

DOCTRINA

La disyuntiva del juez del contencioso

O sigue aplicando literalmente la Ley N.° 27584 o la interpreta creadoramente

Juan F. Monroy Gálvez¹

Cita en formato APA 7:

Monroy Galvez, J. F. (2024). La disyuntiva del juez del contencioso O sigue aplicando literalmente la Ley N.° 27584 o la interpreta creadoramente. En Procuraduría General del Estado (Ed.), *Procesos Contenciosos Administrativo I* (pp. 19 - 50). Cuaderno para la defensa jurídica del Estado, 5. Procuraduría General del Estado.

Escribo, como dice Oswaldo Soriano, “*desde la responsable satisfacción del que se sabe invitado a habitar el corazón de las mejores gentes*”.

Sumilla

No es exagerado afirmar que el juez peruano mantiene, en su gran mayoría, una sujeción plena al silogismo judicial, concebido como una técnica judicial para que los jueces elaboren sus decisiones con sujeción plena a la premisa mayor, la ley. Que ocurra ahora es una excentricidad, si recordamos que surgió del auge del iluminismo racionalista de fines del siglo XVII. La creencia en la razón como faro que iluminará el camino al progreso de la humanidad fue llevada al Derecho asumiendo que ella se manifestaba por medio de la ley, que entonces debería ser su objeto de estudio. Y sobre la función del juez, se convirtió en el punto de partida y de llegada de las decisiones que este tomara. Un siglo después de agotada su preeminencia en Europa occidental, se mantiene en sede nacional con inusual intensidad.

Palabras clave

Silogismo judicial, juez aplicador de la ley, principio de revisión, plena jurisdicción, agotamiento de vía administrativa

¹ Socio fundador del Estudio Monroy Abogados y profesor ordinario de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Perú, profesor de filosofía y abogado, juanmg@estudiomonroy.com

I. Introducción: Estado de la situación

Resulta difícil encontrar un escenario jurídico donde la función creativa del juez peruano sea más importante que en el ámbito del contencioso administrativo. Tenemos una Ley N.º 27584, Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo (en adelante, LPCA) peculiar. Su exposición de motivos, por ejemplo, no se corresponde con su contenido normativo respecto del fin perseguido. Eso explica que el artículo 1² sea una demostración impecable de lo que significa una tutela procesal plena de los derechos del administrado; casi con la misma intensidad con que los artículos 20, inciso 1³, y 27⁴ la contradicen, cuando regulan que solo se puede demandar las “actuaciones impugnables” del artículo 4 o cuando la prueba se limita a los hechos ocurridos durante el procedimiento administrativo, respectivamente. Un caso singular de esquizofrenia normativa.

La jurisprudencia y la doctrina comparadas vienen dando pasos hacia un cambio en el paradigma de la función que debe cumplir el control judicial de la Administración⁵. Nuestra ley, como se ha descrito,

2 LPCA

Artículo 1.- Finalidad

La acción contencioso administrativa prevista en el artículo 148 de la Constitución Política tiene por finalidad el control jurídico por el Poder Judicial de las actuaciones de la administración pública sujetas al derecho administrativo y la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados. Para los efectos de esta Ley, la acción contencioso administrativa se denominará proceso contencioso administrativo.

3 LPCA

Artículo 20.- Requisitos especiales de admisibilidad

Sin perjuicio de lo dispuesto por los artículos 424 y 425 del Código Procesal Civil son requisitos especiales de admisibilidad de la demanda los siguientes:

1. El documento que acredite el agotamiento de la vía administrativa, salvo las excepciones contempladas en la presente Ley.

2. (...).

4 LPCA

Artículo 27.- Actividad probatoria

En el proceso contencioso administrativo, la actividad probatoria se restringe a las actuaciones recogidas en el procedimiento administrativo, salvo que se produzcan nuevos hechos que hayan sido conocidos con posterioridad al inicio del proceso. En cualquiera de estos supuestos, podrá acompañarse los respectivos medios probatorios.

(...).

5 Se conocen tres sistemas de control de la Administración. El primero, el francés, se resume en la frase: “Juzgar a la Administración sigue siendo administrar”. El segundo se expresa en la frase: “Juzgar a la Administración es competencia del Judicial”. Aunque no se discute que el origen del control de la Administración es francés, nuestra opción ha sido y es por el segundo. Finalmente, también hay sistemas mixtos como el italiano, allí el control legislativo

muestra luces y sombras sobre dicho tránsito⁶. Obviamente no ha sido la intención del legislador⁷ –nadie puede estar interesado en contradecirse– pero es lo que tenemos.

Se trata de una concepción errónea sobre la evolución obtenida, hecho que también se ha presentado en otras latitudes. Esta consiste en creer que el cambio ya se ha producido, cuando en la práctica ronda una reticencia -inconsciente o voluntaria- de los operadores judiciales a enfrentarlo⁸.

Mientras en la doctrina nacional se presenta una suerte de unanimidad sobre la necesidad de que la mudanza debe realizarse, la urgencia de que esta se concrete depende esencialmente de un Judicial que asuma, de manera enfática, una posición activista de su función, conducta que no viene presentándose. Si a esto le agregamos un abogado forense conservador y discreto, la crisis nos desborda.

Sin embargo, más allá de la urgencia en superar el problema, es necesario empezar por identificar sus causas para luego enfrentarlas. En nuestro caso son dos sus manifestaciones. Por un lado, la tendencia del juez peruano (no solo del contencioso) a asumir de manera permanente una interpretación literal del enunciado normativo y, por el otro, una situación más delicada y peligrosa por su alto contenido ideológico: la profunda tendencia conservadora del juez nacional respecto de la función que debe cumplir en la crónica disputa entre el administrado y la Administración.

-
- de la estructura del acto lo hace la misma Administración, y el de mérito, el Judicial.
- 6 La ley actual no es excepcional en materia de dejar escapar oportunidades. Cuando en 1993 entró en vigencia el Código Procesal Civil, sus redactores desconocían la significativa trascendencia del contencioso-administrativo para la tutela de la persona contra los eventuales abusos del poder estatal. Por ello solo repitieron lo que ya había.
- 7 En países como el nuestro, referirse al “legislador” suele ser una simplificación equivoca. Vivir en una democracia formal y por ello defectuosa como la nuestra, importa reconocer que una propuesta legislativa va a ser revisada por diversas personas, la mayoría con mucho poder, pero con pocas ideas. El resultado del “consenso” es una ley que, regularmente, imita a la creación cumbre de Mary Shelley.
- 8 “El Ordenamiento anterior a la Constitución hubiera permitido a los jueces impartir una tutela judicial efectiva frente a las arbitrariedades de la Administración. Y hay que reconocer que en buena parte fueron superando algunas de las deficiencias del texto inicial de la Ley [de la Jurisdicción Contencioso-administrativa] de 1956. Pero, excesivamente respetuosos con el Poder, los Jueces no agotaron todas las posibilidades que ofrecía para garantizar al administrado una tutela jurisdiccional plena” (González, 1998, pp. 15-16).

Por lo apreciado en las últimas tres décadas, el juez peruano ha hecho suya esta concepción surgida a fines del siglo XIX. Aunque parezca insólito, considera que su deber principal es proteger a la Administración contra los “agresivos e infundados pedidos del administrado”.

En el escenario contemporáneo, la opción descrita se orienta, como es evidente, a contramano de la tutela judicial del justiciable, es decir, aunque tal vez no sea consciente, el juez peruano resuelve conflictos sesgado por una alternativa inconstitucional.

Como debería ocurrir con el amparo, es necesario que el juez del contencioso asuma una posición definida, sustentada en el principio de que el fin esencial del contencioso administrativo es la protección de los derechos e intereses del administrado. La razón de tal elección, entre otras, es que la relación -jurídica o material- que protagonizaron los litigantes antes del inicio del procedimiento, no se desarrolló de manera horizontal, sino que siempre hubo una parte que ejerció su potestad sobre la otra, la Administración en este caso.

La sentencia comentada enciende la discusión sobre la necesidad de contar con un juez supremo que trascienda su importancia formal, para lo cual debe aportar construcciones jurídicas y decisiones que conviertan en real la tutela judicial del administrado.

II. Comentarios a una sentencia suprema⁹

Si bien en el caso a comentar el objetivo de un procedimiento judicial de resolver un conflicto no fue concretada, describir las razones por las que tal aventura fue deficiente, propiciará aludir a las condiciones para que el cambio que tanto se requiere empiece a producirse desde la vera de los jueces.

Con pleno conocimiento de que la sumilla no es parte de la sentencia, empezamos comentándola porque no deja de ser notable cómo pone en evidencia lo trascendente de su aporte didáctico. Que esta contribución se dé en sentido negativo -como lo vamos a demostrar-, no disminuye

9 Evitamos la reproducción íntegra de la sentencia suprema comentada, invitando a quien desee leerla a seguir esta ruta: www.pj.gob.pe. “Consultar expedientes judiciales de la Corte Suprema”. Luego, “Sala Suprema Constitucional y Social Permanente”. Después, “Casación N.º 5333/22”.

el hecho de que se trata de un aporte, lo que no es poco.

En ella se afirma:

(...) en la presente causa no acredita (la demandante-administrada) haber cuestionado acto administrativo alguno en sede administrativa ni que haya iniciado el procedimiento administrativo de petición de reconocimiento del derecho que alega; (...), no se aprecia que su pretensión se enmarque dentro del catálogo de actuaciones impugnables que establece el artículo 4 de la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, Ley No. 27584, y tampoco se verifica que su pedido se enmarque dentro de los supuestos de excepción del agotamiento de la vía administrativa regulados en el artículo 19 del acotado texto legal (Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 2022).

A continuación, describiremos cómo las afirmaciones de la sumilla pertenecen a un estadio superado de las funciones contemporáneas que debe cumplir el control judicial de la Administración en un Estado democrático de derecho.

1. La demandante “no acredita haber cuestionado acto administrativo alguno en sede administrativa ni que haya iniciado el procedimiento administrativo de petición de reconocimiento del derecho que alega”.

La historia del contencioso-administrativo en Occidente es, simultáneamente, la historia de la evolución de los instrumentos procedimentales creados con el fin de proteger a la persona común contra los ejercicios abusivos del poder central¹⁰. Tal como adelantamos, el procedimiento contencioso-administrativo (en adelante, el PCA) es el antecedente histórico de lo que también debería tutelar el amparo en nuestro sistema judicial¹¹.

10 Ubicamos lo ocurrido desde mediados del siglo XVII en adelante, pues antes, durante la vigencia del absolutismo monárquico, el rey en ejercicio del poder solo estaba sometido a la ley divina.

11 Aunque cueste admitir, el desenfreno con que ha sido empleado el amparo en las últimas décadas y la lamentable manera como ha sido regulado, han determinado que, en el escenario nacional, este ha dejado de ser el instrumento de tutela urgente por excelencia

Las leyes expedidas por la Asamblea surgida de la Revolución de 1789 tuvieron como propósito subvertir el absolutismo monárquico de la sociedad francesa (Antiguo Régimen), a fin de construir otra, pero igualitaria y libre. A este fin, los asambleístas tuvieron que decidir si los jueces que impartieron justicia antes de la revolución -los mismos que habían conformado una clase social, los Parlamentos-, debían ser mantenidos e incluso si debía otorgárseles independencia funcional respecto a la Administración estatal, o someterlos a ella.

La decisión fue mantenerlos, pero condicionados, es decir, optaron por la segunda¹². Aquí se ubica, precisamente, la aparición histórica en Occidente del juez marginado y sometido al poder estatal, aunque las constituciones mientan diciendo que forma parte de él.

Dos décadas después de difundidos los ideales de la revolución, como sabemos, estos fueron traicionados por la fuerza militar de toda la nobleza europea y, desde adentro, por la megalomanía de Napoleón y la ambición de la burguesía, mercantilista al inicio e industrial después. El sometimiento del Judicial (que en Francia carecía de reconocimiento de poder) al Ejecutivo también fue asumido como un valor entendido por la burguesía de casi todos los gobiernos sudamericanos, regularmente por calco y copia.

Hacia fines del siglo XIX, la tendencia a mantener a la Administración libre del control judicial empezó a ser debatida en Francia. Una propuesta inicial consistió en crear un órgano administrativo cuya función se limite a discutir el cumplimiento de la formalidad de los actos administrativos. Esa institución se llamó el Consejo de Estado. Su evolución va a personificar

para evitar la amenaza o agravio inminente de los derechos fundamentales de la persona. Acostumbrados a convertir lo desgraciado en cotidiano, el amparo deambula presumiendo ser urgente, aunque su práctica acredita que su desmedida tardanza linda en lo patológico. Una sala constitucional de Lima recibe una demanda de amparo y cita a las partes para una audiencia dentro de medio año como mínimo. Que sea un proceso con sumarización cognitiva y sin audiencia de prueba (el juez no necesita resolver con un estándar de probabilidad sino solo con uno de verosimilitud), carece de importancia. No parece interesar el hecho de que el amparo es tan específico en su contenido y efectos que, más allá de lo que expresa el Código que lo regula, una sentencia de amparo no adquiere la autoridad de la cosa juzgada. Legisladores, jueces y abogados hemos logrado, con eficacia admirable, corromper al amparo y convertirlo en un instrumento de tutela vacío, absurdo y cínico.

12 Ley de 16-24, de agosto de 1790: "Los tribunales no pueden inmiscuirse en el ejercicio del Poder Legislativo o suspender la ejecución de las Leyes, ni intervenir sobre las funciones administrativas o citar ante ellos a los administradores por razón de sus funciones".

el progreso de la tutela del administrado y la posterior configuración del PCA en Europa.

En sus inicios, el Consejo de Estado no resolvía conflictos, sino revisaba y sugería a la Administración una eventual modificación en la formalidad empleada para resolver. Con el tiempo, sus sugerencias de carácter anulatorio se convirtieron en decisiones que empezaron a vincular al órgano infractor y, más adelante, pasaron a resolver pretensiones del administrado modificando el contenido de la decisión expedida por la Administración. Estamos resumiendo una evolución de décadas.

Como se trataba de un órgano administrativo que, con el tiempo, asumió la función particular de resolver conflictos “diciendo derecho administrativo”, empezó a afirmarse que, en tales ocasiones, actuaba de “plena jurisdicción”. Como se advierte, se trata de una frase comprensible en tanto le es imputada a un órgano administrativo que empezó a “decir derecho” al resolver el mérito del conflicto administrativo. Sin embargo, se trata de una frase sin sentido y absurda cuando se refiere a los jueces, dado que es imposible concebir que son tales, pero con jurisdicción “recortada”. Lo que es más, por interpretación a contrario podría insinuarse que existen otros órganos que actúan con “jurisdicción parcial”, idea absurda y sin sentido. Sin embargo, a pesar de su origen anómalo, el concepto “plena jurisdicción” sirve en sede nacional para describir los casos en que el juez escapa de la cárcel conceptual impugnatoria en la que lo ha colocado una legislación defectuosa y una tradición judicial desfasada que, probablemente sin saberlo, pretende que el juez del contencioso siga actuando sometido al poder estatal. Esto último es el auténtico debate, una cuestión de política del derecho.

Con una serie de variantes, el Consejo de Estado francés fue estabilizando sus reformas. A este fin empezó a cumplir simultáneamente dos funciones de control, una referida a la estructura del acto (requisitos del acto), y la otra sobre el mérito o contenido del acto administrativo, en ambos casos a pedido del interesado, como ocurre hasta hoy.

Este es el antecedente común de los distintos sistemas de control de la Administración que surgen en Europa. En el caso de Francia, como se ha descrito, lo hizo desde dentro de la Administración y aún lo mantiene; otros países lo siguieron, aunque optaron por un control desde la jurisdicción, como nuestro caso.

El importante aporte del Consejo de Estado, consistente en empezar a resolver el mérito (la sustancia administrativa) no fue seguido por el sistema español y, como lógica consecuencia, por el nuestro. Entonces se asumió que el único control judicial sobre la Administración debería estar referido a los aspectos formales, pero no de cualquier actividad de la Administración sino solo del acto administrativo. Así fue como se forjó lo que la doctrina reconoce con el nombre de principio revisor, según el cual, el control jurisdiccional de la Administración se reduce a examinar el cumplimiento de la legalidad del acto administrativo.

Que un PCA solo cumpla esa función explica muchas cosas, por ejemplo, que no se pueda aportar nuevo material probatorio, que el juez esté prohibido de declarar derecho administrativo o, lo más nefasto, que cuando no haya acto administrativo se deba utilizar la figura de la ficción para “crearlo”. Es decir, que el juez sea competente para evaluar el cumplimiento de la legalidad en la estructura y expedición del acto administrativo, nada más. La constatación de si con el tiempo esta concepción ha quedado descartada o sobrevive en la semiclandestinidad, forma parte de la historia reciente del contencioso-administrativo. En esa línea, procederemos a examinar detenidamente el párrafo seleccionado.

En el presente caso, la demandante propuso una pretensión meramente declarativa. Esto significa que, si bien se considera titular de una situación jurídica favorable, está necesitada de una declaración judicial que le otorgue reconocimiento a su situación de ventaja jurídica¹³. Como la LPCA -aunque con dudas- ha abierto el compás de las pretensiones a muchas más que a la simple pretensión impugnativa (el clásico pedido de nulidad del acto), ya no tiene sentido seguir la pauta del legislador de emplear instituciones que, por inferencia al vacío, permitan “afirmar” que se ha expedido un acto administrativo, aunque este jamás haya existido ni tenga por qué existir, como el instituto del “silencio administrativo”.

En el caso materia de análisis no había necesidad de “impugnar un acto

13 Cuando el artículo 5, inciso 2 de nuestra LPCA prescribe que puede proponerse como pretensión: “El *reconocimiento* o restablecimiento del derecho o interés jurídicamente tutelado y la adopción de las medidas o actos necesarios para tales fines”, la forma activa del verbo reconocer, hace referencia a la propuesta de una pretensión de mera declaración que, por cierto, no requiere que previamente se ejerza un derecho de petición. No debe olvidarse que la lógica de este último, es la exigencia anacrónica de dar nacimiento a un acto administrativo ficto.

administrativo”. En primer lugar, porque el interés de la demandante no era impugnativo. Siendo así, ¿cómo puede sobrevivir un sistema de pretensiones, en pleno siglo XXI, que le impone al demandante que pida lo que no necesita ni le interesa? ¿Cómo puede haber un juez que prefiere la aplicación literal de un enunciado anacrónico que emplear una interpretación creadora y actual? En segundo lugar, si la demandante propone una pretensión meramente declarativa es porque afirma tener una situación jurídica o derecho adquirido, por lo cual solo requiere de reconocimiento judicial. En este extremo se advierte que resulta inútil exigirle que pida a la Administración el reconocimiento de algo que ya tiene, con el agregado de que en nuestro ordenamiento el reconocimiento definitivo solo lo otorga el Judicial.

Una primera conclusión es que, dado que esta sentencia ha sido notificada en diciembre de 2023, para la actual Sala Suprema un PCA solo es concebible si se “impugna” un acto administrativo, real o ficto.

- La Sala Suprema considera que la demandante debió iniciar *“el procedimiento administrativo de petición de reconocimiento del derecho que alega”*.

Cumplir con el derecho de petición en sede administrativa puede tener utilidad, por ejemplo, cuando la demandante desconoce cuál es la posición de la Administración respecto de la pretensión que piensa proponer. Si así fuera, envía la solicitud y, si esta lo acepta, se habrá prescindido de un largo procedimiento; si no, la demanda. Tiene lógica, sin embargo, este no es el caso. Veamos por qué.

Antes de presentar su demanda, la propietaria, sobre la base de los derechos municipales que ya había adquirido, suscribió un contrato de superficie con una empresa inversora. Esta inició los trámites para empezar a construir. Fue en esa circunstancia cuando la Municipalidad Metropolitana de Lima (en adelante, MML), le informó que los requisitos para contar con los derechos municipales que ya le había otorgado a la propietaria habían variado, porque había expedido una nueva ordenanza. La consecuencia de este exabrupto es que la empresa inversora resolvió el contrato de superficie y la aventura empresarial con la propietaria quedó frustrada. Es con este antecedente -acreditado en autos- que esta empieza la demanda declarativa, es decir, la propietaria lo hace con pleno conocimiento de que la MML tiene una posición

definida (negativa) respecto del reconocimiento de su derecho.

2. Luego dice la sumilla: “no se aprecia que su pretensión se enmarque dentro del catálogo de actuaciones impugnables que establece el artículo 4 de la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo”.

El error que vamos a describir tiene, en nuestra opinión, su origen en la “costumbre jurídica” de alimentar al patrón de conducta que consiste en darle “fundamento” a lo que se viene haciendo, simplemente porque ha perdurado durante mucho tiempo. La ley peruana, vigente desde el 2002, tiene dos artículos -el 4 y el 5- con las siguientes sumillas: “Actuaciones impugnables” y “Pretensiones”, respectivamente. La ley española (29/1998) tiene un capítulo que se llama “Actividad administrativa impugnada”, y luego otro denominado “Pretensiones de las partes”. Como en ambos casos los títulos son sucesivos, generan una primera indefinición: ¿las actuaciones impugnables marcan un límite, de tal suerte que tan solo en ellas pueden sustentarse las pretensiones demandables? Apreciado el tema desde el escenario más generoso y protector del administrado: si las pretensiones que se pueden proponer solo necesitan sustentarse en una eventual afectación a un derecho o interés del administrado, entonces ¿para qué referirse a las actuaciones impugnables como marco previo?

Como se advierte, la inestabilidad de objetivos que sufre la normativa peruana, como ocurre con la española, no es gratuita ni inventada. Se debe a que, si bien las exposiciones de motivos y la doctrina dan por establecido que el principio revisor -es decir, que la función judicial en la LPCA se reduce al control de legalidad formal del acto administrativo- es una doctrina anacrónica y superada, las normativas vigentes no asumen una posición sólida en tal sentido. Ambas normas presentan una regulación dubitativa, en tanto mezclan reglas de una y de otra posición. Veamos cómo influye la normativa nacional en el presente caso.

La Sala empieza cometiendo un error de identificación respecto de la norma que sustenta su afirmación. Dice la sentencia que la pretensión propuesta no se “enmarca” dentro de las enumeradas en el artículo 4 de la LPCA. Es cierto, sin embargo, el artículo citado (actuaciones impugnables) no es el que “lista” las pretensiones, la enumeración está en el artículo 5 (pretensiones).

Por otro lado, la Sala no advierte que, en materia de ejercicio del derecho de acción, la interpretación debe ser *pro actione*¹⁴, esto es, debe emplearse la interpretación que mejor asegure la posibilidad de que se discuta la situación jurídica propuesta por el administrado. Como es evidente, una postura así es inconcebible desde el punto de vista del principio revisor. Es aquí donde se aprecia el deber incumplido por los redactores de la sentencia estudiada: el juez, sobre todo el Supremo, debe ser el operador más sensible y presto a abrir tendencias creativas, más aún cuando el enunciado normativo ya no responde a las nuevas exigencias contemporáneas para la obtención de una decisión justa¹⁵.

Prueba de lo afirmado sobre la indeterminación normativa de la ley nacional-en lo que respecta a confirmar si ha abandonado o no el principio revisor- es la sumilla del artículo 4 citado por la sentencia suprema. La sumilla, como se mencionó previamente, es “Actuaciones impugnables”. Si como se expresa, cualquier demanda contencioso administrativa debe estar “enmarcada” dentro del “catálogo” de este artículo, es necesario conocer si la Sala está asumiendo que todas las actuaciones que se pueden demandar deben, necesariamente, ser “impugnables”. Si así fuera, sería un grave error. Por ejemplo, el numeral 4.2. prescribe que se puede impugnar una “omisión de la administración pública”. Como es evidente, una pretensión de ese tipo no puede ser impugnatoria¹⁶, se trata de una contradicción insalvable de la ley peruana que solo puede ser superada por vía judicial, esto es, mientras se concreta su reforma, necesitamos un Judicial dispuesto a prestar tutela efectiva más allá de las pobreza legislativas.

14 “(...) no corresponde a este Tribunal Constitucional ‘terciar en la polémica mantenida a través de tanto tiempo sobre el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa ni sus límites, en la que se han enfrentado y aún se enfrentan la concepción rígidamente formalista procedente de la influencia del Derecho francés y la flexible que intentó instaurar la Constitución de 1812 y acogió la Ley de 1845, pero sí es obligación ineludible de este tribunal rechazar toda aplicación de las leyes que conduzca a negar el derecho a la tutela judicial’ con quebranto del principio *pro actione*” (Tribunal Constitucional español, Exp. 133/2005, FJ 7).

15 Nos referimos a que la vigencia del principio revisor reduce la función del juez a una suerte de tutela casatoria de la legislación administrativa. Por eso un sector de la doctrina la denomina ‘tutela objetiva’. Por nuestro lado preferimos llamarla anacrónica; y optamos por privilegiar la tutela de los derechos e intereses del administrado, llamada ‘tutela subjetiva’, aunque optamos por llamarla contemporánea.

16 Ello no significa que no se puede demandar a la Administración por una conducta omisiva, lo que afirmamos es que tal pretensión jamás será impugnatoria. Puede ser de mera declaración y sucesivamente de condena, si es el interés del administrado.

En la demanda materia de análisis se propone una pretensión meramente declarativa que, como es obvio, no tiene ningún contenido impugnativo. Siendo así, la expresión que aparece en la sumilla implica una exigencia absolutamente ajena a lo que la demandante propuso como pretensión. ¿Puede ser esa la razón para que se le niegue la tutela?

3. La sumilla cierra su compendio de errores con la siguiente frase: “*tampoco se verifica que su pedido se enmarque dentro de los supuestos de excepción del agotamiento de la vía administrativa regulados en el artículo 19 del acotado texto legal*”.

La exigencia de agotar la vía administrativa a fin de acceder válidamente a la tutela judicial no es una regla de orden público, es decir, no es un enunciado rígido cuyo incumplimiento hace devenir en inválida la actuación judicial donde este agotamiento no se haya cumplido. Este es un prejuicio surgido del principio revisor que en sede nacional se ha convertido en dogma. Es paleo positivismo puro.

Lo que esta regla sí posee es una función central desde la perspectiva del principio revisor. En efecto, dado que sustancialmente implica un control legislativo formal del acto administrativo, este, a su vez, hace suponer la existencia de un procedimiento administrativo que, en cumplimiento del principio del doble grado, le impone al administrado su agotamiento previo.

Sin embargo, la regla del agotamiento de la vía administrativa está anclada en nuestra LPCA y, en la realidad, cuenta con muchas más excepciones de las que prevé la regla del artículo 19¹⁷ que, se cree, las

17 LPCA

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 cumplierse 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 referido al contenido esencial del derecho a la pensión y, haya sido denegada en la primera instancia de la sede

limita taxativamente. Es tan extremadamente reducida la enumeración que, por ejemplo, no se coloca en la hipótesis de que el administrado pretenda atacar una actuación material de la Administración, es decir, una actividad ejecutada sin sustento legal (el llamado acto de hecho). Como es obvio, aquí no hay ninguna vía administrativa que agotar, como tampoco existirá cuando el administrado considere ser titular de un derecho o situación jurídica, pero carezca de una formalidad habilitante, por lo que solicita al juez que elimine la incertidumbre jurídica respecto de su calidad jurídica.

Precisamente es esta la pretensión que fue propuesta en el presente caso, una de reconocimiento prevista en la LPCA¹⁸. La tesis es la siguiente: si una persona considera que tiene un derecho que le ha sido reconocido por la Administración, ¿qué sentido tiene que le solicite al órgano administrativo algo que este ya no le puede otorgar por la sencilla razón de que ya lo concedió? Por lo demás, si la administración considera que no ha concedido tal derecho, esa será la respuesta de mérito que expresará al contestar la demanda.

La sentencia citada ha concentrado en la sumilla todos los fundamentos erróneos de su decisión. Sin perjuicio de ello, a continuación, comentaremos algunos párrafos de dicha sentencia que, en lo sustancial, ratifican las expresiones antes vertidas o, mejor aún, nos permitirán identificar aquellos defectos que se han descrito.

III. Aspectos puntuales de la sentencia

1. Hechos esenciales del caso y sentencia de primer grado

1.a La demandante es propietaria de un terreno en Surco. Empezó un procedimiento administrativo para obtener su habilitación urbana y consiguiente recepción de obra. Aunque cuando presentó su solicitud sobre esta última había variado la Ley de regularización de habilitaciones urbanas, la demandante ejerció la facultad prevista en la nueva ley, Ley N.º 29090, Ley de regulación de habilitaciones urbanas y de edificaciones.

18 administrativa.
LPCA
Artículo 5.- Pretensiones
1. (...)

2. El **reconocimiento** o restablecimiento del derecho o interés jurídicamente tutelado y la adopción de las medidas o actos necesarios para tales fines (el resaltado es propio).

Esto determinó que se le aplique el artículo 12¹⁹ de esta última, una típica norma de transición, según la cual, cuando se aprueba la licencia de habilitación, se activa su derecho de construir y desarrollar el proyecto aprobado en los términos contenidos en la licencia. Esto significa que la propietaria y demandante contaba con el derecho pleno de construir y habilitar su terreno, siempre que respetara los parámetros urbanísticos aprobados cuando presentó su proyecto, quedando así todo expedito para la inscripción de la recepción de obra.

1.b. Como es obvio, si posteriormente las secciones viales normativas sufrían modificaciones, estas nuevas reglas no se aplican a las habilitaciones urbanas aprobadas, pues se afectaría la legalidad prevista en el artículo 13²⁰ de la Ley N.º 29090, además del artículo 103 de la Constitución²¹. Es decir, se infringiría una situación jurídica firme cuya

19 Ley N.º 29090

Artículo 12. Efectos

El otorgamiento de la licencia de habilitación o de edificación determinará la adquisición de los derechos de construcción y desarrollo, ya sea habilitando o edificando, en los predios objeto de la misma, en los términos y condiciones expresados en la respectiva licencia.

La expedición de las citadas licencias no conlleva pronunciamiento alguno acerca de la titularidad de derechos reales, sobre el inmueble o inmuebles, objeto de ella. Las licencias recaen sobre uno o más inmuebles y producen todos sus efectos, aun cuando sean enajenados.

El régimen de aprobación automática, regulado en la presente Ley, no exime a las municipalidades del control posterior, el cual será regulado mediante el reglamento al que se hace referencia en el artículo 5.

20 Ley N.º 29090

Artículo 13.- Deberes del titular de la licencia de habilitación o de edificación

El titular de la licencia de habilitación o de edificación tiene los siguientes deberes:

a. Ejecutar las obras con sujeción a los proyectos aprobados, de forma tal que se garantice la salubridad y seguridad de las personas, así como la estabilidad de los terrenos y edificaciones vecinas y de los elementos constitutivos del espacio público.

b. Mantener, en la obra, la licencia y los planos, debiendo exhibirlos cuando sean requeridos por la municipalidad competente y el respectivo reglamento.

c. Solicitar la recepción de obras o la finalización de obras al concluir con la ejecución del proyecto de habilitación urbana o de edificación.

d. Someterse a supervisión municipal, con arreglo a lo dispuesto en la presente ley.

e. Dar cumplimiento al Reglamento Nacional de Edificaciones y a las demás normas que rigen para el ámbito constructivo.

21 Constitución Política del Perú de 1993

Artículo 103.- Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas. La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga solo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad.

La constitución no ampara el abuso del derecho.

titular es la demandante.

1.c. El trámite se realizó estando vigente la Ordenanza N.º 341, norma que sirvió para obtener la autorización de habilitación urbana, lo cual ocurrió el 5 de marzo de 2002 (Resolución N.º075-2002-MML-DMDU). Posteriormente, por Resolución N.º977-2012-SGLAU-DGU-MSS, de fecha 21 de junio de 2012, se aprobó la recepción de obra, acto que consistió en comprobar que se había cumplido con los parámetros establecidos en la norma que contiene los términos de la habilitación urbana.

1.d. Dado que la demandante había convenido un contrato de superficie con una tercera persona, esta empezó a realizar los trámites municipales para la construcción de una edificación, habiendo conseguido, entre otras, aprobar el estudio de impacto vial. Sin embargo, empleando la Ordenanza N.º1195, vigente desde el 13 de diciembre de 2008, la MML declaró de oficio la nulidad de la resolución que había aprobado a la tercera el estudio de impacto vial, por medio de la Resolución Administrativa de Gerencia N.º563-2017-MML/GTU, del 27 de diciembre de 2017. Con esta decisión, la propietaria y la tercera no tuvieron otra alternativa que dejar sin efecto el contrato de superficie.

1.e. Enterada la demandante que la MML desconocía su derecho de habilitación urbana, así como la norma que aprobó la recepción de obra, interpuso una demanda meramente declarativa²² cuya pretensión fue la siguiente:

Se declare que la Sección Vial Normativa de 51.00 metros lineales establecida en la Ordenanza No. 1195 para la Avenida Manuel Olgúin no resulta aplicable al predio habilitado ubicado en la Avenida Javier Prado esquina con la Avenida Manuel Olgúin, Lote Ex Parcela C, Fundo Monterrico Chico, Surco, inscrito en la Partida Registral No. 11090685 del Registro de Propiedad Inmueble, ni a sus independizaciones presentes o futuras, sino la Ordenanza No. 341, que estableció una Sección Vial Normativa de 32.00 metros lineales (Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República,

22 Una pretensión de mera declaración tiene por objeto poner fin a una incertidumbre jurídica, para lo cual el demandante pide al juez declare que la situación o relación jurídica propuesta en la demanda tiene plena eficacia jurídica. Un caso típico en sede nacional es la prescripción adquisitiva: como el demandante ya es propietario, le pide al juez declare que tal situación ya se ha producido.

2022, FJ a.1).

1.f. En primer grado, la demanda fue declarada fundada. La tesis fue que tanto la habilitación urbana como la recepción de obras son situaciones fácticas y jurídicas firmes, por lo que aplicar la Ordenanza N.º 1195 sería emplear una técnica retroactiva. Ello implicaría exigir nuevas condiciones al proyecto de habilitación urbana que ya se aprobó y recibió (en su ámbito administrativo).

2. Sentencia de segundo grado

Esta sentencia revocó la apelada y declaró improcedente la demanda. Las razones para tal decisión se resumen en una: la demandante no agotó la vía administrativa.

2.a. Afirma la Sala Superior: “debió acudir previamente a tal instancia administrativa a efectos de que la Municipalidad de Lima en ejercicio de su competencia emita el acto o resolución correspondiente sobre tal consideración” (Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 2022, FJ a.3).

Como se advierte, la tesis de la Sala Superior es irrefutable en la misma medida que es inconsistente. El juez peruano se mantiene fiel a una tradición que todavía no advierte que es anacrónica y, además, que se origina en los inicios del contencioso administrativo, cuando era un dogma que la función judicial estaba supeditada a los intereses públicos representados por la Administración, razón por la que se exigía al interesado el cumplimiento de requisitos absurdos, prolongándose así el estado jurídico favorable al Estado.

Por eso la sentencia es reiterativa en su exigencia formal de haber agotado la vía administrativa: “iv) Finalmente, no se advierte que la demandante haya iniciado el procedimiento administrativo de petición de reconocimiento del derecho que alega; o que haya agotado la vía administrativa” (Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 2022, FJ a.3).

La pregunta que no se hizo la Sala Superior y tampoco la Sala de Casación es ¿por qué esa actividad administrativa era necesaria? Como se ha descrito en los antecedentes, la demandante convino un contrato

de superficie. En un trámite iniciado por la otra parte contractual, la MML anuló la resolución que aprobó el estudio de impacto vial, con lo cual indirectamente puso en conocimiento de la demandante que no iba a respetar la habilitación urbana y la recepción de obra, a pesar de que su firmeza estaba fuera de toda duda.

2.b. Sin embargo, lo expresado en el párrafo anterior es aún más grave. La Sala Superior es consciente sobre lo que la demandante describe en su demanda. Es decir, como la MML rechazó el pedido a la empresa superficiaria, es absolutamente evidente que hará lo mismo con el suyo.

Sin embargo, para la Sala Superior, que ello haya ocurrido hace evidente que “antes de iniciar la presente acción debió discurrir su pedido de reconocimiento ante la instancia administrativa, si consideraba que se estaba poniendo en duda un ‘derecho adquirido’ a su favor” (Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 2022, FJ a.3).

Lo que la Sala Superior está afirmando es lo siguiente: es obvio que cuando la demandante le pida a la MML que le reconozca su situación jurídica firme, esta le va a decir que no tiene nada que admitirle. Sin embargo, para la Sala Superior eso no desconoce el “deber” del administrado de realizar el pedido, aunque sea ocioso, superficial, vano, formalista y falso.

2.c. Finalmente, la Sala Superior se refugia en la ley vigente y afirma que la demanda no se encuentra en “ninguna de las actuaciones impugnables contempladas en el artículo 4 del TUO de la ley 27584” (Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 2022, FJ a.3). No se repetirá lo que ya se desarrolló al comentar la sumilla al inicio de este trabajo. El artículo 4 no contiene el listado de pretensiones posibles de ser deducidas en sede nacional, sino que ello se encuentra en el artículo siguiente, el 5. La Sala quiere que la demandante encuentre un gato negro en un cuarto oscuro donde no hay ningún gato.

Sin perjuicio de lo cual, ratificamos que es un anacronismo afirmar que los PCA deben contener una pretensión impugnatoria porque, de lo contrario, no podrán ser deducidos. En cualquier caso, es evidente que una pretensión de mera declaración no es impugnatoria, solo busca

eliminar una incertidumbre jurídica.

El aporte del abogado forense es esencial en esta materia. La teoría del proceso le concede un elenco de pretensiones declarativas que puede proponer (meramente declarativas, constitutivas o de condena). Siendo así, el presupuesto para la renovación de nuestro contencioso administrativo, mientras esperamos la reforma legal (que puede llegar tarde, mal o nunca) también reside en que el abogado proponga demandas sobre lo que su patrocinado necesita y no se limite a lo que la ley le permite. Este es el punto de partida para que el juez peruano asuma su función de transformación de la tutela que viene prestando con el contencioso administrativo.

3. Los fundamentos de la sentencia casatoria

Tal como se hizo con la sumilla, pasamos a comentar la sentencia separando temas específicos de ella.

3.1. Juristas citados

3.1.1. En su Considerando Primero, la sentencia cita a Jorge Danós Ordóñez con una frase que es irrelevante para el caso. Lo que Danós afirma -en un trabajo del 2005- es que el artículo 148 de nuestra Constitución consagra el sustento constitucional del procedimiento contencioso administrativo y precisa sus objetivos: reforzar el principio de legalidad, conceder derecho a los administrados a cuestionar los actos de la Administración ante el órgano judicial competente, entre otros. Como es obvio, sobre los objetivos generales del contencioso administrativo no hay ninguna duda ni conflicto, por tanto, no incide en modo alguno en la decisión que la Sala Suprema tomó.

Sin embargo, si se hubiera tomado en cuenta algunos aportes recientes del mismo autor -además presidente de la comisión que redactó la Ley del contencioso administrativo vigente- los jueces hubiesen encontrado ideas no solo más interesantes, sino absolutamente pertinentes para resolver el presente caso. Así, recientemente el profesor ha mencionado:

La LPCA modela el contencioso administrativo como un proceso de plena jurisdicción, es decir, un proceso en el que los jueces no están restringidos a la simple anulación de actos

administrativos y como máximo a disponer que la administración emita un nuevo pronunciamiento que sustituya al acto administrativo descalificado, porque por el contrario diseña un proceso en el que los demandantes pueden pedirles a los jueces la declaración y **el reconocimiento directo de los derechos que el ordenamiento jurídico administrativo atribuye a los demandantes** (Danós, 2022, p. 47) (el subrayado es propio).

3.1.2. En el mismo Considerando Primero es citado Ramón Huapaya. Se trata de una frase donde este afirma que el contencioso administrativo es el “medio ordinario de control jurisdiccional de la actuación de la Administración Pública (...)”. En efecto, eso es el contencioso administrativo, ni más ni menos. Lo escribió el profesor nacional en el 2006, a los pocos años de expedida la ley vigente. Tal afirmación no aporta, en ningún sentido, a los fundamentos de la sentencia analizada. Ni quita ni pone, es solo agua de borrajas.

Lo insólito es que en el mismo expediente obra un informe del mismo autor, quien refiriéndose al caso concreto expresa en algunas de sus conclusiones lo siguiente:

1.1. La tendencia actual en la doctrina y en la legislación es que el agotamiento de la vía administrativa no es exigible para iniciar un proceso contencioso administrativo, **salvo en el caso específico en que se pretenda la impugnación de un acto administrativo**. Pero incluso en este último supuesto, existen excepciones a dicha regla, como por ejemplo lo hace la propia Ley 27584, cuando permite la excepción al agotamiento de la vía administrativa cuando se trate de pretensiones respecto de actos administrativos que versen sobre el contenido esencial del derecho a la pensión y haya existido una denegatoria previa de la misma en la vía administrativa.
(...)

1.3. En el caso concreto bajo análisis, Portalia no ha impugnado ningún acto administrativo. Supretensiones declarativa y tiene como propósito que se esclarezca un estado de incertidumbre jurídica.

1.4. Las pretensiones declarativas no están sujetas al agotamiento de la vía administrativa. **En la medida en que no**

implican el cuestionamiento de una decisión administrativa, estas pretensiones pueden plantearse directamente sin la necesidad de transitar previamente por la vía administrativa.

1.5. La existencia del derecho de petición no implica que siempre exista una vía administrativa que debe agotarse antes de recurrir al proceso contencioso administrativo. **Por el contrario, la posibilidad de ejercer el derecho de petición se contrapone con la noción de carga que está detrás del agotamiento de la vía administrativa.**

1.6. **La exigencia planteada por la Sala en la sentencia de vista (esto es, que se agote la vía administrativa) es ilegal e irrazonable, en la medida que la MML ya ha emitido pronunciamiento (fuera y dentro del proceso) respecto de la pretensión de Portalia** (el subrayado es propio).

3.1.3. En el Considerando Tercero la sentencia cita a Giovanni Priori. Este afirma que “nuestro sistema del contencioso administrativo se caracteriza por la necesidad de agotar la vía administrativa para poder acudir al órgano jurisdiccional, apartándose con ello de un sistema facultativo donde recae en el particular la decisión de seguir la vía administrativa o acudir inmediatamente al órgano jurisdiccional” (Giovanni Priori citado por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 2022).

Giovanni Priori fue miembro de la Comisión que elaboró la Ley del contencioso administrativo vigente a la fecha. Siendo así, es también responsable de la exposición de motivos que, en referencia al tema sobre el cual ha sido citado, expresa lo siguiente:

El Proyecto configura el proceso contencioso administrativo como un proceso de plena jurisdicción, o como la doctrina del Derecho administrativo más moderno lo califica de ‘carácter subjetivo’, de modo que el juez no se limita a efectuar un mero control de la legalidad de los actos administrativos, sino que asume que su rol es la protección y la satisfacción de los derechos e intereses de los demandantes afectados por una actuación administrativa (Congreso de la República, 2001, p. 2).

Y más adelante:

Pero la opción que ha adoptado el Proyecto consiste en enunciar, sin carácter taxativo, las actuaciones administrativas que se consideran más frecuentes, de mayor incidencia sobre los particulares o simplemente aquellas sobre las que en ocasiones se han generado dudas acerca de la procedencia del proceso contencioso administrativo (Congreso de la República, 2001, p. 2).

No tiene sentido reflexionar si se trata o no de un error intencional de la Sala Suprema. Más bien, creemos que los equívocos en las citas de los autores nacionales tienen una explicación más sencilla: los autores nacionales citados han evolucionado en su pensamiento, mientras que los jueces supremos consideran que su antigua afiliación a dogmas caducos con los que vienen resolviendo casos constituye un aporte a la consolidación del derecho nacional.

Si la Sala hubiera tenido interés en romper los esquemas tradicionales con los cuales viene resolviendo desde el siglo pasado, habría buscado en los objetivos de la ley descritos por sus redactores la inspiración para dar un paso adelante en lo que viene haciendo. Esencialmente para, siquiera, dejar de repetir algunos conceptos raídos y otros trasnochados (agotamiento de la vía administrativa, silencio administrativo, etc.).

La Corte Suprema debe ser la guardiana de los valores que sustentan lo esencial de nuestra sociedad, los cuales están acogidos en nuestro ordenamiento jurídico. El Derecho, en todas sus disciplinas, es el material esencial con el cual se concreta el fin antes descrito. Esta sentencia es la prueba de cuán lejos está la Corte Suprema del encargo que debe asumir.

4. Normas citadas

4.1. El artículo 148 de la Constitución²³

Tal vez lo único que puede decirse a favor de este artículo es una

²³ Constitución Política del Perú de 1993

Artículo 148.- Las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso-administrativa.

obviedad: le otorga reconocimiento constitucional a la tutela judicial del administrado. Cualquier análisis complementario sobre su contenido sería negativo. ¿Por qué? Porque es un homenaje al principio revisor. La construcción de la norma está hecha para que el juez peruano realice -como si fuera un juez de casación con funciones recortadas- un control de legalidad del acto administrativo.

Por esa razón prescribe que el objeto formal de la pretensión es la “resolución administrativa”. Este es el fundamento por el que la mayoría de los jueces, con una obediencia que estremece, apenas reciben una demanda escarban -si es que no está en la superficie- hasta encontrar la resolución administrativa o lo que pueda o deba sustituirla. Estamos ante un viejo error garrafal porque el antecedente fáctico o jurídico de una pretensión discutida en el contencioso administrativo es cualquier actuación de la Administración o su ausencia, alegados como instrumentos de afectación del administrado. Dicho de otra manera, el agravio al derecho o al interés del administrado puede ocurrir de muchas maneras, una de ellas es por medio de una resolución administrativa, pero es eso, una de ellas.

Atendiendo a lo expresado, la exigencia constitucional de que la resolución administrativa “cause estado” tiene sentido. Lo que esta supone es la existencia de un procedimiento administrativo que discurre por dos grados y que después acaba de manera desfavorable al administrado. Sin embargo, el absurdo en el que incurre la judicatura nacional es considerar que tal exigencia alcanza a cualquier otra situación de afectación a aquel. Una insensatez.

Los errores del artículo comentado no se agotan. Se lee que la citada “resolución administrativa” -con precisión se está refiriendo al acto contenido en ella, en tanto hay resoluciones administrativas que no tienen un acto en su interior- puede ser “impugnada”. Aquí es donde aflora, en toda su dimensión, la vigencia del vetusto principio revisor. A la “resolución administrativa” hay que atacarla (eso es impugnar) y el juez nacional debe, una vez evaluada su estructura legal, anularla o, por efecto negativo de su decisión, declararla válida. Nada más.

Lo dicho nos lleva a algunas conclusiones. Algunas normas constitucionales, las que declaran derechos de la persona, son de exigencia plena; otras son de organización, aunque también exigen

cumplimiento por medio de las normas de desarrollo, pero sin duda con un nivel de rigor menos intenso que las primeras. Y, finalmente, hay normas que describen instituciones u órganos, sea para que se reconozcan como órganos constitucionales autónomos o para otorgarle un rango constitucional a su origen. Este último es el caso del artículo 148, el cual reconoce la esencia constitucional de la tutela judicial del administrado. Sin embargo, para que esta se concrete en el escenario nacional, resulta indispensable eludir su interpretación literal, como se acaba de demostrar.

Esta limitación normativa se puede soslayar por medio del cotejo con otras normas constitucionales que acogen derechos irrenunciables de la persona. Así, el derecho de toda persona a la tutela jurisdiccional efectiva, reglada en el artículo 139 de la misma Constitución²⁴, permite darle al artículo 148 el contenido evolutivo indispensable que requiere la concepción de la actividad contencioso administrativa en sede judicial.

Cuando en el Considerando Tercero la sentencia señala: “Este sistema parece encontrar justificación en el propio artículo 148 de la Constitución que, al momento de referirse al proceso contencioso administrativo, señala que las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de ser cuestionadas en el proceso contencioso administrativo. **Precisamente ese causar estado haría referencia a la necesidad que existe de agotar la vía administrativa**” (Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 2022, FJ 3.1) (el subrayado es propio), se confirma el gravísimo error que comete la Sala que expidió la sentencia, a pesar de guarecerse en la Constitución. Esta frase es el centro del debate.

El juez nacional se identifica con la tendencia de no ir más allá de la simple lectura de una norma constitucional²⁵. Nos parece que intuye que

24 Constitución Política del Perú de 1993
Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:
1. (...)
2. (...)
3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.
(...).

25 “Por otro lado, desde hace mucho se viene produciendo en sede nacional un reduccionismo del pensamiento jurídico expresado en el empeño de asumir como definitivo lo que expresa la Constitución o su máximo intérprete. No tenemos ningún interés en cuestionar la importancia de uno u otro, pero resulta extremadamente preocupante que toda la imaginación jurídica se haya reducido a la interpretación literal de la Constitución y a la

debe ir por más, sin embargo, elude su deber de otorgarle prioridad a la eficacia de los derechos fundamentales de la persona -también con base constitucional-. Esto le impide advertir, por ejemplo, que la norma que ha citado obtura, hasta su estrangulación, el derecho fundamental del administrado a recibir una decisión firme sobre su situación jurídica.

La Sala Suprema, entonces, ha decidido darle prioridad al cumplimiento riguroso de los presupuestos que exige una concepción anacrónica del contencioso administrativo, por lo que, desde esa orientación, el derecho fundamental de toda persona a recibir una decisión justa y oportuna viene siendo sistemáticamente violado.

4.2. Artículo 4 de la LPCA

Insistimos en este argumento porque está en el centro de la decisión tomada por la Sala Suprema. Cuando en el apartado 3.5. de la sentencia se afirma: “en esa línea de ideas, no se aprecia que su pretensión se enmarque dentro del catálogo de actuaciones impugnables que establece el artículo 4 de la Ley que regula el contencioso...” (Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 2022), está diciendo una verdad absoluta. Lo lamentable es que a tal aserción le da un uso pernicioso.

La pretensión incoada en la demanda es una de mera declaración, la demandante quiere que el juez le “reconozca” que es titular de una situación jurídica favorable. Si bien es verdad que la pretensión no está en la lista de “Actuaciones impugnables” del artículo 4 de la LPCA, el empleo pernicioso de la premisa citada conduce a la Sala Suprema a concluir que, como la pretensión propuesta no está en el listado del artículo 4, la demandante carece de pretensión que pueda ser propuesta válidamente en sede judicial.

Si la Sala deseaba brindarle base legal a la pretensión propuesta, hubiera sido razonable que la buscara en el listado del artículo 5 de la LPCA, que tiene como sumilla “Pretensiones”. Es impresionante como esta vez la Sala se aparta de la literalidad de la norma y termina complicando su fundamento. El artículo 5, inciso 2 se refiere al reconocimiento del

lectura de las densas sentencias que suele expedir el Tribunal Constitucional. Ambas, sin perjuicio de su importancia, conforman un corsé demasiado estrecho para ser el cauce por donde debe evolucionar el derecho nacional” (Monroy, 2023, p. 285).

derecho o interés jurídicamente tutelado, exactamente la situación jurídica propuesta en la demanda.

4.3. Artículo 19 de la LPCA²⁶

Este artículo regula el listado de las hipótesis (excepciones) donde no se exige al pretensor el agotamiento de la vía administrativa. La dificultad interpretativa se presenta cuando se quiere precisar si estamos ante una enumeración taxativa o ejemplificativa, es decir, cerrada o pasible de ampliación por vía interpretativa, respectivamente.

En nuestra opinión se trata de un listado ejemplificativo. Lo sustentamos en el hecho de que hay situaciones donde es absolutamente imposible esperar el agotamiento de una vía administrativa que ni siquiera existe. Nos referimos, por ejemplo, a una demanda contra una actuación sin base legal de la Administración (la llamada “vía de hecho”).

Sin embargo, este artículo fue definitivo para el fallo de la Sala Suprema: como la pretensión propuesta no está en la lista de excepciones, entonces declaramos infundado el recurso de casación y confirmamos la sentencia de vista que declaró improcedente la demanda por falta de agotamiento de la vía administrativa. Increíble.

4.4. Artículo 2, inciso 3 de la LPCA²⁷

26 LPCA

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 cumplierse 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.

27 LPCA

Artículo 2.- Principios

El proceso contencioso administrativo se rige por los principios que se enumeran a continuación y por los del derecho procesal, sin perjuicio de la aplicación supletoria de los principios del derecho procesal civil en los casos en que sea compatible:

Se trata de una de las normas que, como causal, sustentaba el recurso de casación. La razón de este pedido es que en la demanda se describía una pretensión de mera declaración que, en tal calidad, no requería de un pedido previo a la Administración por una sencilla razón: no había nada que pedirle, la demandante solo necesitaba que un juez, con decisión firme, ratifique que era titular de un derecho.

Por otro lado, si el fundamento de la presente demanda es el artículo 5, inciso 2 de la ley citada y este no se encuentra en la lista de excepciones del artículo 19, a propósito del cual no se ha demostrado que contenga una enumeración taxativa, lo razonable es que la Sala, empezando a limitar los efectos anacrónicos del principio revisor, pasara a interpretar la situación planteada sobre la base del principio de favorecimiento del proceso²⁸ (*favor processum o pro actione*). Con ello habría declarado procedente la demanda y luego hubiera pasado a resolver el mérito.

4.5. El artículo 118 de la Ley de Procedimiento Administrativo General

El sustento de la Sala es el artículo 118 del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General²⁹. Sin embargo, tanto en su sumilla como en su contenido, la norma citada expresa claramente que se trata de un derecho del administrado. Solo una fiel tradición por las costumbres superadas, a la par de ninguna reflexión sobre sus consecuencias futuras, puede determinar que en esta materia nuestros órganos

(...)

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.

28 "Por último, debe precisarse que la operatividad de este principio pro actione, impulsado en los últimos 30 años por la interpretación del Tribunal Constitucional a través del artículo 24 de la Constitución, ya se había enunciado en el ámbito contencioso-administrativo por la LJCA de 1956 que en su preámbulo había subrayado: 'las formalidades procesales han de entenderse siempre para servir a la Justicia, garantizando el acierto en la decisión jurisdiccional; jamás como obstáculos encaminados a dificultar el pronunciamiento de sentencia acerca de la cuestión de fondo, y así obstruir la actuación de lo que constituye la razón misma de ser de la Jurisdicción' (Ordóñez, 2011, p. 28).

29 TUO de la Ley de Procedimiento Administrativo General
Artículo 118.- Solicitud en interés particular del administrado
Cualquier administrado con capacidad jurídica tiene derecho a presentarse personalmente o hacerse representar ante la autoridad administrativa, para solicitar por escrito la satisfacción de su interés legítimo, obtener la declaración, el reconocimiento u otorgamiento de un derecho, la constancia de un hecho, ejercer una facultad o formular legítima oposición.

jurisdiccionales conviertan un derecho en un deber o, lo que es una arbitrariedad manifiesta, en un requisito de admisibilidad³⁰.

Al pasar a convertir un derecho del administrado en un requisito de admisibilidad para el ejercicio de su derecho a la tutela judicial, recuperó una vieja institución que expresaba el poder de la Administración, el *privilegio de la decisión previa*. Dos siglos después, a este privilegio se le remozó cambiándole de nombre: “agotar la vía administrativa³¹”.

La pregunta que los jueces de la Sala Suprema debieron hacerse antes de resolver es: ¿Qué sentido tiene que la demandante “*agote la vía administrativa*” pidiendo un reconocimiento que sabe (porque ya ocurrió) que va a ser rechazado y no contestado? Lamentablemente, por un exceso de formalidad y obediencia irracional a la ley no se la hicieron. De hecho, si la Sala Suprema necesitaba una prueba del rechazo, esta se encontraba en el expediente. Nos referimos a la contestación a la demanda de la MML. Ninguna importancia real ni jurídica tiene el pedido previo, sin embargo, por esa “razón” no resolvieron el mérito.

La Sala no ha advertido que ha condenado a la demandante a un trámite soso e inútil: presentar el pedido, esperar el plazo de su no contestación y luego demandar. Una vez más, el derecho y el proceso quedan reducidos a una misa sagrada e ininteligible donde los incisos y los acápite deben ser cumplidos con prescindencia de que no cumplan ninguna función.

5. Cita al profesor Eduardo García de Enterría

En el Considerando Tercero se cita al jurista más importante en lengua española sobre el Derecho administrativo en general, y sobre la tutela judicial del administrado en especial. Este señala que: “Los recursos administrativos constituyen, pues, un presupuesto indispensable de la

30 LPCA

Artículo 20.- Requisitos especiales de inadmisibilidad

Sin perjuicio de lo dispuesto por los artículos 424 y 425 del Código Procesal Civil son requisitos especiales de admisibilidad de la demanda las siguientes:

1. El documento que acredite el agotamiento de la vía administrativa, salvo las excepciones contempladas por la presente ley.

2. (...).

31 “En base a lo dispuesto en el artículo 218 (sic) de la Ley del Procedimiento Administrativo General – LPAG, y la disposición, genérica de agotamiento obligatorio, contenida en el artículo 20 del TUO, se ha ido consolidando en la práctica judicial el agotamiento previo de la vía administrativa cuando se plantean las pretensiones de reconocimiento y restablecimiento” (Salas, 2012-2013, p. 229).

impugnación jurisdiccional y en ese sentido tienen que ser considerados forzosamente como un privilegio de la Administración, que impone a los administrados la carga de someter ante ella misma los conflictos antes de residenciarlos ante el Juez” (García de Enterría citado por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 2022, FJ 3.1).

Seguir la evolución del pensamiento de García de Enterría, sobre todo en lo referido a los cambios que sucesivamente fue realizando el Consejo de Estado francés es acercarse, de primera mano, a la historia contemporánea del contencioso administrativo. Por esa razón, afirmamos que la cita transcrita constituye un estadio en la evolución de su pensamiento.

Para el maestro español, el tránsito hacia una actuación plena del juez respecto a la actividad contencioso administrativa, constituye el punto de llegada para concretar una tutela judicial eficaz y así consolidar un Estado constitucional de derecho. Así lo afirma:

El ciudadano ha ganado con este paso decisivo la **superación definitiva de su viejo status de ‘administrado’ pasivo** frente a una Administración superior, de cualidad más alta, armada de sus tradicionales y abusivos –en el terreno de la justicia– privilegios de poder público. **El sistema de la justicia administrativa ha venido así a elevar su rango de ciudadano**, al ser ya capaz de contender ‘con igualdad de armas’ con la vieja Administración heredera directa del Rey absoluto” (García De Enterría, 2009, pp. 167-183). (El subrayado es propio).

IV. Conclusiones

1. La necesidad de limitar la influencia del Judicial sobre el Ejecutivo (la Administración es una de las maneras de cómo este último se manifiesta) condujo a un sistema contencioso-administrativo donde la propia Administración se controlaba.
2. Luego se abrió la materia al control judicial de la Administración, pero limitado por dos criterios: A. Solo al acto administrativo; y B. Solo a la obtención de su nulidad si la demanda era amparada. A esto se denomina principio revisor. Si se aprecia con cuidado, el administrado

en estos casos no pretende lo que realmente quiere, sino lo que la regla de derecho le permite pedir.

3. Desde mediados del siglo XX se ha venido combatiendo la concepción de que el Judicial tiene una función exclusiva de control de las formas de la Administración. Las razones históricas que produjeron tal tipo de tutela han devenido en anacrónicas. En el último medio siglo se ha producido un cambio sustancial en torno al paradigma de la tutela judicial de la actividad administrativa en el derecho comparado.

4. Siendo el Perú, desde su creación, un estado construido con derecho ajeno, nos hemos acostumbrado a contemplar las reformas que ocurren en otros lugares y esperar, a veces lánguidamente, a que se concreten en el nuestro. Está claro que ello no va a ocurrir por gravedad o por algún otro fenómeno físico. En el caso del contencioso-administrativo, resulta indispensable que la evolución en sede nacional se concrete por obra de sus protagonistas, porque lo que está en juego es esencial: los derechos de la persona afectados en su relación con el poder estatal.

5. Para no extender el juicio hacia otros ámbitos de la judicatura suprema, la sentencia comentada evidencia que la Sala Constitucional y Social Permanente de nuestra Corte Suprema cree estar cumpliendo su función de expedir decisiones arregladas a derecho y además justas, cuando insiste en el empleo de teorías decimonónicas sobre el fin que tiene la tutela judicial contencioso administrativa en pleno siglo XXI.

6. El cambio sustancial consiste en permitir que el administrado solicite al juez aquello que es el centro de su interés. Así, por ejemplo, en lugar de buscar la anulación de un acto administrativo que le niega una licencia comercial, el ciudadano busca directamente obtener dicha licencia.

La esencia del cambio se encuentra expresado en el párrafo anterior: el juez no tutela a la persona si solo le permite solicitar lo que no desea, para luego enviarla a que inicie otro procedimiento para que pueda pedir lo que realmente quiere.

7. Una importante cantidad de instituciones se han incorporado a

nuestro sistema legal, con el único fin de que el pedido del administrado sea “filtrado” por una cadena de exigencias formales. Una de ellas es el agotamiento de la vía administrativa, comprensible cuando hay un procedimiento administrativo previo, pero absolutamente inútil cuando la necesidad de la persona no le ha sido negada por una decisión recaída en un procedimiento administrativo.

8. La LPCA navega entre Escila y Caribdis. Expresa la lucha de las dos corrientes antes descritas en materia de la tutela del administrado. Si el legislador hubiera diseñado un ordenamiento fiel a su artículo 132, nuestro sistema sería óptimo. Con algunos ajustes, el artículo citado es el reemplazo perfecto al artículo 148 de la Constitución, ni más ni menos.

9. Lamentablemente son muchos los artículos de la LPCA que, contrario al artículo antes citado, desplazan la importancia esencial de los derechos e intereses del administrado, reemplazándolos por un conjunto de instituciones que reducen su tutela, exigiendo el cumplimiento de formalidades que cuando no retrasan, deforman y eluden su derecho e interés real.

10. Se trata de permitir al interesado que proponga como pretensión aquello que satisfaga su interés y que se sustente en su posición jurídica³³. Esta es la alternativa.

11. En ánimo de concluir, dejamos claro que esta crítica al actual funcionamiento de la Corte Suprema -en este caso a una Sala específica- no tiene otro propósito que provocar las condiciones para un diálogo abierto que conduzca a un cambio del estado de la situación. Kafka decía: “Si el libro que leemos no nos despierta como un puño que golpeará el cráneo, ¿para qué lo leemos?”. Tenía razón.

32 LPCA

Artículo 1.- Finalidad

La acción contencioso administrativa prevista en el artículo 148 de la Constitución Política tiene por finalidad el control jurídico por el Poder Judicial de las actuaciones de la administración pública sujetas al derecho administrativo y la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados.

33 “El Proyecto configura el proceso contencioso administrativo como un proceso de plena jurisdicción, o como la Doctrina del derecho administrativo más moderno lo califica ‘de carácter subjetivo’, de modo que el juez no se limita a efectuar un mero control de la legalidad de los actos administrativos, sino que asume que su rol es la protección y satisfacción de los derechos e intereses de los demandantes afectados por una actuación administrativa” (Congreso de la República, 2001, p. 2).

12. Nuestro pedido al juez peruano podría provocar una respuesta categórica de este: “Yo solo aplico lo que está en la ley”. Sería una decisión casi irrefutable, salvo por el hecho de que, contemporáneamente, el juez sumiso aplicador de la ley es exhibido en el museo universal de los pretextos infames.

El deber del juez es resolver las controversias asegurando la vigencia de los valores que sustentan el ordenamiento jurídico donde el sistema legal solo es una parte de aquél.

Finalmente, convoquemos a la loca de la casa como lo pedía Santa Teresa de Jesús, y en ese afán, imaginemos que el querido Alejandro Nieto -lo perdimos hace meses- se dirige a nosotros -jueces, abogados y estudiantes- cuando nos pide:

En otras palabras: al jurista responsable no le basta con constatar las deficiencias de una ley y llorar sobre ellas pidiendo al cielo que venga un Parlamento más sabio para que remedie las cortedades del precedente, sino que ha de tener coraje para proponer por sí mismo las soluciones que considere oportunas en la confianza de que algún día serán asumidas por la jurisprudencia y por la legislación (Nieto, 2017, p. 422).

Bibliografía

Doctrina

Congreso de la República (2002, 05 de julio). *Exposición de Motivos del Proyecto de Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo*. Diario Oficial “El Peruano”.

Danós Ordóñez, J. (2022). Entrevista de Tania Zúñiga Fernández a Jorge Danós Ordóñez. *Aportes al Desarrollo del Derecho Administrativo en el Perú*. Yachay Legal y Círculo de Derecho Administrativo.

García De Enterría, E. (2009). La formación y el desarrollo en Europa de la jurisdicción contencioso-administrativa. Su adquisición definitiva de un status de jurisdicción plena y efectiva. *Revista de Administración Pública*, 179, 167-183.

González Pérez, J. (1998). *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa Ley 29/1998, de 13 de julio*. Civitas.

Monroy Gálvez, J. (2023). *Las pretensiones en el contencioso administrativo*. Palestra.

Nieto, A. (2017). *Testimonio de un jurista (1930-2017)*. Derecho Global-Global Law Press.

Ordóñez Solís, D. (2011). *La prueba en el procedimiento contencioso-administrativo*. Reus.

Salas Ferro, P. Las pretensiones en el proceso contencioso administrativo. *Revista Oficial del Poder Judicial*. Año 6-7, Nos. 8 y 9/2012-2013.

Jurisprudencia

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente (2023, 20 de abril). Casación N.º 5333-2022.