

QUINCE AÑOS DE LA LEY DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO: ALGUNOS ASPECTOS DE SU REGULACIÓN EN EL PERÚ*

FIFTEEN YEARS OF THE CONTENTIOUS-ADMINISTRATIVE PROCESS LAW: SOME ASPECTS OF ITS REGULATION IN PERU

Entrevista a Giovanni Priori Posada**
Pontificia Universidad Católica del Perú

In this interview, the interlocutor examines the contentious-administrative process, answering questions related to its historical origin, the changes it has experimented and the impact that generates its use in the reality.

Furthermore, the interlocutor analyzes specific questions, such as the referred to the problematic of the precautionary measures, whether the contentious-administrative process is an equally satisfactory route in comparison with the amparo process, and the measures that Judicial Power is entitled to impose to the Administration.

KEY WORDS: Contentious-Administrative Process; Public Administration; Judicial Power.

En la presente entrevista, el interlocutor examina el proceso contencioso administrativo, respondiendo a cuestiones relativas a sus orígenes históricos, los cambios que ha sufrido y el impacto que genera su utilización en la práctica.

Asimismo, el interlocutor analiza cuestiones más específicas, como las referidas a la problemática de las medidas cautelares, si el proceso contencioso administrativo es una vía igualmente satisfactoria respecto del amparo, y las medidas que puede imponer el Poder Judicial a la Administración.

PALABRAS CLAVE: Proceso Contencioso Administrativo; Administración Pública; Poder Judicial.

* La presente entrevista fue realizada por el Consejo Editorial de THÉMIS-Revista de Derecho el día 8 de julio de 2016. Las preguntas fueron elaboradas por el Consejo Editorial de THÉMIS-Revista de Derecho.

** Abogado. Magíster por la Università degli Studi di Roma Tor Vergata. Profesor en la Facultad de Derecho y en la Escuela de Post grado de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Árbitro de la Cámara de Comercio de Lima y de la Cámara de Comercio Americana del Perú (Amcham). Socio de Priori & Carrillo Abogados. Contacto: gpriori@pc-abogados.com.

1. ¿Cuáles son los orígenes del proceso contencioso administrativo y cuál es la función para la cual fue creado? ¿Considera que dicha función ha cambiado desde su creación hasta la actualidad?

Creo que hay que responder esa pregunta desde dos perspectivas: desde el punto de vista histórico, remontándonos a sus orígenes, y para el Perú, desde el momento en el que se dio la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo¹.

Históricamente, el proceso contencioso administrativo surge en un momento en el que –de un lado– había la necesidad de controlar el ejercicio del poder de la Administración, pero –de otro lado– se proclamaba el principio de separación de poderes de manera casi absoluta (la revolución francesa). El origen está vinculado con la necesidad de control de la legalidad del acto administrativo, en un momento en el que se anunciaba al principio de legalidad como el gran principio ordenador del Estado (a fines del siglo XVIII).

Hoy, en el siglo XXI, las cosas han cambiado: el principio de legalidad ya no es el principio sobre el cual se estructura fundamentalmente el Estado, sino que ese principio ha sido sustituido por el principio de constitucionalidad debido al fenómeno de constitucionalización del Derecho, y se ha reforzado el principio de control entre los órganos, particularmente en beneficio del control jurisdiccional del poder. Ello, al punto que ya no se le confía solo al Poder Judicial, sino también, por ejemplo, al Tribunal Constitucional. Cuando surge el contencioso administrativo, nadie proclamaba siquiera la existencia de un Tribunal Constitucional.

El control de diversas manifestaciones del poder, incluso hoy, y la importancia del control del poder y la protección de los derechos fundamentales llega a tal punto que se confía esta labor también a organismos internacionales. Entonces, el contexto histórico, político, social y jurídico es radicalmente distinto. Pero, en su esencia, se mantiene aquella idea, conforme a la cual se hace preciso controlar a la Administración; lo que sucede es que ese control tiene unos alcances mayores que el control que originariamente surgió, como idea que dio origen al contencioso administrativo.

También creo que es importante que hagamos una reflexión en el ámbito nacional; esto es: la situación del contencioso administrativo cuando se dio

la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo en el Perú, en el año 2001 –Ley que se trabajó durante los años previos–, es radicalmente distinta a la situación de hoy. Casi quince años después de la Ley, este contencioso administrativo pensado como uno de plena jurisdicción, no se diseñó para una situación en la cual se iba a dar una explosión de órganos reguladores a través de los cuales se brinda, de manera distinta, tutela administrativa a distintos derechos.

Entonces, considero que la importancia del contencioso administrativo actualmente es mayor en la medida en que la ley que tuvimos en el año 2001, si bien fue innovadora pues buscaba la protección de los derechos de los ciudadanos, ha quedado insuficiente para las necesidades del contencioso administrativo de hoy.

2. Desde la dación de la Ley 27584, Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, este proceso ha pasado a tener una regulación especial, diferente a la general, contenida en el Código Procesal Civil. ¿Considera que ello fue un cambio necesario para lograr los fines que busca el proceso contencioso administrativo?

Sí, fue necesario e indispensable, porque el Código Procesal Civil dedicaba tan solo una norma² al contencioso administrativo y además tenía una concepción de este proceso como una mera revisión de legalidad, con lo cual, en esos diez años de vigencia de la regulación del Código Procesal Civil respecto del contencioso administrativo, creo que el balance fue que el contencioso administrativo no servía para proteger a los ciudadanos.

Entonces, era indispensable no solamente tener una regulación *ad hoc* del contencioso administrativo, sino también concebirlo de manera diferente; y eso solo se logró con la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo. Este contencioso de plena jurisdicción supuso una mirada radicalmente distinta a lo que históricamente se había trabajado en el Perú.

3. Teniendo en cuenta factores como la intervención del Ministerio Público en este tipo de procesos, ¿considera usted que el proceso contencioso administrativo podría ser considerado como una vía igualmente satisfactoria con relación a los requisitos para acceder al proceso constitucional de amparo?

¹ Ley 27584, publicada el 07 de diciembre de 2001, y posteriormente refundida en el Texto Único Ordenado aprobado por Decreto Supremo 013-2008-JUS.

² Artículo 540, hoy derogado por la Ley 27584.

El proceso contencioso administrativo es la vía para proteger al ciudadano frente a la Administración; es la vía ordinaria, y del modo en que está regulado en el Texto Único Ordenado de la Ley, es una vía efectiva, en la medida que –de un lado– permite el planteamiento de pretensiones en plena jurisdicción, y –de otro lado– permite el planteamiento de medidas cautelares de manera amplia. Además, es un proceso de trámite relativamente sencillo.

Entonces, es la vía ordinaria y es una vía, en términos generales, que puede otorgar una protección adecuada a los ciudadanos. Tiene algunas disposiciones que restan cierta eficacia, como, por ejemplo, el tratamiento a la prueba, pero en líneas generales, creo que el balance es positivo.

Al ser la vía ordinaria, es una vía prevista naturalmente como el proceso para defender al ciudadano frente a la Administración, pues, en líneas generales, es efectivo. Recordemos además que hay situaciones especiales de contencioso administrativo; por ejemplo, cuando se discute el contenido esencial del derecho a la pensión, que tiene una vía particularmente especial, de trámite sumario para la defensa de los ciudadanos.

En la comparación del proceso contencioso administrativo con el de amparo, yo creo que el contencioso administrativo termina ganando, a pesar de las deficiencias, porque las pretensiones que pueden plantearse en un contencioso administrativo son mayores a las que pueden plantearse en un amparo. Por ejemplo, la indemnización, que no puede ser planteado en un amparo pero sí en el contencioso administrativo. Si alguien quiere una verdadera satisfacción de los derechos violados por efecto de un acto de la Administración, el proceso contencioso administrativo estaría en condiciones de dar una satisfacción mayor que la que el amparo permite.

Además, la demora del proceso contencioso administrativo respecto a la del amparo tampoco difiere mucho: el contencioso administrativo demora, pero el amparo también. Su estructura procedimental no es tan diversa, por más que en el contencioso administrativo intervenga el Ministerio Público. A raíz de una de las modificaciones que se le hicieron a la Ley³, el Ministerio Público tiene un plazo para poder opinar, y si no opina dentro de este, tiene que devolver el caso con o sin opinión; ello ha ayudado mucho a que su intervención no incida demasiado en la demora del proceso contencioso administrativo.

En el ámbito de las medidas cautelares, el régimen cautelar del amparo no es tan amplio como en el proceso contencioso administrativo, con un agregado: si uno quiere obtener una medida cautelar contra un Gobierno Regional o Local, es mejor el contencioso administrativo que el amparo, ya que no tiene las restricciones que tiene este último.

Entonces, haciendo un balance, creo que el proceso contencioso administrativo termina ganando, aunque haya situaciones excepcionales para las que el amparo podría resultar mejor. Recordemos además que el contencioso administrativo no solo sirve para controlar la legalidad del acto, sino también su constitucionalidad, con lo cual uno puede: requerir tutela de derechos fundamentales, que se revise la constitucionalidad del acto, obtener indemnización, y medidas de protección de un derecho que en el amparo no necesariamente se pueden conseguir.

Entonces, creo que en el balance del contencioso administrativo, hay cosas que reformar y modificar para hacerlo mejor, pero también creo que se presenta como una vía idónea que permite concebir al amparo como un verdadero proceso residual, que es lo que tiene que ser: para situaciones extremas, donde el contencioso no sea eficaz.

4. Teniendo en cuenta el desequilibrio que existe entre las partes en un proceso contencioso administrativo, encontrándose la Administración en una posición privilegiada frente al administrado, ¿cómo lograr una verdadera igualdad en el proceso que permita una tutela jurisdiccional realmente efectiva?

Lo importante es asegurar que esa desigualdad que existe en el ámbito de la realidad, pueda atenuarse en el ámbito del proceso contencioso administrativo, manteniendo la imparcialidad del juez. Ese es el balance que hay que lograr; es decir, el hecho que nos preocupemos por lograr la igualdad de las partes en el proceso, no quiere decir que debamos establecer reglas para que el proceso termine inclinando la balanza a alguna de las partes, por ejemplo, al particular.

Creo que el verdadero desafío –y que de alguna manera se superó con la Ley del contencioso– consistió en romper los históricos privilegios que tenía el Estado; y el principal logro que tiene la Ley es haber roto el privilegio que tenía el Estado de hacer imposible ejecutar sentencias que ordenaban

³ Realizada mediante Decreto Legislativo 1067, publicado el 28 de junio de 2008.

pagar una suma de dinero. Así, fue un logro histórico de la Ley del contencioso administrativo el haber establecido un procedimiento que, aunque puede mejorarse, permite conseguir la ejecución de sentencias contra el Estado.

Entonces, la manera de lograr ese equilibrio es fundamentalmente rompiendo privilegios y no creándolos. Eso es algo que considero que, en sustancia, se ha hecho. Aún quedan algunos privilegios, particularmente vinculados a medidas de protección en ejecución de sentencia, que creo podrían ser analizados en una reforma legislativa.

5. El artículo 10 del Texto Único Ordenado de la Ley 27584, Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, establece que es competente, según el criterio territorial, a elección del demandante, el juez del lugar de domicilio del demandado o el juez del lugar donde se produjo la actuación materia de la demanda o el silencio administrativo ¿Qué aspectos positivos y negativos tiene esta regulación respecto del demandante?

Esta fue una lucha que nosotros dimos en la comisión que elaboró la Ley del contencioso administrativo. Nosotros habíamos determinado en el proyecto de ley que era competente el juez del lugar del domicilio del demandante, para favorecer el acceso a la jurisdicción de aquél que se vio obligado a demandar al Estado, especialmente pensando en ciudadanos que no residen en Lima y que para demandar a entidades que tienen sede en esa ciudad, tenían que trasladarse hacia la capital, haciendo que esta se convierta en el centro de litigio contra el Estado. Ello, dificultando a los ciudadanos, al tener que ir hasta la capital.

Sin embargo, el Congreso no aprobó esa disposición, lo que creo que significa una restricción al acceso a la justicia. Es curioso, porque en el Código Procesal Constitucional, que se dictó dos años después, sí se estableció la regla que la competencia se fijaba en función del domicilio del demandante, en esa misma lógica de poder facilitar el acceso a la justicia. Yo creo que lo mismo se debería hacer en el contencioso administrativo.

6. ¿Qué problemas presenta la tutela cautelar en el proceso contencioso administrativo? ¿Qué consideraciones se deberían tener en cuenta para lograr su idoneidad en el marco de este proceso?

El hecho que se pueda solicitar en el contencioso administrativo cualquier medida adecuada para regular la eficacia de la decisión definitiva, tal como señala el artículo 39 del Texto Único Ordenado de la Ley⁴, significa que se está dando a las partes un mecanismo potente para poder asegurar la eficacia de la sentencia. Esto es, está dando la posibilidad de pedir cualquier medida cautelar que considere necesaria en atención a las circunstancias de su caso, para resguardarse de la demora del proceso. Sin embargo, dado que tradicionalmente hemos tenido un contencioso administrativo de mera revisión de legalidad del acto administrativo, todavía esa tradición nos sigue pesando ya no en la regulación pero sí en la práctica; se vienen cometiendo muchos errores, a mi juicio, de parte de los magistrados al momento de conceder medidas cautelares.

Me explico: quizá la medida cautelar más solicitada en un proceso contencioso administrativo es la medida que tiene por finalidad requerir que se suspendan los efectos del acto administrativo que es objeto del proceso. Son muchísimas las resoluciones judiciales que rechazan medidas cautelares con cualquiera de estos dos argumentos: “por el principio de presunción de legalidad del acto administrativo, presumo que el acto es legal y por lo tanto no doy la medida”. Al respecto, la pregunta que nos hacemos es: ¿el juez, al momento de evaluar el requisito de verosimilitud, tiene que tener en cuenta el principio de presunción de legalidad o no? Porque si lo tiene siempre en cuenta, entonces el administrado jamás podrá obtener una medida cautelar, salvo que tenga una sentencia favorable. Por eso, yo siempre he sostenido que el juez no tiene que tener en consideración el principio de presunción de legalidad del acto administrativo al momento de decidir si concede o no concede una medida cautelar.

El segundo argumento que se suele construir para rechazar medidas cautelares es: “En este estado del proceso todavía no puedo yo, juez, determinar si tiene o no razón el demandante”, con lo cual, parece ser más bien una excusa o justificación para no dar una medida cautelar, porque es evidente que cuando uno pide una medida cautelar, lo hace antes de que el juez esté plenamente convencido de los hechos, porque se trata de una situación de urgencia.

Resumiendo, creo que el problema no es uno de regulación —aunque, insisto, algunas cosas habrá

⁴ Artículo 39.- “Requisitos

La medida cautelar se dictará en la forma que fuera solicitada o en cualquier otra forma que se considere adecuada para lograr la eficacia de la decisión definitiva [...]”.

que cambiar—, sino que está fundamentalmente en la práctica. Es decir, en cómo empleamos nosotros y cómo leemos los requisitos.

Solo quizá, es importante analizar que en las sucesivas modificaciones que tuvo la Ley desde que se dictó, se incorporó esta idea del interés público. Es decir, cómo puede afectar al interés público la medida cautelar que el particular está solicitando, y no me parece mal que dicho análisis esté dentro de las cosas que el juez tiene que mirar, pero es algo que no debe llevar al juez a rechazar la medida cautelar, sino, eventualmente, a adecuarla en función de un juicio de proporcionalidad; a buscar una medida cautelar idónea para la satisfacción de los intereses del ciudadano que no afecte, en esa medida o en la medida de lo solicitado o en la medida de lo que el juez determine, al interés público.

La medida cautelar es una herramienta fundamental, cuyo problema no está en la norma, sino en la práctica. No está siendo bien usada.

7. ¿Cuáles son las acciones que puede imponer el Poder Judicial a la Administración para reponer los derechos vulnerados del administrado, en caso se declare fundada la demanda? ¿Considera que estos mecanismos con los que cuenta el Poder Judicial son efectivos?

En este punto el Texto Único Ordenado de la Ley es bastante amplio, porque establece que el juez puede, al momento de dictar una sentencia favorable que ampare la pretensión de plena jurisdicción, disponer cuanta medida considere necesaria para poder dar la satisfacción al derecho, con lo cual se regula de manera atípica las medidas que el juez considere que debe establecer para proteger el derecho.

Entonces, esto es algo bien interesante, porque la norma está dando al Poder Judicial una función de buscar qué medida es aquella que el juez considere idónea para poder proteger el derecho del ciudadano, independientemente de que esa medida esté prevista o no en la norma. Esta es la gran innovación que tiene; por supuesto, esto pocas veces se ha usado tan bien.

Aquí lo trascendente es que la cláusula que tiene el juez es abierta; ello, para que sea él quien busque una medida idónea en función de las necesidades del derecho, siempre que haya amparado la demanda y esté dentro de los alcances de aquello que ha sido solicitado; —ojo— no me refiero a la medida en sí, porque la norma incluso permite que

se den medidas no solicitadas en la demanda, sino respecto al derecho y a los sujetos que son partes del proceso.

8. ¿Cuáles serían las modificaciones principales respecto a la regulación del proceso contencioso administrativo en el Perú que considera deberían realizarse?

Hay una que es urgente y fundamental: hay que regular dentro del Texto Único Ordenado de la Ley del proceso contencioso administrativo un capítulo referido al proceso colectivo. Es decir, tiene que haber —actualmente sólo existe una norma relativa a la legitimidad para obrar en materia de protección de intereses difusos— todo un capítulo para que exista una adecuada protección de derechos colectivos, difusos e individuales homogéneos. Esa es una regulación urgente que impulsamos hace un tiempo pero que, lamentablemente, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos no quiso apoyar.

Hoy tenemos miles, decenas de miles, de procesos contenciosos administrativos idénticos en todo el país, y si nosotros tuviéramos regulada de manera adecuada la posibilidad que en un solo proceso los intereses de todos esos procesos se puedan analizar, no solamente descargaríamos el Poder Judicial, sino que también daríamos una respuesta coherente en un solo proceso a las decenas de miles de intereses que son idénticos.

Pero, evidentemente el Estado es el primero que no quisiera tener este proceso, porque sería un arma que los particulares tienen para poder defender eficazmente sus derechos. A pesar de ello, creo que el Estado se va a tener que ver persuadido de hacerlo, porque es mejor que los ciudadanos busquen al proceso como mecanismo para solucionar los problemas colectivos que tienen, que no hacerlo. Ello, porque si no tenemos un proceso idóneo, entonces el reclamo por la protección de estos derechos va a venir con protestas sociales. Lo mejor es tener un mecanismo procesal idóneo para la protección de estos derechos, porque de esta manera también se puede evitar conflictos sociales.

Luego, hay algunos otros detalles; por ejemplo, (i) la prueba, que debería ampliarse; (ii) deberían mejorarse los mecanismos de ejecución de sentencia; (iii) deberían aclararse los presupuestos para las medidas cautelares; y, (iv) debería mejorarse sustancialmente el recurso de casación. Yo creo que esas medidas son, en síntesis, algunas de las que podrían tomarse en una eventual reforma legislativa. 