derechos de los administrados, los problemas que surgen dentro de la Administración y las posibles acciones a tomar para resolver la situación de disparidad entre administrados y Administración.

## I. Introducción

El Proceso Contencioso Administrativo es una disciplina del Derecho Procesal de suma importancia en nuestro ordenamiento jurídico, enmarcado en un Estado Constitucional de Derecho, en donde, frente a la vulneración de los derechos o intereses de los sujetos administrados por parte de las entidades de la Administración Pública (sea por un acto u omisión), se activa esta vía jurisdiccional de control ulterior y concluyente.

De esta manera, los conflictos que se originan del conjunto de situaciones a través de las cuales los administrados, sean personas naturales o jurídicas, se vinculan con la Administración Pública, buscan ser resueltos a través de una relación procesal, es decir, mediante el Proceso Contencioso Administrativo. Esto es, sometiendo y subordinando la actuación de la Administración Pública al principio de constitucionalidad y a la plena vigencia de los derechos fundamentales, ejerciendo así el control del Poder Público.

En el Perú, el Proceso Contencioso Administrativo se encuentra actualmente regulado en el Texto

Único Ordenado de la Ley N° 27584, Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo (en adelante LPCA), aprobado mediante Decreto Supremo N° 013-2008-JUS. Sin embargo, no es una figura nueva. Ya se recogía en el Código Procesal Civil Peruano de 1992, dentro del conjunto de los procesos civiles. Sin embargo, es a partir de la promulgación de la Ley N° 27584, en el año 2001, que se recoge sus rasgos particulares y regulación autónoma, en la búsqueda de una tutela jurisdiccional efectiva.

Es en este sentido, que nuestro ordenamiento constitucional lo hace suyo<sup>1</sup> y se establece en el TUO de la LPCA que la finalidad de la acción Contencioso Administrativa es "(...) el control jurídico por el Poder Judicial de las actuaciones de la Administración Pública sujetas al derecho administrativo y la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados" (artículo 1°).

Si bien es cierto que las normas buscan regular los diversos sentidos y aspectos de la conducta en el marco de una vida en sociedad, para permitir el desenvolvimiento y desarrollo de la misma en paz, no es la única variable necesaria. Es decir, no

\* Abogada egresada de la Maestría de Derecho de la Empresa por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ha ejercido como Presidenta con rango de Ministro de Estado de la Comisión Nacional de la Juventud – CNJ/CONAJU, así como ha presidido a nivel internacional la Organización Iberoamericana de Juventud – OIJ. Ha prestado sus servicios profesionales al Jurado Nacional de Elecciones, Primera Vicepresidencia de la República y se ha desempeñado como Subjefa de la Oficina Nacional Anticorrupción. Actualmente es Asociada Senior del Estudio Echecopar.

solo a través de normas se logrará este objetivo. Si bien, pareciera algo obvio, considero que es necesario recordarlo, puesto que aún hoy se aprueban diversas leyes sin que se tome en cuenta un conjunto de variables extralegales y el propio contexto; de ahí que al implementarse éstas se encuentran con un conjunto de condicionamientos que provocan que muchas de ellas nunca cumplan sus objetivos, se distorsionen o su impacto sea limitado.

Es así, que la LPCA no está exenta de este conjunto de variables propios de la realidad; que, como veremos más adelante han afectado su debida implementación y funcionamiento, limitando la búsqueda de alcanzar una real y efectiva tutela jurisdiccional para aquellos ciudadanos que ven amenazados o vulnerados sus derechos e intereses. De ahí que resulta importante el Informe Defensorial N° 121 "Propuestas para una reforma de la Justicia Contenciosa – Administrativa desde la perspectiva del acceso a la justicia", del año 2007<sup>2</sup>, en el que se presenta un análisis bastante interesante, que consideramos debe ser tomado en cuenta, en la búsqueda de que la LPCA sea eficaz y eficiente en la protección de los derechos ciudadanos y control del poder que ejerce las entidades de la Administración pública, en donde la relación que existe entre aquellas y los administrados es no paritaria.

Por lo antes expuesto, podemos señalar que el análisis jurídico debe ser complementado, además, por una evaluación de las diversas políticas públicas que son necesarias de implementar en simultáneo para que una Ley alcance sus fines.

En ese sentido, con el presente trabajo esperamos poder resaltar algunos aspectos que consideramos importantes revisar y mejorar a la luz de lo que establece la doctrina, así como a lo señalado por la Defensoría del Pueblo, en su informe mencionado líneas arriba, en tanto que a pesar de haber transcurrido cinco años de su estudio,

creemos que se encuentran vigentes varios de los problemas ahí detectados y corroborados.

Hemos decidido centrarnos en lo referido a la caracterización, opiniones de la doctrina que se origina en el marco del agotamiento de la vía previa, así como señalar los hallazgos que la Defensoría al respecto precisa; esperando poner de manifiesto, una vez más, la necesidad de contar, en práctica, con mecanismos de acceso real a una justicia eficaz para todos, más aún si estas limitaciones o problemas se trasladan a las distintas realidades que enfrenta el acceso a la justicia al interior del país. Intentamos que los diversos actores y operadores del Derecho, al realizar un análisis jurídico, aspiren a buscar soluciones legales de aplicación nacional que reconozcan la diversidad socio cultural y económica que tenemos en el Perú.

## II. Antecedente del Proceso Contencioso Administrativo: la Vía Previa

### II.1. Posiciones desde la doctrina respecto al agotamiento de la vía previa

Las controversias que se revisan en el Proceso Contencioso Administrativo llegan luego de haber agotado la vía previa administrativa, es decir que el administrado en el Procedimiento Administrativo<sup>3</sup> haya llegado a la etapa en donde la entidad haya emitido un pronunciamiento que cause estado<sup>4</sup>, en el marco de lo establecido en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante LPAG).

Se pone de manifiesto a través de este requisito de procedencia de la demanda, que se interponga con los actos de la Administración Pública, un privilegio, una muestra del poder y de la relación no paritaria entre el administrado y la entidad pública, requisito que favorece a la Administración, así lo sostiene por un lado, GARCÍA DE ENTERRÍA

<sup>1</sup> Constitución Política del Perú de 1993:

"Artículo 148°.- Acción contencioso-administrativa

Las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso-administrativa."

<sup>2</sup> DEFENSORÍA DE PUEBLO. Informe Defensorial N° 121: "Propuestas para una reforma de la Justicia Contencioso-Administrativa desde la perspectiva del acceso a la justicia". En: <http://www.defensoria.gob.pe/temas.php?des=11&v=1372>

<sup>3</sup> LPAG:

"Artículo 29°.- Definición de Procedimiento Administrativo

Se entiende por procedimiento administrativo al conjunto de actos y diligencias tramitados en las entidades, conducentes a la emisión de un acto administrativo que produzca efectos jurídicos individuales o individualizables sobre intereses, obligaciones o derechos de los administrados".

<sup>4</sup> PARADA, Ramón. "Derecho Administrativo". Segunda Edición. Tomo I. Madrid: Ediciones Jurídicas S.A. 1990. p. 98.

"Actos que no causan estado o que no han agotado la vía administrativa son aquellos que, no obstante ser definitivos y o de trámite, no expresan de manera completa la voluntad de la organización administrativa en que se producen, porque contra los mismos puede y debe interponer un recurso ante el superior jerárquico del órgano que los dictó, antes de acudir a la vía judicial. Este concepto se infiere negativamente de los supuestos en que la Ley considera que un acto ha agotado la vía gubernativa".

y FERNÁNDEZ, quien señala respecto del agotamiento de la vía administrativa que:

“importa un aplazamiento de la posibilidad de obtener una decisión de justicia a través de un verdadero proceso y ante una instancia neutral e independiente (...) lo cual es especialmente grave si se tiene en cuenta que los actos administrativos comienzan a producir efectos desde la fecha en que se dictan, sin que el recurso sirva por sí mismo para frenar o paralizar esa inmediata eficacia, que solo excepcionalmente puede ser suspendida”<sup>5</sup>.

En otro sentido, al decir de MORÓN:

“La regla [del agotamiento de la vía previa] está concebida, para que las entidades administrativas tengan la oportunidad y posibilidad de conocer y resolver sobre cualquier controversia que su actuación u omisión puedan producir en la esfera de intereses o derechos de los administrados, con anticipación a que sea sometido el diferendo a la función jurisdiccional”<sup>6</sup>.

Por su parte, señala HUAMÁN:

“Este [agotamiento de la vía administrativa] se sigue manteniendo en la actualidad procesal, no tanto por un tema de tradición jurídica sino para poder corroborar que el ciudadano desde el Derecho sigue concediendo a la Administración, una última oportunidad para corregir la discrecionalidad de su voluntad, expresada en acto lesivo a sus derechos e intereses legítimos”<sup>7</sup>.

A lo que se suma lo señalado por DROMI, quien a la letra precisa que:

“La razón jurídico política que justifica la exigencia de un acto administrativo previo que cause estado o, por lo menos, una reclamación previa, está dada por la conveniencia de filtrar las contiendas que lleguen a pleito, sea provocando una especie de conciliación

administrativa, sea dando la oportunidad al Estado de reconsiderar el asunto.

Es un remedio administrativo previo a la demanda judicial. A veces se le consideró como una “cuestión previa”, como un “recurso de revocación”, una especie de litispendencia, y también como equivalente a las tramitaciones extrajudiciales que son comunes antes de someter una controversia a los tribunales”<sup>8</sup>.

Mientras que al decir de HUAPAYA TAPIA<sup>9</sup>, quien recoge una posición que denomina *mesurada*, en donde se reconoce que en la mayoría de casos, el tránsito de los recursos impugnatorios de la vía administrativa es útil tanto para la Administración como para los administrados, en función a un conjunto de beneficios, que establece PERRINO:

- a) Constituye una etapa que brinda una oportunidad de “conciliación” entre posiciones contrapuestas de la Administración y de los administrados antes de recurrir a un proceso jurisdiccional.
- b) Da a la Administración la oportunidad de revisar el caso y corregir errores.
- c) Pone en funcionamiento el control jerárquico de la legalidad y oportunidad. El agotamiento de la vía administrativa aparece como una derivación propia de la estructura jerárquica de la Administración. Evita que la Administración sea llevada a juicio por decisiones adoptadas por órganos inferiores.
- d) Filtra las contiendas que llegan a los Tribunales. Reduce el número de casos que llegan a la instancia judicial permitiendo que la mayor cantidad posible alcance solución mediante el mecanismo más simple e informal del recurso administrativo, facilitando, de este modo, la labor de la justicia.
- e) Promueve la eficiencia administrativa, evitando la interferencia prematura de los jueces en el procedimiento administrativo.

<sup>5</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ. “Curso de Derecho Administrativo”. Tomo II. Madrid: Civitas. 2000. p. 513.

<sup>6</sup> MORÓN URBINA, Juan Carlos. “Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General”. Séptima edición. Lima: Gaceta Jurídica S.A. 2008. p. 589.

<sup>7</sup> HUAMÁN ORDÓÑEZ, Luis. “El Proceso Contencioso Administrativo”. Lima: Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L. 2010. pp. 236 – 237.

<sup>8</sup> DROMI, José Roberto. “Manual de derecho administrativo”. Tomo II. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfonso y Ricardo Depalma. 1987. p. 372.

<sup>9</sup> HUAPAYA TAPIA, Ramón. “Tratado del Proceso Contencioso Administrativo”. Lima: Juristas Editores E.I.R.L. 2006. pp. 455 – 456.

- f) Facilita la tarea judicial al poner a disposición de los Tribunales el beneficio de la experiencia y pericia del organismo administrativo que intervino previamente.
- g) Permite una mejor defensa del interés público, a través del mejoramiento de los argumentos de los actos administrativos, que podrá generar el reconocimiento y acatamiento de los administrados, con base en los mayores fundamentos que se expongan.
- h) Impide que la Administración resulte enjuiciada sorpresivamente<sup>10</sup>.

Consideramos que se debe tener en cuenta que no se puede descartar la importancia de los recursos administrativos, sea dependiendo de la complejidad del asunto que sea sometido a impugnación administrativa por parte del administrado, o en aquellos casos en que el asunto carezca de mayor complejidad y la propia Administración en su interior pueda resolver el mismo a satisfacción de las partes.

Al administrado no le interesa recurrir a la vía jurisdiccional, por lo que la existencia de los recursos en sede administrativa le representan una garantía; en el caso de asuntos complejos, en donde el administrado necesite y considere recurrir prontamente a la vía judicial, el ejercicio de los recursos impugnatorios en sede administrativa le significarían una limitante pérdida de tiempo y recursos, volviéndose una suerte de privilegio para la Administración.

Lo antes expuesto, no resulta menor si como sostiene HUAPAYA, en el procedimiento administrativo:

“(…) quien en buena cuenta, lleva la voz marchante en el conflicto entre el administrado y aquella [Administración Pública], puesto que aparte de que el administrado debe transitar por los vericuetos de la vía administrativa de recurso (entre fugacísimos plazos y demora de

la resolución de los recursos), debe someterse a la eventualidad de una ejecución forzosa del acto administrativo, puesto que como sabemos, la interposición de los recursos en vía administrativa, por regla general, no motivan la suspensión de los efectos del acto, salvo medida cautelar de suspensión al interior del procedimiento, o disposición procedimental distinta<sup>11</sup>.

Para PRIORI<sup>12</sup>, se debe exigir al ordenamiento jurídico que recoja este requisito de procedencia, o cuando menos que asegure en la vía administrativa:

- a. El acceso a la instancia administrativa, el cual debe ser libre e igualitario para los administrados, con la finalidad de que pueda formular su petición.
- b. Asegurar el derecho de alegación y prueba, acceso a los recursos impugnativos gratuitos y la no exigencia de formalismos, como muestra de un amplio ejercicio del derecho a la defensa de los administrados.
- c. La vía administrativa debe tener una sola instancia, evitando los procesos dilatorios que perjudiquen el acceso a la justicia contencioso administrativa por parte de los administrados.

De esta manera, en aquellos ordenamientos que exigen el agotamiento de la vía administrativa previa al acceso a la Justicia Contencioso Administrativa, se reconoce y privilegia entonces el denominado “Derecho de Autotutela”, como una prerrogativa de la Administración, sea esta de tipo declarativa, ejecutiva y revisora, conforme señala Jiménez Vivas<sup>13</sup>:

- Autotutela declarativa: la Administración tiene el poder de resolver un procedimiento administrativo en el sentido que esta estime pertinente, de conformidad con los fundamentos legales que considere aplicables, debidamente motivado, en el marco de sus competencias y atribuciones.

<sup>10</sup> PERRINO, Pablo Esteban. “Procedimiento Administrativo y Agotamiento de la Vía”. En: “Procedimiento Administrativo: Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral”. Buenos Aires: RAP Ediciones. 1998. p 166. En: HUAPAYA TAPIA, Ramón. Op. Cit. pp. 455 – 456.

<sup>11</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ. “Curso de Derecho Administrativo”. Debe precisarse que García de Enterría ya ha adelantado esta posición en “Los ciudadanos y la Administración: Nuevas tendencias en derecho español”, estudio incluido en su libro “Hacia una nueva justicia Administrativa”. Segunda edición ampliada. Madrid: Editorial Civitas. 1992. pp. 66 – 67. En HUAPAYA TAPIA, Ramón. Op. Cit. pp. 453 – 454.

<sup>12</sup> PRIORI POSADA, Giovanni. “Comentarios a la Ley del Proceso Contencioso Administrativo”. Cuarta Edición. Lima: Ara Editores E.I.R.L. 2009. pp. 183 – 184.

<sup>13</sup> JIMÉNEZ VIVAS, Javier. “Comentarios a la Ley del Proceso Contencioso Administrativo”. Lima: Ediciones Legales EDILEGSA E.I.R.L. 2010.

- Autotutela ejecutiva: la Administración puede ejecutar lo que haya decidido, sin necesidad de requerir autorización judicial, claro está, en el marco de la Ley.
- Autotutela revisora: la Administración es competente para que ella misma u otros órganos al interior de aquella, revisen lo resuelto por ella, siempre que el administrado interponga el recurso de impugnación respectivo, o sea la propia Administración que elimine sus actos a través de la nulidad de oficio.

Pero más allá de las posiciones existentes sobre la utilidad o ventajas y desventajas o limitaciones, del agotamiento de la vía administrativa, se debe tener en cuenta que para evitar que se desnaturalice esta regla, es necesario que la propia Administración tenga diseñado y regulado adecuadamente el procedimiento administrativo a seguir en cada entidad. Éste debe ser puesto en conocimiento de los ciudadanos, y ser eficaz y eficiente en su operatividad. Es decir, que garantice un debido proceso. En caso contrario, se estaría contradiciendo la Constitución y el sentido de la propia Ley, pues la idea no es dejar desprotegido, limitar o entorpecer el ejercicio de su derecho a una pronta tutela jurisdiccional.

Conforme a lo expuesto, se puede apreciar que, como sostiene HUAPAYA: "(...), actualmente la doctrina discute intensamente con respecto a su permanencia [del agotamiento de la vía previa] como presupuesto procesal ineludible para acceder a la vía judicial de control de la Administración"<sup>14</sup>.

## II.2. El agotamiento de la vía administrativa en el ordenamiento nacional

Si bien existe en la doctrina posiciones encontradas respecto a la necesidad de exigir o no el agotamiento de la vía administrativa para que al administrado acceda a la Justicia Contencioso

Administrativa, consideramos relevante lo que señala Priori<sup>15</sup>, -a pesar de que PRIORI sea de la posición que considera que no debería imponerse al administrado la obligación de agotar la vía administrativa-; en el sentido de que hay que ponderar la exigencia derivada del propio texto constitucional peruano, cuando en su artículo 148° establece que "*las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso-administrativa*"<sup>16</sup>, en tanto, nuestro ordenamiento recoge también el principio de la tutela jurisdiccional efectiva en el marco de la función jurisdiccional.

Como bien señala HUAPAYA, el artículo arriba señalado, se convierte en la "llave maestra" de acceso a la jurisdicción contenciosos administrativa en nuestro país, dada su consagración de nivel constitucional.

Ahora bien, nuestro ordenamiento jurídico vigente ha desarrollado dicho mandato constitucional, a través del TUO de la LPCA, que recoge la necesidad del agotamiento de la vía administrativa: "*Artículo 20°.- Agotamiento de la vía administrativa.- Es requisito para la procedencia de la demanda el agotamiento de la vía administrativa conforme a las reglas establecidas en la Ley de Procedimiento Administrativo General o por normas especiales*"; así como sostiene PRIORI: "*la necesidad de agotar la vía administrativa antes de acudir al Poder Judicial constituye una opción del ordenamiento jurídico por privilegiar la situación de autotutela administrativa antes que optar por la efectividad de tutela jurisdiccional por parte del administrado*"<sup>17</sup>.

De esta manera, conforme a la LPAG, los actos que agotan la vía administrativa son (artículo 218°):

- 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

<sup>14</sup> HUAPAYA TAPIA, Ramón. Op. Cit. pp. 452.

<sup>15</sup> PRIORI POSADA, Giovanni. Op. Cit.

<sup>16</sup> Resulta interesante señalar que, como sostiene HUAPAYA (2006: 448 – 450) cuando hace una crítica seria al artículo 148° de la Constitución Política del Perú: "(...) la redacción otorgada al referido artículo, resulta poco feliz, en la medida en que a partir de sus ambiguos términos, se ha pretendido señalar por alguna doctrina, que el procesos contencioso administrativo únicamente tiene una faz revisora. O de mera impugnación de actos administrativos".

"(...), la alusión a las "resoluciones" resulta poco acertada, en la medida en que nuestro ordenamiento, la Administración no solamente actúa mediante la emisión de resoluciones o decretos, sino que, tiene la plena libertad siempre que sea por escrito) de darle la forma que desee a los actos administrativos".

Pero sus comentarios no quedan en temas de orden semántico, sino que al referirse la norma constitucional a resoluciones administrativas, puede enlazarse a la idea que solo los "actos administrativos expresos" son susceptibles de ser impugnados en la vía Contencioso Administrativa, dejando de lado toda una gama de supuestos como la omisión de la Administración, las "vías de hecho" y a cualquier otra forma de actuación distinta del acto administrativo. Así, no se debe centrar el objeto del proceso contencioso administrativo sobre el concepto "resolución" o "acto" administrativo".

<sup>17</sup> PRIORI POSADA, Giovanni. Op. Cit. p. 181.

- negativo, salvo que el interesado opte por interponer recurso de reconsideración. En este 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 la LPAG<sup>18</sup>; o
  - d. El acto que declara de oficio la nulidad o revoca otros actos administrativos en los casos establecidos en la propia LPAG<sup>19</sup>.
  - e. Los actos administrativos de los Tribunales o Consejos Administrativos regidos por Leyes especiales.
- En este sentido, nuestro ordenamiento reconoce que es materia de impugnación en la vía judicial Contencioso Administrativa, requiriendo el agotamiento previo de la vía administrativa, los actos administrativos (se solicita la nulidad de los actos administrativos), o del silencio administrativo negativo (se solicita la superación de la inactividad formal de la Administración); en tanto que no tiene ningún sentido accionar cuando se trata de las pretensiones contra la inactividad material de la Administración, y las pretensiones contra las actuaciones materiales o de ejecución<sup>20</sup>. En este último caso, sería absurdo que el administrado termine el recorrido de la vía administrativa y recién ahí, pueda accionar ante la vía Contencioso Administrativa.
- Resulta interesante, además tener en cuenta lo relacionado a los efectos del silencio administrativo, que recoge nuestro ordenamiento en la LPAG "188.3 El silencio administrativo negativo tiene por efecto habilitar al administrado la interposición de los recursos administrativos y acciones judiciales pertinentes."; de ahí que, conforme señala

<sup>18</sup> LPAG:

"Artículo 210°.- Recurso de revisión

Excepcionalmente hay lugar a recurso de revisión, ante una tercera instancia de competencia nacional, si las dos instancias anteriores fueron resueltas por autoridades que no son de competencia nacional, debiendo dirigirse a la misma autoridad que expidió el acto que se impugna para que eleve lo actuado al superior jerárquico."

<sup>19</sup> LPAG:

"Artículo 202°.- Nulidad de Oficio

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

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

Además de declarar la nulidad, la autoridad podrá resolver sobre el fondo del asunto de contarse con los elementos suficientes para ello. En este caso, este extremo solo podrá ser objeto de reconsideración. Cuando no sea posible

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

202.4 En caso de que haya prescrito el plazo previsto en el numeral anterior, solo procede demandar la nulidad ante el Poder Judicial vía el proceso contencioso administrativo, siempre que la demanda se interponga dentro de los dos (2) años siguientes a contar desde la fecha en que prescribió la facultad para declarar la nulidad en sede administrativa.

202.5 Los actos administrativos emitidos por consejos o tribunales regidos por Leyes especiales, competentes para resolver controversias en última instancia administrativa, solo pueden ser objeto de declaración de nulidad de oficio en sede administrativa por el propio consejo o tribunal con el acuerdo unánime de sus miembros. Esta atribución solo podrá ejercerse dentro del plazo de un año contado desde la fecha en que el acto es notificado al interesado. También procede que el titular de la Entidad demande su nulidad en la vía de proceso contencioso administrativo, siempre que la demanda se interponga dentro de los tres años siguientes de notificada la resolución emitida por el consejo o tribunal.

Artículo 203°.- Revocación

203.1 Los actos administrativos declarativos o constitutivos de derechos o intereses legítimos no pueden ser revocados, modificados o sustituidos de oficio por razones de oportunidad, mérito o conveniencia.

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

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

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

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

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

<sup>20</sup> HUAPAYA TAPIA, Ramón. Op. Cit. p. 459.

HUAPAYA<sup>21</sup>, el silencio administrativo negativo se ha desarrollado como una “ficción de efectos meramente procesales”, que permite el acceso a una segunda instancia administrativa o de ser el caso, le concede accionar en la vía judicial Contencioso Administrativa; buscando evitar que el administrado no se vea perjudicado ante la inactividad formal de la Administración. En estricto, no es que se haya agotado la vía administrativa, sino que el administrado hizo todo lo debido y posible recorriendo la vía administrativa y no ha obtenido respuesta.

Pues bien, hay que tener en claro que agotar la vía administrativa significa que el administrado haya puesto en marcha todos los mecanismos impugnativos que le brinda nuestro ordenamiento legal administrativo a través de la LPAG<sup>22</sup>, para que la Administración se pronuncie, respecto del acto u omisión que el administrado reclama, en tanto estima que vulnera o amenaza sus legítimos intereses o derechos. Es decir, agotado este camino y de causar estado, recién podrá recurrir a la vía judicial a través del Proceso Contencioso Administrativo.

Así, respecto de la regla general de agotamiento de la vía administrativa, existe un conjunto

de supuestos en los cuales este requisito de procedencia no es exigible, recogidos en la LPCA (artículo 21° TUO de la LPCA):

- a. Cuando la demanda sea interpuesta por una entidad administrativa, es decir cuando se trate del denominado proceso de lesividad<sup>23</sup>.
- b. Cuando el demandante pretenda que se ordene a la Administración la realización de una actuación a la que se encuentre obligada por Ley o por acto administrativo firme<sup>24</sup>.
- c. Cuando el demandante sea un tercero al procedimiento administrativo en el cual se haya dictado la actuación impugnada. Así, no tendría ningún sentido exigir este requisito, si justamente el demandante no ha participado del procedimiento administrativo.
- d. Cuando la pretensión esté referida al contenido esencial del derecho a la pensión y, haya sido denegada en la primera instancia de la sede administrativa<sup>25</sup>.

En este orden de ideas, es importante recordar que el Juez no podrá rechazar liminarmente la demanda en aquellos casos en los que por falta de precisión

<sup>21</sup> HUAPAYA TAPIA, Ramón. Op. Cit. p. 462.

<sup>22</sup> LPAG:

“Artículo 207°.- Recursos administrativos

207.1 Los recursos administrativos son:

- a) Recurso de reconsideración
- b) Recurso de apelación
- c) Recurso de revisión

207.2 El término para la interposición de los recursos es de quince (15) días perentorios, y deberán resolverse en el plazo de treinta (30) días”.

<sup>23</sup> Para mayor detalle ver MORÓN URBINA, Juan Carlos. “El proceso de lesividad: El contencioso promovido por la Administración”. En: Proceso & Justicia. Revista de Derecho Procesal. Revista editada por la Asociación Civil Taller de Derecho. 2002. N° 3.

<sup>24</sup> LPAG:

“Artículo 212°.- Acto firme

Una vez vencido los plazos para interponer los recursos administrativos se perderá el derecho a articularlos quedando firme el acto”.

Es importante tener en cuenta lo que señala MORÓN URBINA (2008: 576 -577):

“(…), en sede administrativa se dice que un acto ha adquirido firmeza cuando contra dicho acto no procede recurso administrativo alguno, ni tampoco procede la interposición de una demanda contencioso – administrativa. Pero a diferencia de la autoridad de cosa juzgada que es inimpugnada e inmodificable, los actos administrativos aun cuando sean firmes siempre podrán ser modificados o revocados en sede Autoridad Administrativa. (...)”

Cabe resaltar que el mismo autor señala que en sede administrativa, para referirse a la firmeza de las decisiones definitivas de aquella, se utiliza el término “cosa decidida “ o “cosa firme”; de ahí que a modo de resumen explique:

“(i) Si bien la cosa decidida es una variante de la cosa juzgada, no goza de las características de inmutabilidad e inimpugnabilidad propias de la cosas juzgada. El régimen de la nulidad y revocación de los actos administrativos, así como el ejercicio del derecho constitucional de petición de los administrados, así lo determinan.

(ii) Es posible iniciar un nuevo procedimiento respecto a un aspecto decidido por la Administración en un procedimiento anterior, por la propia naturaleza de la cosa decidida”.

<sup>25</sup> Para mayor detalle ver lo señalado por JIMÉNEZ VIVAS (2010: p. 172) respecto a lo establecido por el Pleno Jurisdiccional Distrital en materia Contencioso Administrativa, sobre las demandas de naturaleza pensionaria. Por su parte, HUAMAN ORDOÑEZ (2010: p, 250) señala:

“El artículo 21.4 visibiliza un proceso de la LPAG acorde con el derecho a pensión, en realidad con el referido a su, en palabras del Tribunal Constitucional del Perú, *núcleo pétreo*, reclamado judicialmente. Al tratarse de dicho contenido esencial, a nuestra suerte es, una suerte de **amparo contencioso administrativo**, un amparo paralelo; con ello la actual regulación procesal muestra un amparo contencioso administrativo y un amparo constitucional.”

del marco legal exista incertidumbre respecto del agotamiento de la vía previa, recogiendo el principio de favorecimiento del proceso, que nuestro ordenamiento legal recoge a través del inciso 3 del artículo 2° del TUO de la LPCA.

Conforme a lo señalado, se aspira a brindar una tutela efectiva al ciudadano que recurre a la vía Contencioso Administrativa para resolver su conflicto de intereses a través de la aplicación del Derecho, por lo que no puede una situación de incertidumbre por deficiencia legal respecto al agotamiento de la vía administrativa irrogársele como carga al ciudadano; debiendo, ante la duda, el Juez darle trámite a la demanda, en el marco también del principio de acceso a la justicia.

Por su parte, el Código Procesal Civil, cuya aplicación es supletoria, establece en el inciso 5 de su artículo 446°, la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa, que puede ser planteada por el demandado para que el Juez, de forma previa y especial, se pronuncie sobre la existencia de una relación jurídica válida o inválida, así su naturaleza es procesal y no sustantiva.

### III. Problemas o limitaciones en el marco del acceso a la justicia sobre la vía previa

#### III.1. Limitaciones de los administrados

Ahora bien, luego de haber expuesto algunos matices que la doctrina nos plantea respecto al agotamiento de la vía administrativa, presentaremos las limitaciones o problemas a los cuales los administrados se ven sometidos, y que han sido recogidos en su mayoría, hace ya casi cinco años, a través de la Defensoría del Pueblo cuando emitiera su Informe Defensorial N° 121 "Propuestas para una reforma de la Justicia Contenciosa – Administrativa desde la perspectiva del acceso a la justicia", del año 2007<sup>26</sup>, y que consideramos, lamentablemente, se encuentra en plena vigencia, debiendo ser observado por los diversos actores sociales y políticas que conducen no solo la dación de las normas, sino su implementación.

Si bien la Defensoría pone de manifiesto que la capacidad económica y la percepción de

autosuficiencia de los administrados (sean personas naturales o jurídicas) no son variables que se puedan generalizar como determinantes, en el marco del estudio realizado por aquella, para caracterizar los problemas que se originan en la vía previa administrativa, expone el concepto de "indigencia legal": "(...) concepto que agrupa a los particulares que prestan poca atención legal (materializada en forma de consultas profesionales o contratación de abogados) a la situación de sus derechos vulnerados, por razones económicas (débil capacidad económica) o culturales (percepción de autosuficiencia)"<sup>27</sup>.

De esta manera, se señala como los principales problemas para el acceso a la Justicia Contencioso Administrativa vinculados a la vía previa<sup>28</sup>:

a. La deficiente preparación para el proceso administrativo: Teniendo en cuenta que el proceso administrativo no es tan complejo como un proceso judicial, es factible prescindir de abogado, por lo que es más cercana la posibilidad de que los administrados caigan en la categoría de "indigente legal". Así, si el administrado decidiera recorrer el procedimiento administrativo *solo*, esto conllevaría a que deberá informarse de los diversos dispositivos legales que el acto u omisión administrativo vulnera, así como acceder a ellos, por lo que dicha tarea resulta de por sí laboriosa y difícil.

A ello se suma la calidad de abogado con que cuente el administrado. Así, no es suficiente con que éste no caiga en la categoría de "indigente legal" para lograr que la Administración cambie su criterio o modifique el acto materia de controversia.

b. El incorrecto planteamiento de recursos impugnativos: del estudio de la Defensoría, se determinó que la mayoría de administrados presentó inadecuadamente sus recursos, originando que sus casos no se resolvieran en esta vía, detallando como problemas centrales:

i) La presentación de escritos sin valor de medio impugnatorio. Consideramos que este es un problema de vital importancia,

<sup>26</sup> DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Op. Cit. Cabe mencionar que para este Informe se ha tenido en cuenta: i) Levantamiento de información de expedientes judiciales, con una muestra de 946 expedientes contenciosos – administrativos de los Juzgados del Distrito Judicial de Lima (del primero al cuarto); ii) realización de entrevistas a 15 personas involucradas en un proceso judicial contencioso administrativo; iii) llenado de fichas por los Juzgados, y iv) entrevistas con actores vinculados a la justicia Contencioso Administrativa.

<sup>27</sup> DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Ibid. p. 26.

<sup>28</sup> DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Ibid. pp. 27 – 41.

en tanto que el administrado cree que su escrito es un medio válido que impugna el acto administrativo que considera vulnera o lesiona su derecho, pero la Administración no lo considera así, o simplemente no responde y el administrado en aplicación del silencio administrativo negativo considera agotada la vía administrativa y recurre a los Tribunales para impugnar judicialmente, quedando a criterio del juez determinar si dicho escrito tiene valor o forma de medio impugnatorio.

Se señala que los magistrados suelen fallar a favor de reconocer el valor de la forma del medio impugnatorio, por lo que se genera el cuestionamiento de si la Administración está aplicando debidamente el Principio de Informalismo (numeral 1.6 del artículo IV del Título Preliminar de la LPAG).

- ii) El desconocimiento de las diferencias existentes entre el recurso de reconsideración y apelación.
  - iii) El desconocimiento de plazos para interponer los medios impugnatorios respectivos.
  - iv) El hecho de que los argumentos que se expresan en los medios impugnatorios son generales.
  - v) El desconocimiento de la posibilidad y necesidad de agotar la vía administrativa. Lo que trae consigo que se genere mayor carga procesal y que el administrado pierda su tiempo, en tanto que el juez declara improcedente la demanda por no haber agotado la vía administrativa previa.
- c. Procesos que en su mayoría no deberían ser judicializados. Como se señala en el Informe de la Defensoría, más del 67% están referidos

a procesos de materia previsional en contra de la Oficina de Normalización Previsional (ONP). De ahí que varias de las pretensiones planteadas resultan ser sustentadas en interpretaciones equivocadas de vigencia de normas que ya no lo están, el deseo de los pensionistas a incrementar su pensión, mala práctica de los abogados y difusión en los medios de beneficios para pensionistas que no son exactos, generan que este círculo vicioso agrave la sobrecarga procesal al generarse expectativas que la Ley no ampara<sup>29</sup>.

### III.2. Limitaciones de la Administración<sup>30</sup>

Si bien es cierto que se tiene establecido como premisa que la Administración conoce el marco legal sobre el cual ejerce sus funciones y competencias, y por tanto conoce los límites de su accionar administrativo, este conocimiento no implica necesariamente que aquella produzca actos que afecten el normal curso del procedimiento administrativo o que amenace o lesione el interés o derecho del administrado.

En ese sentido, el conocimiento que tiene la Administración del marco legal y el poco o inexistente conocimiento por parte del administrado del mismo origina una cierta incapacidad para defenderse (“indefensión legal”, como lo señala textualmente la Defensoría del Pueblo en su informe) de éste frente a un accionar, en donde una de las partes tiene mayor información y facilidad de acceso a la misma, y claro está, la usa para proteger sus intereses.

Lo antes mencionado, no obstante, no libera a la Administración de problemas que la Defensoría ha detectado a lo largo de su estudio. Del análisis que ha efectuado a los expedientes administrativos que soportan el Proceso Contencioso Administrativo, ha encontrado:

<sup>29</sup> Es importante señalar que el problema de la sobre carga procesal en los Juzgados Contenciosos Administrativos se encuentra asociado a otros factores que no son materia de presentación del presente trabajo, pero que el Informe Defensoría también señala, como es el caso, entre otros: a) Existencia de pocos Juzgados y Salas especializados en lo Contencioso Administrativo, b) Creación de pocos Juzgados especializados en materia previsional; c) Demora en las notificaciones; d) Diversidad de materias y entidades de la Administración que requieren un mayor tiempo de estudio; e) Dedicación a estudiar demandas que no prosperan; f) Actuaciones procesales de las partes que dilatan el proceso; etc.

Otro aspecto a tener en cuenta es que a partir de la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 1417-2005-AA/TC (Caso “Manuel Anicama”), el incremento de demandas Contenciosas Administrativas resultó exponencial; así, el proceso constitucional de amparo es visibilizado con mayor énfasis con un carácter residual o subsidiario y precisa en qué casos resultará procedente el proceso de amparo para la defensa de los derechos constitucionales, estableciendo que en los demás supuestos de vulneración o lesión a los derechos fundamentales ocasionados por la Administración Pública, es la vía del Proceso Contencioso Administrativo la vía adecuada para la protección de los mismos. Para mayor detalle ver: TIRADO BARRERA, José Antonio. “Relaciones entre el proceso contencioso administrativo y el proceso de amparo en la defensa de los derechos de los administrados”. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional N° 1417-2005-AA/TC (Caso “Manuel Anicama”). Derecho Administrativo Contemporáneo. Ponencias del II Congreso de Derecho Administrativo. Lima: Palestra Editores. 2007. pp. 493 – 507.

<sup>30</sup> DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Op. Cit. pp. 41 - 50.

- a. Resoluciones Administrativas recurrentes a las solicitudes frecuentes por parte de los administrados. Así, esta situación se refleja sobre todo en el caso de los procesos seguidos contra la ONP, en donde la entidad, ante solicitudes que reclaman que se reconozcan idénticos derechos o intereses, la actuación administrativa ha tenido un mismo fondo jurídico y parte resolutive; lo cual extraña por el elevado número de este tipo de resoluciones.
- b. Utilización de un lenguaje técnico en las resoluciones administrativas. Si bien es cierto, las resoluciones deben ser debidamente motivadas, desde la perspectiva legal y con los argumentos técnicos según sea el caso; este sustento es de fácil manejo y entendimiento para la Administración. En el caso de los administrados, su completo entendimiento de la misma resulta por demás limitado.
- c. Motivación indebida de las resoluciones administrativas. La Defensoría encontró que muchas resoluciones administrativas que eran apenas de una cara -si bien la extensión no es sinónimo de calidad- era lamentable que la mayoría de párrafos correspondieran a los vistos y antecedentes, y un párrafo a la parte resolutive. En términos generales, se notaba que había pobre conocimiento de la situación jurídica materia de controversia, y la razón por la que la Administración había denegado la solicitud. En ese sentido, se pudo apreciar que, en la vía judicial, es uno de los argumentos que la resolución impugnada sea de una corta extensión, encontrándose también resoluciones que repiten los argumentos de la resolución impugnada, aunque también existían otras debidamente motivadas, en donde se notaba el trabajo legal, los informes técnicos y en general, el debido proceso seguido en la vía administrativa. Lo cual no significa que por ello el administrado deje de lado su interés de recurrir a la vía judicial.
- d. Se aprecia también que existen diversas resoluciones administrativas en donde la Administración no se pronuncia sobre lo solicitado. Situación que recorta la posibilidad del administrado de impugnar la resolución en cuestión, en tanto no se cuenta con los argumentos de la entidad para rebatirlos.
- e. Acogimiento al silencio administrativo en una elevada cantidad de procedimientos. En la mayoría de expedientes, los administrados se acogieron al silencio administrativo negativo,

logrando que el administrado judicialice su solicitud, prolongando el tiempo para acceder a la justicia y por tanto, que se sigan vulnerando sus derechos.

Conforme a lo expuesto como limitaciones o problemas por parte de los administrados y la Administración, se ratifica su importancia. Esto, en tanto que estos aspectos son trasladados a través del expediente administrativo a la fase de actividad probatoria del Proceso Contencioso Administrativo, en donde las actuaciones recogidas en la vía previa resultan de particular relevancia y la carga de la prueba esta normalmente en manos del ciudadano, volviendo aún más desventajosa y compleja su situación.

En este sentido, la Defensoría nos muestra una realidad circunscrita a su espacio de análisis que es el Distrito Judicial de Lima. Así, nuestra reflexión debe mirar más allá, principalmente orientarse hacia aquellas provincias en donde:

- a. No existen Juzgados Especializados en lo Contencioso Administrativo.
- b. Los niveles socio culturales y económicos son bajos y limitan más aún la capacidad de defensa de los administrados.
- c. Las entidades de la Administración Pública tienen serias carencias de recursos económicos y humanos.
- d. El acceso a la justicia, sea del nivel administrativo o contencioso administrativo, en segunda instancia, implica un desplazamiento del administrado o el contar con la asesoría legal fuera de su domicilio, lo cual resulta ser imposible, por la escasez de recursos.
- e. El acceso y entendimiento de la información es limitado.

Así, la búsqueda del acceso a una tutela jurisdiccional efectiva, para el caso materia de análisis, nos debe avocar a seguir investigando y presentado propuestas de políticas públicas inclusivas y holísticas, en donde la mera dación o modificación de una norma no es suficiente.

Recordemos lo señalado líneas arriba, cuando sostenemos que la relación que surge entre el administrado y la Administración es una "relación no igualitaria", más aún cuando en aquellas zonas alejadas el único contacto con el "mundo de lo público" es a través de su municipio, escuela o posta médica.

#### IV. Reflexiones finales

1. En la doctrina se encuentra vigente el debate sobre la conveniencia de la exigencia o no del agotamiento de la vía administrativa como requisito para poder recurrir a la vía Contencioso Administrativa; aunque la tendencia es a apoyar la vigencia de este requisito de procedencia.
2. El agotamiento de la vía previa pone de manifiesto los equilibrios entre principios como el de la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho de autotutela.
3. En nuestro ordenamiento se recoge como requisito de procedencia el agotamiento de la vía previa, a nivel constitucional. Además, se privilegia el principio de autotutela de la Administración, pero se establece, también, un conjunto de excepciones. Somos de la opinión que este requisito de procedencia resulta necesario, como lo señalan diversos autores. Esto es porque permite que la Administración revise sus actos u omisiones antes de ser sometidos a la vía judicial, que el administrado pueda buscar una vía más ágil que la judicial y evita incrementar la carga procesal, entre otros.
4. Para que un Estado Constitucional de Derecho recoja en su ordenamiento la exigencia del agotamiento de la vía previa y no sea considerado como limitativo al derecho de los administrados a la tutela jurisdiccional efectiva se debe garantizar que la vía administrativa tenga un diseño adecuado, que permita su acceso, que sea conocido y ágil para todos los administrados.
5. Las limitaciones a la figura de la vía previa que ha encontrado la Defensoría en su estudio se encuentran vigentes, así deben ser revisadas y tenidas en cuenta frente a cualquier intento de mejora legal o a las políticas públicas de mejora al acceso de la justicia.
6. Estas limitaciones deben ser mayores a nivel de las provincias del interior del país (el estudio de la Defensoría solo incluye Lima); por lo que, la búsqueda de soluciones legales debe recoger una mirada descentralizada y acorde con nuestra diversidad socio cultural y económica, para lograr que una norma legal alcance su objetivo y produzca el impacto deseado.
7. Las limitaciones de los administrados en la vía previa, desde la denominada por la Defensoría como “indefensión legal”; la poca preparación para el proceso administrativo (sea por medios económicos, autosuficiencia o deficiente asesoría legal), el incorrecto planteamiento de recursos impugnativos y el llevar a la jurisdicción Contencioso Administrativa procesos que no deberían ser judicializados (sea porque explícitamente el ordenamiento jurídico o la jurisprudencia no ampara el derecho recurrido o porque traduce solo una aspiración del administrado motivado por información periodística errónea o por un abogado negligente); éstos y sus efectos son trasladados a la vía judicial.
8. Los problemas que los administrados tienen en la vía previa impactan en el normal desenvolvimiento del Proceso Contencioso Administrativo. Así, por ejemplo, el expediente administrativo es un medio probatorio esencial, por lo que al final se recorta el acceso a la tutela jurisdiccional efectiva y el administrado termina perdiendo tiempo, recursos y sobre todo decepcionado del sistema judicial y del Estado Constitucional de Derecho.
9. La problemática de las entidades de la Administración Pública en la vía previa -que traduce en muchos casos la displicencia, sobrecarga, desinterés en la atención debida al administrado o la incompetencia de aquellas- como las resoluciones recurrentes, el lenguaje técnico, la motivación indebida, la omisión de pronunciarse sobre el fondo y la aplicación constante del silencio administrativo genera, sin duda alguna, una grave lesión al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva del administrado, dado que dicha problemática se traslada a la vía de la jurisdicción Contencioso Administrativa, en perjuicio de la parte más débil de la relación sustantiva y procesal, es decir, del administrado.