

Proceso Contencioso Administrativo peruano: evolución, balance y perspectivas

Eloy Espinosa-Saldaña Barrera*

SUMILLA

El presente artículo trata sobre el Proceso Contencioso Administrativo visto desde una perspectiva moderna, con el fin de lograr de manera eficiente y eficaz atender los requerimientos ciudadanos al dar mayor protección a sus derechos. Sin embargo, existen deficiencias que originarán controversias competenciales en sede Contenciosa Administrativa. Por otro lado, el Tribunal Constitucional buscará, a través de una serie de precedentes, incidir en los términos de su relación con el Poder Judicial peruano, ya sea aumentando su margen de actuación revisora de lo incluido en diferentes resoluciones judiciales, o reconduciendo el trámite de algunas pretensiones abordadas mediante procesos constitucionales, con el fin de que estos sean tratados por medios procesales donde el Proceso Contencioso Administrativo adquiere una relevancia singular. Finalmente, se analizará el Decreto Legislativo N° 1067 con el fin de observar si esta normativa proporciona una eficiente respuesta a los importantes requerimientos entonces existentes.

I. Anotaciones preliminares

Hoy ya nadie duda que las Administraciones Públicas, aquel conjunto de instituciones (organismos y órganos), pautas de actuación y personas cuya labor es en principio asegurar que se cumplan los fines que motivan la existencia de cada Estado en particular, en aras de defender el interés general, ejercen importantes cuotas de poder, incidiendo decisivamente en la configuración de la vida social, política, económica o jurídica de su entorno. Y como suele pasar en estos casos, siempre está presente el riesgo de que dichas Administraciones no actúen conforme a derecho y vulnere los derechos fundamentales de algunos ciudadanos.

Se apuesta entonces, primero, por una autocomposición de los conflictos que pudiesen surgir, habilitándose el espacio de los recursos administrativos. Ahora bien, y frente a la posibilidad de no estar conforme con lo resuelto por la máxima instancia competente para conocer la situación controvertida, los administrados tienen abierta la posibilidad de buscar resolver estas

situaciones 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 como medio eficiente y eficaz para atender este tipo de requerimientos.

Justamente en esta lógica de mayor eficacia es que pronto comienza a considerarse como insuficiente la idea de un Contencioso Administrativo de nulidad, concebido como un mero mecanismo de control de la actuación de la Administración mediante la cual no se busca ni se permite el reconocimiento de situaciones jurídicas individualizadas sino, más bien únicamente, la anulación (más no la reforma) del acto impugnado. Y es que ello estaba muy lejos de atender los requerimientos de un Estado Constitucional cada vez más proclive a la judicialización de la actividad estatal, no circunscribiéndose solamente a asegurar la limitación de poder, sino básicamente intentando de esa manera preservar la supremacía de la Constitución y la plena vigencia de los derechos fundamentales.

* Catedrático de Pre y Post Grado en las universidades Pontificia Católica del Perú, Nacional Mayor de San Marcos, de Lima, de Piura e Inca Garcilaso de la Vega. Profesor Principal y ex Director General de la Academia de la Magistratura. Profesor Visitante o Invitado de diversas universidades europeas, latinoamericanas o peruanas. Integrante de, entre otras instituciones, las mesas directivas de las Asociaciones Peruanas de Derecho Administrativo, Derecho Constitucional y Derecho Procesal, así como de la del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional.

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

La Ley N° 27584, o Ley del Proceso Contencioso Administrativo, se presentó entonces como la plasmación de una perspectiva distinta, con un cometido intrínsecamente más valioso que el contencioso de nulidad hasta entonces vigente en el Perú, objetivo que a la vez se facilitaba por ir acompañado de una dinámica procesal más moderna, y por ende, más proclive a consolidar una actuación más célere en la composición de las controversias que podrían sostenerse. Ahora, luego de haber transcurrido más de diez años desde la dación de esta norma, conviene evaluar si en los hechos se cuenta hoy, y dentro de la misma judicatura ordinaria peruana, con un medio procesal que de una manera eficiente y eficaz permita atender los requerimientos ciudadanos de mayor protección de sus derechos frente al cotidiano quehacer de las Administraciones públicas. Y si la constatación que puede luego efectuarse es la de que el cometido buscado no ha sido obtenido, probablemente tengamos así elementos para plantear qué respuestas podemos esbozar para alcanzar dicho objetivo. Pasaré entonces a asumir esta tarea de inmediato.

II. Una primera constatación: Un Contencioso Administrativo entre la consagración de un objetivo loable y su incompleta formulación, sobre todo en lo referido a su dinámica más procesal

2.1 Cuando no hay suficiente claridad en el objeto y las pretensiones a tutelar

Justo es entonces anotar, por lo menos como

un primer elemento de juicio, que la regulación otorgada a este medio procesal, si bien se reclamaba como parte de una perspectiva subjetiva o de plena jurisdicción, no respondía en puridad a esos parámetros, creando así expectativa que luego resulta imposible atender. Como bien puede apreciarse, no todo lo actuado por el administrado frente a la Administración podría ser revisado por un juez en lo Contencioso Administrativo en el Perú. Si, de otro lado, el tratamiento previsto para el desarrollo de actividad probatoria era más bien el propio de un contencioso de nulidad, desafortunadamente puede constatar que estamos ante severas limitaciones a la consecución del objetivo deseado, limitaciones acentuadas por un tratamiento de la dimensión más procesal de lo plasmado con muchas imprecisiones e importantes deficiencias.

Paso entonces a explicitar los alcances del razonamiento que acabo de efectuar: y es que si se observa lo explícitamente previsto en la Ley N° 27584 como su objeto (y que en rigor es su finalidad), y se lo vincula con lo recogido como pretensiones posibles de ser invocadas en estos procesos (artículo 5° de la Ley), bien parecería que estamos ante una dinámica propia de un Contencioso Administrativo de plena jurisdicción. Sin embargo, cuando se pasa a revisar lo previsto en el artículo 4° de la Ley N° 27584 como actuaciones impugnables, ya se encuentran algunas sorpresas.

Fácilmente puede apreciarse que, aunque para muchos la lista consignada en el ya mencionado artículo 4° no debería entenderse como una de carácter taxativo, sin duda alguna hubiese sido conveniente realizar algunas precisiones al respecto. Nada se dice en la Ley, por ejemplo, de la eventual existencia de actos políticos o de discrecionalidad política, y menos aun del posible marco de control jurisdiccional a los mismos. De otro lado, se esperaba expresamente de los casos pasibles de revisión mediante Procesos Contenciosos Administrativos a aquellos en los cuales se podría recurrir directamente a los procesos constitucionales, posibilidad tremendamente amplia si se toma en cuenta el carácter alternativo que en ese momento se le otorgaba a los procesos de Amparo¹, y además, se reconocía la existencia de medios procesales como la acción popular o el proceso de cumplimiento².

¹ Como es de conocimiento general, en base a lo previsto en la anterior Ley peruana de Hábeas Corpus y Amparo, la Ley N° 23506, se habilitaba al ciudadano o ciudadana a no necesariamente agotar las vías judiciales ordinarias existentes antes de acudir a procesos constitucionales como el Amparo, sino a poder optar en cada situación en particular en escoger entre iniciar un proceso constitucional o acudir a un medio procesal ordinario. Por ello se consideraba al amparo peruano como "alternativo", situación que ha variado luego de la entrada en vigencia del código Procesal constitucional. Allí, y fundamentalmente por lo previsto en su artículo 5° inciso 2, se habla del paso a un Amparo "subsidiario" o "residual".

² Con el proceso de Acción Popular se cuestiona la constitucionalidad y legalidad de normas de carácter general pero con grado

Independientemente de cualquier juicio de valor al respecto, indudablemente lo expuesto creaba una situación de incertidumbre sobre cuáles pretensiones podían ser articuladas y resueltas mediante Procesos Contencioso Administrativos y cuáles por otros medios procesales. Y como si esto no fuese suficiente, el imperfecto tratamiento dado a elementos como el de la competencia (territorial o funcional) de los(as) juzgadores(as), y a una serie de aspectos de naturaleza más bien procesal también pondrá lo suyo en poner una cuota de mayor confusión al respecto.

2.2 Los problemas originados por deficiencias en la configuración de la competencia Judicial y sus consecuencias

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.

Al igual que ocurre frente a otros medios procesales, la normativa peruana vigente en materia contencioso administrativa incluye algunas importantes precisiones acerca de la competencia de los jueces que tramitan este tipo de procesos, precisiones más bien vinculadas a los planos territorial y funcional.

En el ámbito territorial se establece que el juez competente para conocer el Proceso Contencioso Administrativo en primera instancia es, a elección del demandante, el juez del lugar del domicilio del demandado o del lugar donde se produjo la actuación impugnada o el silencio administrativo correspondiente (artículo 8° del texto original de la Ley N° 27444, recogido sin mayores cambios en el artículo 10° del Texto Único Ordenado de la Ley).

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), diferentes proyectos de Ley presentados al Congreso habilitaban 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 las normas que vengo comentando, aún cuando jurisprudencialmente en estos últimos años ya se han dado varios pronunciamientos que acogen esa posibilidad.

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

Aquí, luego de la modificación introducida en su momento por la Ley N° 27709, se volvió a los términos originalmente planteados por los autores del proyecto, materializado en la Ley N° 27684, estableciéndose entonces que el juez competente para conocer en primer grado un Proceso Contencioso Administrativo 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 la Corte Superior (o la Sala Civil, si ésta no existiese) y 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 se continúa en el análisis de la normativa que estaba vigente sobre el particular, rápidamente podrá comprobarse como esa regla general admitía muchas e importantes excepciones, ya que si lo impugnado eran 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 los Tribunales de instituciones como el CONSUMOCODE (hoy OSCE) o el INDECOPI, así como los tribunales de los distintos organismos reguladores, será competente en primera 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.

Es más, a la redacción inicial de la Ley N° 27709, posteriormente la Ley N° 28531 será la

inferior a la Ley (decretos, reglamentos), pretensión que en otros contextos bien pudo haber sido canalizada por un Contencioso Administrativo. Con el proceso de Cumplimiento se busca que la Administración cumpla con aquellas obligaciones que la constitución o la Ley le asignan en defensa de los derechos de los administrados. Aquí el punto de contacto con aquello que puede ser visto por un proceso Contencioso Administrativo es a todas luces evidente.

que, además de actualizar alguna denominación (hablando por ejemplo de la Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones), añadirá a la lista de entidades referida en el párrafo anterior, a dos instituciones más: el Tribunal Administrativo de CONASEV, y el Directorio o Comisión de Protección al Accionista Minoritario de esa institución. Eso es también lo actualmente previsto en el segundo párrafo del artículo 11° del Texto Único Ordenado de la Ley.

El razonamiento que impulsa esta distinción es indudablemente interesante y atendible, pues busca que situaciones ya conocidas por una instancia colegiada a nivel administrativo sean vistas también por una instancia colegiada en el escenario jurisdiccional. Es más, es éste precisamente el razonamiento seguido en otros países, razonamiento que permitió justificar la modificación introducida en su momento al texto originalmente aprobado por el Congreso al respecto, texto mediante el cual se establecía que la primera autoridad competente para conocer todo Proceso Contencioso Administrativo era un juez o jueza de primer grado, sea especializado(a) en lo Contencioso Administrativo, o en su defecto, uno(a) mixto o civil.

Ello se hizo más notorio a la luz de lo que sucedió con la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional, gracias al cual muchas materias que antes eran vistas a través de procesos constitucionales de la libertad, ahora se canalizan mediante el Proceso Contencioso Administrativo. Aquello le añadió mayor dificultad al tema de la determinación de la vía procesal a seguir para la tutela de ciertos derechos, ante la falta de criterios establecidos al respecto.

Lo mismo se hacía patente cuando se tomaba en cuenta que la vía procedimental prevista como regla general para el trámite los Procesos Contenciosos Administrativos era la del proceso abreviado de conocimiento, siguiéndose solamente vía proceso sumarísimo de conocimiento los casos que explícitamente estaban previstos en el artículo 24° de la Ley N° 27584³; y además, la actividad probatoria, de acuerdo al artículo 27° de la Ley N° 27584, básicamente se circunscribía a la

actuación de aquello ya visto en el procedimiento administrativo previo⁴; o no permitía atender con cierta flexibilidad las pretensiones que podían plantear las partes involucradas⁵.

Curiosamente entonces se tenía un Contencioso Administrativo con serias limitaciones a su reclamado carácter de plena jurisdicción frente a un escenario de retracción de las materias pasibles de ser vistas por amparo o por proceso de cumplimiento, y lo más grave, sin el establecimiento de criterios claros para dar salida a la difícil situación existente en ese momento. Ante ello, se darán primero algunos pronunciamientos del Tribunal Constitucional, y luego, una importante modificación a la Ley del Proceso Contencioso Administrativo. Ambas actuaciones supuestamente tenían como una de sus motivaciones centrales la de esclarecer cuáles pretensiones debían ser atendidas en sede contencioso administrativa, y cuáles mediante procesos constitucionales. Sin embargo, y cómo se verá de inmediato, aquello desafortunadamente estuvo muy lejos de materializarse.

III. La actuación del Tribunal Constitucional peruano y su incidencia sobre los procesos contencioso-administrativos en nuestro país

En nuestro país, y sobre todo luego de la caída del fujimorismo, los entonces integrantes del Tribunal Constitucional Peruano, entendieron que debían apostar por posesionar a dicha entidad y sus pronunciamientos sobre otros emitidos o por emitirse por otras instituciones o funcionarios (as) públicos. Aquello por cierto se hizo muy claro en lo referido a sus relaciones frente a la judicatura ordinaria nacional, sirviéndose el Tribunal para ello en buena medida de un uso bastante intenso de precedentes vinculantes.

Así pues, y con la dación de una serie de precedentes, el Tribunal Constitucional buscará incidir en los términos de su relación con el Poder Judicial peruano, ya sea aumentando su margen de actuación revisora de lo incluido en diferentes resoluciones judiciales; o, lo que sin duda es más relevante para el tema desarrollado en el presente

³ Pauta reservada para casos vinculados al cese de cualquier actuación material que no se sustente en un acto administrativo o relacionado con el orden dado a la Administración para que efectúe una determinada actuación, actuación a la cual la Administración se encontrará obligada por mandato de la Ley o en virtud de acto administrativo firme.

⁴ Esa era la regla general prevista en el artículo 27° del texto original de la Ley N° 27584, la cual solamente podía ser matizada si el juez o jueza decidía de oficio ordenar la actuación de otras pruebas. El tratamiento procesal dado al tema probatorio contenía además serias imprecisiones en materias como la de la carga de la prueba, explicados con mayor detalle en nuestro "Código Procesal Constitucional, Proceso Contencioso Administrativo y Derecho del Administrado". Lima: Palestra, p. 188 y ss.

⁵ Ver en este sentido nuestro "Código Procesal..." Ibid., p. 195 y ss.

texto, reconduciendo el trámite de algunas pretensiones habitualmente abordadas mediante procesos constitucionales para asegurar que éstas sean tratadas por medios ordinarios de tutela, medios procesales donde el Proceso Contencioso Administrativo (sobre todo si se reclama como de plena jurisdicción) adquiere una relevancia singular.

Tres son los precedentes del Tribunal Constitucional que estarían en línea de lo que acabo de decir: los casos “Manuel Anicama Hernández” (STC N° 1417-2005-AA/TC), “Maximiliano Villanueva Valverde” (STC N° 0168-2005-PC/TC) y “César Baylón Flores” (STC N° 0206-2005-PA/TC).

En el primero de ellos se discute cual sería el contenido constitucionalmente protegido (y por ende, pasible de tutela mediante amparo) del derecho a la pensión, para luego pasar a precisar cuál sería el medio procesal pertinente para tratar los otros aspectos de ese derecho que no sean parte de ese “contenido constitucionalmente protegido”.

En el segundo, se busca determinar que omisiones de la Administración pueden ser cuestionadas por un proceso de cumplimiento y cuáles mediante un Contencioso Administrativo. En el último de los mencionados, se tenía la tarea de explicitar cuál sería la vía igualmente satisfactoria a una demanda de amparo presentada en materias de tipo laboral.

En estos tres procesos lo que los justiciables esperaban era la fijación de ciertos criterios para que luego, y ya en base a ellos, pueda, ya sea el mismo Tribunal Constitucional o la judicatura ordinaria, resolver caso a caso lo que se pudiese presentar. Sin embargo, no es ello exactamente lo sucedido en estas tres situaciones, tema que aquí únicamente reseñaré por cuestiones de tiempo y espacio, pero que si he trabajado con mayor detalle en otras ocasiones⁶.

Así pues, en el caso “Anicama”, y luego de identificar contenido constitucionalmente protegido con

contenido esencial de un Derecho Fundamental, identificación harto discutible⁷, y ceñirse a ese contexto el marco de aplicación del amparo, el Tribunal Constitucional Peruano señalará que para todos los otros aspectos de tutela del derecho a la pensión deberá recurrirse al Proceso Contencioso Administrativo, llegando incluso a devolver casi todos los expedientes que tenía en trámite en esta materia al Poder Judicial e imponiéndole a sus jueces y juezas que vuelvan a conocer estos casos, tramitándolos eso si como Procesos Contencioso Administrativos.

Por su lado, en “Villanueva” el Tribunal Constitucional especificará que tipo de omisiones de la Administración justifican recurrir a un proceso de cumplimiento, dejando también establecido que todas las demás deberían tramitarse por Proceso Contencioso Administrativo; y, al igual que en “Anicama”, devolverá a la judicatura ordinaria casi todos los expedientes que tenían en trámite en esta materia e impondrá a los jueces y juezas ordinarias tramitarlas como Procesos Contencioso Administrativos.

Finalmente, en el caso “Baylón”, y ante el debate sobre cuál sería una vía igualmente satisfactoria al Amparo para canalizar la resolución de controversias en materia laboral (aquellas que en ese momento, conjuntamente con las previsionales, motivaban el grueso de los amparos iniciados en el Perú), el Tribunal Constitucional peruano establece cual sería en su opinión el medio procesal a recurrir en los diferentes supuestos que generan los distintos tipos de regímenes laborales existentes en nuestro país, más no explica en base a qué consideraciones hace esa asignación, y lo que es más grave aún, no establece cuáles son los criterios que nos permiten sustentar cuándo estamos ante una vía igualmente satisfactoria.

Sin embargo, y en mérito a la lista que configura, el Tribunal Constitucional peruano hará en “Baylón” lo mismo que en “Anicama” o “Villanueva”: devolverá a la judicatura ordinaria todas las causas que tiene en trámite a las cuales considera no

⁶ Un último acercamiento a ese tema está plasmado en “Precedentes Constitucionales en el Perú: surgimiento, uso, evolución, retos y riesgos. En: AAVV. “El Precedente Constitucional vinculante en el Perú.” Arequipa, Adrus, 2009, p.819.

⁷ En realidad aquí corresponde efectuar dos apreciaciones: la primera, dirigida a cuestionar la pertinencia de recurrir a posturas como las denominadas “Teoría absoluta” y “Teoría institucional” del contenido esencial, básicamente por la dificultad y muy relativa real utilidad en términos tuitivos que implicaría el fijar cuál es el núcleo al que circunscribe su margen protector, máxime si estamos ante derechos de estructura compleja, o compuesta a su vez por un conjunto de otros derechos (como, por ejemplo, es el caso del Debido Proceso).

En segundo término, es sin duda muy discutible buscar identificar una técnica destinada más bien a analizar caso a caso si una situación en particular requiere la tutela urgente propia de un proceso constitucional (a lo que por cierto apunta el buscar determinar el contenido constitucionalmente protegido de algún derecho) con una suerte de pauta o plantilla previamente establecida que, independientemente de las buenas intenciones que puedan motivarla, impedirá en los hechos un necesario análisis de muchísimos casos por el Tribunal Constitucional, salvo mejor parecer.

debieran seguirse mediante proceso de Amparo e impondrá a los juzgadores y juzgadoras tramitarlas mediante Proceso Contencioso Administrativo. Lo expuesto en estos tres casos no es en mi opinión suficiente para enfrentar la controversia existente, pues impone soluciones sin establecer criterios, y además, recarga tremendamente la labor de la judicatura ordinaria en general, y la de quienes resuelven en materia contencioso administrativa en particular, asunto especialmente delicado si se tomaba en cuenta las deficiencias en las cuales incurría el Proceso Contencioso Administrativo de acuerdo con la regulación establecida por la Ley N° 27584⁸.

Es pues en este contexto que termina recargándose la labor de los jueces y juezas en lo Contencioso Administrativo, situación agravada por unas pautas de regulación que reclamaban urgentes modificaciones. Ante ello, se dio una fuerte presión sobre el Congreso y el Gobierno para que se modifique la normativa hasta entonces vigente sobre el particular. Es así como aparecerá primero el Decreto Legislativo N° 1067, y luego, como sistematización de lo allí planteado, el Texto Único Ordenado de la Ley del Proceso Contenciosos Administrativo. Corresponde entonces analizar si esa normativa proporciona una eficiente respuesta a los importantes requerimientos entonces existentes.

IV. El Decreto Legislativo N° 1067, el Texto Único Ordenado de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo, y los problemas que la nueva normativa deja sin resolver

Luego de dictadas las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional Peruano en los casos "Anicama", "Villanueva" y "Baylón", la cantidad de procesos Contencioso Administrativos interpuestas se elevó tremendamente, haciéndose entonces muy evidentes las imprecisiones y deficiencias existentes en el tratamiento procesal recogido por la Ley N° 27584, máxime si se toma en cuenta la sobrecarga procesal que se generó en juzgados y salas contencioso administrativas.

Es pues en este contexto que, aprovechando la delegación legislativa generada en el contexto de una necesaria adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a lo previsto en el Tratado de Libre Comercio suscrito entre el Perú y los Estados Unidos de Norte América, el gobierno

peruano aprobó el Decreto Legislativo N° 1067, norma que introduce importantes modificaciones al texto del Proceso Contencioso Administrativo. La magnitud de los cambios recogidos pronto hizo necesario pasar al dictado de un Texto Único Ordenado a través del Decreto Supremo N° 013-2008-JUS.

El Texto Único Ordenado de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo introduce algunas importantes y valiosas modificaciones a la regulación anteriormente vigente, cambios que en puridad acercarían mucho más al contencioso peruano a su reclamado carácter de plena jurisdicción. Así, por citar algunos ejemplos, evita que el desarrollo de la actividad probatoria se circunscriba a lo actuado en el procedimiento administrativo previo; permite invocar el pago de la indemnización correspondiente sin tener que iniciar un nuevo proceso al respecto; y un largo etcétera. Sin embargo, permítaseme aquí efectuar un alcance en particular en relación a algunos aspectos, siendo el primero que aquí quiero resaltar el de la vía procedimental escogida.

Y es que si ha habido algún aspecto polémico en la normativa peruana vigente al respecto, ese es sin duda el de la vía procedimental prevista para el tratamiento de estos casos. Así, inicialmente como ya se ha dicho en otro apartado de este mismo texto, el grueso de los Procesos Contencioso Administrativos fue comprendido dentro de los parámetros del denominado proceso abreviado, alternativa que, y dicho con todo respeto, resultaba abiertamente contraproducente, pues planteaba un escenario procesal excesivamente largo, y además, erróneamente insistía en articulaciones procesales que difícilmente podrían tener alguna eficacia, como por ejemplo, buscar una audiencia de conciliación luego de que las partes venían de un dilatado procedimiento administrativo sin resolver la controversia existente entre ambas.

Luego, y con la dación de la Ley N° 28531, la vía procedimental prevista para el trámite de los Procesos Contencioso Administrativos fue la del proceso sumarísimo de conocimiento en los casos explícitamente previstos en el artículo 24° de la Ley N° 27584, casos relacionados con el cese de cualquier actuación material que no se sustente en acto administrativo o con la orden dada a la Administración para que efectúe una determinada actuación, actuación a la cual aquella Administración se encontrará obligada

⁸ Esa fue la preocupación central nuestro libro "Código Procesal Constitucional, Proceso Contencioso Administrativo y Derechos del Administrado". Op.Cit.

por mandato de la Ley o en virtud de acto administrativo firme.

Para el tratamiento de las pretensiones no previstas en el artículo 24º, luego de la modificación introducida mediante la Ley N° 28531, se estableció el denominado “Procedimiento especial”, en el cual se señala lo siguiente:

“Artículo 25.- Procedimiento Especial:

Se tramitan conforme al presente procedimiento las pretensiones no previstas en el artículo 24º de la presente Ley, con sujeción a las disposiciones siguientes:

25.1. Reglas del procedimiento Especial
En esta vía no procede reconvencción.

Transcurrido el plazo para contestar la demanda, el Juez expedirá resolución declarando la existencia de una relación jurídica procesal válida; o la nulidad y la consiguiente conclusión del proceso por invalidez insubsanable de la relación, precisando sus defectos; o, si fuera el caso, la concesión de un plazo, si los defectos de la relación fuesen subsanables.

Subsanados los defectos, el Juez declarará saneado el proceso por existir una relación jurídica procesal válida. En caso contrario, lo declarará nulo y consiguientemente concluido.

Cuando se hayan interpuesto excepciones o defensas previas, la declaración referida se hará en la resolución que las resuelva.

Si el proceso es declarado saneado, el Auto de Saneamiento deberá contener, además, la fijación de Puntos Controvertidos y la declaración de admisión/rechazo, según sea el caso, de los medios probatorios ofrecidos.

Solo cuando la actuación de los medios probatorios ofrecidos lo requiera, el Juez señalará día y hora para la realización de una audiencia de pruebas. La decisión por la que se ordena la realización de esta audiencia o se prescinde de ella es inimpugnable.

Luego de expedido el Auto de Saneamiento, o de realizada la audiencia de pruebas, según sea el caso, el expediente será remitido al Fiscal para que éste emita dictamen. Emitido el mismo, el expediente será devuelto al Juzgado, el mismo que se encargará de notificarlo a las partes.

Antes de dictar sentencia, las partes podrán solicitar al Juez la realización de informe oral, el que será concedido por el solo mérito de la solicitud oportuna.

25.2. Plazos

Los plazos máximos aplicables son:

1. Tres días para interponer tacha u oposiciones a los medios probatorios, contados desde la notificación de la resolución que los tiene por ofrecidos;
2. Cinco días para interponer excepciones o defensas, contados desde la notificación de la demanda;
3. Diez días para contestar la demanda, contados desde la notificación de la resolución que la admite a trámite;
4. Quince días para emitir el dictamen fiscal, contados desde la expedición del Auto de Saneamiento o de la realización de la audiencia de pruebas, según sea el caso;
5. Tres días para solicitar informe oral, contados desde la notificación del dictamen fiscal a las partes;
6. Quince días para emitir sentencia, contados desde la notificación del dictamen fiscal a las partes o desde la realización del informe oral, según sea el caso;
7. Cinco días para apelar la sentencia, contados desde su notificación”.

Sin embargo, y ante las críticas existentes al trámite previsto, el cual se consideraba lento e ineficiente para atender algunas pretensiones que reclamaban una tutela más bien urgente, como aquellos vinculados a la materia provisional, el Decreto Legislativo N° 1067 introdujo una serie de cambios al respecto, hoy sistemáticamente recogidos en el Texto Único Ordenado de la Ley. Desafortunadamente, y tal como se verá a continuación, algunas de estas modificaciones han introducido más problemas que los que querían resolver.

La normativa actualmente vigente sobre el particular establece la existencia de dos tipos de procedimiento: el procedimiento urgente y el procedimiento especial. Se reserva entonces para el trámite mediante procedimiento urgente el tratamiento de las siguientes pretensiones:

1. El cese de cualquier actuación material que no se sustente en un acto administrativo.
2. El cumplimiento por la Administración de una determinada actuación a la cual se encuentra obligada por mandato de la Ley o en virtud de un acto administrativo firme.

3. Las relativas a materia provisional en cuanto se refieran al contenido esencial del derecho a la pensión.

Se añade además que para conceder la tutela urgente vinculada con este procedimiento, el juzgador o juzgadora, luego de analizar la demanda y sus recaudos, deberá convencerse de que existe un interés a tutelar cierto y manifiesto, con una necesidad impostergable de tutela, siendo este tipo o clase de proceso Contencioso Administrativo la única vía eficaz para la tutela del derecho invocado.

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

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

Ello lamentablemente causó grandes dificultades a la judicatura ordinaria y a los litigantes, frente a la duda de qué medio procesal corresponde aplicar a los múltiples casos que se generan sobre el particular. El Tribunal Constitucional peruano buscará entonces darle una salida a esta situación, aplicando para ello unas pautas del razonamiento cuya pertinencia evaluaré a continuación.

Ante este actual estado de cosas, el Tribunal Constitucional peruano, aún cuando sigue sin haber emitido un pronunciamiento donde explique con mayor detalle cuáles son los criterios a emplear para determinar si nos encontramos ante una vía igualmente satisfactoria, ha comenzado a especificar qué medios ordinarios, según su parecer, constituirían o no vía igualmente satisfactoria a procesos constitucionales como el proceso de Amparo. Entre todos ellos, tiene para nuestro tema especial relevancia la formulada en relación con el expediente N° 01387-2009-PA/TC, proceso de amparo mediante el cual la

Sala Segunda del Tribunal Constitucional, con fecha once de mayo de 2009 (aunque notificada mucho tiempo después), se pronuncia en el caso "Consortio DHMONT & M S.A.C.".

En este caso, cuyos alcances han generado alguna polémica (controversia que en esta oportunidad para razones de tiempo y espacio no voy a analizar), tres magistrados del Tribunal Constitucional se pronuncian sobre si el denominado proceso Contencioso Administrativo especial previsto en la Ley N° 27584 puede o no ser calificado como una vía igualmente satisfactoria al Amparo.

Allí pues, y más propiamente en el cuarto considerando de ese pronunciamiento, el Tribunal Constitucional Peruano señalará que el Proceso Especial previsto en la Ley N° 27584 no puede ser calificado como la vía igualmente satisfactoria para resolver la controversia planteada (controversia en donde se busca la nulidad de un acuerdo del Consejo Directivo de PROINVERSIÓN, que a su vez había declarado nulo un acuerdo del Comité de Saneamiento de esa misma institución vinculado a la realización de un, si cabe el término, "megaproyecto inmobiliario" en Collique, donde estaba ubicado antes el Aeródromo de la ciudad de Lima), en mérito a que este proceso contencioso especial

"[...] a diferencia de la regulación actual del proceso de amparo, incluye la participación del Ministerio Público, lo cual no asegura que dicho proceso sea verdaderamente una manifestación de la tutela de urgencia (sumarización del proceso)".

Luego de ello la sentencia sigue por otros derroteros, algunos de ellos bastante discutibles. Sin embargo, y en lo que más directamente atañe al presente trabajo, tiene el mérito de ser el caso donde por primera vez el Tribunal Constitucional esboza un criterio para definir cuándo correspondería recurrir a un Proceso Contencioso Administrativo y cuándo a un amparo: la necesidad de tutela urgente. En esa línea de pensamiento, un proceso cuyo trámite tiene previsto una participación del Ministerio Público, como es el caso del Proceso Contencioso Administrativo especial, no podría ser considerado una vía igualmente satisfactoria al amparo.

Esto es sin duda un avance, pero por cierto bastante incompleto. Es más, múltiples observaciones podrían plantearse al respecto. Aquí me limitaré a resaltar dos. En primer término, si bien es justo reconocer que aquí por primera vez se explicita un criterio a tomar en cuenta (necesidad de tutela

urgente), no se proporciona mayores elementos de juicio para determinar cuáles serían los aspectos a evaluar en cada situación en particular para ver si se cumple o no con el criterio invocado.

Ese mayor detalle o especificación no es nuevo en la doctrina y jurisprudencia comparada. Tampoco lo es en el ámbito nacional, donde ya hace algún tiempo no solamente la doctrina administrativista de nuestro medio se ha pronunciado al respecto, sino incluso la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República dio a conocer vía circular – por cierto más bien ilustrativa y no vinculante– una serie de criterios que los jueces y juezas peruanos deberían tomar en cuenta para determinar si un medio procesal ordinario (como el Proceso Contencioso Administrativo) es o no una vía igualmente satisfactoria del amparo. Los integrantes de la sala segunda del Tribunal Constitucional no han querido comprometerse mucho más al respecto, siendo ésta más bien una ocasión donde convenía hacerlo y tenían un escenario propicio en ese sentido.

Ahora bien, y en un segundo lugar, lo resuelto por el Tribunal Constitucional peruano evita pronunciarse precisamente en el tema más polémico generado por las modificaciones introducidas a la Ley N° 27584: el de las relaciones entre el denominado procedimiento urgente, o Proceso Contencioso Administrativo Urgente, y procesos constitucionales como el amparo. Esto es especialmente preocupante sí, como debe tenerse presente, mediante proceso contencioso urgente pueden resolverse controversias vinculadas al contenido esencial del derecho a la pensión, justamente materias reservadas, de acuerdo con un precedente vinculante de nuestro Tribunal Constitucional, para ser tratadas mediante proceso de amparo.

La controversia en este punto pues todavía está muy lejos de haber sido resuelto, siendo muy preocupantes los problemas que con ello se generan para los (as) juzgadores (as) y los(as) justiciables, y por ende, a la legitimidad ciudadana de todo el sistema de justicia, con todo lo que ello involucra. Frente a este actual estado de cosas, pasaré entonces a formular algunas ideas y propuestas al respecto.

Mucho es lo que sin duda ha cambiado en torno al Proceso Contencioso Administrativo en estos últimos diez años. Bien puede constatarse como hemos pasado de un medio procesal en hechos inexistente a un proceso que hoy es sin duda alguna el que genera la mayor cantidad de controversias ante la judicatura ordinaria peruana. En esto sin duda ha ayudado el cambio del objeto del proceso

y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, pero también la existencia de algunas prácticas cuya pertinencia debe por lo menos estudiarse, como la de la voluntad de entidades estatales (como por ejemplo, la Oficina de Normalización Previsional), de judicializar temas que bien podrían resolverse a nivel administrativo, recurriéndose a fórmulas conciliatorias o procurando el desistimiento para así no insistir en ciertas controversias. Esto por solamente citar una de varios ejemplos que podrían anotarse sobre el particular.

Lo cierto es que hoy se cuenta con un medio procesal cuyo flujo de casos ha crecido muy significativamente, pero de una manera insuficientemente programada, generando así una situación que en muchos distritos judiciales de nuestro país es realmente inmanejable. Y como si lo expuesto no fuese suficiente, este escenario se agrava cuando se genera una crisis por exceso de expectativas ciudadanas frente a un diseño normativo que no corresponde del todo con el objeto reclamado para este proceso, y donde las pautas procesales previstas no permiten un tratamiento fluido de las pretensiones a atender.

Ante eso, quedan varias preguntas para la reflexión. En primer lugar, cabe preguntarse si conviene insistir con un tratamiento único (o de dos opciones), que parece desconocer la existencia de una serie de contenciosos que en rigor deberían tener un desarrollo propio de esas pautas y no responder a regulaciones disímiles (véase, por ejemplo, la llamada revisión judicial frente al procedimiento de ejecución coactiva, verdadero proceso Contencioso Administrativo con una regulación propia que, por responder a parámetros distintos, ya ha traído más de un problema). Debe tenerse presente que en el Derecho Comparado lo que es materia de un Contencioso Administrativo coincide en el desarrollo de principios y pautas básicas, pero que no descarta tratamientos especiales en función a las pretensiones a abordar.

También convendría preguntarse si no es posible pasar a una reforma procesal profunda, cómo se ha venido trabajando en el Perú a nivel Procesal Penal o Procesal Laboral. Existen, por ejemplo, muy interesantes experiencias de proceso Contencioso Administrativo bajo pautas de oralidad propia de un proceso por audiencias, como la que ya viene aplicándose en Costa Rica a partir de la entrada en vigencia de la Ley N° 8508, del 28 de abril de 2006, y sus modificatorias.

En los países que han optado por esta línea de acción, el proceso básicamente se desarrolla en

dos tipos de audiencias: una, donde, entre otros factores, se ve lo referido al saneamiento del proceso, la aclaración y ajuste de los extremos de la demanda y su contestación, el trámite de las defensas previas planteadas, la determinación de hechos contravenidos y la eventual admisión o rechazo de nuevos medios de prueba. Se deja entonces para una segunda audiencia la actuación de las pruebas ofrecidas y admitidas a trámite, la formulación de las conclusiones sobre los aspectos fácticos y jurídicos que generaron esta controversia, u el dictado (en principio inmediato) de la sentencia. Creo que el cambio de visión o concepción del proceso y de la actuación de los sujetos que intervienen en él, a pesar de sus dificultades para materializarse, traería significativos aportes en el tratamiento de los temas que hoy se abordan mediante proceso Contencioso Administrativo, con todo lo que ello involucra.

En cualquier caso, un mejor tratamiento de diversas instituciones procesales dentro de la regulación del proceso Contencioso Administrativo peruano deviene en indispensable, sobre todo en rubros como el de las pautas para determinar cuál es el juez(a) o tribunal competente, el manejo de la actividad probatoria (afortunadamente hoy lejos de la pauta propia de un contencioso de nulidad recogido en el texto original de la Ley, pero donde todavía hay mucho por hacer) o el desarrollo de la actividad cautelar⁹.

Y junto a lo ya reseñado, también se hace necesario tener presente, sobre todo si aquí se habla de un contencioso de plena jurisdicción, cuál es la relación entre este medio procesal, su objeto, las pretensiones que busca tutelar y las materias que deberían ser abordadas por un proceso Contencioso Administrativo y no, por ejemplo, por un proceso constitucional. Aquí, independientemente de algún eventual ajuste normativo, lo más importante pareciera ser que a nivel jurisprudencial se establecieron criterios claros y no meras divisiones de competencia cuyo sustento no se encuentra suficientemente explicitado.

Aun cuando luego de un balance lo aportado por el proceso Contencioso Administrativo de estos últimos años tienen aspectos que sin duda algunos son muy positivos, se han generado también otros problemas a analizar y resolver. Esta tarea, si tomamos en cuenta el enorme crecimiento de la carga procesal canalizada por procesos Contenciosos Administrativos, se presenta hoy como indispensable e impostergable.

Caso contrario, veremos cómo el proceso Contencioso Administrativo comenzará a ser cada vez más parte del problema que busca resolverse que de su real solución, situación que a toda costa debe intentarse revertir.

⁹ Mi crítica al tratamiento inicialmente otorgado al tema probatorio en el proceso Contencioso Administrativo peruano se encuentra recogida, entre otros textos, en "Código Procesal Constitucional, Proceso Contencioso Administrativo y Derechos del Administrado". Op. Cit. Yendo entonces ya a hablar de incluir mejoras en el ámbito de lo cautelar, bien convendría contemplar un escenario en el cual sea fácil factible recurrir a un amplio elenco cautelar, el que incluso incorpore a medidas anticipadas o innovativas. De otro lado, y frente al cuestionamiento hoy cada vez más generalizado al carácter inaudita pars reconocido a estas medidas, bien podría habilitarse a los jueces(zas) a, una vez recibida la solicitud cautelar, poder tomar medidas previsionales que aseguren la efectividad de la medida cautelar solicitada. Ello por solamente mostrar algunos ejemplos al respecto.