

**DAVID Y GOLIAT
EL DILEMA MORAL DE LA ASIMETRIA PROCESAL
EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
EN MATERIA PENSIONARIA**

Benito Villanueva Haro (*)

Karoley Del Carpio Alegría (**)

Fecha de publicación: 01/07/2012

RESUMEN:

La homologación entre la historia bíblica de David y Goliat y nuestra realidad peruana relativa al PCA en materia pensionaria, posee un trastoque inverso, es decir, en nuestra historia el heroico David (pensionista) carece de justicia en la batalla para obtener su pensión, lo loable en este caso es que David, pese a

(*) Estudios de Doctorado en Derecho (USMP) y Graduado de Maestría en Negocios (USMP). Post Grado en Administración Gerencial, Dirección Funcional e Integración Gerencial (ESAN). Diploma de Experto en Derecho Penal de la Función Pública por el Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales. Diploma de Especialista en Contrataciones con el Estado – OSCE, Diploma en Derechos Humanos por American University Law Washington College Of Law y la USMP. Diploma en Procesal Penal por la Universidad Católica de Chile y la USMP. Arbitro. Experiencia Profesional como Asesor Legal Auditoria Interna del Banco de la Nación, Marina de Guerra del Perú, Dirección General de Capitanías y Guardacostas, Ministerio de Defensa, Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento – COFOPRI, FENAPEBAN. Consultor de la Corporación Financiera de Desarrollo (COFIDE). Gerente General de la MICROFINANCIERA SERVICOOB BN. Expositor en Temas Financieros, Corporativos y Ventas al Estado en la Cámara de Comercio de Chiclayo, Cámara de Comercio Huancayo Cámara de Comercio Tacna, Cámara de Comercio Ayacucho, Municipalidad de Lima, Municipalidad de San Miguel, Municipalidad de Ate, Municipalidad de Los Olivos, Municipalidad de San Martín, Municipalidad de San Luis, Municipalidad de Miraflores, Municipalidad de Comas, Poder Judicial, Colegio Abogados del Callao, Profesor en la Academia de Práctica Forense en el Colegio de Abogados de Lima. Docente e Investigador Universitario. Actualmente Socio Fundador de la Consultoría Financiera y Corporativa Villanueva Haro – www.villanuevaharo.com

(**) Colaboradora en el presente trabajo de investigación. Estudiante de la Universidad Cesar Vallejo – Derecho. Secretaria General de la Asociación Jurídica Erga Omnes. Conciliadora Extrajudicial. Asistente Legal de la Consultoría Financiera y Corporativa Villanueva Haro.

perder una infinidad de veces, sigue aferrándose a la esperanza de algún día encontrar justicia y ganarle a Goliat (El Estado), quien se convierte en el tirano al propinarle consecutivamente palizas desde distintos aspectos que veremos en el presente trabajo.

PALABRAS CLAVE

PENSION, JUSTICIA, PROCESO, PERSONA
PENSIONARIA

ABSTRACT

The equivalence between the biblical story of David and Goliath and our Peruvian reality on the PCA in pension liabilities, has a disruptive to reverse, that is, in our history the heroic David (pensioner) no justice in the battle to get his pension, commendable in this case is that David, despite losing countless times, still clinging to the hope of one day find justice and beat Goliath (The State), who becomes the tyrant to deal it consecutively beatings from different aspects.

KEYWORDS

BOARD, JUSTICE PROCESS PERSON PENSION
LIABILITIES

SUMARIO: 1. A modo de introducción 2. El Dilema Moral de los Conflictos Asimétricos en el Proceso Contencioso Administrativo y la Leyenda a la Inversa 3. Los Conflictos Asimétricos para muestra un botón 4. Antinomias y Contradicciones jurídicas en el Proceso Contencioso Administrativo 5. A modo de Conclusión.

“Tú vienes contra mí con espada, lanza y jabalina, pero yo vengo a ti en el nombre del SEÑOR Todopoderoso, el Dios de los ejércitos de Israel, a los que has desafiado” De David a Goliat. (Samuel, 17,45.)

Cuando un hijo se vuelve especialista por la causa justa de una madre que batalla por su pensión.

1. A MODO DE INTRODUCCIÓN

De niño mi madre me narró un combate heroico por excelencia, la historia bíblica de David y Goliat, hoy diríamos, la persona pensionaria y el Estado. Contaba lo siguiente:

Un famoso guerrero de nombre Goliat de gran estatura y poderosa armadura desafió a los israelitas, David un joven muchacho acepto el desafío pues confió tener a Dios de su lado, se enfrentó a Goliat y metiendo la mano en su bolsa sacó una piedra, y con la honda la lanzó al filisteo, hiriéndolo en la frente

Con la piedra incrustada entre ceja y ceja, el filisteo cayó de bruces al suelo. Así fue como David triunfó sobre el filisteo: lo hirió de muerte con una honda y una piedra, sin armadura alguna y sin empuñar la espada. Luego corrió adonde estaba el filisteo, le quitó la espada y, desenvainándola, lo remató con ella y le cortó la cabeza.

2. EL DILEMA MORAL DE LOS CONFLICTOS ASIMÉTRICOS EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y LA LEYENDA A LA INVERSA

Todo proceso (judicial, administrativo, militar-policial, arbitral, comunal e internacional) se compone de una serie de "garantías, condiciones y presupuestos que deben conllevar a impartir justicia de manera efectiva. Esto implica desde la posibilidad de ejercer el derecho de acción, ser parte de un debido proceso y que el conflicto finalice con una resolución debida, hasta ejecutar las decisiones judiciales"¹. Esta idea no solo tiene contenido jurídico sino que además lleva implícito un deber moral de obligatoria observancia por parte de la autoridad (jurisdiccional, administrativa, militar-policial, arbitral, comunal e internacional) que tienen por bien otorgar la tan anhelada justicia, en la presente investigación, daremos especial atención a las personas pensionarias, quienes se encuentran en la categoría de "grupos merecedores de protección especial"², quienes largamente batallan en distintos procesos en sede nacional e internacional³.

¹ Informe Defensorial N° 121 de la Defensoría del Pueblo, "Propuestas para una reforma contencioso administrativa desde la perspectiva de acceso a la justicia" aprobado por la Resolución Defensorial M° 0024-2007/DP, publicado el 30/05/2007.

² Cabe señalar que, el Tribunal Constitucional a través de la STC 4749-2009-AA - Jacinto Villacorta, creó y reconoció la categoría "grupos merecedores de protección especial". La ONP, entidad demandada, declaro la caducidad de la pensión de invalidez de Jacinto Villacorta (demandante - portador del virus del VIH), considerando que su incapacidad no era tanta y que, por ello, le correspondía volver a su anterior pensión de invalidez. Esta categoría bajo una interpretación extensiva y el principio pro homine debe alcanzar a la persona pensionaria.

³ Vease la jurisprudencia internacional en materia pensionaria

Sin embargo, lo mencionado líneas atrás se convierte en una utopía cuando, en el Estado peruano si evidencian innumerables circunstancias asimétricas que se sustentan en el desequilibrio de privilegios entre los sujetos dentro de un proceso, tal como lo señala el Informe Defensorial 121.

Preliminarmente dejamos sentado que es necesario partir de la idea de que el proceso contencioso administrativo en adelante PCA, constituye un proceso de supervisión, control y sanción de los actos de la administración pública, debiendo ellos estar asentados en la mecánica de las estructuras constitucionales y legales de nuestro ordenamiento.

La homologación entre la historia bíblica de David y Goliat y nuestra realidad peruana relativa al PCA en materia pensionaria, posee un trastoque inverso, es decir, en nuestra historia el heroico David (pensionista) carece de justicia en la batalla para obtener su pensión, lo loable en este caso es que David, pese a perder una infinidad de veces, sigue aferrándose a la esperanza de algún día encontrar justicia y ganarle a Goliat (El Estado), quien se convierte en el tirano al propinarle consecutivamente palizas desde distintos aspectos.⁴

Destacamos que en nuestra historia el reparto de personajes protagónicos es de la siguiente manera:

- a) Goliat es el Estado (Un guerrero profesional). El Tribunal Constitucional, el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo, el Poder Judicial, la Oficina de Normalización Previsional, las Entidades del Estado (Procuradurías), los Grandes Estudios etc. (Poder, Información, Dinero, Experiencia, Especialistas – PIDE)
- b) David es la Persona Pensionaria (Un guerrero racional, que busca salvaguardar su derecho a la pensión). Un adulto mayor que en su mayoría carece de Poder, Información, Dinero, Experiencia y Especialistas – PIDE)

⁴ Constitucional (La Ley de Reforma Constitucional – Ley 28389), Legal (Ley 28449 Ley que establece las nuevas reglas del régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530, estableciéndose topes pensionarios) Teórica (Derogar la Teoría de los Derechos Adquiridos y reforzar la Teoría de los Hechos Cumplidos, Institucional (el Tribunal Constitucional declaró la constitucionalidad de la Ley de Reforma Constitucional – STC. 050 -2004-AI, 0051-2004-AI, 0007-2005-AI, 0009-2005-AI, y permitió que se autorizase a la entidad competente del Gobierno Nacional a iniciar las acciones legales correspondientes para que se declare la nulidad de las pensiones obtenidas ilegalmente, salvo los casos definidos por sentencias con carácter de cosa juzgada que se hayan pronunciado expresamente sobre el fondo del asunto, pese a existir normas claras sobre la nulidad de oficio en la Ley 27444 – Ley General de Procedimientos Administrativos.) Jurisprudencial (desviando a las personas pensionarias de su juez natural a los juzgados contenciosos administrativos mediante el precedente vinculante de Manuel Anicama Hernández –STC. 1417-2005) Véase en otros trabajos publicados en revista electrónica del Círculo de Derecho Administrativo – PUCP – Boletín 2009 – Junio / Revista Electrónica Derecho y Cambio Social <http://www.derechocambiosocial.com/revista006/pensiones.htm>

- c) Dios es la justicia. Una justicia sustentada en un juego limpio sin cambio de reglas.
- d) Conflictos Asimétricos. Situación de conflicto asimétrico entre un débil y un poderoso; sea en Poder, Información, Dinero, Experiencia y Especialistas – (PIDE) dentro de un Ordenamiento Jurídico Nacional.

3. LOS CONFLICTOS ASIMÉTRICOS, PARA MUESTRA UN BOTÓN

En sede administrativa no preocupa tanto, el hecho de que la Administración tenga poder frente a la débil persona pensionaria, sino que lo emplee fuera de los bloques de constitucionalidad y legalidad, lo que constituiría un ejercicio abusivo de poder y el desborde de la arbitrariedad en todos sus niveles. Pero, aún cuando la Constitución, los Tratados de Derechos Humanos y los Principios Generales del Derecho son las directrices básicas para la correcta actuación de la Administración, no la libran de errores; nada más consideremos que una de las razones del control judicial de la Administración Pública es precisamente que ésta puede equivocarse, y sí, que se equivoca. De esta manera, el Poder Judicial⁵ representa la instancia adicional revisora y correctora de los vicios e irregularidades que en vía administrativa se hayan podido cometer.

Cabe resaltar que los errores más visibles en los cuales incurre la autoridad decisora no solo corresponden al mal ejercicio profesional por parte de los funcionarios y servidores públicos, estas vicisitudes también poseen otros matices: normativo (asimetría frente a la Constitución y la Ley entre el Estado y la Persona Pensionaria), técnico jurídico⁶, procesal (asimetría en el uso de recursos, procesos, y jueces no especializados en materia pensionaria), jurisprudencial (conflictos entre el TC y PJ)⁷, doctrinal

⁵ El efectivo control del respeto administrativo debido es crucial. La concienciación administrativa del valor e importancia del procedimiento también ha de asar, no nos engañemos, por la constatación cotidiana de que el cumplimiento de su deber de buena administración tiene consecuencias concretas. El estudio ha expuesto las diversas vías por las que ese control puede lograrse, dedicando especial atención a la función que puede ejercer la jurisdicción contencioso administrativa. Julio Ponce Solé. El control judicial del procedimiento Administrativo y la garantía del Derecho a una buena Administración. EN: Revista de Derecho Administrativo. N° 9. Año 5. Lima: Circulo de Derecho Administrativo. Diciembre 2010. 90 p.

⁶ Mala interpretación de los recursos (reconsideración procede cuando se sustenta en prueba nueva y la apelación procede cuando hay una diferente interpretación de las pruebas producidas o cuando se trate de cuestiones de puro derecho)

⁷ El 2 de noviembre de 2010 en el expediente 10171-2010, la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Lima, decidió apartarse del precedente vinculante contenido, a su vez, en el fundamento 37 de la STC. EXP. 1417-2005-PA/TC, en donde se dispuso que el monto de la pensión mínima es de S/ 415.00 Nuevos Soles, tal apartamiento consistió en incrementar el monto a S/ 600.00 Nuevos Soles, procurando la búsqueda de la mejor calidad de vida de la persona pensionaria y basado en un principio tuitivo de pro homine, tal criterio ha sido sumamente cuestionado en la STC. Exp. N° 00525-2011-PA/TC, llegando incluso a señalar que tal criterio viola su precedente y que tal resolución devendría en nula, entonces, nos preguntamos, ¿Acaso el derecho no cambia, no dinamiza, no se adecua en el tiempo? Si actualmente el Gobierno Peruano ha autorizado el aumento de la RMV y nuestra calidad de vida aumentado ¿Por qué no

(estudios Jurídicos fortaleciendo la postura de la Teoría de los Hechos Cumplidos), político-legislativo, Administrativo (Asimetría informativa en cuanto a los plazos para la interposición de recursos ante la entidad administrativa y el Poder Judicial), económico (la capacidad económica entre pensionistas y el Estado es dispar), presupuestal (no se les paga de manera oportuna y adecuada), disparidad de criterios entre los poderes del Estado (Administración Pública, Poder Judicial, Tribunal Constitucional, Poder Legislativo), publicitario (las personas pensionarias se encuentran estigmatizadas), autosuficiencia⁸, el empleo del lenguaje técnico como barrera para la total comprensión de la resolución por parte de la persona pensionaria, especialización⁹, geográfico¹⁰, cultural, ausencia de control adecuado de la magistratura y en algunos casos de inmoralidad del o los

podemos también aumentar la calidad de vida de nuestras personas pensionarias? Resulta pertinente anotar que, D.S. 13-2008 JUS en su artículo 37° faculta a los órganos jurisdiccionales apartarse de lo establecido en el precedente vinculante, siempre que se presenten circunstancias particulares en el caso que conocen y que motiven debidamente las razones por las cuales se apartan del precedente.

⁸ Resulta interesante mencionar las investigaciones de la Defensoría del Pueblo – Informe 121 de junio 2007 “Aquellos con escaso sustento económico (que viven en distritos de baja calificación socioeconómica o con bajos montos de pensión solicitados) mostraron que cuentan con una deficiente defensa a lo largo del procedimiento o, en otros casos, no la tienen. Casi en su mayoría, este diagnóstico lo merecieron las personas naturales. Sucedió lo contrario con la mayoría de las personas jurídicas.(...)Sin embargo, esto no es ninguna regla, por lo que no se puede expresar una verdad categórica sobre la capacidad económica y su influencia en el desempeño del procedimiento administrativo. Es necesario cruzar esta información con otros factores. Veamos cómo funciona uno de estos factores: en los procedimientos administrativos no se exige estar representado por un abogado o requerir su firma, a diferencia de lo que sucede en los procesos judiciales. Pero es difícil que eso, por sí mismo, constituya la razón de fondo. Más bien, en gran medida influye la percepción de autosuficiencia del administrado, que lo hace sentirse capaz de llevar su caso por su propia cuenta (autodefensa por competencia) o incapaz de confiar en un abogado para dejarle el caso en sus manos (autodefensa por incompetencia). En las entrevistas con los usuarios se observó que aquellos administrados que confiaron en poder llevar por sí solos el procedimiento administrativo lo hicieron porque consideraron que la mecánica del tema (solicitar algún beneficio vinculado a su pensión) no era muy difícil. Ellos conocen su situación jurídica, es decir, tienen información sobre sus años de aportes, la cantidad de aportes, etcétera. Sin embargo, aquella claridad no se refleja en un procedimiento sencillo. En ese sentido, su percepción de autosuficiencia es perfectamente legítima, mas no se ampara en el conocimiento jurídico que se debe tener mínimamente.

⁹ Informe Defensorial 121 junio 2007 “Por lo general, los individuos categorizados en indigencia legal han mostrado una preparación insuficiente para afrontar el procedimiento administrativo, lo que se reflejó en incorrectos planteamientos de medios impugnatorios, argumentos legales muy generales, deficiente adecuación a algunas pautas que precisa la Ley del Procedimiento Administrativo General (Ley N° 27444), entre otros aspectos. No hay que dejar de vincular esta información con la forma en que la Administración se prepara o afronta los procedimientos administrativos. Mientras los funcionarios de la Administración conocen las normas con las que pueden denegar las solicitudes o impugnaciones del administrado en .indigencia legal., éste parece desconocer con precisión las normas que lo benefician, según lo observado en los expedientes administrativos, generando serias deficiencias en el desarrollo del procedimiento administrativo y su desenlace. Es preciso advertir para una mejor defensa legal, tener en cuenta que en los PCA se ha implantado la obligatoriedad de la notificación electrónica, excluyendo algunas resoluciones como el auto admisorio, la citación para audiencias, la sentencia etc. ello en virtud a lo dispuesto por la Resolución Administrativa N° 256 – 2010-CE-PJ, emitida el 15 de julio de 2010, la cual amplió los alcances de la Resolución Administrativa N° 356-2009-CE-PJ, del 31 de diciembre de 2009. Asimismo que, mediante disposición aprobada por la Resolución Administrativa N° 190-2009-CED-CSJLI/PJ del 25 de diciembre de 2009, dispone que los expedientes deberán ser entregados para su lectura el mismo día que lo soliciten los abogados y ciudadanos.

¹⁰ Los pocos órganos jurisdiccionales en la materia generan una barrera al acceso cercano de la justicia.

abogados que llevan el caso de la persona pensionaria¹¹, a todo ello también hay que sumarle las asimetrías que tienen su origen en la propia norma consentidora de situaciones de desigualdad entre los sujetos de un procedimiento administrativo como veremos a continuación:

3.1.EL SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO

Recordemos pues, al Silencio Administrativo Negativo, que "en sus orígenes era considerado como proceso impugnatorio de actos previos, cuya legalidad era objeto de control a posteriori, por lo que la administración podía eludir el control jurisdiccional con solo permanecer inactiva"¹² situación que afectaba al particular que quedaba privando de toda garantía judicial al no poder impugnar la ausencia de declaración administrativa.

Algo similar le ocurrió a Jorge Miguel Alarcón Menéndez cuyo caso llegó a sede Constitucional, en dicha sede el Tribunal descubrió que, cuando los administrados interponían recursos de reconsideración o de apelación operaba siempre el silencio administrativo negativo, de modo tal que aquéllos no tenían la opción de "esperar el pronunciamiento expreso de la autoridad administrativa o de acogerse al silencio administrativo"¹³ cuando consideraban que les era mas favorable a su derecho. En este caso, el Tribunal Constitucional modifico el criterio estimando que, "por el contrario, el administrado, transcurrido el plazo para que la Administración resuelva el recurso impugnativo interpuesto, tenía la potestad de acogerse

¹¹ Informe Defensorial 121 junio 2007 nos dice en su página 70 lo siguiente "a. Poca atención prestada al caso. La tarea del abogado es estar informado del avance del caso y hacerlo saber a su cliente. Se podrá argumentar que es el patrocinado quien decide cuándo buscar al abogado para iniciar las acciones legales respectivas contra la Administración y que puede hacerlo fuera del plazo legal para impugnar. Sin embargo, un abogado enterado y con valores es quien debe ser capaz de decirle a su cliente que, por más razón que tenga, su demanda no procederá por haber vencido plazos inevitables. Asimismo, la insuficiente atención en el caso por parte del abogado también se observa a través del cumplimiento de ciertos requisitos básicos de la demanda, como, por ejemplo, adjuntar copias de las resoluciones administrativas que impugna o anexar los medios probatorios. Aún cuando en algunos casos pueda resultar difícil para el administrado conseguir la documentación probatoria, llama la atención que estas dos razones estén entre los principales errores de forma .con 10% y 8,1%, respectivamente. que generan la inadmisión de la demanda (Cuadro N° 9). Pero hay más cifras sobre el particular. Por lo menos se debe tomar en cuenta otras de las razones que llevan al juez a no admitir la demanda, sino a solicitar su corrección, como son el no señalamiento de la vía procedimental (5,8%), la no precisión de la fecha de notificación de la última resolución administrativa para verificar si se agotó o no la vía administrativa (5,2%) y la no precisión sobre cómo deben acumularse las pretensiones (2,3%).(Cita. 23.- En proporción mucho menor, otros ejemplos que ponen de relieve la atención del abogado al caso es la no identificación del domicilio del demandante en la demanda (3,5%) y, aunque esto raye en lo anecdótico, no precisar el nombre del demandante (1,9%). Por último, sólo en el 17% de los casos que Por último, sólo en el 17% de los casos que contaron con sentencia hubo presentación de alegatos por quien demandó. En buena parte de las defensas de los administrados, éstas se circunscriben a un solo acto: presentar la demanda

¹² PADILLA VALERA, Miguel Ángel. Los efectos del Silencio Administrativo en el sistema jurídico peruano. EN: Manual de Actualización Administrativa N° 2. Lima: Gaceta Jurídica. Enero 2010. 74 p.

¹³ Artículos 98° y 99° del que fuera el Texto Único de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, D.S. 02-94-JUS.

al silencio administrativo y así acudir a la vía jurisdiccional"¹⁴ o de esperar el pronunciamiento expreso de la Administración. La bondad que tiene consigo el PCA, es que no obliga a la persona pensionaria agotar el procedimiento administrativo ante la ONP o autoridad administrativa reclamada, acogiéndose al silencio administrativo negativo e interponiendo su demanda contencioso administrativa, debiendo los jueces declarar de plano infundadas las excepciones de falta de agotamiento de la vía administrativa, caducidad y prescripción de conformidad con el precedente vinculante STC. 1417-2005 – Manuel Anicama Hernández.

3.2 EL ESTADO EXONERADO DE LOS GASTOS JUDICIALES

Efectivamente, mientras las personas pensionarias tienen que costear los gastos de un proceso infructuoso, el artículo 47° de la Constitución Política de Perú y en el artículo 39° del Decreto Supremo 017-2008-JUS Reglamento del Sistema de Defensa Jurídica del Estado, se establece que el Estado esta exonerado de realizar el pago de los gastos judiciales que devengan de un proceso en el cual no haya obtenido la victoria. En virtud a este criterio se estableció en el Artículo 50° del TUO del Decreto Supremo 013-2008-Jus, la posibilidad de que el particular también este exonerado de tal pago, es así que, las Costos y Costas en virtud al mencionado artículo no podrán ser asumidos por ninguna de las partes del PCA, criterio que no compartimos, en razón de que el Estado debe pagar asumir los costas y costas al ser la parte vencida, recordemos que el PCA no debe ser entendido como una superestructura procesal de protección y de privilegios y mucho menos de asimetrías procesales frente a otros procesos y recursos.

3.3 LAS EXTREMAS FACULTADES DE LA AUTORIDAD ESTATAL

Es sabido que el administrado debe hacer uso de los recursos al interior de la respectiva entidad pública, a fin de que esta anule o modifique su decisión¹⁵. En virtud a esta premisa el administrado es quien debe por lo general darse cuenta del error cometido por la Administración, y en él mismo recae la tarea de accionar el aparato legal correspondiente (impugnación) para revertir sus efectos en un nuevo pronunciamiento¹⁶. Es válido agregar que ese procedimiento contiene un tiempo relativamente

¹⁴ Fundamento N° 2 y 3 del EXP. N° 1003-98 – AA/TC. Caso de Jorge Miguel Alarcón Menéndez

¹⁵ Morelli Rico, Sandra. La participación en el procedimiento administrativo y en el proceso contencioso-administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Temas de Derecho Público, N° 40, 1996, pp. 22 y 23.

¹⁶ La Ley que regula el proceso contencioso-administrativo (Ley N° 27584) contempla en su artículo 11° la posibilidad de que la propia Administración, vencido el plazo para que declare la nulidad de oficio en sede administrativa de sus actuaciones, presente una demanda judicial solicitando la impugnación de lo que expidiera. Dentro de la muestra representativa de expedientes judiciales no se halló ninguno que corresponda a este tipo de procesos.

breve, durante el cual los efectos de la actuación administrativa no se suspenden.

En el decurso del procedimiento administrativo aparece otro privilegio de la Administración: la carga de alegar y probar recae sobre el administrado.

La entidad administrativa puede libremente expedir actos que vayan en contra de los bloques de constitucionalidad y legalidad, pues tiene a su favor el principio de validez regulado en el artículo 9° de la LPAG Ley N° 27444, donde se establece que, todo acto administrativo se considera válido en tanto su pretendida nulidad no sea declarada por autoridad administrativa o jurisdiccional, según corresponda; dicha declaración lesiva seguirá produciendo efectos hasta que no se declare lo contrario

Por otro lado, es preciso recordar que otra gran facultad conferida a la Administración Pública por la LPAG¹⁷ es el poder tutelar propio (Autotutela) para revisar, modificar o nulificar sus decisiones a pedido de parte o de oficio, ello conlleva una responsabilidad funcional con el ordenamiento jurídico en su conjunto. Resulta justificado que en sede administrativa la autoridad pretenda retractarse de su error; el inconveniente es que además de esta prerrogativa, el ordenamiento también prevea un "proceso contencioso de lesividad que es iniciado por la autoridad administrativa para buscar promover en sede judicial la anulación de un acto administrativo que ha causado Estado, y que ha otorgado o reconocido derechos e intereses a administrados"¹⁸, se muestra una evidente asimetría entre las facultades que tienen los administrados para defender sus causas y amplias posibilidades con las que cuenta la administración para obtener también sus pretensiones, al extremo de admitirse la modificación de sus decisiones a pesar de haberse vencido los plazos de prescripción, tal como ocurría cuando se encontraba vigente la Primera Disposición Final y Complementaria de la Ley 26960¹⁹, hoy expulsada del ordenamiento jurídico a través de una declaración de inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional, recaída en el

¹⁷ Art. 14.1 Cuando el vicio del acto administrativo por el incumplimiento a sus elementos de validez, no sea trascendente, prevalece la conservación del acto, procediéndose a su enmienda por la propia autoridad emisora. Ley 27444, publicada el 11 de abril de 2001

¹⁸ MORON URBINA. Juan Carlos. La nulidad de Oficio en el Procedimiento Administrativo. EN: Manual de Actualización Administrativa N° 2. Lima: Gaceta Jurídica. Enero 2010. 35 p.

¹⁹ Mediante la Primera Disposición Final y Complementaria de la Ley N° 26960 se modifica el segundo párrafo del artículo 110° del Decreto Supremo N° 02-94-JUS y establece un plazo de **tres (3) años** contados a partir de la fecha en que la resolución haya quedado consentida. La misma norma, modifica el segundo párrafo del artículo 109° y por primera vez estableció de manera expresa que al vencimiento de dicho plazo la Administración podía declarar la nulidad de sus actos ante el Poder Judicial, aunque se le otorgó el carácter de imprescriptible a esta última potestad. Cita. Ivan Paredez Neyya El Decreto Ley N° 20530 Y Las Incorporaciones Indevidas: La Inejecutabilidad Sobreviniente De Las Resoluciones Del Tribunal Del Servicio Civil”

Expediente N° 004-2001-AI/TC²⁰ publicada en el Diario Oficial “El Peruano”, el 27 de junio de 2001.

Otra facultad extrema, pero esta vez del Órgano Jurisdiccional es la que se contempla en el artículo 9.2° del TUO del Decreto Supremo 013-2008-Jus , el cual contempla la posibilidad de realizar motivaciones en serie²¹ con la virtualidad de favorecer el principio de celeridad, lo cual puede admitir arbitrariedades o la posibilidad de que el funcionario se justifique de una incorrecta motivación. Cabe resaltar que es necesario una consolidación de las sentencias que cumplan los precedentes judiciales y las sentencias vinculantes del TC sin perder la debida motivación en forma individualizable. En cuanto a este punto María Elena Guerra²² pone en evidencia la incorrecta aplicación de este precepto normativo al establecer que lo que las autoridades hacen es abusar de los formatos en serie.

3.4 RESTRICCIONES A LA ACTIVIDAD PROBATORIA

El Artículo 30° TUO DS. 013-2008 referente a la actividad probatoria se establece que esta se restringe a las actuaciones recogidas en sede administrativa, salvo que se produzcan nuevos hechos o que se trate de hechos que hayan sido conocidos con posterioridad al inicio del proceso. En el Informe Defensorial 121, se establece que este criterio lo único que logra es menguar las posibilidades de que los administrados y en este caso particular, las personas pensionarias, vean satisfecha su pretensión de obtener una pensión a su tan avanzada edad mediante la dación y adición de otros medios probatorios que den mayor certeza a sus solicitudes, apareciendo nuevamente una superestructura procesal de protección y de privilegios a favor del Estado y en perjuicio de la persona pensionaria que ve recortado su derecho ejercer de forma debida y adecuado su propia actividad probatoria.

3.5 LA ASIMETRÍA INFORMATIVA EN CUANTO A LOS PLAZOS

²⁰ En el inciso c) del Primer Fundamento, la sentencia señala que la Primera Disposición Final y Complementaria de la Ley N° 26960 afecta al principio de igualdad por la siguiente fundamentación: “(...) mientras al ciudadano común y corriente se le imponen restricciones temporales respecto de la promoción de la acción contencioso-administrativa, según el inciso 3) del Artículo 541 del Código Procesal Civil; al Estado se le faculta a promover la misma acción, sin ningún tipo de restricción y con un carácter de imprescriptibilidad absoluta, reñida con todo sentido de seguridad jurídica”. De esto se desprende que se otorga al Estado la facultad de revisar en cualquier momento, mientras que a los particulares se establece un plazo más breve.

²¹ Las resoluciones judiciales deben contener una adecuada motivación. Cuando se presenten casos análogos y se requiera motivación para la resolución de los mismos, se podrán usar medios de producción en serie, siempre que no se lesione las garantías del debido proceso, considerándose cada uno como acto independiente.

²² GUERRA CERRON, María Elena. Proceso Contencioso Administrativo: El control al poder de la autotutela administrativa. En: Manual de Actualización Civil y Procesal Civil. N° 1. Lima: Gaceta Jurídica. Enero del 2010. 151 p.

La asimetría a la cual hacemos referencia es aquella que crea un conocimiento incierto respecto a la interposición de:

- a) Los recursos administrativos ante la propia entidad administrativa,²³
- b) El recurso contencioso administrativo ante el Poder Judicial luego de agotada la vía administrativa²⁴
- c) Los plazos dentro del proceso contencioso administrativo²⁵.

²³ Ley 27444 – Artículo 207. 2 El término para la interposición de los recursos es de quince (15) días perentorios, y deberán resolverse en el plazo de treinta (30) días. Vencido el plazo para su interposición se pierde el derecho para articularlo quedando firme el acto; así mismo se ejercitan por una sola vez en cada procedimiento y nunca simultáneamente. Concordancia: D.S.N° 008-2008-MTC, Art. 23 <http://www.pcm.gob.pe/NuestraInst/Ley27444.pdf>

²⁴ Decreto Supremo 013- 2008 JUS publicado el 29 de agosto de 2008- Texto Único Ordenado de la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo.

Artículo 19.- Plazos

La demanda deberá ser interpuesta dentro de los siguientes plazos:

1. Cuando el objeto de la impugnación sean las actuaciones a que se refieren los numerales 1, 3, 4, 5 y 6 del Artículo 4 de esta Ley, el plazo será de tres meses a contar desde el conocimiento o notificación de la actuación impugnada, lo que ocurra primero.
2. Cuando la ley faculte a las entidades administrativas a iniciar el proceso contencioso administrativo de conformidad al segundo párrafo del Artículo 13 de la presente ley, el plazo será el establecido en la Ley de Procedimiento Administrativo General, salvo disposición legal que establezca plazo distinto.
3. Cuando se trate de silencio administrativo negativo, se observará lo establecido en el numeral 188.5 del artículo 188 de la Ley N.º 27444 Ley del Procedimiento Administrativo General. Carece de eficacia el pronunciamiento hecho por la administración una vez que fue notificada con la demanda. Si el acto expreso se produce antes de dicha notificación, el órgano jurisdiccional podrá, a solicitud del actor, incorporar como pretensión la impugnación de dicho acto expreso o concluir el proceso. Cuando se trate de inercia o cualquier otra omisión de las entidades distinta del silencio administrativo negativo, no se computará plazo para interponer la demanda.
4. Cuando se trate de silencio administrativo positivo por transcurso del plazo previsto en la Ley del Procedimiento Administrativo General o por normas especiales, el plazo para el tercero legitimado será de tres meses.
5. Cuando se pretenda impugnar actuaciones materiales que no se sustenten en actos administrativos el plazo será de tres meses a contar desde el día siguiente en que se tomó conocimiento de las referidas actuaciones.

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

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

²⁵ Decreto Supremo 013- 2008 JUS publicado el 29 de agosto de 2008- Texto Único Ordenado de la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo.

Artículo 28.2 Plazos:

Los plazos previstos en esta ley se computan desde el día siguiente de recibida la notificación.

Los plazos aplicables son:

- a) Tres días para interponer tacha u oposiciones a los medios probatorios, contados desde la notificación de la resolución que los tiene por ofrecidos;
- b) Cinco días para interponer excepciones o defensas, contados desde la notificación de la demanda;
- c) Diez días para contestar la demanda, contados desde la notificación de la resolución que la admite a trámite;
- d) Quince días para emitir el dictamen fiscal o devolver el expediente al órgano jurisdiccional, contados desde su recepción;

- d) Los plazos para la subsanación de errores de las demandas.²⁶
- e) El empleo del lenguaje técnico como barrera para la total comprensión de la resolución por parte del administrado.

3.6 PRIVILEGIUM FISCI

En el artículo 648° del Código Procesal Civil, artículo 47° del DS. 013-2008 JUS y artículo 73° de la Constitución Política del Perú se establece que no podrán ser materia de ejecución los bienes de dominio público, sin embargo cabe preguntarse si ¿El dinero del Estado por ejemplo las partidas para obras publicas futuras, son inalienables e imprescriptibles?, ¿acaso estas no podrían se ejecutadas?.

Lo que ocurre es que cuando la norma hace alusión a la inembargabilidad de los bienes se refiere únicamente a aquellos que permiten el funcionamiento básico e indispensable de la Administración pública. Un ejemplo de esto son las remuneraciones.

Es decir, la posibilidad de la embargabilidad de los bienes del Estado podrá recaer en asignaciones presupuestarias o cuentas corrientes destinadas para la contratación de bienes, servicios, obras, consultarías de obras así como dinero (recaudación directa) o bienes (depreciados o castigados) no destinados al propio desenvolvimiento de la administración local, regional o central.

3.7 EL INCUMPLIMIENTO DEL PRINCIPIO DE INFORMALISMO

La Ley N° 27444, del Procedimiento Administrativo General recoge en su Artículo IV.- 1.6 el Principio de Informalismo²⁷ que ampara al administrado a realizar un recurso sencillo “sin formalidad” pero ello no es

-
- e) Tres días para solicitar informe oral, contados desde la notificación de la resolución que dispone que el expediente se encuentra en el Estado de dictar sentencia;
 - f) Quince días para emitir sentencia, contados desde la vista de la causa. De no haberse solicitado informe oral ante el Juez de la causa, el plazo se computará desde la notificación a las partes del dictamen fiscal o de la devolución del expediente por el Ministerio Público.
 - g) Cinco días para apelar la sentencia, contados desde su notificación.

Informe Defensorial 121 página 81 “El plazo inicial concedido por algunos de los magistrados para estas adecuaciones fue bastante corto (dos días). Con posterioridad, éste fue ampliado a tres días y así fue tomado por varios jueces, a raíz del pronunciamiento de una de las salas contencioso. administrativas que se pronunció a favor de la ampliación del tiempo contemplado hasta por un máximo de 10 días, según lo que prescribe el artículo 426° del Código Procesal Civil. A todas luces, la ampliación fue insuficiente. No tomó en consideración muchos factores que condujeron a que el 94% de estos casos nunca fuera subsanado.”

²⁷ Principio de informalismo. Las normas de procedimiento deben ser interpretadas en forma favorable a la admisión y decisión final de las pretensiones de los administrados, de modo que sus derechos e intereses no sean afectados por la exigencia de aspectos formales que puedan ser subsanados dentro del procedimiento, siempre que dicha excusa no afecte derechos de terceros o el interés público.

tan correcto pues dentro de mismo cuerpo normativo, el artículo 113²⁸ indica las FORMALIDADES DE UN ESCRITO, generándose con ello una antinómia jurídica que el juez contencioso administrativo deberá analizar y resolver.

Del informe defensorial 121 se señala que “Preguntados al respecto, algunos magistrados estuvieron a favor de considerar este tipo de escritos como verdaderos medios impugnatorios, principalmente por la intención que guardan, antes que descartarlos por las formalidades de las que carecen. Habría que analizar también si la Administración está aplicando correctamente la ley en cuanto a los requisitos formales de los medios impugnatorios o si, caso contrario, está siendo muy exigente, y con ello faltando a uno de los principios de procedimiento administrativo, en concreto al principio de informalismo recogido en la Ley N° 27444, del Procedimiento Administrativo General. Este principio señala que las normas de procedimiento deben favorecer la admisión y decisión final de las pretensiones de los administrados, siempre que luego se proceda a su subsanación.”

Un ejemplo de incumplimiento al principio de informalismo lo recoge el informa antes acotado “Un caso específico que grafica el formalismo es lo sucedido con la caducidad de los DNI de personas mayores de 60 años. El problema nace en el Registro Nacional de Identidad y del Estado Civil (RENIEC) al haber emitido documentos de identidad con fecha de vencimiento para personas mayores de 60 años, sin considerar que lo correcto es su vigencia indefinida, conforme a ley. Al llegar estas personas con su identificación ya vencida, el estricto apego a la norma condujo a que algunos juzgados considerasen esta falta como motivo suficiente para declarar la inadmisibilidad de la demanda. El mensaje que se estaba dando al demandante era que debía dedicar tiempo y dinero a un trámite burocrático para la obtención de su documento de identidad, para así luego iniciar otro – (RENIEC reconoce la vigencia indefinida del documento de

²⁸ Ley 27444- Artículo 113.- Requisitos de los escritos

Todo escrito que se presente ante cualquier entidad debe contener lo siguiente:

1. Nombres y apellidos completos, domicilio y número de Documento Nacional de Identidad o carné de extranjería del administrado, y en su caso, la calidad de representante y de la persona a quien represente.
2. La expresión concreta de lo pedido, los fundamentos de hecho que lo apoye y, cuando le sea posible, los de derecho.
3. Lugar, fecha, firma o huella digital, en caso de no saber firmar o estar impedido.
4. La indicación del órgano, la entidad o la autoridad a la cual es dirigida, entendiéndose por tal, en lo posible, a la autoridad de grado más cercano al usuario, según la jerarquía, con competencia para conocerlo y resolverlo.
5. La dirección del lugar donde se desea recibir las notificaciones del procedimiento, cuando sea diferente al domicilio real expuesto en virtud del numeral 1. Este señalamiento de domicilio surte sus efectos desde su indicación y es presumido subsistente, mientras no sea comunicado expresamente su cambio.
6. La relación de los documentos y anexos que acompaña, indicados en el TUPA.
7. La identificación del expediente de la materia, tratándose de procedimientos ya iniciados.

identidad para las personas mayores de 60 años (Resolución Jefatural N° 060-2003- JEF/RENIEC, del 21 de febrero del 2003)”, y donde queda el principio pro homine y el principio de favorecimiento del proceso contenido en el artículo 2 inc. 3 de la Ley 27584 – Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo²⁹

4 ANTINOMIAS Y CONTRADICCIONES JURÍDICAS EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Que ocurre cuando la entidad jurisdiccional, lejos de ser la instancia en la cual la persona pensionaria haga su último intento por obtener su pensión, se convierte en una traba para la obtener su tan anhelada pretensión. Efectivamente, esto es lo que vino ocurriendo en sede jurisdiccional como veremos a continuación.

4.1 LA DESVIACIÓN DEL JUEZ NATURAL

Tal como lo expresa el Informe Defensorial 121 de junio 2007 “Se puede afirmar, en general, que el administrado es una persona no letrada en materia de derecho. Aún cuando el giro de las actividades que realice y los derechos que reclame en la instancia administrativa le reporten algo de familiaridad, lo más probable es que conozca solo nominalmente los derechos que lo asisten o que cree que le corresponden. Será difícil encontrar administrados que conozcan el panorama en conjunto, como entender los fundamentos de los derechos que lo amparan, plazos para presentar impugnaciones, requisitos de las impugnaciones, entre otros”

Es necesario recordar conceptos procesales básicos para demostrar el indebido proceso que ha vivido y siguen viviendo las personas pensionarias.

Precisaremos de manera conceptual lo siguiente:

- a) La jurisdicción, es la vocación notable y honesta para administrar justicia dentro de un espacio asignado por Ley o las partes.
- b) La competencia es la funcionalidad que tiene el signado(s) por ley para ejercer la operatividad y dinámica jurisdiccional en determinados conflictos e incertidumbres jurídicas³⁰.

La desviación del juez natural la podemos catalogar de tres maneras:

²⁹ Artículo 2 inc. 3. Principio de favorecimiento del proceso.- El Juez no podrá rechazar liminarmente la demanda en aquellos casos en los que por falta de precisión del marco legal exista incertidumbre respecto del agotamiento de la vía previa. Asimismo, en caso de que el Juez tenga cualquier otra duda razonable sobre la procedencia o no de la demanda, deberá preferir darle trámite a la misma.

³⁰ El art. 138 de la Constitución establece la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el poder judicial a través de un órgano jerárquico con arreglo a la Constitución y a las leyes.

a. La desviación técnica – jurídica realizada por el Tribunal Constitucional, en la cual aquellos procesos de amparo que versen sobre material previsional o laboral se han visto por los JUZGADOS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO³¹.

b. La desviación antitécnica – jurídica realizada mediante Ley 26835, publicada en el Diario Oficial ““El Peruano”, **publicada el 4 de julio de 1997**, en el cual en su primera disposición Complementaria transitoria y final, facultó a la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial para que creara las instancias especializadas necesarias para el conocimiento de los procesos que se deriven de la aplicación del decreto legislativo 817 de fecha 23 de Abril 1996 y de la presente ley, es decir, respecto de los procesos de nulidad de incorporación al régimen de pensiones del Decreto Ley 20530 pretendiendo el Estado con dichos dispositivos legales proceder al despojo de las pensiones de cesantía a los miles de pensionistas del Estado.

c. La desviación política - normativa a través de la Ley 26960, **publicada el 30 de mayo de 1998**, se modificó la Primera Disposición Complementaria y Final de la Ley 26835, señalando que la Comisión Ejecutiva designará en un plazo no mayor de 15 días los jueces previsionales que se ocupen de resolver toda acción judicial en materia previsional entre ellos los Procesos de Nulidad de Incorporación al Régimen de Pensiones del Decreto Ley 20530 mediante Resolución Administrativa N° 658 – CME-PJ-COMISIÓN EJECUTIVA DEL PODER JUDICIAL, publicada el 7 de julio de 1998 en la cual se creó el JUZGADO PREVISIONAL DE LIMA, el cual conoció y resolvió a exclusividad toda acción judicial en materia previsional que se generó de la aplicación de las Leyes 26835³² y 26960.

La desviación ha sido evidente, la cual podemos observar cronológicamente de la siguiente forma:

³¹ Véase Exp. 1417-2005 – AA/TC (Caso Manuel Anicama Hernández) del 8 de julio de 2005 En este fallo, el máximo intérprete de la Constitución señaló que. “Una vez que el Juez competente del proceso contencioso administrativo se aboque al conocimiento de la causa, deberá entenderse presentada y admitida la demanda contencioso administrativa, y, en aplicación del principio de suplencia previsto en el inciso 4) del artículo 2° de la Ley N° 27584, (cita nuestra Principio de suplencia de oficio.- El Juez deberá suplir las deficiencias formales en las que incurran las partes, sin perjuicio de disponer la subsanación de las mismas en un plazo razonable en los casos en que no sea posible la suplencia de oficio. se otorgará al demandante un plazo razonable a efectos de que adecúe su demanda conforme a las reglas previstas para la etapa postulatoria del proceso contencioso-administrativo. Transcurrido dicho plazo sin que el demandante realice la respectiva adecuación, procederá el archivo del proceso.

³² El art. 10 de la Ley 26835, otorgaba a la Oficina de Normalización Previsional la facultad para revisar los actos de incorporación, reincorporación, reconocimiento y calificación de derechos y otorgamiento de beneficios en el marco del régimen pensionario del Estado, incluyendo los correspondientes al Decreto Ley 20530, a fin de detectar los efectuados con infracción de lo establecido en la presente Ley, identificar aquellos actos administrativos nulos y promover las acciones judiciales correspondientes. Señalaba asimismo que son nulos igualmente, los actos administrativos dictados sobre la base de otros actos anteriores viciados de nulidad, refiriéndose al desaparecido Tribunal del Servicio Civil

a) La Ley 26636 - Ley Procesal del Trabajo –Ley 26636 **publicada el 21 de junio de 1996**, establece en su art. 4, que la Competencia por razón de la materia se regula por la naturaleza de la pretensión y que las Salas Laborales conocen de las pretensiones individuales o colectivas por conflictos jurídicos sobre: ACCION CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA en materia laboral y seguridad social.

b) La Ley 27242 **publicada el 24 de Diciembre de 1999**, a través de su art. 2, modificó el art. 4 de la Ley Procesal del Trabajo, reiterándose la competencia de las Salas laborales para conocer las ACCIONES CONTENCIOSAS ADMINISTRATIVAS en materia laboral y seguridad social como primigeniamente debía ser por cuestión de especialidad.

Habiéndose demostrado:

- a) La vulneración de lo normado por el Art. 139 inc. 2 de la Constitución Política del Perú³³.
- b) El Segundo párrafo del artículo 25 de la Ley Orgánica del Poder Judicial³⁴
- c) El Art. 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.
- d) El Art. XVIII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.
- e) El Art. 8 inc. 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.
- f) El Art. 14 inc. 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- g) La irresponsabilidad en la manera de administrar justicia en materia previsional sin tener la debida especialidad del caso y aprendiéndose la aplicación del Derecho Previsional en el actual jurisdiccional del día a día sin haberse preparado adecuadamente a los cuadros judiciales en la materia.
- h) La nulidad de pleno derecho de las sentencias expedidas por estos pseudo juzgadores.
- i) La indemnización por errores judiciales (La Ley 24973, publicada el 28 de Diciembre 1988)

Mediante sentencia del Tribunal Constitucional, publicada el 27 de junio del 2001 recaída en el Exp. 001-98-AI/TC, se declaro inconstitucional, entre otros, la primera disposición complementaria transitoria y final de la

³³ Art. 139 inc. 2. La Independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones (...)

³⁴ En esta Ley se señalan los órganos encargados de administrar justicia en nombre del pueblo y los que norman, rigen, controlan y ejecutan su propia actividad institucional y administrativa” es decir que, no puede ser alterada por ninguna norma de menor nivel. (el subrayado es nuestro)

Ley 26835, respecto a la facultad otorgada a la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial para la creación de las instancias correspondientes- juzgado previsional- para revisar las materias relativas con el sistema pensionario en razón de que ningún ente o forma organizativa del Poder Judicial puede crear instancias de tal naturaleza, pues de lo contrario viola el debido proceso, a lo que debe agregarse que una ley ordinaria- ley 26835- no puede ordenar la creación de instancias en razón de que dicha potestad le corresponde a una Ley Orgánica.

El Tribunal Constitucional de aquel entonces, protegió el esquema normativo del Sistema Pensionario,³⁵³⁶ previniendo un mayor impacto social negativo. Ello no impidió, a que se continuara con la política anti-pensionista, ya que los enjuiciados seguirían siendo enjuiciados (por distinto motivo, sucesión procesal, nulidad de la cosa juzgada fraudulenta, adecuación de la demanda), pese que se publicaron normas de desistimiento para la ONP y las entidades administrativas.

Esta sentencia motivo que por Resolución Administrativa N° 212 -2001-P-CSJL-PJ, mediante la cual se dispuso que las Salas Laborales se avoquen al conocimiento de las acciones contencioso administrativas en materia previsional, conforme lo establece la ley procesal de trabajo y los fallos de la Corte Suprema de la República del Perú³⁷. En este orden de ideas, tenemos que considerar que el Estado (ONP) planteó sus miles de demandas frente a los pensionistas con el tenor de nulidad de resolución administrativa o impugnación de resolución administrativa, buscando una declaratoria de ineficacia (requisitos de fondo) o invalidez (requisitos de forma) de sus propios actos, haciéndolo con sus propias normas y jueces (inconstitucionales).

El art. 210³⁸ de la Ley 27444 - Ley de Procedimiento Administrativo General expresa que de manera excepcional, procedía el recurso de revisión ante una tercera instancia, pero, esta vez, de competencia nacional, si es que las dos impugnaciones (reconsideración³⁹ y apelación⁴⁰) no fueran

³⁵ - Sentencia del Expediente 002-2003-AI/TC, sobre la Ley 27617 (Sobre pensiones) -21/09/2003

³⁶ LEY 27719 Ley de reconocimiento, declaración y calificación de los derechos pensionarios legalmente obtenidos al amparo del Decreto Ley 20530 y sus Normas Modificadorias y Complementarias G.J. Tomo 102, 12/05/2002

³⁷- Resolución del 18 de noviembre del 2005, expedida por la Primera Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República en la acción de nulidad seguida contra Enrique Cartolin Peceros. Resolución del 12 de enero del 2005, expedida por la Sala de Derecho Constitucional y Social de la corte suprema de la república en la acción de nulidad seguida contra Honorato Pinedo Meza.

³⁸ Artículo 210°: Recurso de revisión. Ley 27444 Ley del Procedimiento Administrativo General publicada el 11 de Abril del 2001,. Concordancias: LEY N° 28040, Art. 1°. <http://www.pcm.gob.pe/NuestraInst/Ley27444.pdf>

³⁹ Ídem, Artículo 208°: Recurso de reconsideración.

⁴⁰ Ídem, Artículo 209.- Recurso de apelación. Concordancias: R.PRESIDENCIAL N° 016-CND-P-2005, Art. 5

R. N° 640-2007-OS-CD, Art. 30 num.30.2

resueltas por autoridades con este tipo de competencia. En el año 2004 el Congreso de la República del Perú, dictó la Ley N° 28040⁴¹, creando el Tribunal Administrativo Previsional como instancia que resolvería los recursos de revisión, en la actualidad no ha sido implementado.

4.2 PROCESO URGENTE VS. PROCESO DE AMPARO⁴²

La regulación del PCA no solo está plagado de mecanismos asimétricos sino también de contradicciones y sobre regulaciones, que sin duda son innecesarias, este es el caso del PROCESO URGENTE⁴³, que es a todas luces un pseudo PROCESO DE AMPARO⁴⁴, veamos por qué; en el primer caso el Proceso Urgente surge con la finalidad de Tutelar Interés ciertos y manifiestos, la necesidad impostergable de tutela y que esta sea la única vía eficaz para garantizar el derecho invocado. De modo muy similar, el proceso constitucional⁴⁵ también tiende a proteger los derechos que en este caso son constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación, con aras de cesar la amenaza o agresión y que no devenga en irreparable; en este caso, el Proceso de Amparo también sirve para disponer el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo. A lo que viene la pregunta de por qué generar un nuevo proceso cuando ya existía otro con similares características el cual tiende a reparar el mismo agravio.

4.3 EJECUTABILIDAD DE LAS SENTENCIAS

Si bien una resolución judicial firme produce la exigibilidad de la obligación de pago de una suma de dinero determinada, ello no quiere decir que ésta sea inmediatamente ejecutable ya que se deriva del principio de legalidad presupuestaria que la ejecución de las sentencias está sujeta al seguimiento de un procedimiento previo y "en el caso de que ese

⁴¹ Ley de Creación del Tribunal Administrativo Previsional. Corresponde al Tribunal administrativo Previsional conocer en segunda y última instancia las reclamaciones que versen sobre derechos pensionarios. (Ley N° 28040) (Art. 2) G.J. Tomo 116, 25/07/2003, El Peruano, pág. 248738-

⁴² El tribunal Constitucional rechazó la mayoría de las demandas de amparo en las cuales se pretendía el reconocimiento de aportación en vía judicial, en la medida que el citado proceso carece de una etapa probatoria, Ej. Caso de Proceso de Amparo seguido contra Alejandro Tarazona Valverde contra la ONP, publicada en el diario oficial El Peruano el 10 de Octubre del 2008. Este criterio fue rectificado en sentencia Exp. N° 04762-2007-PA/TC (fundamentos 6 al 12) donde se establece que en los Procesos de Amparo en materia pensionaria, la prueba es una acepción.

⁴³ Art. 26 TUO DS. 013-2008-jus; Interés Tutelable cierto y manifiesto; necesidad impostergable de tutela y que sea la única vía eficaz para la tutela del derecho invocado.

⁴⁴ STC 1417-2005. CASO MANUEL ANICAMA HERNANDEZ. El Proceso de Amparo y el Proceso Contencioso Administrativo (Proceso Urgente)

⁴⁵ Las sentencias del TC han servido para disipar graves errores e inconvenientes que derivan de la dación de normas, por ejemplo en el Exp. N° 04762-2007-PA/TC, establece una serie de reglas aplicables en principio a demandas de reconocimiento de aportaciones a través del proceso de amparo, entendemos que algunos criterios del mencionado fallo (interpretación del artículo 70 del Decreto Ley N° 19990, el artículo del reglamento o la determinación de la idoneidad de las pruebas) deberán ser tomadas en cuenta por los jueces ordinarios (contenciosos, laborales y civiles) en mérito a lo dispuesto por el fundamento 60 del Exp. N° 01417-2005-AA/TC.

procedimiento no satisfaga la deuda o demore el pago irrazonablemente, se pueda proceder a su ejecución forzada, pues sucede que la obligación de pago no podrá ser satisfecha si no existe el crédito presupuestario suficiente para cubrirla”⁴⁶,

Referente al tiempo en que debe efectivizarse una sentencia de esta naturaleza, el Código Procesal Constitucional encuentra colisión con la Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo, ya que en la primera norma, en su artículo 59° relativo a la Ejecución de Sentencias establece que (...) Cuando la sentencia firme contenga una prestación monetaria, el obligado que se encuentre en imposibilidad material de cumplir deberá manifestarlo al Juez quien puede concederle un plazo no mayor a cuatro meses, vencido el cual, serán de aplicación las medidas coercitivas señaladas en el presente artículo.

Si embargo en el artículo 70.5° de la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto-Ley N° 28411 en concordancia con el artículo 47° del TUO 013-2008 JUS se tiene que los requerimientos de pago de las sentencias judiciales, serán aprobados dentro de los cinco (5) años fiscales subsiguientes.

Por otro lado artículo 48° del TUO 013-2008 establece que la entidad administrativa esta obligada al pago de los intereses que se generen en virtud al retraso en la ejecución de una sentencia, lamentablemente esta norma no presisa si al mencionar intereses se refieren al interés legal, moratorio o compensatorio. Para dilucidar tal incertidumbre es imperioso recurrir a las normas del Código Civil ya que en el artículo 1246° se establece que a falta de consenso respecto al tipo de interés, se tomara como referencia el interés legal.

4.4 EXCEPCIONES AL AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA

Antes de la modificatoria de la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, la falta de conocimiento y asesoría especializada conllevaba a que muchas personas pensionarias pierdan dinero, tiempo y

⁴⁶ TC. ST. 015-2001, 016-2001- 004-2002 de 29 de enero 2004, publicado el 01 de febrero del 2004. “La necesidad de seguirse un procedimiento administrativo con posterioridad a la expedición de la sentencia condenatoria contra el Estado, no constituye perse un privilegio que el Legislador haya creado ex novo, y sin sustento constitucional alguno a favor de los órganos estatales A juicio del Tribunal, esto no es inconstitucional toda vez que el legislador difiera el cumplimiento de la ejecución de la sentencia, porque en el año presupuestal no se cuente con la disponibilidad correspondiente, en la medida en que el legislador puede establecer condicionamientos constitucionales temporales y razonables al derecho a la ejecución... el compromiso para atender los pagos impagos surge desde el ejercicio presupuestario inmediatamente siguiente, debiendo ser cubierta la deuda hasta en un máximo de 5 años conforme lo establece el 16.5 de la Ley 28128 (...), establecer un plazo de 5 años para que el Estado cubra proporcionalmente la totalidad de una obligación declarada en una resolución judicial resulta razonable y por ente constitucional.

deterioro en su salud por no agotar la vía administrativa, teniendo que regresar a iniciarla nuevamente o continuarla de ser el caso, para luego demandar por segunda vez ante el Poder Judicial.

Ello ha desaparecido con la modificatoria de la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo⁴⁷ y su Texto Unico Ordenado⁴⁸ señalando que, cuando la pretensión esté referida al contenido esencial del derecho a la pensión y, haya sido denegada en la primera instancia en la sede administrativa no será exigible el agotamiento de la vía administrativa.

Otra excepción la tenemos en el artículo 21.3° del TUO 013-2008 JUS, cuando la demanda es interpuesta por un tercero, al procedimiento administrativo en el cual se haya dictado actuación impugnada. Consideramos que en este inciso también debe incluirse que sea un tercero legitimado afectado (persona pensionaria) que se encuentre amenazado de forma directa o indirecta por un acto administrativo. De este modo, cuando

⁴⁷ Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo – Ley 27584.

Artículo 19°.- Excepciones al agotamiento de la vía administrativa

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

1. Cuando la demanda sea interpuesta por una entidad administrativa en el supuesto contemplado en el segundo párrafo del Artículo 11° de la presente Ley.
2. Cuando en la demanda se formule como pretensión la prevista en el numeral 4 del Artículo 5° de esta Ley. En este caso el interesado deberá reclamar por escrito ante el titular de la respectiva entidad el cumplimiento de la actuación omitida. Si en el plazo de quince días a contar desde el día siguiente de presentado el reclamo no se cumpliera con realizar la actuación administrativa el interesado podrá presentar la demanda correspondiente.
3. Cuando la demanda sea interpuesta por un tercero al procedimiento administrativo en el cual se haya dictado la actuación impugnada.

4. Cuando la pretensión planteada en la demanda esté referida al contenido esencial del derecho a la pensión y, haya sido denegada en la primera instancia de la sede administrativa. (*)

(*) *Incorporado por Decreto Legislativo 1067*

⁴⁸ Decreto Supremo 013- 2008 JUS publicado el 29 de agosto de 2008- Texto Único Ordenado de la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo

Artículo 21.- Excepciones al agotamiento de la vía administrativa

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

1. Cuando la demanda sea interpuesta por una entidad administrativa en el supuesto contemplado en el segundo párrafo del Artículo 13 de la presente Ley.
2. Cuando en la demanda se formule como pretensión la prevista en el numeral 4 del Artículo 5 de esta Ley. En este caso el interesado deberá reclamar por escrito ante el titular de la respectiva entidad el cumplimiento de la actuación omitida. Si en el plazo de quince días a contar desde el día siguiente de presentado el reclamo no se cumpliera con realizar la actuación administrativa el interesado podrá presentar la demanda correspondiente.
3. Cuando la demanda sea interpuesta por un tercero al procedimiento administrativo en el cual se haya dictado la actuación impugnada.
4. **Cuando la pretensión planteada en la demanda esté referida al contenido esencial del derecho a la pensión y, haya sido denegada en la primera instancia de la sede administrativa**

el contenido de una demanda se encuentre vinculado a un tema de pensión o cuando esta se haya denegada en primera instancia en sede jurisdiccional, a la persona pensionaria que tenga afectación directa o indirecta sobre misma pretensión pensionaria incoada podrá eximirse del requisito de agotar la vía administrativa.

4.5 CONTRADICCIONES DEL PRINCIPIO DE VERDAD MATERIAL

En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas. Sin embargo esta norma entra en contradicción cuando en el mismo precepto normativo se establece la obligación imperante de los administrados de facilitar las pruebas necesarias:

Artículo IV. Principios del Procedimiento Administrativo⁴⁹.	Artículo 57.2. Suministro de información a las entidades⁵⁰
1.11. Principio de verdad material.- En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual <u>deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas.</u>	En los procedimientos investigatorios, <u>los administrados están obligados a facilitar la información y documentos que conocieron y fueren razonablemente adecuados a los objetivos de la actuación para alcanzar la verdad material,</u> conforme a lo dispuesto en el capítulo sobre la instrucción.

Es necesario que la administración pública cumpla con el principio de informalidad, presunción de veracidad, verdad material, celeridad, simplicidad, debiendo fortalecer y darle inmediatez al principio de control posterior sustentado en la aplicación de la fiscalización posterior; reservándose la autoridad administrativa, el derecho de comprobar la veracidad de la información presentada, el cumplimiento de la normatividad sustantiva y aplicar las sanciones pertinentes en caso que la información presentada no sea veraz.

⁴⁹ Ley 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General, publicada el 11 de abril de 2001.

⁵⁰ Ídem.

4.6 EL FAVORECIMIENTO DEL PROCESO

En cuanto a demandas poco claras u otras que carecen de requisitos que pueden ser subsanables debiendo privilegiarse su admisibilidad y procedencia.

Tenemos que el principio IURE NOVIT CURIA⁵¹ establece que “El juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente”. Sin embargo, no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes salvo en temas como el que ahora abordamos, materia pensionarios (también en temas laborales, familiares y alimentarios)

En este mismo sentido en el artículo 41° inc. 2 del TUO 013-2008 JUS se tiene que la sentencia que declare “El restablecimiento o reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de cuantas medida sean necesarias para el restablecimiento o reconocimiento de la situación jurídica lesionada, aún cuando no hayan sido pretendidas en la demanda. Se estaría admitiendo la utilización, por parte de la autoridad decisora, de un criterio a favor de una de las partes generándose una nueva asimetría procesal.

4.7 AUSENCIA DE UN TITULO PRELIMINAR

La imperiosa necesidad de un Título Preliminar que sea fuente del PCA tiene como consecuencia la aplicación supletoria de los Principios contenidos en el Código Procesal Civil, esto se evidencia en la Primera Disposición Final del Texto Único Ordenado de la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, Decreto Supremo N.º 013-2008-JUS.

4.8 LAS PROCURADURIA PÚBLICAS

En mi experiencia como abogado defensor del Estado (Procuradurías), he tenido la oportunidad de ver como de forma indebida ejercemos el derecho a impugnar a sabiendas que el resultado será infructuoso, que contravenimos precedentes y que es predecible nuestra derrota, claro está, que nuestro respaldo normativo está contenido en el Decreto Legislativo 1068 – Ley de Defensa Jurídica del Estado, artículo 22⁵², la cual nos confiere a realizar todas las actuaciones que la Ley en materia procesal, arbitral y las de carácter sustantivo permitan pero ello es contradictorio con el artículo 23 inc. 2⁵³ donde faculta a los Procuradores Públicos a conciliar,

⁵¹ Título Preliminar. Código Procesal Civil. Artículo VII

⁵² El artículo 22.2. La defensa jurídica del Estado comprende todas las actuaciones que la Ley en materia procesal, arbitral y las de carácter sustantivo permiten, quedando autorizados a demandar, denunciar y a participar de cualquier diligencia por el sólo hecho de su designación, informando al titular de la entidad sobre su actuación.

⁵³ **Artículo 23º.- De las atribuciones de los Procuradores Públicos:**

transigir o desistirse de demandas para lo cual será necesaria la expedición de la resolución autoritativa del titular de la entidad, ahora bien, el Ministerio de Justicia mediante la Directiva N° 001-2011-JUS/CDJE publicada el 25 de mayo de 2011, ha visto necesario otorgar un mayor poder de acción a los procuradores permitiéndoles impulsar conciliaciones, transacciones y desistimientos bajo un análisis costo-beneficio, a fin de analizar la conveniencia de continuar con el proceso.⁵⁴

4.9 PLAZO PARA PRESENTACIÓN DEL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO

De conformidad con el artículo 24 del TUO DS.13-2009 JUS,⁵⁵ se le exige a la entidad administrativa la remisión del expediente administrativo en un plazo que no podrá exceder de 15 días hábiles, muchas veces las procuradurías no están preparadas para cumplir tal requerimiento por cuestiones de logísticas e infraestructura, quedando sometidas a una presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda y la conducta procesal de falta de colaboración para lograr la finalidad de los medios probatorios⁵⁶ pero lo más curioso es que algunos

Son atribuciones y facultades generales de los Procuradores Públicos las siguientes:

2. Los Procuradores Públicos podrán conciliar, transigir o desistirse de demandas, conforme a los requisitos y procedimientos dispuestos por el reglamento. Para dichos efectos será necesario la expedición de la resolución autoritativa del titular de la entidad, para lo cual del Procurador Público deberá emitir un informe precisando los motivos de la solicitud.

⁵⁴ Sobre el particular, el Tribunal Constitucional en la STC. 05561-2007-PA/TC GRIMALDO DIAZ declaró un Estado de Cosas Inconstitucional por la participación temeraria, obstructiva y contraria a la jurisprudencia y precedentes de este Tribunal de la ONP en los procesos judiciales relacionados a los derechos pensionarios que administra; imponiendo a todos y cada uno de los abogados que autorizaron los escritos a lo largo del presente proceso el pago solidario de 20 URP por concepto de sanción por incumplimiento de los deberes propios del ejercicio profesional. El cumplimiento de este pago se deberá supervisar en etapa de ejecución por el Juez competente.

⁵⁵ Artículo 24.- Remisión de actuados administrativos

Al admitir a trámite la demanda, el Juez ordenará, de ser el caso, a la Entidad Administrativa, a fin de que el funcionario competente remita copia certificada del expediente con lo relacionado a la actuación impugnada, en un plazo que no podrá exceder de quince días hábiles, con los apremios que el Juez estime necesarios para garantizar el efectivo cumplimiento de lo ordenado, pudiendo imponer a la Entidad multas compulsivas y progresivas en caso de renuencia. El Juez además de realizar las acciones antes referidas en el párrafo anterior, ante la manifiesta renuencia a cumplir con el mandato, prescindirá del expediente administrativo. El incumplimiento de lo ordenado a la entidad administrativa no suspende la tramitación del proceso, debiendo el Juez en este caso aplicar lo dispuesto en el Artículo 282 del Código Procesal Civil, al momento de resolver; sin perjuicio que tal negativa pueda ser apreciada por el Juez como reconocimiento de verdad de los hechos alegados

⁵⁶ Los juzgados contencioso administrativos o quienes hagan sus veces no siempre otorgan un plazo de 15 días hábiles, por costumbre judicial otorgan un plazo de 5 hábiles, teniendo las procuradurías que solicitar una ampliación de plazo justificando su retraso en la carga procesal que se tiene. En otros casos, cuando ya se venció el plazo, la copia certificada del expediente administrativo se ingresará con la sumilla para mejor resolver o alego lo conveniente.

juzgados te exigen el original del expediente olvidando lo regido por el artículo 235⁵⁷ del Código Procesal Civil

5 A MODO DE CONCLUSIÓN

Existen distintos problemas procesales en materia pensionaria en cuanto a la aplicación e interpretación debida de la norma sustantiva y adjetiva, personas pensionarias que vienen litigando más de 15 años en espera de un resultado de justicia y con razón del derecho, hace que el legislador, el juez, el litigante y la persona pensionaria conozca bien la realidad pensionaria con la finalidad de lograr una justicia más expeditiva, celera y eficiente en sus resultados. Contribuyamos con la justicia pensionaria, recordemos que algún día seremos pensionistas y que los cambios normativos de hoy, nos afectarán mañana, yo alguna vez observe al fantasma de la preocupación y la desesperación, al Goliat que abusaba de David, a un Dios que siempre está ahí, y a la litigante eterna, mi madre, que durante 18 años batallo para que no le quiten su pensión, esperemos que exista una verdadera conciencia normativa para mejorar el sistema pensionario.

Tras las peripecias normativas que entorpecen el proceso contencioso administrativo donde las personas pensionarias tienen batallas innumerables, cabe preguntarse ahora si ¿Resulta ético y jurídicamente amparable que el Estado haga padecer diariamente a los pensionistas regateando pensiones mínimas mientras, al mismo tiempo, contrata sin regateos los costos servicios profesionales de estudios de abogados, cuya única finalidad, en el plano judicial, es oponerse con absurdos e infundados escritos a los reclamos de los jubilados?⁵⁸

Queda pendiente en el tintero varios problemas de asimetría procesal e de interpretación de los derechos pensionarios en el ámbito militar-policia, privado, internacional y comparado, que será para una próxima entrega académica.

⁵⁷ Artículo 235.- Documento público.-

Es documento público:

1. El otorgado por funcionario público en ejercicio de sus atribuciones; y
2. La escritura pública y demás documentos otorgados ante o por notario público, según la ley de la materia.

La copia del documento público tiene el mismo valor que el original, si está certificada por Auxiliar jurisdiccional respectivo, notario público o fedatario, según corresponda.

⁵⁸ STC. 05561-2007-PA/TC PLENO JURISDICCIONAL CASO – ONP/GRIMALDO DIAZ CASTILLO