

El proceso contencioso-administrativo: un puntual acercamiento a lo previsto en el Perú y España al respecto

ELOY ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA*

SUMARIO:

1. Consideraciones Iniciales. 2. La finalidad y las pretensiones tuteladas por el proceso contencioso-administrativo en los casos peruano y español. 3. Sobre el objeto de este proceso y las actuaciones pasibles de control por el juez contencioso-administrativo. 4. Algunos problemas en el trámite de los procesos contencioso-administrativos. La admisibilidad y procedencia de las demandas. 5. Competencia judicial territorial y funcional en materia contencioso-administrativa. 6. La vía procedimental escogida y sus problemas. 6.1. Lo desarrollado en el caso peruano. 6.2. Lo previsto en el caso español. 7. El tratamiento de la actividad probatoria. 8. El tratamiento otorgado a la materia cautelar. 9. Apuntes sobre las sentencias en los procesos contencioso-administrativos. El eventual contenido de las sentencias estimatorias. 10. Las pautas previstas para la ejecución de las sentencias. 11. Los medios impugnatorios previstos. 12. Análisis sobre la admisibilidad y procedencia de los recursos en Perú y España. 13. Balance sobre la regulación hoy dada al proceso contencioso-administrativo en el Perú y España, La conveniencia de algunos cambios urgentes.s.

1. CONSIDERACIONES INICIALES

Con todas las críticas de temas como la globalización y liberalización de la economía o la búsqueda de universalización de los Derechos Humanos pueden generar una concepción más clásica sobre qué es el Estado y cuáles son sus roles en sociedades como las actuales, lo cierto es que, y por lo menos por algún tiempo más, el Estado sigue siendo la manifestación más relevante del esfuerzo por institucionalizar (y sobre todo, bajo parámetros jurídicos) el ejercicio del poder político en una sociedad determinada.

* Catedrático de las Universidades Pontificia Católica del Perú, Nacional Mayor de San Marcos y de Lima. Profesor Principal y Ex-Director General de la Academia de la Magistratura. Miembro de la Junta Directiva de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo. Miembro de la Comisión de Libre Competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de Propiedad Intelectual (INDECOPI).

Lo que sí indudablemente ha variado es cómo se materializa, o, dicho en otras palabras, a través de qué acciones concretas se manifiesta ese quehacer estatal, tema que implica una toma de posición producto de un mejor análisis y un mayor debate, lo cual sin duda trasciende los alcances del presente texto. Con todo, y en aquello que sí queremos incidir, es que aquel conjunto de instituciones (organismos u órganos), pautas de actuación y personas cuya labor es en principio la de buscar se cumplan los fines que motivan la existencia de cada Estado en particular, la Administración o Administraciones Públicas, puede, en aras de defender el interés general, ejercer importantes cuotas de poder, decisivas en la configuración de la vida social, política, económica o jurídica que se desarrolle en su entorno.

Y como suele pasar con todo aquel que cuenta con poder, siempre está presente el riesgo de que, y a veces incluso sin proponérselo, la Administración Pública no actúe conforme a Derecho, y, lo que es más grave todavía, hasta vulnere los derechos fundamentales de algún o algunos ciudadanos.

Frente a riesgos como los del abuso de poder o la desviación del poder, yéndose más allá de las competencias asignadas o empleándolas en un sentido distinto al cual nos fueron confiadas, es que se entiende la consideración por la cual el grueso de las atribuciones de las Administraciones Públicas son regladas, y por ende, se ejercen de acuerdo con parámetros previamente establecidos. Incluso cuando se admite cierto margen de discrecionalidad a nivel administrativo, éste no puede confundirse con arbitrariedad, por lo cual la actuación administrativa debe siempre respetar siquiera mínimos parámetros de razonabilidad y racionalidad.

Uno de los espacios de actuación administrativa que necesariamente requerirán materializarse a través de esos parámetros debiera ser, qué duda cabe, el que implique todo lo vinculado a dar una primera respuesta a eventuales protestas ciudadanas ante errores propios de una instancia administrativa en particular, o frente a deficiencias en la labor de sus inferiores jerárquicos. No sin negar la existencia de importantes desacuerdos al respecto, se argumentará en favor de una autocomposición de conflictos como la que aquí empieza a reseñarse que en principio una mejor especialización de las distintas reparticiones administrativas permitirá un mejor tratamiento de estos reclamos.

Sin duda alguna, el seguimiento de una serie de procedimientos administrativos y la interposición de los recursos que esos mismos procedimientos facilitan ha permitido en muchos casos que el superior jerárquico enmiende los errores de sus subordinados; o que una misma instancia admi-

nistrativa, luego de una segunda mirada a materias que antes conoció (segunda mirada que en el caso peruano podrá darse solamente si nuestra impugnación viene acompañada de nuevos elementos probatorios que la justifiquen), cambie sus actuaciones o decisiones iniciales. Sin embargo, justo es reconocer la existencia de casos en los cuales los administrados no quedan conformes inclusive con lo resuelto por la máxima instancia administrativa competente para conocer la situación controvertida. Y es que, finalmente, pedirle en todos los supuestos objetividad a la Administración (la cual es, por decirlo en términos comprensibles, un poco juez y parte en estos casos) es difícil, tanto como que, aún contando con una actuación administrativa irreprochable, los administrados coincidan plenamente con todo lo resuelto por la Administración.

Se abre entonces la posibilidad de buscar resolver estas controversias en sede judicial, supuestamente el escenario más imparcial y garantista para ver estos temas. Se plantea así la pertinencia, por no decir la necesidad, de contar con un proceso contencioso-administrativo.

Ahora bien, ya a esta altura de nuestra exposición cabe preguntarse cuál es el objetivo principal de la actuación judicial en el proceso contencioso-administrativo. Esta inquietud indudablemente no es una preocupación nueva. Ya en el escenario europeo continental, donde aparece el proceso contencioso-administrativo, se generaron hasta dos percepciones sobre este tema. La primera de ellas asume al contencioso-administrativo como el mecanismo mediante el cual en sede judicial se evaluaba la actuación de la administración, y por ello, la doctrina la llamó luego un proceso al acto. Estamos aquí ante el origen del denominado contencioso objetivo o de nulidad, conocido con este nombre en mérito a que si la actuación de la administración no es conforme a Derecho, judicialmente será declarada nula (en rigor, lo que se consagrará es la anulación de la actuación impugnada).

La fórmula que acabamos de reseñar se difundió muchísimo, resultando durante muchos años prácticamente la única forma a través de la cual se materializaba el proceso contencioso-administrativo en diversos países. Ello puede explicarse, por lo menos en Europa continental, en mérito a que el contencioso de nulidad encajaba mejor con el contexto social de la época, ya que lo que se buscaba era que los jueces, «boca de la ley» en el discurso que entonces se manejaba (y por ende, vistos por los parlamentarios como meros operadores de sus directivas) controlaran la actuación de una administración en ese momento dependiente básicamente del remanente del poder real todavía existente. En otros términos, se constituía en uno de los

escenarios a través de los cuales el «principio democrático» buscó y luego consiguió imponerse sobre el «principio monárquico»¹. Pero las épocas cambian, y las ventajas de esta primera perspectiva poco a poco fueron mediatizándose o terminaron siendo puestas en cuestionamiento. Ello en base a diversas consideraciones.

Así, por ejemplo, la preocupación por controlar a la Administración desde un omnipotente Parlamento fue, por lo menos, variando en su forma de materializarse, ya que se pasó a un contexto en el cual –en base a diversas circunstancias e instrumentos– primero los parlamentos terminaron liquidando el poder del monarca, y luego, por encima incluso de la ley parlamentaria, va imponiéndose un reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución, norma cuyo fin último es, como todos sabemos, asegurar la plena vigencia de los derechos fundamentales.

En este contexto, pronto comienza a considerarse como insuficiente la idea de un contencioso-administrativo como un mero mecanismo de control de la actuación de la Administración, mecanismo mediante el cual no se busca ni se permite el reconocimiento de situaciones jurídicas individualizadas, sino, únicamente, la anulación (más no la reforma) del acto impugnado. Ello estaba muy lejos de atender los requerimientos de un Estado Constitucional cada vez más proclive a la judicialización de la actividad estatal, buscando así no solamente asegurar la limitación del poder, sino básicamente intentando de esa manera preservar la supremacía de la Constitución y un cabal reconocimiento y respeto de los diferentes derechos fundamentales.

Lo expuesto explica cómo a nivel mundial progresivamente ha ido imponiéndose una percepción del contencioso administrativo como, en la línea de la otra postura también formulada en su momento por el Consejo de Estado francés, un contencioso subjetivo o de plena jurisdicción.

-
1. Contra lo que muchos suelen pensar, el poder del Monarca no desapareció de pronto con la irrupción de las revoluciones burguesas. Es más, en Europa Continental, buena parte del siglo diecinueve se caracterizó por una disputa entre un Parlamento cada vez más consolidado y legitimado en sus atribuciones, el cual progresivamente había ido convirtiendo a los jueces en «bocas» o meros aplicadores de sus leyes, y un Monarca con un poder mermado, pero que solía controlar la todavía incipiente maquinaria administrativa estatal. A esta etapa, la cual aquí únicamente procederemos a reseñar, es aquélla a la que actualmente se le conoce como la de la disputa entre el principio monárquico y el principio democrático.

En el contencioso-administrativo subjetivo o de plena jurisdicción, el análisis jurisdiccional no se circunscribe a determinar si la Administración actuó conforme a Derecho o no, sino si en su quehacer respeta los derechos fundamentales de los administrados². Esta evolución, que se ha producido a nivel mundial, también ha tenido sus repercusiones en el Perú, aun cuando necesario es anotar que aquí, en mérito a factores que únicamente hemos anteriormente hecho puntual referencia, no tuvo como antecedente toda aquella evolución política o social vivida en Europa Continental.

En el ordenamiento jurídico español, el medio procesal instituido en este sentido cuenta con una regulación normativa básicamente establecida por la Ley 29/1998, del 13 de julio, Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Cabe anotar además que en España el dictar la regulación de esta materia es considerada competencia exclusiva del Estado (entendido aquí como Gobierno Central), según el art. 149°.1.6 de la Constitución Española. Aquello responde a la necesidad de salvaguardar la uniformidad de los instrumentos jurisdiccionales. En ese contexto se entiende que sus principios sean aplicables a todas las Administraciones públicas localizadas en el territorio estatal.³

En el Perú lo sucedido fue lo siguiente: tal como incluso lo demuestra lo originalmente previsto en el Código Procesal Civil de 1992, inicialmente se manejó una lógica de contencioso administrativo objetivo o de nulidad⁴. Es

-
2. Lo que se busca entonces es determinar claramente el papel del juez en el marco de la justicia administrativa, otorgándole la función de control que la Constitución exige, y buscando con ello la conciliación de la legalidad ordinaria y las normas constitucionales. Esta es la línea de lo planteado por, entre otros, FERNÁNDEZ TORRES, JUAN RAMÓN. «Objeto y Pretensiones del Recurso Contencioso Administrativo». En: Estudios sobre la Jurisdicción Administrativa. CEMCI, Madrid, 1999, p. 143. Nos interesa resaltar lo dicho por este autor al respecto ya que él además planteará posteriormente, a fin de ilustrar lo antes señalado, que el hecho de haber modificado el término «actos», empleado en el art. 1°.1 de la Ley Jurisdiccional española de 1956 ya derogada, por el término «actuación», implicaría el estar acorde con la líneas directrices de reforma que tiende a adecuar el sistema de justicia administrativa al marco constitucional. Estas ideas recogen también algunos de los fundamentos del Tribunal Constitucional Español en las sentencias 238/1992, del 17 de Diciembre de 1992, f.j. 6 y 294/1994, del 7 de Noviembre de 1994, f.j. 3.
 3. En esta misma perspectiva se encuentra, entre otros, SANZ RUBIALES, IÑIGO. El contencioso interadministrativo. Litigios entre Administraciones Públicas Territoriales. Marcial Pons, Madrid, 1993, p. 66.
 4. Eso era lo recogido bajo el título «Impugnación de Acto o resolución administrativa» entre los artículos 540° a 545° del texto original del Código Procesal Civil hasta hoy vigente en el Perú.

recién con la puesta en vigencia de la Ley N° 27584, materializada luego de la aprobación de la Ley N° 27684 que, y a partir del 17 de abril del año 2002⁵, en el Perú se instala un contencioso subjetivo o de plena jurisdicción.

Por otro lado, hoy el tema del proceso contencioso administrativo adquiere especial relevancia en el Perú, y no solamente por sus innegables aportes. Y es que como seguramente es de conocimiento general, en mérito a lo previsto en el art. 5° del nuevo Código Procesal Constitucional, el Amparo en el Perú ha dejado de ser alternativo para convertirse en residual. Ello implicará, a diferencia de lo que venía dándose anteriormente, que el administrado estará obligado a agotar sus posibilidades de impugnar ante la judicatura ordinaria la presunta violación o amenaza de vulneración de sus derechos antes de recurrir al medio especial y específico al cual denominamos Amparo.

Nos explicamos: tal como estaba diseñado el Amparo peruano, si un justiciable considera que se le ha amenazado o vulnerado alguno de sus derechos fundamentales, dicho justiciable podía escoger entre iniciar un medio procesal ordinario para la defensa de dicho derecho (la acción reivindicatoria si hablamos de propiedad) o directamente interponer una demanda de Amparo. Ello llevó en la práctica a lo que muchos denominaron una «ordinarización del Amparo», verdadera distorsión del carácter de proceso de tutela urgente que en rigor debiera caracterizar al Amparo, distorsión que la Ley N° 28237 o Código Procesal Constitucional justamente quiere dejar de lado.

Aunque todavía no existen estadísticas o estudios específicamente dedicados a analizar las repercusiones de lo previsto en la Ley N° 28237, lo cierto es que la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional puede conllevar, junto a otros factores, que muchos conflictos ahora directamente resueltos mediante Amparo pasarán necesariamente a ser abordados previamente por otras vías. Tal como hoy está diseñado el proceso contencioso-administrativo en el Perú, ese contencioso-administrativo se constituirá indudablemente en una de esas vías: es más, probablemente sea la más utilizada de todas ellas.

5. Como es de conocimiento general, alegándose una discrepancia con el tratamiento originalmente previsto en la Ley N° 27584 para la ejecución de sentencias en las cuales se dispone pagar ciertas sumas de dinero, se dictó el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 136-2001, publicado el 21 de diciembre de 2001, norma que inconstitucionalmente puso en suspenso la puesta en vigencia de toda la ley del proceso contencioso-administrativo en el Perú. Esta situación varió con la aprobación de la Ley N° 27684, publicada el 16 de abril de 2002, la cual permite el apuntalamiento de lo previsto en la Ley N° 27584 luego de modificar drásticamente lo dispuesto en su art. 42°, justamente aquel que regula la ejecución de sentencias en las cuales se dispone pagar ciertas sumas de dinero.

Van a convertirse entonces en tareas de ineludible cumplimiento las de capacitación y designación de jueces en lo contencioso-administrativo. Resultará también indispensable que los jueces constitucionales, aquellos que serán los competentes para resolver los Amparos, tengan una formación básica en materia contencioso-administrativa. Finalmente, resulta conveniente y oportuno entrar a analizar si el tratamiento hoy dado en el Perú al proceso contencioso-administrativo permite canalizar debidamente las pretensiones que ya conoce, pero que dentro de muy poco deberá atender con muchísima mayor frecuencia.

En estos temas, el análisis de lo previsto en España será indudablemente muy ilustrativo sobre qué puede hacerse al respecto, así como también acerca de algunos de los riesgos a los cuales probablemente debamos hacer frente. Pasemos pues de inmediato a efectuar algunas reflexiones al respecto.

2. LA FINALIDAD Y LAS PRETENSIONES TUTELADAS POR EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO EN LOS CASOS PERUANO Y ESPAÑOL

a) Lo previsto en el Perú

Frente a la constatación de un escenario con poco conocimiento de instituciones básicas de Derecho Administrativo, con una Administración que consagra un pobre acceso y nula tutela de derechos fundamentales, y además, con mínima adaptación a los requerimientos tecnológicos hoy existentes a nivel mundial o las notorias dificultades geográficas propias de nuestro país, cuando no muy poco familiarizada con prácticas democráticas, la Ley N° 27584 plantea un proceso contencioso-administrativo radicalmente distinto al anteriormente existente en el Perú.

Uno de los rasgos que caracteriza a esa norma es su formulación bastante explicativa, por no decir didáctica y pedagógica, pues la Ley N° 27584 establece minuciosamente cuál es la finalidad, y cuáles los principios inspiradores, actuaciones administrativas impugnables y pretensiones tutelables por este tipo de procesos⁶. La sola lectura de estas pretensiones nos permite

6. Se sigue así una técnica legislativa ya instaurada con la Ley N° 27444, o Ley de Procedimiento Administrativo General. Estamos pues ante un tema que hemos abordado ya en nuestro libro «Código Procesal Constitucional, Proceso Contencioso Administrativo y Derechos del Administrado». Palestra, Lima, 2004, sobre todo p. 160 y ss.

deducir una serie de consecuencias. Para efectos del tema que aquí estamos abordando, la más importante de ellas es indudablemente la del abandono de un contencioso de nulidad y el paso a un contencioso de plena jurisdicción. Sin embargo, hay también varios otros importantes aspectos que comentar.

Cuando hablamos de la finalidad de cualquier proceso (como bien lo señala la Ley N° 27584, corrigiendo así el error conceptual del constituyente de 1993, el contencioso administrativo es un proceso y no solamente una acción) esta es, sin duda, por un lado, la composición del conflicto concreto; y de otro, la búsqueda de un clima de paz social con justicia. Ahora bien, y como no todo conflicto se resuelve bajo las pautas procesales previstas para el proceso contencioso-administrativo, es tal vez que aquí la ley peruana, en una definición que más bien se ubica entre lo que se entiende como objeto de proceso y lo que en rigor es su finalidad, nos dice en su primer artículo que la finalidad del proceso contencioso administrativo no se agota en el control jurídico por la judicatura ordinaria o el Poder Judicial de las actuaciones de la Administración Pública sujetas al Derecho Administrativo, sino que involucra también la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados por la judicatura ordinaria.

En el caso peruano, esta idea, reforzada con lo planteado ya propiamente con respecto al objeto del proceso, y más directamente con lo recogido como pretensiones pasibles de ser invocadas en estos procesos (art. 5° de la Ley N° 27584), nos pone en un escenario donde claramente se entiende que el contencioso-administrativo no sirve únicamente como un medio para controlar en sede de la judicatura ordinaria las actuaciones de la Administración pública sujetas al Derecho Administrativo, sino que más bien su sentido es hoy principalmente el de la tutela de los derechos e intereses de los administrados en su relación con la Administración.

Veamos sino lo que expresamente se ha recogido en el art. 5° de la Ley N° 27584. Allí, además de permitir el uso de este medio procesal para declarar la nulidad de los actos administrativos impugnados, se planteará que el contencioso administrativo en el Perú sirve también para el reconocimiento o restablecimiento del derecho o interés jurídicamente tutelado y la adopción de las medidas o actos necesarios para tales fines; la declaración como contraria a Derecho y el cese de aquellas actuaciones materiales que no se sustenten en actos administrativos; o, finalmente, para ordenar a la Administración pública la realización de una ac-

tuación a la cual se encuentra obligada por ley o en virtud de un acto administrativo firme⁷. El alcance de este proceso hoy apunta mucho más que a la importante, pero innegablemente insuficiente, adecuación del quehacer administrativo a lo previsto en el ordenamiento jurídico de un Estado en particular.

Como señala con certeza Juan José Díez Sánchez, completando esta afirmación con aspectos que inclusive ya habían sido esbozados en la Exposición de Motivos de la Ley N° 27584:

«(...) con claridad la ley se inscribe en «las tendencias más modernas de la doctrina del Derecho Administrativo comparado», superando el carácter meramente revisor del proceso contencioso-administrativo o limitado a «enjuiciar la validez del acto impugnado...como si se tratase de un mero recurso de revisión contra una resolución...». Por el contrario, se configura como «un proceso destinado a garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos frente a las actuaciones de la administración pública, en el que el objeto del proceso es lo que el demandante pretende de los jueces y tribunales («la pretensión»), y en el que el papel del acto administrativo impugnado se reduce a un mero presupuesto de procedibilidad, no pudiendo condicionar este último el ámbito de la potestad judicial»⁸.

Ahora bien, necesario es anotar, como lo hace el mismo Díez Sánchez, que esta incorporación del contencioso administrativo de plena jurisdicción al ordenamiento jurídico peruano debería conllevar ciertos alcances que la misma regulación de la Ley N° 27584 no parecería recoger a cabali-

-
7. El texto del art. 5° de la Ley N° 27584 es el siguiente:
«En el proceso contencioso administrativo podrán plantearse pretensiones con el objeto de obtener lo siguiente:
1. La declaración de nulidad, total o parcial o ineficacia de actos administrativos.
 2. El reconocimiento o restablecimiento del derecho o interés jurídicamente tutelado y la adopción de las medidas o actos necesarios para tales fines.
 3. La declaración de contraria a derecho y el cese de una actuación material que no se sustente en acto administrativo.
 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».
8. DÍEZ SÁNCHEZ, JUAN JOSÉ. *Comentarios en torno a la ley del proceso contencioso-administrativo del Perú*. En: *Derecho Administrativo*, Jurista - Asociación Peruana de Derecho Administrativo, Lima, 2004, p. 184.

dad, pues no todo lo actuado por el sujeto (a eso apela el nombre de contencioso-administrativo subjetivo) ante la Administración Pública puede en el Perú ser revisado por un juez en lo contencioso administrativo⁹.

Por otro lado, si nos ceñimos a lo previsto en el art. 27° de la Ley N° 27584, disposición introducida en el Congreso y no propuesta por los impulsores de la ley que venimos comentando, se restringe la actividad probatoria en un contencioso-administrativo a las actuaciones recogidas en el procedimiento administrativo seguido previamente a la actuación judicial, no permitiendo incorporar al proceso la probanza de hechos nuevos o no alegados en la etapa prejudicial. En el caso peruano se acogen así restricciones en rigor incompatibles con un proceso al cual precisamente se le denomina de plena jurisdicción en mérito a que le permite a sus juzgadores efectuar todas las actividades que considere necesarias para asegurar la plena vigencia de derechos como el derecho a una tutela judicial efectiva.

Finalmente, y a despecho de lo que en principio debiera ser un proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción, el texto finalmente aprobado de la Ley N° 27584 no incluye como pretensión pasible de defender mediante este canal procesal a eventuales indemnizaciones para así resarcirse de eventuales daños y perjuicios. Es más, y de acuerdo con el art. 26° de la ley que vengo comentando, estas indemnizaciones por daños y perjuicios deberán plantearse como pretensiones principales de acuerdo con las reglas de los Códigos Civil y Procesal Civil, y por ende, fuera de las pautas que en rigor le debieran ser aplicables. Justo es anotar que esta constatación buscará ser mediatizada por algunos autores al amparo del análisis de lo prescrito en el tercer y cuarto incisos del art. 38° de la Ley N° 27584, tema al cual luego me referiré con mayor detalle. Ahora bien, en cualquier caso, una invocación a la modificación de esta normativa resulta indispensable si lo que a futuro quiere asegurarse es un mejor desempeño judicial de quienes deban conocer y resolver este tipo de controversias, máxime cuando, por lo menos en lo referente a lo que se ha venido tramitando mediante Amparo en el Perú, no existe en la normativa peruana de Amparo prescripción alguna que recorte la actuación jurisdiccional en el ámbito probatorio a lo previamente debatido en el procedimiento administrativo correspondiente.

9. DIEZ SÁNCHEZ, JUAN JOSÉ. *Op. Cit.*, especialmente p. 191 y ss.

b) Lo recogido en España

Si pasamos más bien a mirar lo previsto en España sobre el particular, la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa Española se orienta también a una lógica subjetiva o de tutela de derechos, trascendiendo la posibilidad de admitir pretensiones a fin de anular los actos administrativos emitidos (pretensión anulatoria), procurando más bien que cualquiera de las pretensiones interpuestas se ajuste a los intereses o derechos en juego, posibilitando así el impartir justicia en el caso concreto¹⁰.

Se está entonces en la línea de reconocer que si bien es necesario tener en cuenta el carácter revisor de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (al ser generalmente los hechos y la prueba previamente evaluados en sede administrativa y luego incorporados a este proceso), tal como indica la Exposición de Motivos de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa Española, nunca debe perderse de vista cómo aquí *«se trata nada menos que de superar la tradicional y restringida concepción del recurso contencioso-administrativo como una revisión judicial de actos administrativos previos, es decir, como un recurso al acto, y de abrir definitivamente las puertas para obtener justicia frente a cualquier comportamiento ilícito de la Administración.»*

Desarrollando entonces aún más la perspectiva que empezamos a reseñar, no olvidemos como el Tribunal Constitucional Español señala, en su sentencia 294/1994, del 7 de Noviembre de 1999, y más propiamente en el fundamento jurídico cuatro, que *«el orden contencioso-administrativo (...) ya no puede ser concebido como un cauce jurisdiccional para la protección de la sola legalidad objetiva o, si se prefiere, como un proceso al acto sino, fundamentalmente, como una vía jurisdiccional para la efectiva tutela de los derechos e intereses legítimos de la Administración y de los administrados.»* En síntesis, y al igual que en el caso peruano aunque en nuestro país con algún lamentable retraso, se está ya por lo menos en el discurso propio de un contencioso de plena jurisdicción, el cual, si bien se configura sobre una base impugnatoria de los actos administrativos dictados previamente en ejercicio del privilegio de la autotutela, asume la

10. Es ello lo que consigna GONZÁLEZ-VARGAS IBÁÑEZ, SANTIAGO. *Nuevos tipos procesales. Recursos contra la inactividad administrativa y vía de hecho*. En: Estudios sobre la Jurisdicción Contencioso Administrativa, CEMCI, Madrid, 1999.

existencia de un acto administrativo previo solamente como un requisito de admisibilidad de la pretensión procesal administrativa, dato que no determina que su contenido defina el marco del proceso a desarrollarse en sede judicial¹¹.

Es por ello que la Ley española que comento prevé cuatro acciones o modalidades diferentes que intentan cubrir todos los supuestos de actividad e inactividad administrativa¹². La primera de estas modalidades, representa el tradicional ámbito de acción de un contencioso administrativo: los actos administrativos expresos o presuntos¹³. La segunda de estas modalidades se encarga de discutir, de manera directa o indirecta, la legalidad de una disposición general de rango inferior a la ley¹⁴, requiriendo por ello de algunas reglas especiales.

En cuanto a la tercera y cuarta modalidades, nos parece pertinente realizar mayores precisiones. Ellas se encuentran referidas a los supuestos de cuestionamiento en sede contencioso administrativa de la inactividad de la Administración¹⁵ y las vías de hecho¹⁶ respectivamente. Y es que su importancia es vital en un escenario en que la Administración actúa en una lógica de consecución del interés público, más que buscando defender algún interés propio. Lo que buscan estas modalidades es dar a la Administración la posibilidad de resolver el conflicto ella misma, evitando la intervención judicial. Sin embargo, también se regula el supuesto que la Admi-

11. En este sentido se pronuncia FERNÁNDEZ TORRES, JUAN RAMÓN. Op. Cit., p. 137.

12. Para algunos, estas «modalidades» pueden resumirse en tres tipos de acciones judiciales. El primero de los tipos antes mencionados es configurado por la tradicional anulación de los actos de las Administraciones Públicas (art. 25º.1), así como las disposiciones generales de rango inferior a la ley (art. 25º.1 y 26º), y de los Decretos Legislativos cuando excedan los límites de la delegación (art. 1º.1). El segundo de los tipos de acciones judiciales vendría determinado por la denominada acción de condena frente a la inactividad material de la Administración (conforme al art. 32º.1) y frente a las actuaciones materiales constitutivas de vías de hecho. El último de estos tipos responde a la acción de ejecución, no cognitiva, de los actos firmes (art. 29º.2). Esta posibilidad de clasificar las cuatro modalidades de proceso contencioso-administrativo en los tres tipos de acciones judiciales es contemplada por Ibid., p. 148.

13. Esto es lo regulado por los arts. 25º.1 y 31º de la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa Española.

14. Este punto es expresamente tratado por la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa Española en sus arts. 25º.1, 26º, 27º y 31º.

15. El tema de la inactividad administrativa, que consagra la tercera modalidad de este proceso es regulado en la Ley española, en los arts. 25º.2, 29º y 32º.1.

16. El tema de las vías de hecho configura la cuarta modalidad de este «recurso» y es tratado en los arts. 25º.2, 30º y 32º.2 de la Ley Española que venimos analizando.

nistración no llegue a dicha solución, siendo entonces la inactividad o actuación material la que se impugna directamente, y son sus circunstancias las que delimitan el objeto materia del proceso^{17 18}.

En cuanto a la inactividad de la Administración, esta opera en aquellos supuestos en que no lo hace el silencio administrativo. En este supuesto, el demandante podrá pretender del órgano jurisdiccional que condene a la Administración al cumplimiento de sus obligaciones en los términos en que hayan sido establecidas, pues lo que se pretende al cuestionar esta materia en sede contencioso-administrativa es que se imponga a la Administración la obligación de llevar a cabo una prestación material debida o la adopción de un acto expreso en procedimientos iniciados de oficio¹⁹.

Por su parte, las actuaciones materiales constitutivas de vías de hecho son aquéllas que, aún cuando carecen de cobertura jurídica a través de la emisión de un acto o disposición, limitan o menoscaban derechos o intereses legítimos de los ciudadanos. Por ello, la pretensión del demandante puede dirigirse alternativa o conjuntamente a que se declare esta actuación material contraria a Derecho, se ordene el cese de dicha actuación y que se adopten, en su caso, las demás medidas previstas en el art. 31º de dicha ley.

Lo expuesto demuestra como la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa Española al regular la actuación impugnada en sede contencioso-administrativa no comparte los criterios de la regulación peruana

-
17. A este fin del control de la inactividad de la Administración y de las vías de hecho se alude en la Exposición de Motivos de la Ley 29/1998, al establecer el ámbito y extensión de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.
 18. En este punto consideramos pertinente hacer referencia a otro tema ligado a estas modalidades de contencioso administrativo, y más directamente referido a los planteamientos que surgen en relación con su naturaleza, cuestionando si se tratan de verdaderos procesos contra la desestimación de las reclamaciones y requerimientos que deben ser planteados en sede administrativa antes de acudir al proceso contencioso-administrativo. Sin embargo, la Exposición de Motivos de esta ley zanja de alguna manera esta cuestión al señalar que el que existan estas reclamaciones previas no convierte a estas modalidades de contencioso en procesos contra la desestimación de las reclamaciones o requerimientos previos. Asimismo, tampoco estas modalidades se circunscriben al carácter revisor que se atribuye tradicionalmente al proceso contencioso-administrativo, ni puede considerarse que la falta de estimación, total o parcial, de la reclamación o el requerimiento previo sean efectivamente actos administrativos, expresos o presuntos. Ver en ese sentido lo planteado en la Exposición de Motivos a propósito de este tema al delimitar el ámbito y extensión de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.
 19. Este objetivo, conforme lo señala la Exposición de Motivos de la Ley, es el perseguido con el control de la inactividad de la Administración.

hoy vigente. Si bien la Ley Española señala -en esto sí, en términos similares que la norma peruana- que el demandante podrá pretender en el escenario contencioso administrativo el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, difieren en un punto importante. La Ley 29/1998 no restringe, como desafortunadamente si lo consigna la ley peruana, la posibilidad de interponer una pretensión indemnizatoria de los daños y perjuicios, en la medida que ello sea necesario para el pleno restablecimiento de la situación jurídica individualizada que se haya visto vulnerada.

Asimismo, y en la lógica de un proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción, la norma española otorga una importante facultad al juez, consignada en el numeral dos de su art. 33°. Allí se señala que:

«si el Juez o Tribunal, al dictar sentencia, estimare que la cuestión sometida a su conocimiento pudiera no haber sido apreciada debidamente por las partes, por existir en apariencia otros motivos susceptibles de fundar el recurso o la oposición, lo someterá a aquéllas mediante providencia en que, advirtiéndole que no se prejuzga el fallo definitivo, los expondrá y concederá a los interesados un plazo común de diez días para que formulen las alegaciones que estimen oportunas, con suspensión del plazo para pronunciar el fallo. Contra la expresada providencia no cabrá recurso alguno.»

Esta facultad no le es otorgada al juez peruano en la Ley del Proceso Contencioso Administrativo. Sin embargo, y en concordancia con el modelo dual o paralelo de jurisdicción constitucional vigente en nuestro país, la ley peruana en comentario sí presenta una disposición que lo faculta al ejercicio del llamado control difuso. Estamos hablando del art. 7° de la Ley N° 27584, donde se prescribe que *«en aplicación de lo dispuesto en los Artículos 51° y 138° de la Constitución Política del Perú, el proceso contencioso administrativo procede aún en caso de que la actuación impugnada se base en la aplicación de una norma que transgreda el ordenamiento jurídico. En este supuesto la inaplicación de la norma se apreciará en el mismo proceso.»*

3. SOBRE EL OBJETO DE ESTE PROCESO Y LAS ACTUACIONES PASIBLES DE CONTROL POR EL JUEZ CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

a) Notas acerca del caso peruano

Ahora bien, lo expuesto hasta el momento no debe hacernos perder de vista que no compete a los jueces contencioso administrativos conocer cualquier actividad que desarrolle alguna entidad que es parte de la Administra-

ción Pública, sino que su margen de acción se circunscribe al control de aquellas actuaciones efectuadas dentro de los parámetros del Derecho Administrativo. Si una entidad administrativa actúa como cualquier particular, sin hacer uso del *ius imperium* con el cual en principio cuenta para hacer efectivas las responsabilidades que en nombre del interés público o el interés general se tuvo a bien confiársele, no estaremos ante un tema que judicialmente se discuta en un proceso contencioso administrativo, sino frente a una controversia que lo más probable será verla canalizada a través de un proceso civil.

Yendo entonces más específicamente a las materias que conoce un juez en lo contencioso-administrativo, éste (por lo menos en el Perú, y mediante el medio procesal al cual venimos haciendo referencia, el proceso contencioso-administrativo) se pronunciará solamente sobre las siguientes actuaciones administrativas:

«Artículo 4°.- Actuaciones impugnables

Conforme 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.

Son impugnables en este proceso las siguientes actuaciones administrativas:

- 1. Los actos administrativos y cualquier otra declaración administrativa.*
- 2. El silencio administrativo, la inercia y cualquier otra omisión de la administración pública.*
- 3. La actuación material que no se sustenta en acto administrativo.*
- 4. La actuación material de ejecución de actos administrativos que transgrede principios o normas del ordenamiento jurídico.*
- 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.*
- 6. Las actuaciones administrativas sobre el personal dependiente al servicio de la administración pública»²⁰.*

20. En este sentido, el art. 4° de la Ley N° 27584, promulgada el 6 de Diciembre del año 2001. Cabe anotar, por si todavía no ha sido percibido, que en el Perú el control en sede jurisdiccional de la constitucionalidad o legalidad de normas reglamentarias no se efectuaría mediante proceso contencioso-administrativo, sino más bien a través del proceso constitucional de «Acción Popular», regulado hoy básicamente en el inciso quinto del art. 200° de la Constitución de 1993 y entre los arts. 84° y 97° del Código Procesal Constitucional, o Ley N° 28237.

Si bien podríamos anotar que para muchos estas listas no debieran entenderse como unas de carácter taxativo, tal vez hubiese sido conveniente realizar ciertas precisiones en algunos temas. Nada se dice en la ley, por ejemplo, de la eventual existencia de actos políticos o de discrecionalidad política, y menos aún del posible marco de control jurisdiccional a los mismos. Ello a pesar de que con discutible criterio la Constitución de 1993 habilita la existencia de actos tomados por la misma Presidencia de la República que no podrían ser judicialmente controlados (la declaratoria de un estado de excepción, por ejemplo²¹), y que ésta es una materia generadora de importantísimas controversias en el Derecho Comparado²².

El tema de los actos políticos sí es contemplado en la ley española, pues diversos artículos aluden a materias que podrían considerarse propios de las denominadas «cuestiones políticas»²³. Sin embargo, preciso es señalar

-
21. En ese sentido encontramos redactado el texto de la parte final del art. 200° de la Constitución peruana vigente, donde expresamente se prohíbe a los jueces efectuar evaluación alguna sobre la decisión presidencial de declarar un Estado de Excepción en cualquiera de sus dos modalidades consagradas en la Carta peruana: Estado de Emergencia y Estado de Sitio.
 22. Esta es sin duda una materia sobre la cual se ha escrito mucho y de gran interés. Nuestra modesta contribución al tema se encuentra en los artículos «*Algunos alcances sobre la posibilidad de revisión judicial de aquellos actos calificados como «políticos» o «de discrecionalidad política»*». En: Revista Jurídica del Perú, Año XLVIII, N° 14, Enero-Marzo 1998; *Razonabilidad, temporalidad, proporcionalidad y necesidad en la resolución de hábeas corpus en los Estados de Excepción: el caso peruano*. En: Derecho y Sociedad. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 10, Año 6, 1995; *Aplicación jurisprudencial de los criterios de razonabilidad, temporalidad, proporcionalidad y necesidad para la resolución de hábeas corpus durante la vigencia de Estados de Excepción: el caso peruano*. En: Derecho y Sociedad. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. N° 11. Año 7, 1996; del mismo autor. Una versión más actualizada de dichos trabajos la encontramos en: *Algunas preguntas sobre la pertinencia y viabilidad del hábeas corpus durante la vigencia del estado de excepción*, que fue publicado en GARCÍA BELAUNDE, DOMINGO (Coordinador). *La Constitución y su Defensa (Algunos problemas contemporáneos)*. Editora Jurídica Griley, Lima, noviembre 2003, p. 151 y ss, y en nuestro libro intitulado *Jurisdicción Constitucional, Impartición de Justicia y Debido Proceso*, p. 169 y ss. y en especial p. 187-191, textos en los cuales se desarrolla con detalle nuestra posición sobre el particular.
 23. Ver al respecto lo planteado en los arts. 9° al 12°. Allí al aludir a los órganos competentes para conocer de diversas materias susceptibles de ser revisadas vía el contencioso administrativo se hace referencia a algunas que podrían considerarse como «cuestiones políticas», tales como los actos de algunos órganos de la Administración, las resoluciones, disposiciones generales y actos dictados por los Ministros y Secretarios de Estado, los actos de las entidades locales y Comunidades Autónomas, entre otras.

que ellas no se encuentran fuera del control contencioso-administrativo, como sí sucedía durante la vigencia de la hoy derogada Ley de 1956. Incluso el propio concepto de «cuestión política» se halla en retirada en el Derecho Público a nivel europeo²⁴.

El control que se faculta a efectuar de las «cuestiones políticas» es regulado en el art. 2º, literal a de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. No obstante ello, la referencia a estas «cuestiones políticas» no logra ser deducida de manera del todo clara del tenor de esta disposición. En ella se señala:

«[...] Artículo 2º

El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con:

a) La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes, todo ello en relación con los actos del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos»

Ahora bien, aún cuando la redacción de esta disposición es algo confusa, resultaba clara su intención introducir mecanismos para que el juez contencioso administrativo pueda contar con amplios márgenes de control. Ello debido a que se parte de la concepción bastante difundida del principio del pleno sometimiento de los poderes públicos al ordenamiento jurídico, principio en rigor incompatible con la concepción de actos políticos, de gobierno o de dirección política como aquéllos que pueden ser excluidos del control jurisdiccional. La propia Exposición de Motivos de la Ley Nº 29/1998 considera un contrasentido el que una ley que –como ésta- intenta adecuar el régimen legal de la Jurisdicción Contencioso Administrativa a la Constitución pueda aceptar la existencia de una esfera de actuación gubernamental inmune al Derecho²⁵.

A fin de ilustrar lo planteado y resaltar el amplio margen de acción que esta ley busca otorgar a los jueces contencioso-administrativos, incluso en

24. A ello se hace referencia en la Exposición de Motivos de la Ley española que venimos analizando al entrar a delimitar el ámbito y extensión de la jurisdicción contencioso administrativa, especialmente p. 6.

25. Ver en ese sentido lo planteado en la Exposición de Motivos de la Ley 29/1998, parte II: Ámbito y extensión de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, p. 5-6.

el tema de los «actos políticos», transcribimos partes de la Exposición de Motivos de esta ley, donde se refiere a lo siguiente:

«(...) es evidente que a la altura de nuestro tiempo histórico el ámbito material de la Jurisdicción quedaría muy incompleto si aquélla se limitara a enjuiciar las pretensiones que se deduzcan en relación con las disposiciones de rango inferior a la Ley y con los actos y contratos administrativos en sentido estricto. Lo que realmente importa y lo que justifica la existencia de la propia Jurisdicción Contencioso-administrativa es asegurar, en beneficio de los interesados y del interés general, el exacto sometimiento de la Administración al Derecho en todas las actuaciones que realiza en su condición de poder público y en uso de las prerrogativas que como tal le corresponde. No toda la actuación administrativa, como es notorio, se expresa a través de reglamentos, actos administrativos o contratos públicos, sino que la actividad prestacional, las actividades negociales de diverso tipo, las actuaciones materiales, las inactividades u omisiones de actuaciones debidas expresan también la voluntad de la Administración, que ha de estar sometida en todo caso al imperio de la Ley. La imposibilidad legal de controlar mediante los recursos contencioso-administrativos estas otras manifestaciones de la acción administrativa, desde hace tiempo criticada, resulta ya injustificable, tanto a la luz de los principios constitucionales como en virtud de la crecida importancia cuantitativa y cualitativa de tales manifestaciones. Por eso la nueva Ley somete a control de la Jurisdicción la actividad de la Administración Pública de cualquier clase que esté sujeta al Derecho administrativo, articulando para ello las acciones procesales oportunas.» (El subrayado es nuestro)

Esta explicación nos hace notar que las «cuestiones políticas», entendidas como aquellas materias reguladas en función a criterios políticos y por tanto exentas de control judicial, cuentan cada vez con menor acogida. Si bien se producen algunos intentos porque ellas se mantengan²⁶, su posición es cada vez de menor relevancia en los ordenamientos jurídicos, y en mayor medida en el caso de Europa.

26. Algunos de estos intentos se ven reflejados en la opción por una delimitación genérica de un ámbito en la actuación del Poder Ejecutivo regida sólo por el Derecho constitucional, y exenta de cualquier tipo control de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. También se manifiestan al elaborarse listas de supuestos excluidos del control judicial. Estos intentos son calificados como inadmisibles en un Estado de Derecho por la propia exposición de motivos de la ley española que venimos analizando.

En el caso de tratarse más bien del cuestionamiento de algún acto discrecional, es decir, aquél que fue dictado por la Administración dentro de mayores márgenes de acción o, como sucede incluso en algunos supuestos, contando con la posibilidad de elegir entre diversos cursos de acción, se realizan ciertas precisiones al rol que puede asumir el juez. De ahí que se establezca que no pueden los Jueces y Tribunales determinar el contenido discrecional de los actos que anulen. No obstante que esta afirmación podría dar a entender que se pretende limitar la potestad de los órganos judiciales para extender su control sobre los actos discrecionales, ello no es el objetivo. Lo que sucede es que se permite el control hasta donde lo exija el sometimiento de la Administración al Derecho y respetando el contenido discrecional de los mismos, tarea asumida mediante el enjuiciamiento de los elementos reglados de dichos actos y la garantía de los límites jurídicos de la discrecionalidad

En síntesis, en el Perú formalmente se apunta a lo que la doctrina denomina la exclusividad del proceso contencioso-administrativo como medio procesal para impugnar en sede judicial las actuaciones de la Administración Pública. Sin embargo, en realidad esa declarada vocación de universalidad de este proceso debe ser drásticamente relativizada. A esta conclusión nos lleva, por ejemplo, lo expresamente recogido en el art. 3° de la misma Ley N° 27584, cuando retira de los casos pasibles de revisión mediante procesos contencioso-administrativos a aquellos en los cuales se puede recurrir a los procesos constitucionales. Asimismo, otra limitación de esta declarada exclusividad podría deducirse en esos supuestos donde la misma Constitución vigente exime o parece eximir ciertas decisiones de una eventual revisión en sede jurisdiccional. Sin embargo, justo es anotar que estos matices siempre deberán ser entendidos como excepciones que confirman la regla general. La tendencia española apuesta a un margen de acción bastante más amplio, tal como pasaremos a comentar a continuación.

Por otro lado, es necesario anotar como el proceso de progresiva judiciabilidad de los llamados «actos de Gobierno», «actos políticos» o «cuestiones políticas no justiciables» (ya sea efectuando un control de procedimiento o uno de contenido, y en cualquier caso, determinando cuáles son los parámetros para efectuar estas tareas de control) viene siendo un tema de capital relevancia a nivel mundial, el cual hemos abordado con mayor detalle en trabajos como: *Algunos alcances sobre la posibilidad de revisión judicial de actos calificados como «políticos» o de «discrecionalidad política»*. En Revista Jurídica del Perú, Normas Legales, Trujillo, Año XLVIII, N° 14, Enero-Marzo 1998, p. 63 y ss.

b) Anotaciones sobre el caso español

Veamos qué es lo planteado en España al respecto. Comprobaremos entonces cómo en el art. 2º de su Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa se señalan expresamente las materias susceptibles de ser conocidas por los juzgadores especializados en estas materias. Corresponderá entonces conocer a los jueces contencioso-administrativos de las cuestiones que se susciten en relación con:

- i. La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes, todo ello en relación con los actos del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos.
- ii. Los contratos administrativos y los actos de preparación y adjudicación de los demás contratos sujetos a la legislación de contratación de las Administraciones Públicas.
- iii. Los actos y disposiciones de las Corporaciones de Derecho Público, adoptados en el ejercicio de funciones públicas.
- iv. Los actos administrativos de control o fiscalización dictados por la Administración concedente, respecto de los dictados por los concesionarios de los servicios públicos que impliquen el ejercicio de potestades administrativas conferidas a los mismos, así como los actos de los propios concesionarios cuando puedan ser recurridos directamente ante este Orden Jurisdiccional de conformidad con la legislación sectorial correspondiente.
- v. La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad. (Párrafo modificado por la Ley Orgánica 19/2003)
- vi. Las restantes materias que le atribuya expresamente una Ley.

Lo que busca la ley es señalar una serie de aspectos sobre los que en cualquier supuesto será posible el control judicial, más por amplia que sea la discrecionalidad gubernamental. Es por ello que temas como los derechos fundamentales, los elementos reglados del acto, y la determinación de las indemnizaciones procedentes forman parte de este ineludible ámbito de

control. Asimismo, también pueden ser objeto de control en sede contencioso-administrativa los contratos administrativos y los actos separables de preparación y adjudicación de los demás contratos sujetos a la legislación contractual de la Administración Pública.

Y es que, como bien se puede apreciar de la sola revisión de la normativa española sobre el particular, el contencioso-administrativo español tiene un ámbito de acción al parecer en principio bastante más amplio que el peruano, pues es el canal para la impugnación no solamente de disposiciones de alcance individual, sino también para incidir en disposiciones de carácter general dictadas por las entidades administrativas²⁷.

Por otro lado, y pasando a otro orden de ideas, aunque dentro del mismo tema, también son impugnables mediante contencioso administrativo son los actos expresos y presuntos de la Administración Pública que pongan fin a la vía administrativa, pudiendo ser estos actos definitivos o de trámite.

El concepto de actos definitivos alude a aquellos que resuelven lo planteado ante un grado o instancia, independientemente del sentido de la resolución y diferenciándose de los demás actos que integran el procedimiento²⁸. Por otro lado, y si bien en principio los actos de trámite no son impugnables de manera autónoma, pues los defectos de que pudieran adolecer suelen explicitarse al impugnar el acto definitivo²⁹, existen algunos supuestos en que en la normativa española sí admitiría su impugnación. Ello se produce si estos actos de trámite deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos.

En España es posible además que el «recurso» contencioso-administrativo proceda frente a la inactividad de la Administración. Inicialmente el control jurisdiccional de la inactividad material de la Administración podría conseguirse a través de una petición a la Administración para

27. Es esto lo señalado por el art. 25º de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa Española.

28. Los alcances de este concepto han sido delimitados por la jurisprudencia española en sentencias tales como la del 10 de Noviembre de 1982, Nº 7249 o aquella del 7 de Marzo de 1994, Nº 3492.

29. La sentencia del 5 de Febrero de 1991, Nº 773 se dirigía en ese sentido.

que actúe y, de no hacerlo, se faculta a la interposición del recurso contencioso-administrativo contra la denegación presunta, que convierte la inactividad material de la Administración en una inactividad formal. El Tribunal Constitucional Español ha establecido ciertos parámetros de control y, al mismo tiempo, ha realizado importantes precisiones respecto a este tema. Así, afirma que *«de ningún modo puede excluirse que el comportamiento inactivo u omisivo de la Administración Pública pueda incurrir en ilegalidad y afectar a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos»*, puesto que *«la plenitud del sometimiento de la actuación administrativa a la Ley y al Derecho (art. 103°.1 CE), así como de la función de control de dicha actuación (art. 106°.1 CE), y la efectividad que se predica del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24° CE) impiden que puedan existir comportamientos de la Administración Pública –positivos o negativos– inmunes al control judicial (...)»*³⁰

También las actuaciones materiales de la Administración son susceptibles de ser impugnadas.

Sin embargo, se señalan ciertas materias cuyo control en sede jurisdiccional –de existir éste– no se produce en el contexto de un proceso contencioso-administrativo: entre ellas estarían cuestiones como las atribuidas expresamente a los órdenes jurisdiccionales civil, penal y social (aun cuando se refieran a materias relacionadas con la actividad de la Administración Pública), el «recurso» contencioso-disciplinario militar, los supuestos de conflictos de jurisdicción entre los Juzgados y Tribunales y la Administración Pública, y los conflictos de atribuciones entre órganos de una misma Administración forman parte de ellas³¹. Es preciso resaltar que, como establecimos previamente, el margen de control atribuido al proceso contencioso administrativo se va ampliando, pues incluso materias que tradicionalmente se habían visto excluidas del mismo (como las cuestiones políticas), hoy son sometidas a este tipo de control.

30. Sentencia del Tribunal Constitucional Español 294/1994, del 7 de Noviembre, f. j. 4 in fine. Citada por GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, FRANCISCO. *Actividad administrativa impugnable*. En: Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998, Título III, Capítulo I, Aranzadi, Navarra, 1998, p. 321-322.

31. Estos aspectos no sujetos a control en un contencioso administrativo son enunciados en una lista que, a nuestro entender, debe ser entendida como taxativa en el art. 3° de la Ley 29/1998.

4. ALGUNOS PROBLEMAS EN EL TRÁMITE DE LOS PROCESOS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS. LA ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA DE LAS DEMANDAS

a) Apreciaciones generales, con especial énfasis en la procedencia o improcedencia de las demandas en el Perú

Como es de conocimiento general, cuando se habla de requisitos de admisibilidad de una demanda nos referimos a todos esos aspectos formales que deben acompañar a una demanda para que ésta pueda comenzar a generar efectos. En cambio, la mención a requisitos de procedencia se encuentra vinculada con todos aquellos elementos necesarios para configurar, independientemente de cuál sea al final el fallo del juzgador, una relación jurídico procesal válida. Aquí encontramos como elementos que necesariamente debieran ser acreditados al interés para obrar o la legitimidad para obrar, entre otros.

El proceso contencioso-administrativo, como no podía ser de otra manera, se inicia con una demanda, demanda que, de no contar con los aspectos o elementos reseñados en el párrafo anterior, puede, en su caso, ser declarada inadmisibile o improcedente. En principio, se le exigirá a toda demanda con la cual se quiere iniciar un proceso contencioso-administrativo los mismos requisitos de admisibilidad y procedencia previstos en el Código Procesal Civil (cuya relevancia en la configuración del trámite procesal del proceso contencioso-administrativo peruano es innegable, independientemente de las ventajas y desventajas que ello pueda acarrear), pero, y es donde centraremos nuestro interés, también se exigirán requisitos adicionales, propios del proceso que aquí venimos desarrollando.

Inciendo en un primer momento en la procedencia o improcedencia de las demandas en el caso peruano, aquí, como ya de alguna manera se había adelantado, encontraremos dos tipos de causales: las causales comunes a todo tipo de procesos y las específicas de los procesos contencioso-administrativos.

No es difícil presuponer que para que proceda una demanda tiene que haber por lo menos una situación (actuación u omisión, según sea el caso) que impugnar, y que tengamos interés, legitimidad y ciertas condiciones mediante las cuales se haga posible nuestra impugnación. Esta afirmación, la cual puede parecer muy simple, resulta muy útil para evaluar la pertinencia de lo planteado en el art. 21° de la Ley N° 27584, donde específicamente se dice lo siguiente:

«Artículo 21°.- *Improcedencia de la demanda*

La demanda será declarada improcedente en los siguientes supuestos:

1. *Cuando sea interpuesta contra una actuación no contemplada en el art. 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 art. 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 art. 11° de la presente Ley.*
6. *Cuando no se haya expedido la resolución motivada a la que se hace referencia en el segundo párrafo del art. 11° de la presente Ley.*
7. *En los supuestos previstos en el art. 427° del Código Procesal Civil.»³²*

Si bien el contencioso-administrativo es un proceso en el cual se busca asegurar que la Administración, en el ejercicio de su función administrativa, respete los derechos fundamentales de los administrados, resulta comprensible que no procede una demanda de ese tipo si todavía la Administración puede corregir sus errores al respecto, y para ello le sirve la nulidad de oficio prevista a nivel administrativo a la cual hace referencia el quinto inciso del artículo que venimos analizando.

Ahora bien, se presentan ocasiones en las cuales la Administración detecta su error cuando ya ha concluido el plazo que, buscando asegurar un mínimo de seguridad jurídica, se le otorgó para permitirle corregir su equivocación mediante, por ejemplo, el uso de la nulidad de oficio. Es por ello que en el Perú, como en muchos otros países, se deja abierta la puerta del llamado proceso de lesividad, recogido aquí en el segundo párrafo del art. 11° de la Ley N° 27584.

En el proceso de lesividad, la entidad pública facultada por ley para impugnar cualquier actuación administrativa que declara derechos subjetivos va a cuestionar ante el Poder Judicial aquella actuación administrativa que considere violatoria de la legalidad, el interés público o los derechos

32. Esto es lo previsto en el art. 21° de la Ley N° 27584.

ciudadanos, siempre y cuando ya hubiese vencido el plazo para deducir la nulidad de oficio en sede administrativa.

Ambos mecanismos, nulidad de oficio y proceso de lesividad, pueden salvar la situación que luego eventualmente podría desembocar en un proceso contencioso-administrativo iniciado por algún administrado. Si todavía puede recurrirse a ellos, la nulidad de oficio o el proceso de lesividad serán las vías adecuadas para resolver lo controvertido, y todavía no procederá utilizar el contencioso-administrativo para dilucidar los conflictos existentes. El sentido de las causales de improcedencia previstas en los incisos cinco y seis del art. 21° de la ley 27584 es pues bastante comprensible.

Por otro lado, nadie puede negar la importancia de la seguridad jurídica como presupuesto no solamente para asegurar la aplicación de las normas jurídicas, sino incluso para hacer viable cualquier actividad humana en una sociedad que se precie de ser civilizada. Es esta necesidad de seguridad jurídica el sustento de, por ejemplo, que la mayor parte de controversias o conflictos no puedan considerarse eternamente como no resueltos, y por ende, solamente se pueda invocar su solución dentro de un plazo consensualmente considerado razonable y pertinente, salvo que el conflicto sea generado por algo que constituya una grave afrenta a la dignidad humana, escenario correspondiente, entre otras situaciones, a los llamados crímenes de lesa humanidad (que precisamente son imprescriptibles).

Es esta necesidad de seguridad jurídica también la que explica se prohíba que al mismo tiempo pueda estar sometándose idéntica controversia (tanto por el tema como por las personas involucradas) a diferentes juzgadores. Si ya hay alguien o algunos juzgando, tendremos dos caminos: acreditar que quien viene conociendo no es el competente para ello, o esperar que resuelva quien se le encargó esa labor termine su trabajo y emita opinión para, eventualmente, si no estamos conformes con ella, impugnarla.

Tanto el plazo como lo que en términos más técnicos llamaríamos la litispendencia son pues factores a tomar en cuenta para determinar la procedencia de cualquier demanda en general, y de una contencioso-administrativa en particular. En este sentido son plenamente atendibles las causales previstas en los incisos segundo y cuarto del art. 21° de la ley 27584.

Por otro lado, y si vamos a la misma naturaleza de un proceso contencioso-administrativo, coincidiremos en que si éste es un medio procesal destinado a evaluar en sede judicial si la actuación de la Administración en el ejercicio de su función administrativa respetó los derechos del administra-

do y los demás parámetros constitucional y legalmente establecidos, no serán analizables a través de un contencioso-administrativo las actividades desarrolladas por un funcionario o entidad administrativa sin hacer uso de su *imperium*, o, dicho de otra manera, cuando actúan como cualquier particular.

Ello explica la improcedencia de la demanda de un contencioso-administrativo interpuesta contra una actuación no contemplada en el art. 4º de la Ley N° 27584, dispositivo que, como ya vimos en el anterior capítulo de este mismo trabajo, señala cuáles son aquellas actuaciones de la Administración donde existe ejercicio de la función administrativa, y por ende, pasibles de control jurisdiccional a través de un contencioso-administrativo. La causal de improcedencia prevista en el primer inciso del art. 21º de la ley que vengo comentando parece entonces encontrarse plenamente justificada.

b) Lo señalado en el caso español

En la ley que regula los procesos contencioso-administrativos en el contexto español también se establecen algunos requisitos de admisibilidad de las demandas. Así, se plantea una lista de documentos que deben acompañar el escrito de demanda³³.

En ese sentido, se requiere anexar la copia o traslado de la disposición o del acto expreso que se cuestione, o, en todo caso, la indicación del expediente en que haya recaído dicho acto o el diario oficial en que la disposición haya sido publicada. En el caso que el objeto del recurso sea la inactividad de la Administración o una vía de hecho, se mencionará el órgano o dependencia al que se atribuya ésta, el expediente en que tuviera origen (de existir), o cualesquiera otros datos que sirvan para identificar suficientemente el objeto que se ventilará en el proceso³⁴.

Asimismo, se enuncian algunos requisitos que deben presentarse de encontrarse el actor en el supuesto que ellos regulan. Así, de tratarse de un supuesto de representación, se requiere adjuntar el documento que acredite la representación de quien compare al proceso contencioso-administrativo. No obstante ello, se plantea una excepción a esta regla general: el supuesto que lo cuestionado vía el proceso contencioso-administrativo se en-

33. Esto conforme a la lista enunciada en el art. 45º, num. 2 de la Ley 29/1998.

34. Ello es lo señalado por el art. 45º, num. 2, literal c de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa española.

cuentre unido a las actuaciones de otro proceso pendiente ante el mismo Juzgado o Tribunal, pudiendo en ese caso solicitar la expedición de una certificación para que se añada a los autos³⁵.

De haberse producido alguna modificación del sujeto inicialmente legitimado (como en el supuesto de transmisión a otro por herencia o por cualquier otro título), será preciso presentar el documento o documentos que acrediten la legitimación de esta nueva persona³⁶.

En el caso de tratarse de personas jurídicas, deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos exigidos para entablar procesos conforme a lo planteado por las normas o estatutos que les sean de aplicación, exceptuándose el caso en que hubieran acreditado la representación de quien comparece al proceso conforme a lo previamente señalado³⁷.

Ahora bien, también se plantearán entonces algunas situaciones de inadmisibilidad en la Ley 29/1998³⁸, situaciones relacionadas con el incumplimiento de los requisitos de admisibilidad antes enunciados. Así, se faculta al juez para declarar la inadmisibilidad de la demanda, de encontrarnos ante un supuesto de falta de jurisdicción o incompetencia del Juzgado o Tribunal. Asimismo, de cotejar la falta de legitimación de quien interpone el recurso, o en el supuesto de haberse interpuesto el «recurso» contra actividad que no es susceptible de impugnación vía el proceso contencioso-administrativo.

El juez cuenta además con la posibilidad de declaración en el caso de haberse desestimado en el fondo otros procesos sustancialmente iguales por una sentencia firme. Por otro lado, de impugnarse una actuación material constitutiva de vía de hecho y ser evidente que la actuación administrativa se ha producido dentro de la competencia y en conformidad con las reglas del procedimiento legalmente establecido, la demanda es también pasible de ser declarada inadmisibile.

De encontrarnos ante la impugnación de la inactividad de la Administración por el incumplimiento de las obligaciones que le eran debidas, la

35. Esto es lo dispuesto por el art. 45º, num. 2, literal a) de la Ley española que venimos analizando.

36. Ello es lo planteado por el art. 45, num. 2, literal b) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa española.

37. Esto es lo estipulado por el art. 45º, num. 2, literal d) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa española.

38. Ver en ese sentido el art. 51º de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, numerales uno al tres.

demanda podrá ser declarada inadmisibile si fuera evidente la ausencia de obligación concreta de la Administración respecto quienes inician el proceso.

Otro motivo para una eventual declaración de inadmisibilidad de la demanda se produce en el supuesto de interponer ésta fuera del plazo establecido para ello. El plazo con que se cuenta es de dos meses contados desde el día siguiente al de la publicación de la disposición impugnada o al de la notificación o publicación del acto expreso que ponga fin a la vía administrativa. En el supuesto de no tratarse de un acto expreso, el plazo se ampliará a seis meses y será computado, para el solicitante y otros posibles interesados, a partir del día siguiente a aquél en que, de acuerdo con su normativa específica, se produjo el acto presunto³⁹. De tratarse de la impugnación de la inactividad de la Administración ante una obligación exigible, este plazo de dos meses se contará a partir del día siguiente al vencimiento de los plazos en que debió actuar el ente administrativo tras la reclamación interpuesta en sede administrativa⁴⁰. De encontrarnos más bien ante un supuesto de impugnación contra una vía de hecho o actuación material de la Administración, el plazo será de diez días tras haber presentado su requerimiento y no haber sido éste atendido. De no haberse producido este requerimiento, el plazo será de veinte días desde el día en que se inició la actuación administrativa en vía de hecho.

De tratarse de litigios entre Administraciones Públicas no cabe tampoco interponer un proceso contencioso-administrativo⁴¹, por lo que se facultaría también al juez a declarar su inadmisibilidad o su eventual improcedencia.

Ahora bien, es preciso destacar cómo muchos de estos denominados requisitos de «admisibilidad» no implican sólo la evaluación de asuntos de trámite, sino de incluso requerimientos para entablar una relación jurídico-procesal válida, acercándose por tanto más a algunos de los que en el Dere-

39. Los plazos a los que hemos hecho referencia son regulados en el art. 46º num. 1 de la Ley 29/1998.

40. Esto es lo señalado por el art. 46º, num. 2 de la ley española.

41. Ello es lo señalado por el art. 44º, num. 1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa Española. No obstante, en el supuesto que una Administración interponga demanda contencioso-administrativa contra otra, se faculta a ésta para requerir-la previamente a fin de que derogue la disposición, anule o revoque el acto, haga cesar o modifique la actuación material, o inicie la actividad a que esté obligada a realizar.

cho Comparado se plantean como requisitos de «procedencia». Incluso la propia sentencia dictada en este proceso aludiendo a estos requisitos podría declarar la «inadmisibilidad» del mismo o de algunas de las pretensiones interpuestas⁴².

El juez, antes de declarar la inadmisibilidad (o la «inadmisión» como es denominada en la ley española), deberá hacer saber a las partes el motivo en que pudiera fundarse esta declaración a fin de que ellas, en un plazo de diez días, puedan alegar lo que consideren pertinente y acompañen los documentos a que hubieren lugar⁴³.

Frente a la declaración de «inadmisión» de la demanda, las partes podrán impugnar la decisión del juez, facultad que les es negada expresamente en el caso de la declaratoria de su «admisión»⁴⁴. En este último supuesto se les otorga, sin embargo, la posibilidad de deducir en cualquier momento procesal posterior el(los) motivo(s) de inadmisibilidad que consideren invocable(s).

Por otro lado, en el caso español también se regula el supuesto de un proceso de lesividad. Como explicáramos previamente para el caso peruano, este es aquél en que la propia Administración, tras haber transcurrido el plazo para deducir por sí misma la nulidad del acto emitido y habiendo quedado la resolución consentida (por la no impugnación de las partes dentro de dicho plazo) decide cuestionar el acto, disposición o resolución en sede contencioso-administrativa. Ello se produce pues, si tras la emisión de este acto, disposición o resolución, la propia Administración nota que ha incurrido en algún vicio de nulidad y además que dicho asunto trasciende el mero interés de las partes. En ese sentido, se establece un requisito impor-

42. El art. 69° de la Ley 29/1998 faculta al juez a declarar inadmisibile el proceso o algunas de las pretensiones interpuestas de encontrarse ante los siguientes supuestos: El Juzgado o Tribunal Contencioso-administrativo carezca de jurisdicción, se hubiera interpuesto por persona incapaz, no debidamente representada o no legitimada, tuviera por objeto disposiciones, actos o actuaciones no susceptibles de impugnación, recayera sobre cosa juzgada o existiera litispendencia, que se hubiera presentado el escrito inicial del recurso fuera del plazo establecido. Como se puede apreciar, lo planteado es bastante similar a aquello señalado con la declaración de inadmisibilidad de la demanda en un primer momento, por lo que creemos que también se presenta esta ligera confusión entre los temas de inadmisibilidad e improcedencia con los alcances que ya explicamos.

43. Ello conforme lo señala el art. 51°, num. 4 de esta ley.

44. Ver al respecto lo planteado en el art. 51°, num. 5 de la Ley 29/1998.

tante para deducir una pretensión de esta naturaleza: que el interés involucrado sea prioritariamente el interés público. Por ello, se llega incluso a establecer como trámite previo a la interposición de la demanda contencioso-administrativa el declarar que aquél acto, disposición o resolución que se pretende anular es lesivo para el interés público⁴⁵.

Así, deben adjuntarse, además de lo requerido de manera general para las demandas, requisitos adicionales para la admisibilidad de una demanda en este tipo de procesos. Así, debe acompañarse a la demanda, en el caso que ello corresponda, la declaración de lesividad, así como el expediente administrativo, debiendo –de ser ello posible– fijar con precisión la persona o personas demandadas y su sede o domicilio si constara.

c) El agotamiento de la vía administrativa como requisito de procedencia de la demanda

Sin embargo, las cosas no quedan allí, pues todavía queda un tema más por analizar en este apartado del presente texto. Y es que si se sabe que en el Perú la Administración pública cuenta con el privilegio de la autotutela (en aras de permitir la mejor obtención de sus objetivos, le corresponde no solamente tomar muchas decisiones por sí misma, sino inicialmente componer los conflictos que pueda generar con su accionar), pero que lo efectuado bajo el marco de esa autotutela puede en algún momento ser sometida a un control en sede jurisdiccional, debe existir un momento que marque el final de las posibilidades de resolver lo controvertido a nivel administrativo, dejando así eventualmente abierta la puerta para buscar una solución definitiva ante un juez. A aquello que justamente nos marca llegar a ese momento es a lo que se denomina el agotamiento de la vía administrativa.

El tema del agotamiento de la vía administrativa es también un aspecto de especial relevancia en el escenario español. No olvidemos que uno de los supuestos que justifica la admisión del allí denominado recurso contencioso administrativo supone justamente el agotamiento de la vía administrativa (nos estamos aquí refiriendo a lo prescrito en el art. 25º.1 de la ley española, que establece la admisibilidad de esta vía procesal ante disposiciones de carácter general y/o actos expresos o presuntos de la Administración Pública, sean definitivos o -por lo menos en ciertos supuestos- de trámite, que pongan fin a la vía administrativa).

45. Este requerimiento previo es establecido en el art. 43º de la ley española que venimos analizando.

El análisis sobre si realmente conviene o no exigir el agotamiento de la vía administrativa es siempre una materia controvertida, ya que muchos ven en este ejercicio previo de la autotutela administrativa una limitación irrazonable (y por lo mismo, una violación) al derecho fundamental del administrado a una tutela judicial efectiva, entendida como acceso a la justicia proporcionada por quienes ejercen la función jurisdiccional del Estado. Pero como el ejercicio de ningún derecho fundamental puede desconocer la existencia de otros derechos y bienes jurídicos, existencia y vigencia que deberá respetarse, la alternativa tanto en el Perú como en España ha sido mantener la exigencia del agotamiento de la vía administrativa, aunque admitiendo en algún caso excepciones que permitan la inmediata interposición de una demanda contencioso-administrativa.

Y es que entendiendo que podemos estar ante situaciones donde exigir el agotamiento de la vía administrativa puede hacer irreparable el perjuicio ya existente a nuestros derechos; o frente a casos en los cuales mediante el ya explicado proceso de lesividad la misma Administración intenta corregir sus errores de inmediato; o delante de obligaciones clara e ineludiblemente planteadas por ley o un acto administrativo firme a la Administración, es que en el Perú, como en otros países, se acogen excepciones al agotamiento de la vía administrativa, previstas en el art. 19° de la Ley N° 27584.

Qué implicará agotar la vía administrativa y cuáles las eventuales excepciones a este requisito son entonces las preguntas que seguramente aparecerán de inmediato. Tomando en cuenta la especial relevancia de ambas interrogantes, trataremos entonces de absolverlas de inmediato.

d) Los alcances del concepto «agotamiento de la vía administrativa» y las excepciones para su exigencia

Aún cuando la exigibilidad del agotamiento de la vía administrativa no es una institución nueva en el Perú, pues reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema peruana demandaba ese agotamiento como requisito para admitir la impugnación de resoluciones administrativas en sede judicial, esta necesaria delimitación sobre hasta cuándo es posible debatir lo controvertido en el escenario administrativo y desde qué momento este tema deberá discutirse ante una instancia con atribuciones jurisdiccionales no ha sido un asunto de fácil comprensión y determinación en el Perú.

Necesario es aquí anotar cómo buena parte del problema ha estado en la confusión que muchos tienen para entender qué significa encontrarnos ante el agotamiento de la vía administrativa, o, dicho con otros términos,

cuándo estamos ante un acto o resolución administrativa que causa estado, importante requisito para la procedencia de la interposición de una demanda contencioso-administrativa en el Perú.

Un acto o resolución administrativa que causa estado es aquél o aquella que agota o pone fin a la posibilidad de mayores pronunciamientos de la Administración sobre el particular, mediante el cual ésta fija su voluntad en forma definitiva. Contra esa resolución o acto no cabe recurso alguno a nivel administrativo, sino eventualmente un cuestionamiento a plantearse ante la judicatura ordinaria nacional.

No debe entonces confundirse este concepto con el, por solamente citar un caso, acto definitivo. Al hablar de acto definitivo se viene haciendo referencia a aquellos que gozan de un estado de permanencia que impide su modificación, aun cuando no necesariamente ponen fin a procedimiento. Son actos firmes o consentidos por el transcurso de los plazos para recurrir, respecto de los cuales no cabe impugnación alguna⁴⁶.

Si ésta es una noción clara de lo que debe entenderse como acto definitivo, rápidamente podemos apreciar que si bien el acto que causa estado puede también ser un acto definitivo, justo es resaltar la existencia de actos administrativos que producen el mismo efecto sin causar estado. El ejemplo desarrollado por Jorge Danós, el de una resolución dictada por un funcionario de menor rango que no es recurrida oportunamente por el interesado ante el órgano superior que le preceda inmediatamente en la línea jerárquica, es bastante aleccionador sobre las diferencias existentes al respecto⁴⁷.

Constatando los problemas que a pesar de estas explicaciones muchos tienen para determinar cuándo se daría específicamente el agotamiento de la vía administrativa, la Ley N° 27444, ley del Procedimiento Administrativo General peruana, busca precisar en qué casos estamos ante actos que agotan la vía administrativa. De acuerdo con el art. 218°.2 de dicha norma, entre ellos tendríamos a:

«218.2 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

46. Coincidimos así en líneas generales con lo expuesto por DANÓS, JORGE. *Las resoluciones que ponen fin al procedimiento administrativo*. En: *Ius et Veritas*, N° 16, Lima, 1998, p. 152 y ss.

47. Ver al respecto lo expuesto por JORGE DANÓS. *Idem*, p. 152.

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 art. 210° de la presente Ley; o

d) El acto que declara de oficio la nulidad o revoca otros actos administrativos en los casos a que se refieren los arts. 202° y 203° de esta Ley; o

e) Los actos administrativos de los Tribunales o Consejos Administrativos regidos por leyes especiales».

Sin embargo, y tomando también en cuenta que una aplicación demasiado rígida de estos supuestos puede generar situaciones a las cuales incluso podríamos calificar como injustas, además de violatorias del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, la Ley N° 27584 ha previsto la existencia de excepciones al requisito de agotamiento de la vía administrativa, recogidas en el art. 19° de dicha ley.

No pareciera ser necesario, por ejemplo, exigir el cumplimiento de este requisito cuando lo que está en trámite es un proceso de lesividad iniciado por la misma Administración, de acuerdo con lo dispuesto en el segundo párrafo del art. 11° de la Ley N° 27584. No pareciera tampoco indispensable imponer el agotamiento de la vía administrativa cuando la pretensión buscada con el contencioso administrativo es la de ordenar a la Administración pública la realización de cierta actuación a la cual ya se encuentra obligada, sea por mandato expreso de la ley o en virtud de un acto administrativo firme.

Finalmente, no resultaría muy coherente requerir agotamiento alguno cuando la demanda contencioso administrativa haya sido interpuesta por un tercero al procedimiento administrativo en el cual se haya dictado la actuación impugnante. Justamente por todo lo recientemente expuesto se entiende la pertinencia de las excepciones planteadas, salvo mejor parecer.

Como bien podía presuponerse, la Ley que regula el proceso contencioso-administrativo en España no precisa cuáles son los supuestos de agotamiento de la vía administrativa.

No encontramos en el caso español un artículo como el 19° de la Ley N° 27584, destinado a establecer los supuestos de excepción al agotamiento de la vía administrativa. Sin embargo, de la mera lectura de la Ley 29/1998 y sus modificaciones bien puede entenderse la existencia de situaciones de este tipo. Invitamos pues, a modo de ejemplo, revisar lo prescrito en el art. 44°.1 de la norma española donde se establece que en los litigios entre Administraciones no cabe interponer recursos en la vía administrativa⁴⁸.

e) Lo previsto sobre legitimación procesal en ambas legislaciones

En el tema de la legitimación procesal activa, la Ley del Proceso Contencioso-Administrativo Peruana señala en su art. 11°, que se encuentra legitimado quien afirme ser titular de la situación jurídica sustancial protegida que haya sido o esté siendo vulnerada por la actuación administrativa impugnada materia del recurso. Además, también contaría con legitimidad la entidad pública que haya llevado a cabo la actuación, en el marco del llamado proceso de lesividad⁴⁹ cuyos alcances han sido esbozados previamente en otro acápite de este mismo texto.

Para terminar con el presente apartado de este trabajo debemos anotar que, ante la necesidad de proporcionar una debida representación a intereses difusos, el art. 12° de la Ley peruana otorga una amplia posibilidad de legitimación procesal activa: tanto el Ministerio Público, el Defensor del Pueblo y cualquier persona natural o jurídica podrían iniciar estos procesos.

En el caso español, el art. 18° de la Ley que venimos comentando indica quiénes tienen capacidad procesal ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, señalando que, además de aquellos legitimados por las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil, podrán acudir a este proceso los menores de edad para la defensa de aquellos de sus derechos e intereses legítimos cuya actuación les esté permitida por el ordenamiento jurídico sin necesidad de asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela. Asimismo, los grupos de afectados, uniones sin per-

48. Únicamente se deja como un asunto potestativo el que si una Administración inicia un contencioso-administrativo contra otra, podrá requerirla previamente para que derogue la disposición, anule o revoque el acto, haga cesar o modificar la actuación material, o iniciar la actividad a la cual está obligada. En el art. 44°.2 se señala qué forma debería tener ese requerimiento.

49. Esta posibilidad es también establecida en la Ley Española, en su art. 19° num. 2.

sonalidad o patrimonios independientes o autónomos están expresamente facultados para iniciar este proceso, pues al ser ellas aptas para ser titulares de derechos y obligaciones al margen de su integración en las estructuras formales de las personas jurídicas, como lógica consecuencia se les atribuye capacidad procesal ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo cuando la Ley así lo declare expresamente.

En relación al tema de la legitimidad procesal activa en España, deberá también tomarse en cuenta como el art. 19º num. 1 de la ley del Proceso-Contencioso Administrativo de ese país, indica lo siguiente:

«Artículo 19º.

1. Están legitimados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo:

a) Las personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho o interés legítimo.

b) Las corporaciones, asociaciones, sindicatos y grupos y entidades a que se refiere el art. 18º que resulten afectados o estén legalmente habilitados para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos.

c) La Administración del Estado, cuando ostente un derecho o interés legítimo, para impugnar los actos y disposiciones de la Administración de las Comunidades Autónomas y de los Organismos Públicos vinculados a éstas, así como los de las Entidades locales, de conformidad con lo dispuesto en la legislación de régimen local, y los de cualquier otra Entidad pública no sometida a su fiscalización.

d) La Administración de las Comunidades Autónomas, para impugnar los actos y disposiciones que afecten al ámbito de su autonomía, emanados de la Administración del Estado y de cualquier otra Administración u Organismo Público, así como los de las Entidades locales, de conformidad con lo dispuesto en la legislación de régimen local.

e) Las Entidades locales territoriales, para impugnar los actos y disposiciones que afecten al ámbito de su autonomía, emanados de las Administraciones del Estado y de las Comunidades Autónomas, así como los de organismos públicos con personalidad jurídica propia vinculados a una y otras o los de otras Entidades locales.

f) El Ministerio Fiscal para intervenir en los procesos que determine la ley.

g) Las Entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas para impugnar los actos o disposiciones que afecten al ámbito de sus fines.

h) Cualquier ciudadano, en ejercicio de la acción popular, en los casos expresamente previstos por las Leyes.»

Es necesario además hacer algunas precisiones en el tema de la legitimación procesal pasiva. Así, conforme señala el art. 21º, num. 1 de la regulación española, se considera parte demandada a las Administraciones Públicas o cualquier órgano contra cuya actividad se dirija el recurso; y las personas o entidades cuyos derechos o intereses legítimos pudieran verse afectados por las pretensiones del demandante. Así también, de fundarse la pretensión de la parte actora en la ilegalidad de una disposición general, también se constituirá en parte demandada a la Administración autora de ella⁵⁰.

En el caso peruano, la representación y defensa de las entidades administrativas se encontrará a cargo de la Procuraduría Pública competente o, de señalarlo la norma correspondiente, el representante judicial de la entidad debidamente autorizado⁵¹. El ordenamiento español remite a la Ley Orgánica del Poder Judicial, a la Ley de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas y a las normas específicas emitidas por las Comunidades Autónomas, para regular la representación y defensa de las entidades administrativas⁵².

f) Apuntes sobre los requisitos especiales o adicionales de admisibilidad.

Siguiendo parámetros ya descritos, en el Perú son requisitos exigibles para la admisibilidad de una demanda los prescritos en el Código Procesal Civil, y además, en el caso de los procesos contencioso-administrativos, los siguientes:

- a) Adjuntar el documento que acredite el agotamiento de la vía administrativa, salvo las excepciones contempladas por la presente Ley (Art. 20º, inciso 1)
- b) Si lo que en rigor va a efectuarse es un proceso de lesividad, la entidad administrativa que demande la nulidad de sus propios actos deberá acompañar el expediente de la demanda (Art. 20º inciso 2).

50. Así lo establece el art. 21º, num. 3 de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo Peruano.

51. Esto es lo planteado por el art. 15 de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo Peruano.

52. Este es el tenor de lo señalado por el art. 24º de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa Española.

Debe quedar claro que en el caso peruano la admisión de la demanda no afecta el principio de ejecutividad de los actos administrativos, ya que en la medida en que estos actos supuestamente han sido dictados buscando el interés público y el bien común, en el Perú se entiende que deben seguir surtiendo efectos jurídicos aun cuando hayan sido impugnados. A diferencia de otros países, donde se han introducido algunos interesantes matices al respecto, aquí parece haberse apostado a que la forma de detener cualquier eventual perjuicio al respecto será solicitando las medidas cautelares que se consideren pertinentes.

Por su parte, la ley española enuncia una serie de supuestos en los cuales el Juzgado declarará no haber lugar a la admisión del «recurso». Ello se producirá, tal como lo enuncia el art. 51º de la ley antes mencionada, cuando pudiera constatar de modo inequívoco o manifiesto lo siguiente:

- i. La falta de jurisdicción o la incompetencia del Juzgado o Tribunal.
- ii. La falta de legitimación del recurrente.
- iii. Haberse interpuesto el recurso contra actividad no susceptible de impugnación.
- iv. Haber caducado el plazo de interposición del recurso.

Asimismo, el juzgador español se encuentra facultado para no admitir una demanda en este tipo de procesos (a los cuales la normativa equívocamente denomina «recursos») si se hubiesen desestimado en el fondo otros «recursos» sustancialmente iguales por sentencia firme, mencionando, en este último caso, la resolución o resoluciones desestimatorias.

Por otro lado, y de impugnarse una actuación material constitutiva de vía de hecho, el Juzgado o Sala española competente también podrá inadmitir el «recurso» si fuera evidente que la actuación administrativa se ha producido dentro de la competencia y en conformidad con las reglas del procedimiento legalmente establecido. Si se optase más bien por la impugnación de la llamada «inactividad» de la Administración, el recurso se rechazará liminarmente de ser evidente la ausencia de la obligación concreta de la Administración respecto de los recurrentes⁵³.

53. Esa es la línea de lo estipulado por el art. 51º num. 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa Española.

Cabría volver a preguntarse entonces si en todos estos casos en rigor se están abordando causales de procedencia o admisibilidad, tema que debería analizarse sin duda con mayor detalle. Ahora bien, necesario es anotar que, en cualquier caso, antes de proceder a una declaración de inadmisibilidad de la demanda presentada, es preciso que el Juzgado o la Sala haga saber a las partes el motivo en que pudierá fundarse dicha declaración, otorgándoles un plazo de diez días a fin de que realicen las alegaciones que estimen pertinentes y presenten la documentación a que hubiera lugar⁵⁴.

5. COMPETENCIA JUDICIAL TERRITORIAL Y FUNCIONAL EN MATERIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

a) Un primer acercamiento a pautas de competencia territorial

Como es de conocimiento general, cuando hablamos de competencia nos estamos refiriendo al ámbito en el cual un juzgador puede ejercer válidamente las responsabilidades de carácter jurisdiccional que se le han confiado, existiendo además diversos criterios para delimitar esa competencia, como el territorio, la materia, el grado o la cuantía.

La ley peruana del proceso contencioso-administrativo tiene algunas importantes precisiones sobre la competencia de los jueces que tramitan este tipo de procesos, precisiones más bien vinculadas al tema territorial y al plano funcional.

En el ordenamiento jurídico español, es la Ley Orgánica del Poder Judicial la norma mediante la cual se dispone que serán los juzgados de lo contencioso administrativo quienes conocerán, en primer grado o instancia de este tipo de procesos, siendo además los facultados para autorizar, mediante auto, la entrada en los domicilios o cualquier lugar cuyo acceso requiera consentimiento del titular, o en el supuesto de ser ello procedente para la ejecución forzosa de los actos de la Administración. Sin embargo, justo es anotar como la ley Orgánica del Poder Judicial concede a la norma reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de ese país un cierto margen de apreciación a fin de concretar las competencias de los juzgados de lo contencioso-administrativo.

54. Esta precisión es realizada en el num. 4 del art. 51º de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa Española.

Retornando a la legislación peruana, pasaremos de inmediato a efectuar algunos apuntes sobre lo allí previsto en el tema de competencia territorial en los procesos contencioso-administrativos. En el ámbito territorial se establece que el juez competente para conocer el proceso contencioso-administrativo en primer grado o instancia es, a elección del demandante, el juez del lugar del domicilio del demandado o del lugar donde se produjo la actuación impugnada (art. 8° de la ley). Esto es muy distinto a lo recogido en el caso español, donde la competencia de los juzgados en lo contencioso administrativo está delimitada de manera expresa, siendo aquellas materias no incluidas dentro de su ámbito de acción tareas cuya responsabilidad corresponderá a los Tribunales Superiores de Justicia. Sin embargo, por la fórmula general que establecen los artículos 11°.2 y 81° de la Ley, en la práctica estos juzgados suelen actuar como órganos de primer grado o instancia, pues todos los pronunciamientos de estos juzgados denominados «centrales» serán apelables ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional⁵⁵; y, de tratarse de la impugnación de disposiciones generales emanadas de un ente local, son competentes las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia⁵⁶.

Lamentablemente la posibilidad de un mejor tratamiento de este tema en el Perú se dejó pasar durante el debate parlamentario de lo que es hoy la Ley N° 27584. Y es que, tratando de evitar mayores perjuicios al demandante, quien, si su contraparte es una instancia de carácter regional o nacional, puede así ver drásticamente recortado su derecho de acceso a la justicia al tener que sostener un proceso en una localidad que en ocasiones puede estar bastante lejos de su domicilio, el proyecto en su momento presentado al Congreso peruano habilitaba también al demandante a poder interponer su demanda ante el juez de su propia localidad. Lamentablemente esa última posibilidad no fue recogida en el texto final de la ley, lo cual resulta preocupante si ahora tomamos en cuenta que el contencioso-administrativo iría camino a constituirse en el medio procesal ordinario para la defensa de los derechos fundamentales de los administrados frente al quehacer de la Administración. Esta-

55. Esto sigue la línea de lo señalado por MARTÍ DEL MORAL, ANTONIO. *Planta y Competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*. En: Estudios sobre la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. CEMCI, Madrid, 1999, p. 61.

56. Esta excepción a las normas generales sobre competencia es regulada en el art. 10° num. 1, literal b de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

mos pues ante una asignatura pendiente de solución en el Perú, tarea que esperemos ver asumida a la brevedad posible y bajo parámetros razonables.

b) Apuntes sobre la competencia funcional

Ahora bien, si en la determinación de la competencia de carácter territorial en el Perú hay aspectos sin duda muy controvertidos, la controversia tiene tanta o mayor intensidad si el criterio a desarrollarse es el funcional.

Y es que en el Perú, luego de la modificación introducida al texto de la ley del Contencioso Administrativo peruano mediante la Ley N° 27709, se ha vuelto a los términos originalmente planteados por los autores del proyecto, estableciéndose entonces que el juez competente para conocer en primera instancia un proceso contencioso es, en líneas generales, el juez especializado en lo Contencioso Administrativo, y en los lugares donde no exista ese juez especializado, el Juez Civil o el Juez Mixto respectivo. Fácilmente puede presumirse que corresponderá a la Sala Contencioso Administrativa de una Corte Superior (o la Sala Civil, si ésta no existiese) y a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema conocer estos casos en apelación y casación, de acuerdo con los parámetros establecidos por ley.

Sin embargo, si continuamos en el análisis de la normativa actualmente vigente sobre el particular, rápidamente comprobaremos como esa regla general admite muchas e importantes excepciones, ya que si lo impugnado son resoluciones expedidas por el Banco Central de Reserva, la Superintendencia de Banca y Seguros, el Tribunal Fiscal, el Tribunal Registral, el Consejo de Minería o por los Tribunales de instituciones como el CONSUCODE, INDECOPI y demás organismos reguladores, será competente en primer grado o instancia la Sala Contencioso Administrativa de la Corte Superior correspondiente, siendo las Salas Civil y Constitucional y Social de la Corte Suprema las instancias que conocerían ese tipo de controversias en apelación y casación, respectivamente.

El razonamiento que impulsa esta distinción es indudablemente interesante y atendible, pues busca que situaciones ya conocidas por un órgano colegiado a nivel administrativo sean vistas también por una instancia colegiada en el escenario jurisdiccional. Es más, es precisamente este razonamiento, ya seguido en otros países, el empleado para justificar la modificación del texto originalmente aprobado por el Congreso al respecto. Como bien se recordará, allí inicialmente se establecía que la primera instancia

para conocer todo proceso contencioso administrativo era un juez de primer grado, en principio especializado en lo contencioso-administrativo, o en su defecto, uno mixto o civil.

Ahora bien, y a la luz de lo que puede ocurrir con la reciente entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional y el cambio de un Amparo al cual denominaremos «alternativo» a otro de naturaleza más bien «residual», habría que evaluar la pertinencia de la alternativa asumida, o si ésta puede involucrar una nada deseable acumulación de procesos esperando ser conocidos por las salas de las diferentes Cortes Superiores, y en su caso, por las Salas Civil y Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República. Estamos pues ante un tema en el cual lo prudente parece ser esperar a ver como se desenvuelven los acontecimientos vinculados con esta materia, salvo mejor parecer.

Por otro lado, la determinación de la competencia funcional de los jueces en lo contencioso-administrativo ha sido también un tema no exento de controversias en el caso español. Es más luego de revisar lo hoy previsto en la normativa de dicho país sobre el particular, concordamos con quienes consideran que se presentarían algunas barreras a la regulación orgánica de la jurisdicción contencioso-administrativa, barreras entre las cuales creemos oportuno resaltar las siguientes⁵⁷:

- Dificultad en el conocimiento del acto originario determinante de la competencia judicial.
- Existencia de determinados órganos judiciales cargados de asuntos (como los Tribunales Superiores de Justicia y la Audiencia Nacional), habiendo creado, por tanto, la figura de los jueces unipersonales, con todas sus ventajas y desventajas.
- Imposibilidad de efectuar una medición previa o cálculo anticipado sobre el aumento de los procesos entre los ciudadanos y las Administraciones.
- Dificultad para hacer respetar el derecho fundamental al juez predefinido por ley como lógica consecuencia de aquella distribución de competencias entre juzgados y salas.

57. Coincidimos aquí con lo planteado, entre otros, por MARTÍ DEL MORAL, ANTONIO. *Op. Cit.*, p. 45-47.

Es pues en base a estas dificultades y algunas otras, que no son pocos quienes señalan que en España no nos encontramos ante una clara distribución de competencias, sino más bien ante la existencia de una variedad de criterios empleados para atribuir competencias a diferentes órganos judiciales, desarrollándose así un camino no exento de cuestionamientos.

Se entiende ahora mejor cuando se dice que interpretar los preceptos de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa relativos a la organización de competencias nos lleva a algunas situaciones poco claras. Ante ellas surgen soluciones provistas por la propia ley. Así, la norma que venimos comentando faculta al juzgador a efectuar desde una declaración de incompetencia de oficio⁵⁸ hasta la posible eliminación del recurso de casación ordinario por incompetencia. En este contexto, el Tribunal Supremo Español contará con la posibilidad de pronunciarse en su papel de Tribunal de casación y clarificar la interpretación de los preceptos relativos a la dimensión orgánica de este proceso⁵⁹. Lo expuesto, no libra entonces de fuertes críticas al sistema previsto en España, y sobre todo, a la conformación de juzgados de lo contencioso administrativo como órganos unipersonales, contraviniendo la tradicional postura históricamente manejada en España al respecto⁶⁰.

6. LA VÍA PROCEDIMENTAL ESCOGIDA Y SUS PROBLEMAS

6.1. Lo desarrollado en el caso peruano

La vía procedimental prevista como regla general para el trámite de los procesos contencioso-administrativos es la del proceso abreviado de conocimiento. Solamente se seguirán bajo las pautas del proceso sumarísimo de conocimiento los casos explícitamente previstos en el art. 24° de la Ley N° 27584, específicamente vinculados al cese de cualquier actuación material

58. Declaración que adoptará la forma de un auto y deberá efectuarse antes de la sentencia, remitiéndose previamente las actuaciones al órgano de la Jurisdicción que se estime competente para que ante él se siga el curso del proceso. Si la competencia pudiera corresponder a un Tribunal superior en grado, se acompañará una exposición razonada de la postura asumida al respecto, estándose a la espera de lo que resuelva el superior jerárquico al cual hemos acudido. Esta explicación sobre los alcances de la declaración de incompetencia coincide en líneas generales con lo planteado por MARTÍ DEL MORAL, ANTONIO. *Idem*, p. 53.

59. Coincidimos así básicamente con lo previsto por MARTÍ DEL MORAL, ANTONIO. *Op. Cit.*, p. 52.

60. Esto va de la mano con los planteamientos de *Idem*, p. 44.

que no se sustente en acto administrativo o relacionados con la orden dada a la Administración para que efectúe una determinada actuación, actuación a la cual dicha Administración se encontrará obligada por mandato de la ley o en virtud de acto administrativo firme.

Lo reseñado indudablemente genera una preocupación sobre la idoneidad del camino procedimental previsto como regla general. Como seguramente se recordará, el proceso abreviado de conocimiento supone una serie de incidencias y eventualmente de incidentes cuya pertinencia se hace discutible si tomamos en cuenta que el contencioso-administrativo se inicia en el grueso de los casos luego de haber agotado la vía administrativa; en líneas generales, luego de haber concluido un procedimiento administrativo.

A modo de ejemplo, si éste es el contexto del cual se parte, se hace bastante difícil, por no decir ilusorio, esperar algo de una audiencia de conciliación, pues es fácil suponer que en la práctica lo único que podrá efectuarse allí son las labores de saneamiento procesal que el art. 493° del Código Procesal Civil peruano, aplicable supletoriamente a la Ley N° 27584, encomienda realizar a todo juzgador en esa misma audiencia.

Por otro lado, y si tomamos en cuenta que en este contencioso-administrativo, por lo menos mientras la Ley N° 27584 no sea reformada, la actividad probatoria podría circunscribirse a lo efectuado en el procedimiento administrativo previo, relativizándose muchísimo qué es lo que en estos casos puede hacer el juez en una audiencia de pruebas. Debemos además añadir una eventual nueva preocupación, vinculada con la aparente imposibilidad de atender dentro de un proceso contencioso-administrativo las pretensiones de carácter indemnizatorio que pudiesen surgir de la controversia existente entre Administración y administrados. Todas estas son materias en las cuales la actuación de los legisladores o jueces alcanzará sin duda una muy significativa relevancia. Caso contrario, los problemas que podrían surgir son muchos y de muy significativa envergadura.

6.2. Lo previsto en el caso español

En el caso español, se opta por un procedimiento al cual se denomina abreviado⁶¹. En principio, esta vía procedimental se encuentra avocada a conocer de asuntos que algunos califican como de menor importancia, con

61. Esta opción es establecida por los artículos 78° y siguientes agrupados en el Capítulo II denominado «Procedimiento abreviado».

mayor proximidad a los particulares litigantes y con menores exigencias y formalidades para la postulación (no exigiéndose, por ejemplo, ser representado de manera obligatoria por un procurador)⁶².

El procedimiento a seguir en este caso es regulado en sus diversas etapas por el art. 78° de la Ley 29/1998, siguiendo en líneas generales las pautas establecidas para todo proceso, aunque incluyendo algunos ligeros matices⁶³.

7. EL TRATAMIENTO DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA

a) La incorporación de medios probatorios al proceso contencioso-administrativo

Como ya se ha anotado en otro apartado del presente trabajo, en el caso peruano, resulta en extremo contraproducente lo prescrito en el art. 27° de la Ley N° 27584, completamente apartado de la lógica de un contencioso-administrativo de plena jurisdicción, pues recorta el margen de acción judicial en temas tan sensibles como los de ofrecimiento y actuación de pruebas.

Esta limitación no es contemplada por la regulación española, la cual faculta a introducir en un proceso contencioso administrativo los medios probatorios que se consideren pertinentes, siendo, sin embargo, vital el papel del juzgador para decidir sobre el procedimiento a prueba, abandonándose así una lógica más bien propia de un principio dispositivo. No obstante lo expuesto, tampoco puede decirse que en España no existan restriccio-

62. Estas son algunas de las características que atribuye FERNÁNDEZ MONTALVO a la vía procedimental del procedimiento abreviado adoptado en España para el proceso contencioso administrativo. Así lo señala en FERNÁNDEZ MONTALVO, RAFAEL. Op. Cit., p. 322.

63. Entre ellas está, por ejemplo, el que se ordene a la Administración (al trasladarle la demanda) que remita el expediente administrativo por lo menos quince días antes del día señalado para la vista. Una vez se cuenta con el expediente, éste es remitido al actor y a los interesados que se hubieran apersonado para que puedan hacer alegaciones en el acto de la vista. Este es, entonces, un ligero matiz respecto a otros procesos (como el que se produce en relación con materias civiles) pues aquí no sólo se corre traslado de la demanda al demandado para que efectúe sus eventuales descargos, sino también del expediente al actor (y a los interesados apersonados) para que puedan hacer lo mismo durante la vista de la causa. Ahora bien, si lo que se quiere son mayores precisiones sobre aspectos relacionados al trámite de este proceso, recomendamos revisar lo señalado en el art. 78°, num. del 2 al 23 y en relación al tema que venimos de explicar, ver especialmente lo planteado en los num. 3 y 4.

nes al tratamiento de la actividad probatoria dentro de un proceso contencioso administrativo.

Un indicador de los problemas que podrían existir en España al respecto sería el de la exigua regulación que se otorga al tema de prueba en la Ley del Contencioso Administrativo de ese país⁶⁴. Según algunos⁶⁵ ello respondería a una tradición jurídica que, alegando todavía un supuesto carácter revisor de este proceso, le ha restado importancia o incluso ha considerado improcedente la prueba en este escenario, ciñéndose únicamente a revisar las pruebas practicadas o denegadas en vía administrativa⁶⁶.

Otra de las razones que se esgrimen para restarle importancia a la actividad probatoria en el contencioso administrativo español está vinculada a que, en muchas ocasiones, se considera que la prueba deviene en innecesaria al no encontrarnos ante hechos dudosos, sino más bien ante cuestiones de legalidad⁶⁷. Ante una constatación de este tipo, suele otorgarse amplias facultades al juez, quien puede denegar el recibimiento a prueba aun cuando lo hayan solicitado las partes, aduciendo este supuesto carácter revisor del contencioso administrativo en España, así como haciendo referencia a la necesidad de impedir la dilación de estos procesos valiéndose de pruebas presentadas únicamente con dichos fines⁶⁸.

Es importante tener en cuenta que el atribuir carácter revisor al proceso contencioso administrativo no es incompatible con la práctica de pruebas⁶⁹.

64. El tema de prueba es únicamente regulado en dos artículos de la ley 29/1998, Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, los artículos 60º y 61º.

65. En ese sentido, las opiniones vertidas en AYALA MUÑOZ, JOSÉ MARÍA. *Prueba*. En: Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998, Título IV, Capítulo I, Sección 6º, Aranzadi, Navarra, 1998, p. 549.

66. Para entender los alcances del tema de la prueba al atribuir carácter revisor al proceso contencioso administrativo y la evolución de este tema, revisar VILLALBA PÉREZ, FRANCISCA. *La Prueba*. En: Estudios sobre la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. CEMCI, Granada, 1998, p. 415.

67. Este planteamiento responde a la explicación del sustento a la menor importancia del tema de prueba en un proceso contencioso-administrativo realizada en AYALA MUÑOZ, JOSÉ MARÍA. *Op.Cit.*, p. 550.

68. En ese sentido lo señalado por CORTÉS DOMÍNGUEZ en: *Algunas notas sobre el proceso contencioso administrativo*. En: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, Número II, abril-junio (separata), 1974, p. 307. Citado en *Ibid.*, p. 550.

69. En ese sentido se pronuncia la sentencia del 27 de Febrero de 1997, 1529. Citada por GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS. *Justicia Administrativa. Legislación y Jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional*. Civitas, Madrid, 1999, p. 493.

Ahora bien, las peligrosas repercusiones que un pobre tratamiento legislativo y las posturas tendientes a asignarle un carácter revisor a estos procesos hubiesen podido generar en España han sido hoy bastante mediatizadas tanto a nivel doctrinario como en el plano jurisprudencial. Ha empezado a otorgársele a la prueba la importancia que merece, pues se afirma que todos tienen derecho a utilizar los medios probatorios pertinentes, extendiendo este derecho a todos los órdenes jurisdiccionales, incluyendo por tanto al contencioso administrativo, donde la prueba puede llegar a ser esencial para destruir o contradecir el contenido del expediente administrativo en el que se explican formal y materialmente los actos o disposiciones objeto del allí equivocadamente denominado recurso⁷⁰. El juzgador español deberá en todo caso remitirse a su Ley de Enjuiciamiento Civil para aplicar supletoriamente sus disposiciones en este tema. En ese sentido, las partes pueden solicitar la admisión de medios probatorios sin más límites que los procesales, independientemente de la existencia de prueba en el procedimiento administrativo.

Ahora bien, justo es reconocer que al lado de las equivocaciones a las cuales hemos hecho mención, la Ley N° 27584 tiene también importantes aciertos para el tratamiento del tema probatorio en el caso peruano: permite, por ejemplo, que el juzgador pueda ordenar de oficio la actuación de las pruebas adicionales que considere convenientes para el mejor esclarecimiento de la controversia sometida a su despacho. Ello, claro está, deberá efectuarse mediante resoluciones debidamente motivadas.

En el ordenamiento español también se contempla esta posibilidad de actuar pruebas de oficio, posibilidad regulada en el art. 61° de la Ley 29/1998, pues como ha establecido la jurisprudencia española «*en el proceso administrativo el Tribunal no es un mero destinatario de la actividad probatoria*»⁷¹. Es por ello que puede ordenar la actuación de pruebas que, no habiendo sido presentadas por las partes, considere necesarias o pertinentes para conseguir la más adecuada decisión del asunto⁷².

70. En ese sentido lo planteado reiteradamente por el Tribunal Constitucional, entre otras, en su sentencia 89/1995 del 19 de julio de 1995.

71. Esto es lo establecido en la sentencia del 22 de Febrero de 1991, 1533.

72. Para entender los alcances de esta facultad del juez de realizar una actuación probatoria de oficio, puede revisarse lo planteado por VILLALBA PÉREZ, FRANCISCA. Op. Cit., p. 438 o por AGÜNDEZ FERNÁNDEZ, ANTONIO. Ley 29° de 13 de julio de 1998 del Proceso Contencioso-Administrativo. Comentarios y Jurisprudencia. Camares, Granada, 2000, p. 369.

Vinculado con lo que acabamos de plantear se encuentra lo prescrito en el art. 31° de la ley peruana que venimos analizando, precepto que a saber señala lo siguiente:

«Artículo 31°.- Obligación de colaboración por parte de la administración Las entidades administrativas deberán facilitar al proceso todos los documentos que obren en su poder e informes que sean solicitados por el Juez. En caso de incumplimiento, el juez podrá aplicar las sanciones previstas en el art. 53° del Código Procesal Civil al funcionario responsable.»⁷³ Por ello, siguiendo esta lógica de colaboración por parte de la Administración al desarrollo del proceso contencioso administrativo, se le impone como deber el remitir lo actuado dentro del procedimiento administrativo a la instancia judicial que conoce el caso: dicho con otros términos, está obligada a remitir el denominado expediente administrativo. Sin embargo, en el caso español se hacen algunas precisiones adicionales que bien valdría la pena tomar en cuenta.

Y es que si bien en España se reconoce que este expediente administrativo posee una vital importancia, la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa prevé la posibilidad de interponer la demanda sin él⁷⁴, a fin de que una eventual no remisión de dicho expediente no paralice el desarrollo del proceso. Es así que, de haberse formalizado la demanda sin todavía contar con este expediente, se emplazará a la Administración demandada para contestar, apercibiéndola de que no se admitirá la contestación si no va acompañada del expediente administrativo. En caso de no hacerlo, se tendrá como no presentada la contestación, aun cuando remita dicho expediente posteriormente. Además, de estimar las partes que el expediente se encuentra incompleto, se les otorga la facultad de iniciar un trámite especial para solicitar que se subsanen sus vacíos u omisiones. Todo ello apunta a que se haga efectiva la obligación de remitir un expediente administrativo, asegurándose así también que éste sea enviado en su integridad.

b) La oportunidad en la cual se ofrecen los distintos medios probatorios

Ahora bien, la equivocación introducida en el caso peruano mediante la cual se circunscriben los medios probatorios susceptibles de ser presentados a aquellos actuados previamente en el procedimiento administrativo, equivocación no consignada en el Proyecto de Ley alcanzado al Congreso,

73. Esto es lo previsto en el art. 31° de la Ley 27584.

74. Ello responde a lo señalado en el art. 53° de la Ley 29/1998.

sino introducida en el desarrollo del debate parlamentario, no es el único reparo que puede hacerse al tratamiento del tema probatorio en la Ley N° 27584. Fácilmente puede discutirse sobre, por ejemplo, lo previsto sobre la oportunidad en la cual deben ofrecerse los diversos medios probatorios.

Una revisión del art. 28° de la Ley que regula en el Perú el Proceso Contencioso Administrativo solamente permite apreciar una mención a que los medios probatorios deben ser ofrecidos por las partes en los actos postulatorios, siendo indispensable acompañar todos los documentos y pliegos interrogatorios a los escritos de demanda y contestación. Esta aparentemente acertada aplicación del principio procesal de preclusión encierra sin embargo un grueso error en la lógica de lo que involucra un proceso contencioso administrativo, pues no toma en cuenta la posibilidad de probar hechos nuevos, producidos o descubiertos posteriormente al momento en que se ofrecieron los diversos medios probatorios en el proceso, posibilidad sí prevista en el proyecto enviado en su oportunidad al Congreso de la República⁷⁵. En el caso español, en cambio, se faculta a la presentación de medios probatorios tanto con la demanda como con la contestación de la misma, e incluso, indudablemente con evidente acierto, posteriormente a dicha contestación en el caso en cual aparezcan hechos nuevos y trascendentes para resolver la controversia⁷⁶.

Por otro lado, tanto la normativa peruana como la española sobre el particular regulan el supuesto de que la documentación en la cual un particular funde el derecho que invoca no se encuentre en su poder⁷⁷. En estos casos, la ley española exige que, en su escrito de demanda o contestación de

75. Recomendamos revisar al respecto lo previsto en el art. 29° del Proyecto de Ley enviado al Congreso.

76. Esto recoge lo señalado en el art. 60° de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa española. En el caso de tratarse de medios probatorios presentados tras la demanda y contestación de la misma, sólo serán admitidos los documentos que se encuentran previstos para el proceso civil. Sin embargo, el demandante podrá, con anterioridad a la citación de vista o conclusiones, aportar los documentos que tengan por objeto desvirtuar las alegaciones contenidas en el escrito de contestación a la demanda y que pongan de manifiesto disconformidad con los hechos. Para comprender los alcances del tema de postulación en el proceso contencioso-administrativo español y la contestación de la demanda, revisar lo planteado por OLMEDO GAYA, ANA. *Demanda y Contestación*. En: Estudios sobre la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. CEMCI, Granada, 1998, p. 407-408.

77. La ley peruana lo hace en el segundo párrafo de su art. 28°, mientras que la ley española lo hace en su art. 56°.3.

la misma, el particular designe el archivo, la oficina, el protocolo o la persona que tiene en su poder dicha documentación. En la normativa peruana, además de indicar el lugar en que se encuentran los documentos que requiere, debe precisarse el contenido de aquella documentación a fin de que, en base a esa información, el órgano jurisdiccional pueda disponer todas las medidas necesarias para la incorporación de la misma al proceso.

c) La determinación de la carga de la prueba

Pasando entonces a abordar el siempre complejo tema de la carga de la prueba, una rápida mirada de lo previsto en el caso peruano ya nos genera más de una preocupación, pues allí se señala que, salvo disposición legal diferente, la carga de la prueba corresponde a quien afirma los hechos que sustentan su pretensión (en este sentido su art. 30º). Esta formulación general parece olvidar que el demandado, como parte de su defensa, puede alegar hechos nuevos a los consignados por el demandante, correspondiéndole en rigor al demandado y no al demandante la carga de la prueba en esos casos.

El tema de la carga de la prueba es abordado con mayor precisión en el caso español, pues, aun cuando su ley no contiene normas específicas al respecto⁷⁸, la jurisprudencia española ha precisado los alcances de esta materia, incluso en relación con principios como el de presunción de la legalidad del acto administrativo⁷⁹. Así, se ha establecido que, como regla general, cada parte soporta la carga de probar los hechos que integran el supuesto de las normas cuyas consecuencias jurídicas invoca a su favor. Esta regla, sin embargo, puede verse matizada e incluso alterada aplicando el denominado criterio de facilidad, pues, en ocasiones, la probanza de un hecho puede resultar más sencilla para una de las partes y difícil para la otra. Se entiende entonces aquí que las exigencias del principio de la buena

78. La propia jurisprudencia española admite que las legislaciones procesales administrativas no contengan normas sobre la carga de la prueba, lo que ha sido regularmente interpretado en el sentido de que procede la aplicación supletoria de lo normado para el caso del proceso civil. En ese sentido, lo planteado por la sentencia del Tribunal Supremo Español de 12 de marzo de 1990, 2519.

79. En los temas de presunción de legalidad y carga de la prueba, la jurisprudencia establece que la presunción de legalidad del acto administrativo desplaza sobre el administrado la carga de accionar para evitar que se produzca un tácito consentimiento del acto, sin afectar el tema de la carga de la prueba que se rige por las pautas generales. Véase en ese sentido la sentencia del 30 de mayo de 1990, 4992.

fe en su vertiente procesal adquieren especial trascendencia en la determinación de las reglas destinadas a repartir la carga de la prueba⁸⁰.

Justo es anotar que, si bien en España, como en la mayoría de ordenamientos jurídicos en el Derecho Comparado, se parte de la regla (establecida en el proceso civil pero que luego es aplicada en el proceso administrativo) de que a quien pretende algo incumbe siempre la justificación de los hechos en que se funda su derecho, se hacen algunas otras precisiones en relación con este tema.

Así, para determinadas posturas (consideradas incluso por algunos como más modernas)⁸¹, caracterizadas por «un cierto espíritu compensatorio», a fin de atenuar la especial posición de la Administración⁸², se debería hacer recaer la carga de la prueba en la Administración, debiendo ella sustentar los hechos que motivan sus resoluciones y que se configuran en determinantes de la legalidad del acto, actuación o disposición impugnados⁸³.

Sin embargo, la postura más difundida es aquella que permite la distribución de la carga de la prueba según sea el contenido del acto administrativo cuya anulación se pretende. Si la Administración niega un derecho cuyo reconocimiento es solicitado por un particular, corresponderá al administrado la carga de probar los hechos constitutivos de su alegación. Pero si la Administración es quien impone una obligación, o aplica una sanción, es ella la gravada con la carga de la prueba de los hechos constitutivos que justifican el nacimiento de la obligación o el ejercicio de la potestad sancionadora, criterio que debe ser atemperado con la jurisprudencia en aplicación de las reglas de la buena fe en su vertiente procesal.⁸⁴

80. Esta regla se ve plasmada en la sentencia del 27 de Enero de 1989, 493.

81. En ese sentido, los planteamientos de VILLALBA PÉREZ, FRANCISCA. Op. Cit., p. 422.

82. Esta especial posición de la Administración se evidencia en la presencia de ciertos privilegios como el de ejecutoriedad, que implica que el acto administrativo es susceptible de ser ejecutado sin la intervención de autoridad judicial; el de ejecutividad, el cumplimiento del acto aún de ser impugnado, entre otros.

83. A esta afirmación podría llegarse en aplicación del principio de buena fe y del criterio de facilidad. Esto es lo planteado por, entre otros, AYALA MUÑOZ, JOSÉ MARÍA. Op. Cit., p. 555.

84. González-cuellar Serrano, N. Curso de Derecho Procesal Administrativo, Tirant lo blanch, 1992, p. 383. Citado en: Idem, p. 555. En este sentido hay puntos de contacto con lo prescrito en el art. 30º de la Ley N° 27584, ley peruana del Proceso Contencioso Administrativo. En esa norma se consigna que en el Perú si mediante una actuación administrativa impugnada se establece una sanción, la carga de la prueba sobre si dicha sanción fue o no correctamente impuesta corresponderá a la entidad administrativa involucrada. Ello en mérito a, mientras no se acredite lo contrario, la existencia de una necesaria presunción de inocencia del administrado.

d) Algunas notas adicionales y una síntesis preliminar en el tema probatorio

No queremos terminar el tratamiento del tema probatorio sin efectuar siquiera puntualmente algunas precisiones importantes en referencia al caso español. Una de ellas se encuentra vinculada al tema de admisión y no actuación de un medio probatorio. En este caso se ha establecido que de admitir un determinado medio probatorio, el órgano judicial debe actuarlo. De no disponer esta actuación sin una causa legítima que lo justifique, produciendo con dicha omisión indefensión a la parte que solicita su ejecución, se entiende que se ha vulnerado el derecho a utilizar los medios pertinentes de prueba⁸⁵. Asimismo, se prescribe que el juez debe apreciar los medios probatorios utilizando las reglas de la sana crítica, tan igual como ocurre en un proceso civil⁸⁶.

Por otro lado, necesario es anotar cómo en el ordenamiento jurídico español se tiene incluso previsto un proceso contencioso-administrativo sin prueba ni fase de conclusiones cuando a instancia del demandante y sin la oposición del demandado puede decidirse que, una vez contestada la demanda, termine el proceso sin más trámites que la sentencia, a fin de evitar que estas etapas sirvan únicamente para alargar la resolución del procedimiento sin aportar nada nuevo al mismo⁸⁷. Estamos pues ante una interesante alternativa que bien podría estudiarse a fin de ser puesta en vigencia en nuestro país, salvo mejor parecer.

En síntesis, la comparación entre lo previsto a nivel probatorio en el Perú y España nos demuestra cómo la normativa vigente en nuestro país requiere ser sometida (por lo menos en este punto) a importantes modificaciones, máxime si ahora el proceso contencioso-administrativo puede convertirse, repetimos, 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 ciudadada-

85. Véase en esa línea lo planteado por la sentencia del 24 de Enero de 1995, 442.

86. Sobre los alcances del tema de apreciación de la prueba puede revisarse VILLALBA PÉREZ, FRANCISCA. Op. Cit., p. 434-435. Así también AYALA MUÑOZ, JOSÉ MARÍA. Op.Cit., p. 559. En ese sentido se ha pronunciado reiteradamente el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo en sentencias como las de 3 de diciembre de 1996 (Sala 3°, [RJ 1996, 8937]), 27 de febrero 1997 (Sala 3°, [RJ 1997, 1529]) o 22 abril 1997 (Sala 3°, [RJ 1997, 3341]).

87. Ello es explicado por OLMEDO GAYA, ANA. Op. Cit., p. 408.

nas permitan revertir, o por lo menos, mediatizar las no deseadas consecuencias de un inadecuado diseño normativo en este tema en particular.

8. EL TRATAMIENTO OTORGADO A LA MATERIA CAUTELAR

La solución de los diferentes conflictos existentes, o la misma actuación del elenco probatorio ofrecido por las partes (o en su caso, requerido de oficio por los juzgadores), no suele ser una tarea de rápida ejecución. En medio de su desarrollo pueden entonces suceder una serie de acontecimientos que hagan inalcanzable la pretensión o pretensiones a las cuales buscábamos acceder, o impidan analizar a cabalidad los medios probatorios que hubiesen podido recabarse.

Es en este contexto en el cual aparece la actividad cautelar de un juez, hoy considerada a nivel mundial como una tarea de similar relevancia a sus labores de conocimiento y ejecución, como bien se ha puesto de relieve en una serie de pronunciamientos, entre los cuales se encuentra la sentencia del Tribunal Constitucional español 218/1994, de 18 de julio de ese año. Lo recientemente afirmado denota la estrecha relación que existe entre la adopción de medidas cautelares y el derecho a la tutela judicial efectiva⁸⁸. Por lo expuesto, la importancia de su regulación dentro de un proceso contencioso-administrativo, proceso cuya finalidad principal es hoy la tutela de los derechos de los administrados frente al quehacer de la Administración, resulta entonces un acontecimiento a todas luces innegable.

Los impulsores de la ley peruana del proceso contencioso-administrativo actualmente vigente, conocedores de la importancia de un escenario cautelar que realmente apuntale la labor protectora de derechos también hoy asumida a través de los procesos contencioso-administrativos, procuran proporcionar un amplio tratamiento a esta materia. Ello se percibe cuando dejan abierta la posibilidad de que existan medidas cautelares anticipadas, y no solamente cuando ya se hubiera iniciado el habitualmente denominado proceso principal. Y por si lo expuesto no fuese suficiente, permiten la interposición de cualquiera de las medidas cautelares contempladas en el Código Procesal Civil actualmente vigente en el Perú, aunque demuestran una mayor

88 Una buena aproximación a este tema y la evolución española sobre el particular la encontramos en RODRÍGUEZ-ARANA, JAIME, *Las medidas cautelares en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en España*. En: AA. VV. *Derecho Administrativo*. Jurista Editores - Asociación Peruana de Derecho Administrativo, Lima, p. 209 y ss.

proclividad a admitir medidas innovativas y de no innovar, a las cuales consideran especialmente procedentes (afirmación consignada en el art. 37° de la ley). Finalmente, la preocupación por el fortalecimiento de la actividad cautelar del juzgador en el Perú se hace tan ostensible que incluso se deja abierta la posibilidad de que el juez dicte la medida cautelar que considere adecuada para lograr la eficacia de la decisión definitiva, aún cuando ésta no sea la solicitada por el demandante del contencioso-administrativo (en este sentido la primera parte del art. 36° de la Ley N° 27584).

Por otro lado, en el caso español, tal como lo han destacado varios autores⁸⁹, con el art. 129°.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, se deja atrás la suspensión del acto administrativo como única medida cautelar susceptible de ser aplicada, pudiendo el juez, por consiguiente, adoptar cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia. No obstante, esta regulación, amplia en cuanto a la actuación del juzgador, no ha estado libre de algunas observaciones. Así, hay quienes⁹⁰ han señalado sobre el particular que la nueva Ley no impide expresamente, como sí ocurría en el Proyecto de Ley de 1995, que el recurrente pueda pretender en sede cautelar «*la obtención de derechos o facultades cuyo otorgamiento hubiere sido denegado por el acto impugnado*». Se alega, además, que la nueva ley tampoco ha querido incorporar la fórmula recogida en el Proyecto de 1997, según la cual «*la regulación provisional de aquellos derechos o facultades controvertidos cuya naturaleza lo permite*» podría formar parte del contenido posible de las medidas cautelares positivas.

Sin embargo, esta sincera preocupación no debiera olvidar el carácter contingente de toda medida cautelar, y por ende, no descuidar la existencia de ciertos aspectos. No debe por ejemplo, olvidarse de que no solamente es el demandante quien tiene derechos que proteger; y además constituyéndose así en un aspecto muy vinculado con lo anterior, que el demandado puede ser perjudicado injusta e irremediablemente con el otorgamiento de una medida cautelar solicitada por su contraparte.

89. En este sentido encontramos lo señalado entre otros por TESO GAMELLA, PILAR. *Medidas cautelares y derecho sancionador*. En: CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, MANUEL. *Medidas cautelares en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 192; BACIGALUPO, MARIANO. *La nueva tutela cautelar en el contencioso-administrativo*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 1999, p. 133; RODRÍGUEZ-ARANA, JAIME. *Op. Cit.*, p. 218; por solamente citar a algunos de los que han trabajado esta materia.

90 AYALA MUÑOZ, JOSÉ MARÍA. *Op. Cit.*, p. 142-143, es de esta opinión.

Es más, nuestra reciente afirmación adquiere singular importancia si vemos que en el tema que nos ocupa estamos hablando de la posibilidad de suspender la ejecución de un acto administrativo, el cual se entiende dictado de conformidad con el interés público que se encuentre involucrado. Es por ello que, por ejemplo, en el caso español, un elemento a no perder de vista al solicitar medidas cautelares en el contencioso-administrativo es la necesidad de ponderar el interés público implicado con la necesidad de la protección cautelar. Esto pone en sus justos términos principios como los de ejecutividad y ejecutoriedad del acto administrativo, ya que impide que el procedimiento cautelar sea resuelto sin observar el interés general y que, en todo caso, en función de la magnitud e importancia del interés involucrado, se entre a examinar la exigencia de ejecutar el acto administrativo pese a la eventual incidencia que pueda tener en el ejercicio de los derechos del (los) administrado(s)⁹¹.

Es en mérito a constataciones como las que acabamos de efectuar que hoy a nivel mundial tiende a plantearse la exigencia de contracautela como un requisito de ineludible cumplimiento para la ejecución de cualquier medida cautelar. Con ello se evitan distorsiones como la que lamentablemente se produjo en el Perú en la década de los ochenta, época en donde el uso abusivo de medidas cautelares sin contracautela afectó terriblemente la credibilidad del Amparo peruano. Como seguramente bien se recordará, en esa época, una equivocada identificación de los conceptos «*contracautela*» y «*fianza*» llevaron a que, supuestamente para evitar cargar con responsabilidades adicionales al demandante, no se le exigiera contracautela a la hora de solicitar una medida cautelar, desconociendo así que la garantía suficiente a la cual se denomina contracautela puede incluso ser una caución juratoria.

Comenzaron entonces en ese contexto a plantearse una serie de Amparos, ya no para conseguir la tutela de los diferentes derechos funda-

91 Véase sobre el particular CHINCHILLA MARIN, CARMEN. *Los criterios de adopción de las medidas cautelares en la nueva ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa*. En: CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, MANUEL. *Medidas cautelares en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 35.

Por otro lado, el tema del contenido y límites de los derechos, así como el de los alcances del concepto de «ponderación» y la pertinencia de su uso son materias del máximo interés y relevancia. Sin embargo, su estudio con el detalle que se merece desafortunadamente va bastante más allá de lo previsto para el desarrollo del presente trabajo, materia que hemos abordado en otros textos y a la cual volveremos en próximos trabajos.

mentales, sino para, mediante la utilización de medidas cautelares sin exigencia de contracautela, retrasar el cumplimiento de obligaciones contraídas con anterioridad. Frente a este inadecuado uso de las medidas cautelares en el Amparo peruano, el remedio resultó peor que la enfermedad, ya que en ese caso se optó por desnaturalizar ese tipo de medidas cautelares, rompiendo el principio *in audita pars* y concediendo apelaciones con efecto suspensivo⁹².

El tiempo ha pasado, pero en el Perú lamentablemente no parece haberse aprendido la lección de lo ocurrido, pues a la hora de regular el proceso contencioso-administrativo, medio procesal a través del cual debieran ahora canalizarse buena parte de los casos que antes se resolvían mediante Amparo, se insiste en habilitarle un amplio elenco cautelar (lo cual indudablemente anda muy bien) sin exigir ante esos casos contracautela para la ejecución de las eventuales medidas a tomar, aspecto que sí puede originar más de un problema. El riesgo de que suceda con el contencioso-administrativo peruano algo similar a lo ocurrido hace unos años con el Amparo se presenta entonces como una posibilidad desgraciadamente muy factible. Esperemos entonces se tomen a tiempo algunas necesarias previsiones legislativas o jurisprudenciales para evitar que ese riesgo logre finalmente materializarse.

Veamos en cambio qué es lo actualmente previsto en España al respecto. Su Tribunal Constitucional, en la sentencia 166/1998, del 15 de julio de ese año, ha dicho que: «*Por imperatividad del precepto, el cumplimiento del acto acordando la medida cautelar será de manera inmediata; es decir, sin tardanza ni obstáculo dilatorio. En breve tiempo. Lo cual significa, además, que si se hubiera impugnado el auto, sea mediante recurso de apelación sea mediante el de casación, de los arts. 80.1a) o de los 87.1.b) y 91.1 y 2, el cumplimiento del auto no se suspende; porque la interposición del recurso únicamente produce el efecto devolutivo y no el suspensivo*»⁹³.

Por otro lado, y a diferencia del caso peruano, en España, su Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa sí ha previsto en su art. 133° la

92. Una explicación sobre los alcances de estos cambios y sus repercusiones la encontramos en nuestro artículo: *El nuevo proceso contencioso-administrativo peruano: ¿Principio del fin de nuestro amparo alternativo?*. En: Normas Legales. Tomo 319, volumen II, Trujillo, diciembre 2002, p. 1 y ss; materia que retomamos en nuestro libro «Jurisdicción Constitucional...», Op. Cit., especialmente p. 251 y ss.

93. Sentencia citada por AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, ANTONIO. Op. Cit., p. 786.

posibilidad de adoptar medidas de contracautela para evitar o paliar los perjuicios que pudieran derivarse de la adopción de una medida cautelar, siendo la caución una de ellas⁹⁴. Las formas de caución admitidas, según nos da cuenta la doctrina española, son todas aquellas toleradas en derecho, esto es, la metálica, personal, bancaria, pignoratícia, valores mobiliarios, fondos públicos, etcétera⁹⁵. Evidentemente, y como no podía ser de otra manera, la caución debe fijarse de manera proporcional a los eventuales daños y perjuicios que la aplicación de la medida cautelar decidida pudiera generar.

9. APUNTES SOBRE LAS SENTENCIAS EN LOS PROCESOS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS. EL EVENTUAL CONTENIDO DE LAS SENTENCIAS ESTIMATORIAS

a) Lo previsto en el caso peruano

Cuando hablamos de sentencia nos estamos refiriendo a aquella resolución mediante la cual el juzgador emite su pronunciamiento final respecto de la pretensión o pretensiones que le fueren planteadas dentro de un proceso, sea a través de la demanda, o en su caso, de lo que aquí en el Perú denominamos reconvencción⁹⁶.

Ahora bien, en tanto y en cuanto son diversas las pretensiones que pueden plantearse en un proceso contencioso-administrativo, son múltiples las posibilidades de acción con las que cuenta aquella sentencia que declare fundada la demanda. Ello permite entender, sobre todo en el especial supuesto de un proceso contencioso-administrativo que se reclama de plena jurisdicción (donde el objeto del proceso es finalmente el procurar una cabal tutela para los derechos fundamentales de los administrados), como en el Derecho Comparado se suele permitir al juzgador en este tipo

94. Contrariamente a lo que algunos pudieran pensar, las medidas de contracautela en el caso español actualmente no se reducen a la caución, como sí ocurría en la Ley de 1956 de dicho país. Sobre el particular puede revisarse lo señalado por Bacigalupo, Mariano. *Op. Cit.*, p. 193-194; RODRÍGUEZ-ARANA, JAIME. *Op. Cit.*, p. 222-224; entre otros.

95. AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, ANTONIO. *Op. Cit.*, p. 785.

96. Y es que en rigor conceptual, lo previsto por ejemplo en el Código Procesal Civil peruano es una contrademanda antes que una reconvencción. Sin embargo, y como bien ha reconocido el principal promotor de dicha norma actualmente vigente, Juan Monroy Gálvez, se ha mantenido esta denominación por ser aquí convencionalmente más aceptada y conocida en el Perú.

de procesos emitir una sentencia que no se ciña exactamente a lo formalmente pretendido por las partes, admitiendo una lectura más flexible del principio de congruencia procesal que aquella que, por ejemplo, podemos encontrar en un proceso civil.

Expresión de esa línea de pensamiento es la salida frecuentemente prevista en el Derecho Comparado de habilitar a un juez a declarar la nulidad total de un acto administrativo sobre el cual únicamente se había pedido deducir su nulidad parcial, y viceversa, siempre y cuando con ello no se vulnere el derecho de defensa (y se deje en situación de indefensión) a aquel que pudiera verse afectado con una declaración de nulidad total inicialmente no solicitada. Esa aplicación del principio *Iura Novit Curia* había sido asumida por los autores del Proyecto de Ley, pero no fue finalmente acogida por el Congreso de la República, pues si revisamos el primer inciso del art. 38° de la Ley N° 27584, allí se 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 [...]»(el subrayado es nuestro).

Consideramos que esta postura es un error, el cual puede en el futuro tener repercusiones si comienzan a tramitarse a través del contencioso-administrativo asuntos hoy abordados mediante Amparo.

Y junto a la equivocación aquí cometida, la disposición que venimos analizando deja sin resolver otra inquietud de innegable relevancia: la de si un juez del contencioso-administrativo puede declarar la nulidad de un acto administrativo por razones distintas a las que fuesen invocadas por las partes en conflicto. Nosotros creemos que, en estricta aplicación del principio *Iura Novit Curia*, dicha posibilidad sí debiera ser admitida⁹⁷

La lógica restrictiva del primer inciso del art. 38° de la Ley 27584 es afortunadamente dejada de lado en otros apartados del mismo dispositivo que venimos analizando. Así por ejemplo, si lo que está en juego es el restablecimiento o reconocimiento de dicha situación jurídica, aun cuando esas medidas no hayan sido pretendidas o planteadas en la demanda (en este sentido el segundo inciso del mismo art. 38° de la Ley).

97. En el mismo sentido PRIORI, GIOVANNI. Comentarios a la Ley del Proceso Contencioso Administrativo. Ara, Segunda edición, Lima, junio 2002, p. 249.

Por otro lado, el juzgador del contencioso-administrativo podrá ordenar el cese de aquella actuación material no sustentada en acto administrativo alguno, adoptando para ello cuanta medida sea necesaria para obtener la efectividad de la sentencia (art. 38°, inciso tercero). Creemos que aquí, también en aplicación del principio *Iura Novit Curia*, no es indispensable que esas medidas hayan sido planteadas o pedidas por las partes.

Mención especial merece aquí el tema de la determinación de una eventual indemnización por daños y perjuicios. Y es que si revisamos los incisos tercero y cuarto del antes citado art. 38° de la ley, el juez de la sentencia que declare fundada la demanda podrá poner en conocimiento del Ministerio Público el incumplimiento en el cual incurra la Administración frente a algunas de sus decisiones (cese de ciertas actuaciones materiales o fijación de plazo para que la Administración realice una actuación a la cual estaba obligada) para el inicio del proceso correspondiente, así como para la determinación de los daños y perjuicios que resulten de dicho incumplimiento.

Ello ha permitido a algunos autores sustentar que, a pesar de lo dispuesto en el art. 26 de la Ley N° 27584, es posible plantear una pretensión de indemnización por daños y perjuicios en el proceso contencioso administrativo peruano⁹⁸. Reafirmándonos en que consideramos un error lo prescrito en el art. 26° de la Ley del Contencioso-Administrativo peruano, solamente nos queda añadir que, mientras no exista una reforma legislativa en este tema, indudablemente la línea que jurisprudencialmente se asuma en este punto va a tener una relevancia fundamental, resultando muy conveniente manejar un criterio más bien amplio al respecto.

b) Lo recogido en el escenario español

En el caso español, todo lo relativo a la sentencia se regula en la Sección Octava: «Sentencia», del Capítulo I («Procedimiento en Primera o Única instancia»), el Título IV («Procedimiento contencioso-administrativo»), en los artículos 67° al 73°.

De establecerse un paralelo entre la normativa hoy derogada y la Ley 29/1998, las novedades que la ley actual plantea se encuentran referidas a dos puntos centrales. En primer lugar, la ley hoy vigente otorga la posibilidad de extensión de los efectos de la sentencia a personas distintas de las

98. Ésta es, entre otros, la posición asumida por PRIORI, GIOVANNI. Op. Cit., p. 250.

partes que se encuentren en situación idéntica que ellas, de encontrarnos ante una sentencia firme en materia de personal o tributaria. Por otro lado, y ello más como innovación en lo referente a ejecución de sentencias, otorga al acuerdo de conciliación judicial la misma fuerza que una sentencia para ejecución forzosa, con lo cual garantiza su carácter ejecutivo, y asimismo hace más expeditiva su ejecución de no producirse el cumplimiento voluntario.

El juez cuenta con cierto margen de acción al definir el contenido de la sentencia que emanará del proceso contencioso-administrativo. Ello explica la existencia de diversos tipos de pronunciamientos pasibles de reflejarse en una sentencia, conforme señala la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en los num. 1 y 2 del art. 68°. En ella el juez podrá resolver declarando la inadmisibilidad de la demanda, la estimación o desestimación del proceso y pronunciarse sobre las costas.

Necesario precisar, sin embargo, que cuenta con un plazo de diez días para el dictado de la sentencia en la que se decidan sobre las cuestiones controvertidas en el proceso, tal como lo estipula el art. 67° de la ley española. No obstante ello, se le faculta para que, de apreciar que no podrá dictar sentencia dentro del plazo indicado, señale una fecha posterior en la procederá al dictado de la misma, debiendo notificar a las partes de esta modificación, previsiones que deberían ser tomadas en cuenta en el caso peruano.

El art. 70° de la Ley 29/1998 establece los supuestos de estimación y desestimación de la demanda planteada en el escenario contencioso administrativo. Así, estipula que la sentencia desestimaré el recurso cuando se ajusten a Derecho la disposición, acto o actuación impugnados. Por el contrario, lo estimará cuando la disposición, la actuación o el acto incurrieran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder.

Un tema que también entra a regular este artículo es el de la desviación de poder, delimitando los alcances de este concepto. Este debe entenderse como el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico⁹⁹.

99. Esos son los alcances que atribuye a dicho concepto de «desviación de poder» el art. 70°, num. 2, segundo párrafo.

En el caso de estimar la demanda, el juez contará asimismo con la posibilidad de declarar que el acto sometido a revisión no se encontraba conforme a Derecho y, en ese supuesto, anular total o parcialmente la disposición o acto recurrido o disponer que cese o se modifique la actuación impugnada¹⁰⁰. Así, en esta ley se mantiene la referencia que ya se hacía en la normativa actualmente derogada respecto a la «conformidad con el ordenamiento jurídico» de la disposición, actuación o acto sometido al proceso contencioso administrativo. Se considera –tanto en la exposición de motivos de la ley ya derogada como en la de la vigente– que circunscribir esta conformidad únicamente a las leyes implicaba perder de vista que lo jurídico no se limita a las disposiciones escritas, sino que se extiende a los principios y a la normatividad inmanente en la naturaleza de las instituciones¹⁰¹.

El art. 71º de esta ley además entra a precisar los alcances del contenido de la sentencia que estime la demanda ante los diversos actos, disposiciones o actuaciones que hayan sido impugnados en este proceso. En ese sentido, otorga un diferente tratamiento de tratarse de actos que condenen a la Administración a hacer algo, se estimen pretensiones de resarcimiento de daños y perjuicios, se anulen disposiciones generales o se trate de actuaciones discrecionales de la Administración.

Es por ello que, de tratarse del reconocimiento y restablecimiento de una situación jurídica individualizada, se facultará al juez a reconocer la misma y adoptar las medidas que considere necesarias para su pleno restablecimiento¹⁰².

Distinto es el caso de imponerse en la sentencia la realización de una medida consistente en la emisión de un acto o en la práctica de una actuación jurídicamente obligatoria. En ese supuesto, la sentencia podrá además establecer un plazo para que se cumpla el fallo¹⁰³.

De estimarse una pretensión de resarcimiento de daños y perjuicios, la sentencia declarará el derecho a la reparación, y señalará al mismo tiempo

100. Ello es lo planteado en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, art. 71º, num. a.

101. La Exposición de Motivos de la Ley 29/1998 remite en este punto a lo planteado en la Exposición de Motivos de la ley hoy derogada en la medida que ambas normas regulan y conciben este tema de manera similar.

102. En ese sentido lo señalado por la Ley 29/1998, art. 71º, num. b.

103. Ello es lo planteado por el art. 71º, literal c de la ley española que venimos comentando.

al sujeto o entidad obligada a indemnizar, así como la cuantía de la indemnización, de ser esto último solicitado expresamente por el demandante y cuente con suficientes elementos probados para ello. De no contar con estos elementos, sentarán las bases para la determinación de la cuantía, la que será definitivamente establecida durante el período de ejecución de sentencia.

10. LAS PAUTAS PREVISTAS PARA LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS

a) Lo previsto en el caso peruano

Ahora bien, de poco o nada sirve todo lo que hemos revisado si luego no tenemos como asegurar una completa ejecución de las sentencias emitidas en cualquier proceso judicial en general y en un proceso contencioso-administrativo en particular.

Ello tiene especial relevancia y complejidad en los procesos contencioso-administrativos, pues las más de las veces sus sentencias lo que establecen son obligaciones para diversas reparticiones de la Administración pública o para el personal que las conduce o integra, quienes deben realizar actuaciones destinadas a reparar el perjuicio al derecho del particular recurrente que obtuvo fallo favorable. Estamos pues ante un tema tan sensible que justamente en su momento fue el que llevó, en el Perú, a la irregular suspensión de la puesta en vigencia de toda la ley 27584 mediante Decreto de Necesidad y Urgencia, situación por lo menos aparentemente superada con la modificación del texto original de la ley del Contencioso-Administrativo efectuada a través de la ley 27684. Como bien señala un destacado autor nacional:

*«(...) suelen presentarse algunos problemas cuando la parte que debe cumplir lo dispuesto por una sentencia es el Estado o una entidad estatal, pues a menudo incurren en la inejecución del mandato judicial».*¹⁰⁴

A ello habría que añadir, coincidiendo con ese mismo autor, que la actitud administrativa de sistemático incumplimiento de sus obligaciones, sobre todo si ellas implican el pago de una suma de dinero, muchas veces

104. EGUIGUREN PRAELI, FRANCISCO. La inejecución de sentencias por incumplimiento de entidades estatales. Algunas propuestas de solución. En: *Ius et Veritas*, N° 18. Lima, p. 96.

lamentablemente ha buscado ser justificada y hasta fortalecida, recurriendo para ello a normas y conceptos de los más diversos, destacando nítidamente entre esa argumentación la alegación de limitaciones de carácter presupuestal o la inembargabilidad de algunos bienes del Estado¹⁰⁵.

Los dos argumentos a los cuales acabamos de referirnos son conceptualmente débiles, pues frente a la primera alegación bastaría con tener una previsión presupuestal razonable para atender debidamente este tipo de requerimientos. Esta suerte de justificación ha sido en su caso expresamente descartada por la jurisprudencia española, pues si bien reconoce que al ejecutar sentencias se encuentran en tensión dos principios constitucionales (la seguridad jurídica y la legalidad presupuestaria), establece claramente que la armonización de ambos no lleva indefectiblemente a que el principio de legalidad presupuestaria deje sin contenido a un derecho que la Constitución reconoce y garantiza: el derecho a la tutela judicial efectiva. Por lo tanto, en ningún caso el principio de legalidad presupuestaria puede justificar que la Administración posponga la ejecución de las sentencias más allá del tiempo necesario para obtener, actuando con la diligencia debida, las consignaciones presupuestarias en el caso de que éstas no hayan sido previstas¹⁰⁶.

En lo referente al segundo argumento, necesario es anotar, tal como lo señaló el Tribunal Constitucional peruano en una de sus sentencias, que la inembargabilidad de ciertos bienes estatales solamente es constitucionalmente posible si dichos bienes son de dominio público, necesarios para asegurar el cumplimiento de los fines asumidos como propios del aparato estatal¹⁰⁷. Es más, y como bien indica ese pronunciamiento del supremo intérprete de nuestra Constitución, nada debiera impedir la ejecución forzosa de una sentencia contra los bienes estatales de uso privado¹⁰⁸.

105. Revisar al respecto EGUIGUREN PRAELI, FRANCISCO. *Idem*.

106. Esto responde a lo planteado por el Tribunal Constitucional español en la sentencia 32/1982, con fecha 7 de junio de ese año.

107. En este sentido la sentencia recaída ante lo planteado en el Expediente número 006-96-I/TC de «Acción» de Inconstitucionalidad con sentencia del 30 de enero de 1997, publicada en el Diario Oficial «El Peruano» el 7 de marzo de ese mismo año.

108. Tomando entonces ahora en cuenta lo planteado en España, el Tribunal Constitucional de ese país se ha pronunciado también sobre este punto, en el caso de un ente local que, amparándose en el privilegio de inembargabilidad que se atribuía a sus bienes «en general», persistía en el incumplimiento de una sentencia que lo condena al pago de una suma líquida de dinero. En ese sentido, ese alto Tribunal estableció que si esta «inembargabilidad» recayera efectivamente no sólo sobre los bienes demaniales o comunales,

Sin embargo, esa posición ha sido tradicionalmente resistida por diferentes gobiernos existentes en nuestro país. Una serie de medidas o actitudes fueron tomadas tratando de evitar que el Estado cumpla con la obligación judicialmente establecida de que pague ciertas sumas de dinero. Estas idas y venidas finalmente devinieron en la ya mencionada modificación del texto original de la Ley N° 27584 y la consagración de una nueva formulación para el art. 42° de la norma que regula el proceso contencioso-administrativo en el Perú, modificación introducida a través de la Ley N° 27684.

La pauta ahora vigente para la ejecución de las obligaciones de dar suma de dinero parte de señalar como responsable de su cumplimiento al titular del Pliego Presupuestario en donde se generó la deuda, para a continuación establecer los procedimientos a seguir en estos casos. La norma que venimos analizando se cuida también en anotar como, en cualquier caso, el personal que debe hacer cumplir estas resoluciones está prohibido de calificar el contenido o los fundamentos de esos pronunciamientos, restringir sus efectos o interpretar sus alcances, bajo responsabilidad civil, penal o administrativa.

La lectura del nuevo texto del art. 42° de la ley, y sobre todo, la de su cuarto inciso, deja abierta la posibilidad de iniciar procedimientos de ejecución forzosa contra bienes estatales de dominio privado. Sin embargo, habría que cotejar lo allí dispuesto con lo previsto en el art. 2° de la Ley N° 27684, el cual dispone volver a darle vigencia a dos normas que claramente impiden esa posibilidad de ejecución. Una contradicción realmente inaceptable, que legislativa o jurisprudencialmente debe ser superada cuanto antes.

El art. 40° de la ley peruana sobre el Proceso Contencioso Administrativo, señala que la potestad de hacer ejecutar las sentencias y demás resoluciones judiciales corresponde exclusivamente al Juzgado o Sala que conoció el proceso en primer grado o instancia. En caso de que la ejecución corresponda a una Sala, ésta designará al Vocal encargado de la ejecución de la resolución.

sino también sobre los bienes de carácter patrimonial pertenecientes a las entidades locales no afectos a un uso o servicio público, se estaría contraviniendo el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho subjetivo a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes. En ese sentido se encuentra lo establecido por el Tribunal Constitucional Español en su sentencia 166/1998 del 15 de julio de ese año.

El art. 41° numeral uno de la ley que venimos comentando dispone además que, de conformidad con lo establecido en el inciso 2) del art. 139° de la Constitución Política y el art. 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 éstos 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.

Finalmente, el numeral dos del artículo al que venimos haciendo referencia añade que el responsable del cumplimiento del mandato judicial será la autoridad de más alta jerarquía de la entidad, la cual podrá comunicar por escrito al Juez qué funcionario será encargado en forma específica de la misma, o, dicho en otras palabras, quien asumirá las responsabilidades prescritas en el inciso antes comentado. Ahora bien, y sin perjuicio de lo señalado, el Juez peruano competente podrá identificar al órgano responsable dentro de la entidad y otorgarle un plazo razonable para la ejecución de la sentencia.

b) Lo plasmado en la normativa española

En el caso español, el tema de la ejecución de sentencias requiere una primera precisión: para que la sentencia del contencioso administrativo sea ejecutada requiere haber adquirido carácter ejecutivo. Ello se produce, como regla general, cuando dicha sentencia es firme: es decir, cuando se han agotado todas las instancias en las que la decisión es pasible de ser cuestionada, o en el supuesto que ella no haya sido impugnada en los plazos previstos y haya quedado consentida. Sin embargo, esta regla cuenta con dos excepciones:

- Las sentencias que, aun no siendo firmes, tienen fuerza ejecutiva, supuesto que se da cuando se admiten los recursos en un solo efecto y cuando se acuerde la ejecución provisional.
- Las sentencias que, siendo firmes, carecen de fuerza ejecutiva, como aquellas recurridas en revisión o en amparo cuando así lo acuerden los Tribunales que conocen de los recursos¹⁰⁹.

109. Esto conforme a lo señalado por el art. 1803° de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en el caso del recurso de revisión) y art. 56° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (para el proceso de amparo). Los alcances de estas excepciones son esbozados por GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS. Op. Cit., p. 609.

Por su parte, las disposiciones de la ley española 29/1998¹¹⁰ señalan, en su art. 103º, numeral uno, que la potestad de hacer ejecutar las sentencias y demás resoluciones judiciales corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales de este orden jurisdiccional, y su ejercicio compete al que haya conocido el asunto en primera o última instancia. Sin embargo, se alega que atribuir esta potestad de manera exclusiva al tribunal de lo contencioso-administrativo implica excluir toda competencia de las Administraciones Públicas que hubieran dictado la disposición o el acto que ha sido anulado y que se encuentran obligadas por tanto a satisfacer los derechos del ciudadano recurrente que obtuvo sentencia favorable¹¹¹. Se entiende en base a ello que hoy el numeral tres de la disposición en comento prescriba que todas las personas y entidades públicas están obligadas a prestar la colaboración requerida por los Jueces y Tribunales de lo Contencioso Administrativo para la debida y completa ejecución de lo resuelto.

En este tema se encuentra vigente el principio de especificidad del mandato judicial, previsto tanto en la ley peruana como en la española. En el caso peruano, el art. 39º de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo se señala que, sin perjuicio de lo establecido en el art. 122º de nuestro 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 España en cambio, su Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en el art. 103º, numeral dos, dispone que las partes están obligadas a cumplir las sentencias en la forma y términos que en éstas se consignen. De no producirse este cumplimiento por la Administración en los propios términos fijados en el fallo, sin alterar su contenido ni su sentido, se estaría violando el derecho a la tutela judicial efectiva e incluso atentando contra el Estado de Derecho¹¹². Se impone entonces un deber

110. Hasta la vigencia de esta ley, la atribución de juzgar y ejecutar lo juzgado era una mera competencia formal de los tribunales, implicando más bien un impedimento para las intromisiones de los demás poderes públicos. Esta apreciación es realizada por *Ibid.*, p. 649.

111. Esto responde al planteamiento de ANTONIO AGÚNDEZ FERNÁNDEZ. *Op. Cit.*, p. 652.

112. Estas afirmaciones responden a lo planteado por el Tribunal Constitucional en sentencias como la 67/1984, del 7 de junio de ese año, 125/1987 del 15 de julio, 167/1987 del 28 de octubre, entre otras.

de cumplimiento de las resoluciones a los organismos u órganos de la Administración pública¹¹³.

Es posible sin embargo que, ante la sentencia emitida, se produzca un retraso de la Administración para proceder a su cumplimiento. La jurisprudencia española ha establecido que ello no constituye una causa suficiente para modificar el sentido del fallo, pues si bien el derecho a la tutela judicial implica el cumplimiento de lo resuelto sin dilaciones, también exige que este cumplimiento se produzca en sus propios términos. Así, frente a este retraso los tribunales pueden utilizar los mecanismos que les otorga la propia ley para hacer efectivo el pronto cumplimiento de la sentencia, incluso haciendo efectivas las responsabilidades a que hubiere lugar, pero sin contar con una eventual facultad de modificar el sentido del fallo¹¹⁴.

Esta ejecución del fallo en sus propios términos no impide el que pudieran concurrir algunos supuestos que impliquen la imposibilidad de ello se produzca y que admiten una sustitución por equivalente, es decir que permiten que la Administración vea atenuado su deber de cumplimiento de las resoluciones, supuestos cuyos alcances inmediatamente pasaremos a explicar.

Antes de entrar al análisis de estos supuestos, es preciso entender los alcances de esta imposibilidad de cumplimiento de las sentencias en los términos que ella establece. La jurisprudencia española ha establecido que esta imposibilidad debe entenderse en el sentido más restrictivo y estricto, con un carácter más bien absoluto; esto es, absoluta imposibilidad física o clara imposibilidad jurídica de incumplir el fallo. Agrega además que no hay otra interpretación posible, por ser un básico fundamento del Estado de Derecho instaurado por la misma, el cumplimiento escrupuloso, íntegro y estrecho de las sentencias judiciales en sus propios términos, garantizan-

113. Ello es lo señalado por VEGA LABELLA, JOSÉ IGNACIO. *Ejecución de Sentencias*. En: Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998, Título IV, Capítulo IV, Aranzadi, Navarra, 1998, p. 851-852. Asimismo, se establecen diferencias entre este deber de cumplimiento de las resoluciones que corresponde a las partes en el proceso y el deber de los terceros ajenos a la litis (sean éstos otros organismos u órganos públicos o personas privadas) de prestar su colaboración a los órganos jurisdiccionales para que se produzca este cumplimiento. Ello también es establecido por el Tribunal Constitucional Español en sentencias como la 67/1984 de 7 de junio, 167/1987 de 28 de octubre y 992/1989 de 22 de setiembre, entre otras.

114. En este sentido lo planteado en la sentencia del 7 de abril de 1997, 3068, entre otras.

do así la seguridad jurídica¹¹⁵. Es así que ella se encuentra sometida a un control judicial, el cual incide en un doble ámbito. En primer lugar, controla la causa de imposibilidad para verificar si ella efectivamente existe o, de lo contrario, el órgano jurisdiccional debe ordenar la inmediata y exacta ejecución del fallo en sus propios términos. Asimismo, se encarga de controlar el modo en que ha de producirse el cumplimiento de la sentencia de concurrir alguna causal de imposibilidad¹¹⁶.

Los supuestos de excepción en que no se produce el cumplimiento del fallo en sus propios términos son solamente dos: la imposibilidad material o legal de ejecución y la existencia de causas de utilidad pública o de interés social.

Respecto a la imposibilidad material, ésta se produce cuando no puede restaurarse la situación del bien o derecho reconocido en el fallo, porque han sucedido circunstancias que lo impiden. El ejemplo clásico para este supuesto es el caso de un inmueble destruido tras la emisión de un acto administrativo que lo ordenaba al indicar que se encontraba en estado ruinoso¹¹⁷. Debe tratarse de supuestos de imposibilidad física de cumplir con la prestación debida. Además, la imposibilidad ha de ser sobrevenida, ya que si la prestación fuese originariamente inviable la obligación sería nula. Es la situación fáctica posterior a la sentencia la que impide observar lo que sí sería exigible al iniciarse el proceso¹¹⁸.

Nos encontramos más bien ante un supuesto de imposibilidad legal¹¹⁹ cuando el ordenamiento jurídico, con motivo de la producción de un evento vinculado con el objeto del fallo, coloque la decisión judicial en pugna con él mismo. Este evento puede producirse por el mero transcurso del tiempo, actos jurídicos voluntarios o, incluso, un cambio de legislación que «legaliza» la situación irregular contemplada en la sentencia o que es opuesta a la efectividad de los derechos reconocidos en la sentencia. Debe tra-

115. Así se plantea en el auto del 16 de julio de 1991, 6335.

116. Los alcances de este control judicial son esbozados en VEGA LABELLA, JOSÉ IGNACIO. *Op. Cit.*, p. 867-868.

117. Sobre lo planteado en relación con la imposibilidad material, revisar lo señalado por AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, ANTONIO. *Op. Cit.*, p. 664.

118. En ese sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional español en la sentencia 58/1983, de 29 de junio, y más propiamente en su fundamento jurídico número dos.

119. Para dilucidar los alcances de este supuesto recogemos lo planteado por VEGA LABELLA, JOSÉ IGNACIO. *Op. Cit.*, p. 867, AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, ANTONIO. *Op. Cit.*, p. 867 y GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS. *Op. Cit.*, p. 614.

tarse además de un supuesto sobrevenido, al igual que en el caso de la imposibilidad material. Ahora bien, esta imposibilidad legal no puede entenderse como circunscrita a los estrictos términos de la legalidad formal, sino que este concepto debe comprenderse como de una exigibilidad más amplia, la cual implica un respeto a todo el ordenamiento jurídico del Estado que en particular estemos haciendo referencia, constituyéndose así más bien en un supuesto de imposibilidad jurídica¹²⁰. Esta imposibilidad legal tampoco puede ser comprendida como un equivalente a la ilegalidad de la decisión judicial firme. En realidad, lo que caracteriza a estos supuestos es que en ellos la sentencia es, desde el punto de vista físico o material, perfectamente ejecutable, si bien el ordenamiento jurídico pueda considerar imposible que se lleve a efecto el fallo en sus propios términos, y ello únicamente se daría en virtud de razones estrictamente legales o jurídicas.

Frente a las causas de utilidad o interés público se alega que ellas también justifican en determinados supuestos la posibilidad de incumplimiento de las sentencias y su secuela indemnizatoria. En esa línea de pensamiento, el art. 18° de la Ley Orgánica del Poder Judicial Español, prevé que sólo por causa de utilidad pública o de interés social pueden expropiarse los derechos reconocidos frente a la Administración pública en una sentencia firme.

Es preciso poner énfasis en un punto: Frente a estos supuestos de imposibilidad de cumplimiento de un modo exacto, fiel y oportuno de las sentencias y demás resoluciones no es que la Administración quede librada de su prestación, sino que debe cumplir con ella en una forma que se considere equivalente.

En relación a este tema, el Tribunal Constitucional español ha establecido que es tan conforme a la Constitución una ejecución en la que se cumple el principio de la identidad total entre lo ejecutado y lo estatuido en el fallo como una ejecución en la que, por razones atendibles, la condena es sustituida por su equivalente pecuniario o por otro tipo de prestación. Desde este punto de vista resulta claro que en su Ley de Enjuicia-

120. En España se considera que al referirnos aquí a un supuesto de imposibilidad jurídica, más que a uno de imposibilidad legal, se abre la posibilidad de que nos encontremos ante este supuesto aun cuando no estemos ante la colisión de un fallo con una norma de rango legal, sino incluso con una de rango inferior a la ley. En ese sentido ver lo señalado por VEGA LABELLA, JOSÉ IGNACIO. Op. Cit., p. 867.

miento Civil, las condenas de hacer y de no hacer –y en algunos casos, la condena de dar cosas específicas– según los artículos 919° y siguientes pueden transformarse, en el trámite de ejecución de la sentencia, en prestaciones de cantidades pecuniarias, sin que pueda decirse que de esta manera se viole la Constitución¹²¹, postura que indudablemente muchos no aceptarán pacíficamente.

Lo que se procede a hacer en estos casos es sustituir la realización de lo mandado en el fallo por una indemnización que mantenga el equilibrio patrimonial del que obtuvo la sentencia favorable, debiendo el tribunal señalar la suma que debe satisfacerse al interesado como resarcimiento de los daños e indemnización de perjuicios resultantes del aplazamiento o la inejecución, de no ser posible atender en otra forma a la eficacia de lo resuelto por la sentencia¹²². Por ello, toda sentencia firme, acertada o no desde el punto de vista jurídico, debe cumplirse exacta y fielmente. Sólo si con posterioridad al fallo se genera algún impedimento se podrá sustituir la sentencia por su equivalente económico.

En el num. 4 del art. 103° de la Ley española que venimos analizando se establece que serán nulos de pleno derecho los actos y disposiciones contrarios a los pronunciamientos de las sentencias que se dicten con la finalidad de eludir su cumplimiento. A fin de que proceda esta nulidad, se exige la concurrencia de dos requisitos: uno objetivo y uno subjetivo. El primero de ellos dispone que debe tratarse de actos o disposiciones contrarios al fallo. El requisito subjetivo demanda más bien que dichos actos de ejecución hayan sido dictados a fin de eludir el cumplimiento de la sentencia¹²³.

Y es que los actos y disposiciones de ejecución participan de una naturaleza mixta. Si bien son administrativos por su origen, aparecen indefectiblemente ligados al fallo judicial. Son actos y disposiciones debidos, en los que la voluntad administrativa queda relegada a un segundo plano. Si además la Administración se encuentra sujeta al imperio de

121. Revisar en ese sentido lo planteado en la sentencia 58/1983, de 29 de junio, fundamento 2.

122. Ello responde a los pronunciamientos de la jurisprudencia española en diversos autos y sentencias como el del 22 de marzo de 1988 o el Auto del 18 de marzo de 1994, 2181, así también la sentencia del 1 de marzo de 1988, 1764, entre otros.

123. Coincidimos así en líneas generales con lo planteado por VEGA LABELLA, JOSÉ IGNACIO. Op. Cit., p. 854.

la ley, y son a su vez los Jueces y Tribunales quienes la aplican e interpretan, resulta lógico que en el fruto de la decisión judicial vincule a la Administración al igual que lo haría cualquier ley regular, incurriéndose si existiese contravención a lo dispuesto por el o los juzgadores competentes, en nulidad de pleno Derecho. El procedimiento a seguir para, solamente de ser necesario, conseguir una declaración de nulidad se promueve con el planteamiento de la cuestión en fase de ejecución, sin requerirse la iniciación de un nuevo proceso, siendo el órgano jurisdiccional competente, conforme al numeral cinco del artículo que venimos analizando, aquél a quien corresponda la ejecución de la sentencia quien procederá a ello a instancia de parte, salvo que careciese de competencia para ello conforme a lo dispuesto en dicha Ley.

Por último, debe anotarse cómo en el art. 104º, num. 1 de la Ley 29/1998 se indica cómo en España, luego que ya sea firme una sentencia, se comunicará en el plazo de diez días al órgano que hubiera realizado la actividad objeto del recurso, a fin de que, una vez acusado recibo de la comunicación en idéntico plazo desde la recepción, se lleve a cabo lo dispuesto en el fallo en su puro y debido efecto y practique lo que exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo y en el mismo plazo indique el órgano responsable del cumplimiento de aquél.

Es preciso señalar cómo, por lo menos formalmente, no existe ninguna limitación para la ejecución forzosa frente al incumplimiento de la Administración en España. Sin embargo, se buscará que en primer lugar, la parte procesalmente condenada debe cumplir voluntariamente el fallo. Por ello, vencido el plazo de cumplimiento voluntario de la resolución judicial (regulado en el art. 104º.1 de la Ley) y sólo en caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso, cualquiera de las partes o persona afectada podrá poner en marcha la ejecución forzosa. Así, los juzgados y tribunales pueden desplegar sus facultades ejecutivas, ya no limitadas exclusivamente a la adopción de medidas indirectas.

11. LOS MEDIOS IMPUGNATORIOS PREVISTOS

a) Notas sobre lo plasmado en el caso peruano

La toma de decisiones que debe efectuar cualquier juez es una tarea que, como toda obra humana, admite diversas perspectivas e incluso la posibilidad de incurrir en error. Frente a estas opciones (perspectivas diferentes o presunción de que se hayan cometido errores, sean éstos *in proce-*

dendo o *in iudicando*¹²⁴) es que se establece la existencia de medios impugnatorios a través de los cuales podrá pedirse la revisión de lo ya resuelto, para así rectificarlo o eventualmente ratificarlo.

El proceso contencioso administrativo peruano tiene entonces establecidos una serie de medios impugnatorios, mecanismos mediante los cuales se va a buscar la revisión de decisiones jurisdiccionales tomadas con anterioridad. En tanto y en cuanto lo impugnado sea una resolución, se hablará de recursos. En el Perú, los medios impugnatorios previstos dentro del trámite de los procesos contencioso-administrativos son exactamente los mismos recursos recogidos en el Código Procesal Civil: reposición, apelación, casación y queja.

Ahora bien, no olvidemos que en el Perú, la reposición, de acuerdo con lo previsto por la doctrina y el art. 32º.1 de la Ley N° 27584, es el medio por el cual buscamos que el mismo juez de la causa revise y revoque o rectifique los decretos que en algún momento emitió. Ya que estamos efectuando un paralelo con lo previsto en España al respecto, se hace necesario tener presente que el Tribunal Supremo español limita la utilización de este recurso, pues ha establecido que los actos de trámite, que son aquellos que no deciden directa ni indirectamente el fondo del asunto y son los que se encuentran contenidos en los decretos, sólo pueden ser impugnados de manera autónoma si determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento administrativo, ya que lo contrario supondría para el administrado la más absoluta indefensión¹²⁵.

Por otro lado, la apelación es el medio utilizado para impugnar aquellos autos o sentencias en los cuales se alega el haber incurrido en algún error. La ley del contencioso administrativo peruano establece sin embargo algunas puntuales excepciones a esta afirmación general, apuntando que no procederá la apelación en aquellas sentencias impugnables mediante casación o excluidas de esa posibilidad por convenio entre las partes. Asimismo, no procederá la apelación de los autos en los cuales la ley expresamente descarte esa posibilidad. Y ya pasando a la casación, se señala que este recurso procede contra las sentencias expedidas en revisión por las

124. Errores *in procedendo*, como todos bien sabemos, son las equivocaciones que se cometen en el seguimiento de los procedimientos o procesos prescritos para conseguir u obtener algo. Los errores *in iudicando* apelan más a confusiones o yerros en la comprensión del o de los problemas de fondo sometidos al conocimiento del juzgador.

125. En ese sentido lo establecido en la sentencia del 20 de junio de 1991, 5292.

Cortes Superiores, o contra los autos expedidos por las Cortes Superiores que, en revisión, ponen fin al proceso (en este sentido el tercer inciso del art. 32° de la Ley).

Sin embargo, necesario es anotar que dos son los temas vinculados al tratamiento dado en el Perú al recurso de casación que nos preocupan. El primero de ellos es el haber establecido que solamente procede una casación si la cuantía del acto impugnado sea superior a setenta unidades de referencia procesal. Nada se dice si procedería el recurso si el acto impugnado es de cuantía difícil de determinar o abiertamente indeterminable. Coincidimos entonces con quienes, apostando a una mayor y mejor tutela de los derechos, señalan que en caso de duda siempre sería preferible darle trámite a la casación solicitada¹²⁶.

Junto a esta preocupación va otra: como bien se recordará, las disposiciones inicialmente previstas sobre qué jueces eran competentes para ver estos procesos fueron modificadas a través de la Ley N° 27709. Ello ha llevado a que existan procesos contencioso-administrativos que se inicien en las Cortes Superiores y sean vistos en segundo grado o instancia por la Corte Suprema.

Frente a este tipo de situaciones, la misma Ley N° 27709, norma publicada en el Diario Oficial «El Peruano» el 26 de abril del año 2002, señalará que la Sala Civil de la Corte Suprema resuelve en apelación, y la Sala Constitucional en casación, si fuera el caso. Aún cuando son comprensibles los argumentos mediante los cuales se sustenta iniciar en Corte Superior los contenciosos planteados en contra de resoluciones tomadas por órganos colegiados dentro de la Administración, tomando en cuenta el impulso que ahora puede alcanzar la interposición de procesos contencioso-administrativos, no deja de preocuparnos, tal como ya se había anotado en otro apartado de este texto, la eventual sobrecarga de trabajo que esta alternativa puede generar a nivel de la Corte Suprema de Justicia de la República, precisamente en momentos donde se insiste en fortalecer su labor casatoria.

Dos últimas anotaciones sobre el recurso de casación en el Perú. En lo referente a las causales para su interposición, en el caso peruano son exactamente las mismas previstas en el Código Procesal Civil (aplicación indebida o interpretación errónea de una norma de derecho material o de la doctrina jurisprudencial; inaplicación de una norma de derecho material o de

126. PRIORI, GIOVANNI. Op. Cit., p. 227.

la doctrina jurisprudencial; o contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, o infracción de las formas esencial para la eficacia y validez de los actos procesales). Por otro lado, se señala que las decisiones adoptadas en casación por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República constituirán doctrina jurisprudencial en materia contencioso-administrativa, doctrina jurisprudencial que podrá ser dejada de lado por otros órganos jurisdiccionales siempre y cuando se presenten circunstancias particulares en el caso que conocen, debiendo además motivar suficientemente las razones por las cuales se apartan de la doctrina jurisprudencial.

Aún cuando no parece tenerse clara la diferencia entre doctrina jurisprudencial y precedente vinculante¹²⁷, lo cierto es que la conformación de la «doctrina jurisprudencial» en los procesos contencioso-administrativos no se da en los mismos parámetros que los previstos en el Código Procesal Civil, pues para la Ley N° 27584 basta con el acuerdo de la Sala Constitucional y Social para que se genere aquello que en la lógica del Código Procesal Civil es consecuencia de acuerdos de Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República.

Importante es anotar como en el contencioso-administrativo peruano, al igual que en el Código Procesal Civil de nuestro país, queja es el medio impugnatorio previsto contra las resoluciones que deniegan el recurso de apelación o casación, o lo conceden con efecto distinto del solicitado.

Aquí, también en el mismo sentido que el planteado en el Código Procesal Civil peruano, se buscará que el superior jerárquico garantice nuestro derecho al recurso, el cual indebidamente puede estar siéndonos recortado por quien en rigor debió concederlo, instancia cuya resolución estamos cuestionando.

b) Lo recogido por la normativa española

En el caso español, en principio, es improcedente incoar un nuevo proceso –previo agotamiento de la vía administrativa– para impugnar aquellos

127. Y es que en rigor conceptual la doctrina jurisprudencial no tiene el efecto vinculante que sí tiene el precedente. El error en el cual en su momento incurrió el Código Procesal Civil es al parecer también reproducido por la Ley que hoy regula el proceso contencioso-administrativo en el Perú. Una buena explicación sobre las diferencias existentes entre ambos conceptos la encontramos en HERRERA, RICARDO. *Función Jurisdiccional*. Lima, Academia de la Magistratura, 2000, sobre todo p. 74 y ss.

actos dictados por la Administración, contraviniendo lo dispuesto en una sentencia firme. Lo que procede es plantear la nulidad de éstos ante el Tribunal que emitió la sentencia en el proceso contencioso-administrativo. Se ha establecido, incluso jurisprudencialmente, que es improcedente plantear un nuevo recurso contencioso-administrativo para someter a revisión lo que ya está fallado definitivamente¹²⁸. Sin embargo, esta regla general ha sido atenuada por la propia jurisprudencia admitiendo la impugnación autónoma cuando surjan cuestiones que por su entidad exijan un nuevo contencioso, y cuando el acto de ejecución se desvíe de la parte resolutoria de la sentencia al tener vicios en él¹²⁹.

Por ello, se cuenta con algunos recursos en el escenario español a fin de impugnar lo resuelto en un proceso contencioso administrativo.

En primer lugar, uno de los recursos que puede ser deducido es el recurso de apelación. Éste, al igual que en el caso peruano, se presenta a fin de que el superior jerárquico pueda revisar lo resuelto en primer grado o instancia. Ahora bien, el recurso de apelación no tiene carácter universal; es decir, no toda materia es susceptible de ser revisada ante los Tribunales Superiores de Justicia Español. Se aducen al respecto dos razones principales: el hecho que la Constitución no exige la doble instancia en todo tipo de procesos, y el tratar de descargar a estos tribunales de conocer también en segunda instancia de los asuntos de menor entidad, contribuyendo así a librarlos un poco de la carga procesal con la que cuentan¹³⁰.

En ese sentido, procede precisar cuándo nos encontramos ante materias de «mayor trascendencia», conforme al calificativo que les otorga la Exposición de Motivos de esta ley. Para tenerse presente cuáles serían los elementos necesarios, deberían tratarse de asuntos con una cuantía suficiente¹³¹; que no hayan sido resueltos en cuanto al fondo (a fin de garanti-

128. En ese sentido lo planteado por la sentencia del 12 de marzo de 1996, 2558.

129. A ello responde lo señalado por las sentencias del 2 de Diciembre de 1986, 8098 y del 6 de Diciembre de 1986, 9101.

130. Esas son las razones a los que alude la Exposición de Motivos de la Ley 29/1998 al delimitar el ámbito y extensión de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

131. La cuantía a la que alude el art. 81º asciende a tres millones de pesetas. Ahora bien, la Exposición de Motivos de esta Ley alude -aun cuando lo hace a propósito de la casación- a las razones que motivan el establecimiento de cuantías más altas y la elevación de las que ya se habían establecido para los recursos. En ese sentido, alegan que aun cuando esta medida puede ser considerada rigurosa, es necesaria a fin de reducir la abrumadora

zar el derecho a la tutela judicial efectiva); que tengan o cuenten con procedimientos de protección de los derechos fundamentales, sin perderse de vista que ante litigios entre Administraciones o al resolver la impugnación indirecta de disposiciones generales, se faculta a hacer uso de este recurso¹³². El trámite de este recurso se inicia con su interposición ante el propio juzgado que hubiere dictado la sentencia de primer grado o instancia, contando para ello con un plazo de 15 días¹³³. Ahora bien, dicho recurso es admisible con ambos efectos, suspensivo o inmediato¹³⁴.

Es posible asimismo la interposición de las denominadas «apelaciones especiales», que facultan a la apelación de los autos dictados por los Juzgados de lo Contencioso-administrativo y los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo en procesos de los que conozcan en primera instancia, de tratarse, entre otros, de aquéllos que pongan término a la pieza separada de medidas cautelares, o aquéllos recaídos en ejecución de sentencia. Así también si son los que declaran la inadmisión del proceso contencioso-administrativo o hagan imposible su continuación.¹³⁵

El recurso de casación español, si bien guarda ciertas semejanzas con el peruano, tiene caracteres que los diferencian sustancialmente. En primer lugar, conviene aquí resaltar las particularidades de los diversos tipos de recurso de casación en España: el recurso de casación ordinario, recurso de casación para la unificación de la doctrina y el recurso de casación en interés de la ley e incluso se permite su interposición contra autos.

carga de trabajo que pesa sobre la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo (en el caso de la casación). Si bien en muchos casos ello elimina la posibilidad de contar con una doble instancia (o reduce las posibilidades incluso de recurrir la resolución en un primer momento, agregaríamos nosotros), es preferible a permitir el «agravamiento progresivo» de la carga procesal a niveles mayores de los de por sí altos hoy existentes. De no tomar este tipo de medidas a fin de reducir la carga procesal, los efectos generados serían mucho más terribles, pues se correría el riesgo de alargar la resolución de los recursos ya pendientes llegando así a una total incompatibilidad con el derecho existente a una «justicia efectiva». Ello se refiere a lo planteado en la Exposición de Motivos de la Ley 29/1998 al delimitar el ámbito y extensión de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

132. Ello es lo señalado en el art. 81º de esta Ley, tema que es también explicado en la exposición de motivos.
133. Para precisar lo referente al trámite de este recurso, revisar lo planteado a lo largo del art. 85º de la Ley 29/1998.
134. Esto es lo que establece el art. 83º, num. 1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.
135. Así se establece en el art. 80º, num. 1 de la Ley 29/1998.

El órgano competente para conocer de estos recursos difiere si de lo que se trata es de una casación ordinaria o de otras modalidades de casación. Así, las Salas de lo Contencioso Administrativo de los Tribunales Superiores conocerán del recurso de casación para la unificación de la doctrina o aquél en interés de la ley; mientras el recurso de casación ordinario es susceptible de ser conocido por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo.

Entremos ahora a analizar el recurso de casación denominado por algunos ordinario. Éste procede, por regla general, contra las sentencias dictadas en única instancia por la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional y las emitidas por las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia¹³⁶. Sin embargo, esta regla general admite algunas excepciones. En primer lugar, las sentencias que se refieran a cuestiones de personal al servicio de las Administraciones Públicas, salvo que afecten al nacimiento o a la extinción de la relación de servicio de funcionarios de carrera. Asimismo, aquéllas recaídas en asuntos con una cuantía que no excede de veinticinco millones de pesetas, excepto cuando se trate del procedimiento especial para la defensa de los derechos fundamentales, en cuyo caso procederá el recurso cualquiera que sea la cuantía del asunto litigioso. Lo mismo puede decirse de las resoluciones emitidas en el procedimiento para la protección del derecho fundamental de reunión a que se refiere el art. 122º y las referidas a materia electoral¹³⁷.

Otro de los supuestos que habilita a la interposición de este recurso de casación es el de poder impugnar las sentencias de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia que declaren nula o conforme a Derecho una disposición de carácter general¹³⁸.

Es preciso señalar que las sentencias que encajen en los supuesto antes señalados y sean, por tanto, susceptibles de casación, sólo serán recurribles en casación si los fundamentos para la interposición de este recurso recaen en temas relacionados con la infracción de normas de Derecho estatal o comunitario europeo que sean relevantes y hasta determinantes para la configuración del fallo recurrido, debiendo haber sido invocadas estas nor-

136. Esto es lo señalado por el art. 86º, num. 1 de la ley española que venimos comentando.

137. Estas excepciones se ven plasmadas en el art. 86º, num. 2 de la Ley 29/1998.

138. Esto es lo estipulado por el art. 86º, num. 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa Española.

mas oportunamente en el proceso o haber sido consideradas por la Sala que emitió la sentencia¹³⁹.

Esta ley incluso hace mayores precisiones al respecto al establecer los motivos en los que debe fundarse este recurso a fin de ser admitido. Entre estos motivos se enuncia el abuso, exceso o defecto en el ejercicio de la jurisdicción; la incompetencia o inadecuación del procedimiento; el quebrantamiento de las formas esenciales del proceso por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que, en este último caso, se haya producido indefensión para la parte; la infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate. En este último caso, el Tribunal Supremo podrá integrar en los hechos admitidos como probados por el Tribunal de instancia aquéllos que, habiendo sido omitidos por éste, estén suficientemente justificados según las actuaciones, y cuya toma en consideración resulte necesaria para apreciar la infracción alegada de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia, incluso para los casos de desviación de poder. Así también por infracción de las normas relativas a los actos y garantías procesales que produzca indefensión, lo que sólo podrá alegarse cuando se haya pedido la subsanación de la falta o transgresión en la instancia, de existir momento procesal oportuno para ello¹⁴⁰.

Este recurso puede ser declarado inadmisibile en algunos supuestos¹⁴¹. Es así que se establece que ello se producirá de apreciarse que no se han observado los requisitos de trámite exigidos o que la resolución impugnada no es susceptible de recurso de casación. Cabe también este tipo de pronunciamientos si el motivo o motivos invocados en el escrito de interposición del recurso no se encuentran comprendidos entre los que antes fueron señalados.

Resulta destacable el que no parezca respetarse en esta norma –por lo menos en el caso del recurso de casación– el principio de «iura novit curia», pues, de no citarse las normas o la jurisprudencia que se consideran infringidas, o aun contando con estas citas, si ellas no guardan relación con las cuestiones en debate, el recurso podrá ser declarado inadmisibile.

139. Así lo señala el art. 86º, num. 4 de la Ley 29/1998.

140. Este es lo que establece el art. 88º de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa Española.

141. Los supuestos a los que hacemos referencia se ven plasmados en el art. 93º, num. 2 de la ley española que regula el proceso contencioso-administrativo.

Este recurso también podrá ser declarado inadmisibile en el caso que sea necesario haber pedido la subsanación de la falta y no hay constancia de que esto se haya hecho. Así también si se hubieren desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales o si el recurso presentado carece manifiestamente de fundamento.

Una causal interesante de admisibilidad es aquélla que se refiere al supuesto de fundar el recurso en la infracción de las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia aplicable al caso. En este caso, de apreciarse que el asunto carece de interés casacional por no afectar a un gran número de situaciones o no poseer el suficiente contenido de generalidad, se faculta a la declaración de inadmisibilidad.

El recurso de casación destinado a lograr la unificación de la doctrina podrá interponerse contra las sentencias dictadas en única instancia por las Salas de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia cuando, respecto a los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación y, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos¹⁴². En el caso que se declare fundado el recurso, casará la impugnada y resolverá el debate planteado, valiéndose para ello de pronunciamientos ajustados a Derecho, modificando las declaraciones efectuadas y las situaciones creadas por la sentencia recurrida. El fin que persigue este recurso es garantizar una cierta predictibilidad para los justiciables y coherencia entre los diversos pronunciamientos emitidos. No obstante ello, los efectos que este recurso y su eventual estimación produzcan en ningún caso afectarán a las situaciones jurídicas creadas por las sentencias precedentes a la impugnada¹⁴³.

El recurso de casación en interés de la ley se plantea contra las sentencias dictadas en única instancia por los Jueces de lo Contencioso-administrativo y las pronunciadas por las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional que no sean susceptibles de los recursos de casación antes explicados. Dichas sentencias podrán ser impugnadas por la Administración pública territorial que tenga interés legítimo en el asunto, por las Entidades o Corporaciones

142. El recurso de casación para la unificación de la doctrina es una materia regulada por esta ley en el art. 96º, num. 1.

143. El tema de los efectos de lo resuelto en casación para unificación de la doctrina es contemplado por el art. 98º de la Ley 29/1998.

que ostenten la representación y defensa de intereses de carácter general o corporativo y tuviesen interés legítimo en el asunto, por el Ministerio Fiscal y por la Administración General del Estado, cuando estimen que la resolución dictada es errónea, y además, vulnera el interés general¹⁴⁴.

Debe recordarse también que el recurso de casación no se circunscribe a la impugnación de sentencias, sino que también procede ante algunos autos¹⁴⁵. Ello es factible en el caso de tratarse de autos que declaren la «inadmisión» de la demanda destinada a iniciar un proceso contencioso-administrativo o hagan imposible la continuación de un proceso en trámite. Así también frente a aquéllos que pongan término a la pieza separada de suspensión o de otras medidas cautelares, o en el supuesto de encontrarnos ante autos recaídos en ejecución de sentencia, siempre que resuelvan cuestiones no decididas de manera directa o indirecta en dicha sentencia o contradigan los términos de la misma. Incluso puede recurrirse a la casación contra aquellos autos referidos a la extensión de los efectos de la sentencia en materia tributaria y los casos de suspensión de la tramitación del proceso.

Mención aparte merece el tema de la impugnación de aquellos autos que hayan sido dictados en el caso de las medidas cautelares para asegurar el recurso de casación que también admiten la procedencia de esta «casación contra autos». Indudablemente este mecanismo es muy importante, pues con la dación de estas medidas cautelares las partes pueden asegurar los resultados de la casación interpuesta, solicitando la ejecución provisional de lo resuelto previamente. Para la ejecución estas medidas cautelares siempre se exigirá la constitución de una caución o contracautela a fin de evitar que con la dación de las medidas cautelares se pueda perjudicar a la parte que finalmente termine siendo favorecida con la sentencia que resuelva este recurso. Incluso se lleva esta afirmación mucho más allá pues se establece que de producir esta ejecución provisional, mediante la concesión de la medida cautelar, situaciones irreversibles o causar perjuicios de difícil reparación, ésta será denegada.¹⁴⁶

Necesario es anotar aquí cómo en España se plantea la existencia de dos recursos que no cuentan con un equivalente en el caso peruano. El primero de ellos es el recurso de súplica. Éste procede contra las providen-

144. Esto es lo establecido en el art. 100º num. 1 de la ley española que venimos comentando.

145. El tema de la casación contra autos es tratada en el art. 87º de la Ley 29/1998.

146. El tema de las medidas cautelares para asegurar el recurso de casación es tratado en el art. 91º de la Ley 29/1998.

cias y los autos no susceptibles de apelación o casación y no cuenta con efecto suspensivo pues aún con su interposición se ejecutará la resolución impugnada. Sin embargo, se faculta al órgano jurisdiccional que conoce de este recurso para que, de oficio o a instancia de parte, suspenda la ejecución. Es necesario precisar además que este recurso no es susceptible de ser interpuesto contra las resoluciones expresamente exceptuadas del mismo en esta Ley, ni contra los autos que resuelvan los recursos de súplica, los de aclaración y las solicitudes de revisión de diligencias de ordenación. El plazo para interponerlo será de cinco días computados desde el siguiente al de la notificación de la resolución impugnada¹⁴⁷.

El segundo de los recursos regulados en la ley española, mas no en la peruana¹⁴⁸, es el recurso de revisión. Este se produce a fin de -como su nombre lo indica- efectuar una revisión de una sentencia firme en algunos supuestos. Así, se faculta a la interposición de este recurso si después de pronunciada la sentencia se lograsen conocer documentos decisivos para resolver la controversia vista por la judicatura ordinaria, pero que no fueron aportados en su momento por fuerza mayor o por acciones llevadas a cabo por la parte en cuyo favor se hubiera dictado esta sentencia. Asimismo, procede si la sentencia se hubiera fundado en documentos falsos, declarados o reconocidos por una de las partes como tales tiempo después del dictado de la sentencia. También, en el caso de haberse valido de ciertos testimonios como fundamento para la sentencia, y posteriormente haber sido condenados quienes los emitieron al discutir la falsedad del testimonio dado en dichas declaraciones. Así también, de haberse dictado dicha sentencias mediando cohecho, prevaricación, violencia o alguna otra maquinación fraudulenta¹⁴⁹. Las precisiones sobre su trámite remiten a la Ley de Enjuiciamiento Civil, aun cuando conserva ciertos matices¹⁵⁰.

147. Este recurso es regulado en el art. 79º de la Ley del proceso contencioso-administrativo española.

148. Una especie de recurso de revisión es el denominado «proceso de nulidad de cosa juzgada fraudulenta», el cual es susceptible de ser interpuesto de producirse colusión entre las partes o una de ellas y el juez dentro del proceso o utilizando al mismo como mecanismo para producir dicho fraude.

149. Estos son los supuestos a los que hace alusión el art. 102º, num. 1 de la Ley 29/1998.

150. Algunos de estos matices se ven reflejados al plantearse que sólo se producirá celebración de vista cuando lo pidan todas las partes o la Sala lo estime necesario. Asimismo, el recurso de revisión en materia de responsabilidad contable sólo procederá en los casos

12. ANÁLISIS SOBRE LA ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA DE LOS RECURSOS EN PERÚ Y ESPAÑA

En cualquier caso, los diferentes recursos a los cuales hemos hecho referencia deben cumplir algunos requisitos de admisibilidad o procedencia. En el Perú, éstos en principio son los mismos previstos en el Código Procesal Civil, y más propiamente en sus artículos 357°, 358°, 365°, 367°, 390° y 392°.

Por otro lado, y buscándose así que por una cuestión menor y fácil de remediar no resulten perdiéndose o perjudicándose las pretensiones de las partes involucradas, la misma Ley N° 27584, en nuestra opinión con acierto, dispone que el Juez o la Sala competente, en el caso en el que el recurrente no acompañe la tasa respectiva o consignase un monto inferior al que corresponde, deberá otorgarle a dicho recurrente un plazo no mayor de dos días para que subsane la deficiencia en la cual se hubiese incurrido.

En el caso español, no se aluden a requisitos de admisibilidad aplicables a todos los recursos. Por ello, consideramos que serán de aplicación los mismos requisitos de admisibilidad que, según la Ley 29/1998, corresponden a la admisión de la demanda que inicia el proceso contencioso-administrativo, así como los que enuncie adicionalmente la Ley de Enjuiciamiento Civil para la procedencia de una demanda dentro de cualquier proceso.

Los recursos deben interponerse ante el mismo Juzgado (o Sala) que resolvió la sentencia o auto que se intenta impugnar, quienes se encargan de evaluar los requisitos de admisibilidad o «admisión» y de cumplirlos los remiten ante el superior jerárquico¹⁵¹. Dicho grado o instancia superior, tras una evaluación de las materias impugnadas según la naturaleza y los márgenes de valoración que se atribuye al juez en cada recurso, se encuentra facultado para pronunciarse a favor de la estimación o desestimación del mismo.

establecidos en la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas. En general, lo referente a su trámite –con la remisión a la Ley de Enjuiciamiento Civil y a la de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas– se encuentra regulado en los num. 2 y 3 del art. 102° de la Ley 29/1998.

151. En el recurso de casación, ello presenta matices diferentes. En ese sentido, conforme lo señala el art. 93° num. 1 de la Ley 29/1998, una vez interpuesto el recurso, se remitirá lo actuado al Magistrado ponente para que se instruya y someta a la deliberación de la Sala lo que haya de resolverse sobre la admisión o inadmisión del recurso interpuesto.

No obstante lo antes enunciado, en relación con algunos recursos sí se presentan requisitos específicos de admisibilidad. Así, por la propia naturaleza de los recursos y los supuestos habilitantes para acudir a ellos es que se plantean algunos requisitos adicionales de admisibilidad. Para ilustrar lo señalado, podemos reseñar el caso del recurso de casación de unificación de la doctrina, al cual sólo se puede acudir cuando aun de tratarse de hechos, fundamentos y pretensiones similares (la ley les atribuye la característica de «sustancialmente iguales»), se hubieran emitido pronunciamientos distintos y sólo respecto de determinados tipos de sentencias. De no cumplirse con estos parámetros, este recurso no sería admitido.

Además, al regularse algunos de los recursos sí se plantean de manera explícita requisitos necesarios para su admisión. Eso es lo que sucede, por ejemplo, en el caso del recurso de casación en el cual se plantean determinados supuestos en que se faculta al juez para declarar la inadmisión al no alegar, por ejemplo, alguno de los motivos que deben sustentar todo recurso de casación, o haberse previamente desestimado otros recursos «sustancialmente iguales», entre otros enunciados en el art. 88º de la ley española. Consideramos estos supuestos referidos a la admisión de la casación como aplicables para todo recurso de casación, y no solo para aquél denominado ordinario.

Ahora bien, analizado el tema de los recursos, podemos constatar que se presentaría la misma confusión conceptual que antes habíamos reseñado: algunos requisitos considerados de admisibilidad lo serían más bien de procedencia, al ser aquéllos que permiten la existencia de una relación jurídico-procesal válida y no referidos a mero trámite, como sucedería si fueran en estricto requisitos de admisibilidad. Sin embargo, de igual manera su cumplimiento sería imprescindible a fin de facultarse al juez a efectuar una evaluación sobre el fondo.

En síntesis, nos encontramos ante un escenario que ofrece ciertos límites al derecho que ostenta todo justiciable de contar con pluralidad de instancia, límites que deben perseguir parámetros mínimos de razonabilidad a fin de no dilatar excesivamente los procesos y tampoco dejar en indefensión al eventual recurrente de una resolución desfavorable a sus intereses.

Ahora bien, en el caso español, debe darse una mirada dentro de lo previsto para cada uno de los recursos a los cuales ya hemos hecho mención para encontrar una eventual referencia a algunos elementos para evaluar una eventual admisibilidad y procedencia de los mismos. Algunos ejemplos sobre el particular los podemos encontrar en disposiciones como el

segundo inciso del art. 93º, los incisos primero y segundo del art. 97º o el tercer inciso del art. 100º. Lo no previsto específicamente en disposiciones como ésta y otras normas con un sentido similar que recoge la ley 29/1998 y sus modificatorias debemos buscarlo en las normas supletoriamente aplicable a estos casos en particular.

13. BALANCE SOBRE LA REGULACIÓN HOY DADA AL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO EN EL PERÚ Y ESPAÑA, LA CONVENIENCIA DE ALGUNOS CAMBIOS URGENTES

Lo expuesto entonces demuestra cómo el contencioso-administrativo peruano ha tenido mejoras cualitativas en función al anterior tratamiento que se le había proporcionado. Sin embargo, y sobre todo, si tomamos en cuenta como a partir de la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional el proceso contencioso-administrativo peruano puede constituirse en el canal habitual para la tutela de los derechos de los administrados frente a la actuación de la Administración, encontramos en la regulación actualmente proporcionada al contencioso-administrativo en el Perú una serie de limitaciones para que pueda cumplir la importante labor tuitiva que ya le corresponde y aquella otra que le parece le irá a corresponder.

Si a ello le añadimos la poca familiaridad de los jueces y abogados peruanos con estos temas, y la ausencia de juzgadores suficientes para ver este tipo de casos, considero que todavía existen situaciones que debieran ser inmediatamente enfrentadas y resueltas. Caso contrario, nos espera un escenario muy poco favorable para los justiciables, y para la misma legitimidad y consolidación del Estado Constitucional en el Perú, con todos los riesgos que ello pudiese acarrear. Lo previsto en España al respecto, así como lo desarrollado doctrinaria y jurisprudencialmente en dicho país resulta sin duda muy aleccionador para marcarnos, por lo menos en ciertos temas, un derrotero acerca de lo que puede y conviene hacerse al respecto, así como sobre lo que en rigor sería recomendable evitar o desde ya configurar una respuesta. Ojalá las comparaciones y acotaciones que aquí hemos efectuado, muy a despecho de sus ostensibles limitaciones, resulten especialmente útiles en ese sentido.