

El Acto Administrativo, la Acción Contenciosa- Administrativa y la Defensa Judicial del Estado. Apuntes en torno a un trinomio normativo.

*El sometimiento pleno de toda la actuación
administrativa al control jurisdiccional es la
"cláusula regía del Estado de Derecho"*

G. Jellinek

*Herve Michell Aquino Espinoza**

Bachiller en Derecho de la
Universidad Mayor de San Marcos

SUMARIO:

I.- Introducción	440
II.- El vínculo del trinomio normativo	444
III.- Delimitando la función administrativa, definiendo al acto administrativo e identificando al encargado de dicha labor	445
IV.- El Procedimiento Administrativo, el requisito del agotamiento de la vía previa e inicio del contencioso administrativo	452
V.- El Estado parte en el proceso. Precisiones en torno a su personalidad	454
VI.- La defensa judicial del Estado y el Contencioso Administrativo. El Procurador. La regulación normativa sobre la defensa judicial del Estado	457
VII.- Conclusiones	460
Bibliografía	462

* Mi agradecimiento al Dr. Percy Peñaranda Portugal, Catedrático del curso de Derecho Administrativo en la Facultad de de Derecho de la Universidad Mayor de San Marcos, por sus consejos y recomendaciones para la elaboración del presente artículo.

I. Introducción

En su búsqueda por satisfacer las necesidades de carácter general de la población, en una prerrogativa que siempre se le reconoció como suya, conocido es que el Estado se encargue de la administración y gestión de los bienes y asuntos públicos. A través de acciones generales o concretas y brindando a la ciudadanía bienes y servicios de diversa índole el Estado cumple con su labor de producir bienestar social en la colectividad, en dicho actuar, sin embargo, es probable (y así ocurre a veces) que éste rebase los límites legales de su actividad y lesione a los administrados. Ante tales circunstancias, si nosotros, los administrados, acudimos ante el órgano judicial para cuestionarla, de acuerdo a lo consagrado en nuestra Constitución existe la posibilidad de que los jueces ejerzan control judicial sobre la mencionada actividad.

Si bien la referida facultad que los jueces tienen es consecuencia de la vigencia de un *Estado de Derecho*, entendida ésta, como el sometimiento de todas las personas públicas o privadas a la Ley, incluyendo al Estado despojada de su soberanía, es de señalar, que la mencionada prerrogativa a favor de los jueces se obtuvo después del transcurso de muchos años, pues durante muchísimo tiempo dominaba en la mayoría de los países la idea de la no responsabilidad del Estado por los daños causados a los particulares, sea por cualquiera de las funciones que éste realizara. Así, es de relatar, por ejemplo, que en épocas del estado absolutista, en Francia de mediados del siglo XIX, el Estado no respondía ante nadie por sus actos,¹ regía el principio de la irresponsabilidad de la potencia pública. En aquellos tiempos se sostenía que los daños resultantes del funcionamiento de los servicios públicos eran los riesgos que corrían los administrados a cambio de las ventajas que estos servicios les proporcionaban².

Transcurrido el tiempo y superada esas nociones, ahora, se reconoce y acepta que también la Administración responde ante los Tribunales por sus actos. Ahora, como lo confirma Manuel Argañarás en su Tratado sobre lo Contencioso Administrativo "*no es ya admisible que el poder público pueda gozar de la enorme prerrogativa de escapar al régimen de las leyes que gobierna la comunidad política a la que pertenece; por lo que, si en*

¹ Con excepción de algunos casos expresamente determinados en algún texto legal de la época, esa era la regla.

² Laferriere, condensaba esas ideas en la siguiente frase: *lo propio de la soberanía es imponerse a todos sin compensación*. LARES MARTINEZ, Eloy. Libro Homenaje a la Procuraduría General de la República. 1986, pág. 47 y 48.

el ejercicio de su actividad administrativa falta a la observancia de las leyes y afecta un derecho o un legítimo interés de los administrados, debe haber un Tribunal que dirima el conflicto con el particular afectado e imponga el respeto a la norma violada"³. Dentro de este marco se reconoce entonces que el proceso contencioso administrativo es un instrumento vital para el control de la Administración Pública. Este proceso constituye uno de los dos correctivos de la prerrogativa de la Administración que son reclamados por el instinto popular, y, cuyo sentimiento respecto del poder público puede formularse en estos dos brocados: *que haga pero que obedezca la ley; que haga, pero que pague el perjuicio*^{4 5}.

La posibilidad de que los jueces puedan ejercer control judicial sobre la actividad estatal en la actualidad tiene, a nuestro entender, una nueva connotación con la promulgación de la Ley N° 27584, Ley del Proceso Contencioso Administrativo (desde ahora LPCA). Así, si bien nuestra Constitución establece en su Artículo 148° que *"las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso-administrativa"*⁶ conviene saber que antes de la entrada en vigencia de la LPCA se sostenía que los jueces sólo se limitaban al control de la legalidad de la actuación de la Administración Pública, pues, éstos, de acuerdo a lo literalmente establecido en el Artículo 540° del Código Procesal Civil⁷, sólo podían declarar la invalidez o ineficacia de un Acto o Resolución de la Administración cuando fuera emitido faltando a las reglas y disposiciones de las normas de derecho administrativo⁸. Con la LPCA entendemos que el panorama ha cam-

³ ARGANARÁS, Manuel. *Tratado de lo Contencioso Administrativo*, pág. 23.

⁴ RAMON FERNANDEZ, Tomas. *Contencioso Administrativo y la Responsabilidad del Estado*. VV.AA., pág. 93.

⁵ Resaltando aún más la importancia del instituto que hoy nos toca tratar, repitiendo las palabras de Hauriou, por ejemplo, podemos decir que el contencioso administrativo es conjuntamente con el de las responsabilidades pecuniarias de la Administración en el ejercicio de su autoridad las dos principales teorías del Derecho Administrativo. Mencionado por RAMON FERNÁNDEZ, Tomas., op., cit., 94.

⁶ **Constitución Política del Perú de 1993.** Artículo 148°.- Acción contencioso-administrativa.- Las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso-administrativa.

⁷ **CPC.- Artículo 540.- Procedencia.**- La demanda contencioso administrativa se interpone contra acto o resolución de la administración a fin que se declare su invalidez o ineficacia. Se excluyen aquellos casos en que la ley, expresamente, declara inimpugnables los resueltos por la autoridad administrativa.

⁸ Así, se impugnaba ante el órgano judicial un acto o resolución de la administración, solicitando su anulación, cuando ésta había sido emitida incumpliendo con lo establecido en el D. S. N° 02-

biado pues el legislador ha establecido explícitamente, en el Artículo 1° de la LPCA, que la acción contencioso administrativa tiene por finalidad la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados, aparte, desde luego, del reconocido control judicial de las actuaciones de la Administración Pública sujetas al derecho administrativo.

Con la mencionada innovación el legislador quiere consagrar en nuestro país la aplicación de lo que en doctrina se conoce como *contencioso administrativo de plena jurisdicción* ya que con ello pretende que la cuestión ha debatirse dentro del referido proceso no sólo se limite como antes a un mero control objetivo de la legalidad de los actos administrativos, sino más que ello, busca conseguir la protección y satisfacción de los derechos de los administrados afectados por una actuación administrativa. Así, con este nuevo modelo, si determinado derecho subjetivo tutelado por normas de derecho administrativo ha sido vulnerado por el acto administrativo que se impugna, el Juez deberá, en la estimación de la pretensión, declarar su reconocimiento, elaborando su respuesta de acuerdo con los principios y disposiciones que se consagran en las normas de derecho administrativo.

En nuestra opinión el criterio adoptado por la LPCA es acertado, pues, siguiendo la postura del maestro español Eduardo García de Enterría conviene señalar que en la acción contencioso administrativa no vale la idea de un “recurso objetivo” o un “puro interés de legalidad”; lo que mueve al recurrente no es un abstracto interés por la legalidad, sino, el concretísimo interés de estimar que la administración le está perjudicando al obrar fuera de la legalidad y que por tanto ese perjuicio debe ser eliminado mediante la eliminación del acto ilegal que la causa⁹. En el proceso contencioso administrativo de *plena jurisdicción* se entiende que el recurrente es parte en el proceso y no un mero representante de la ley, y que el recurso que se interpone por el administrado es de naturaleza subjetiva y no solamente objetiva, ya que lo que se hace valer en

94-JUS, TUO de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos (actualmente derogada por la entrada en vigencia de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General), las de aplicación especial y demás normas de derecho administrativo. Sucediendo lo mismo en lo laboral, que de acuerdo a la Ley Procesal del Trabajo, Ley N° 26636, Artículo N° 79, el proceso contencioso administrativo tenía por objeto la declaración de nulidad del acto o resolución administrativa que se impugnaba (actualmente la parte referida al contencioso administrativo se encuentra derogada. Lo mismo ocurría en lo tributario, y otras actividades administrativas que podían ser impugnadas.

⁹ Conf. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *Curso de Derecho Administrativo*. 1999, págs. 46 y 47

el mismo es un verdadero derecho subjetivo y no un simple interés más o menos cualificado¹⁰.

Por lo dicho entonces, podemos señalar, repitiendo al mismo García de Enterría, que el contencioso administrativo en nuestro país ha pasado de ser un medio de orden público de protección de la legalidad de la Administración a un sistema de tutela o protección de derechos e intereses legítimos de los ciudadanos¹¹.

En nuestra normativa es de referir que antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 27584¹², el Código Procesal Civil era la norma que regulaba el tema con el título de *Impugnación de Acto o Resolución Administrativa*. Esta dedicaba en forma muy breve sólo 6 artículos a éste tipo de proceso, la LPCA en cambio trae consigo 45 artículos (aparte de 2 disposiciones derogatorias, una modificatoria, y cuatro finales) desarrollados en forma sistemática que establecen aparte de la novedad en cuanto el objeto del mismo, entre otras cosas: cuáles son los principios que rigen el referido proceso, sus etapas, los actos impugnables, los sujetos procesales, los medios probatorios, entre otras características propias de este proceso. La LPCA se convierte así en el instrumento jurídico único para el control de la actuación de la Administración Pública, tal y como lo solicitaba el art. 23° del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Una aclaración. Si bien en esta oportunidad hablaremos sobre el derecho de los ciudadanos para solicitar la revisión de los actos administrativos, no debemos olvidar que también existe la posibilidad de que sea la propia Administración la que solicite la declaratoria judicial de nulidad de sus propios actos cuando se ha vencido el plazo para declararlo de oficio en sede administrativa y hay razones de interés público para ello. Nos estamos refiriendo al llamado *proceso de lesividad*, contemplado en el Artículo 11° de la LPCA.

¹⁰ Conf. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo., op., cit., pág. 54

¹¹ Conf. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *Contencioso-Administrativo objetivo y contencioso-administrativo subjetivo a finales del siglo XX. Una visión histórica y comparatista*. Revista de Administración Pública. Madrid. N° 152, pág. 104.

¹² La ley que regula el proceso contencioso administrativo debió según su numeral 1 de la Primera Disposición Derogatoria, entrar en vigencia a los 30 días naturales siguientes a su publicación en el Diario Oficial, el 07-12-2001. Sin embargo el Artículo 1 del Decreto de Urgencia N° 136-2001, publicado el 21-12-2001, amplió el plazo de entrada en vigencia en 180 días. Luego de conformidad con el Artículos 4 de la Ley N° 27684 tal Decreto de Urgencia fue derogado y conforme al Artículo 5 de la Ley 27584 se dispuso la vigencia de la Ley 27584 a los 30 días posteriores a la publicación de la Ley 27684, efectuada el 16-03-2002.

II. El vínculo del trinomio normativo

Si tenemos en cuenta que la consecuencia inmediata por la interposición de una demanda por parte de cualquier administrado ante el órgano judicial cuestionando el actuar de la Administración Pública, es que ésta (la Administración) se defienda en el proceso y sustente que la resolución que ha emitido es completamente legítima, se encuentra ajustado al orden jurídico y no ha vulnerado ningún derecho o interés, es de comprender entonces, que las disposiciones legales que regulan el acto administrativo, las que consagran el derecho de los ciudadanos a solicitar la revisión de los actos administrativos y las que regulan la defensa judicial del Estado frente a ese tipo de demandas conforman un trinomio normativo que interactúan en la realización del proceso contencioso administrativo. Son normas que se aplican para la resolución de este tipo de demandas.

Ahora, si bien nuestra legislación no entra en mayores detalles sobre el tema de la defensa judicial del Estado dentro del proceso contencioso administrativo, por la importancia que esta merece y la frecuencia con la que se interponen demandas de este tipo es que esbozamos en estas páginas algunos apuntes que nos permitan entender la regulación escrita sobre tal actuación. Así, es de referir que el punto de conexión entre la LPCA y la Ley N° 17537, Ley de Representación y Defensa del Estado en Juicio, es el Artículo 15° de la primera norma, que de ordinario encarga a las Procuradurías Públicas la representación y defensa judicial de las entidades administrativas y en forma complementaria al representante judicial de la entidad.

Ya que justamente es la labor administrativa la materia prima de donde provienen los asuntos contenciosos administrativos, es que ofreceremos una definición de labor administrativa y acto administrativo. Considerando que la que daremos sobre el acto administrativo cae dentro del listado de actuaciones impugnables mediante la acción de marras (ver Artículo 4° de la LPCA).

Por otro lado, en un rápido comentario doctrinario hablaremos de los dos tipos de actos administrativos que a pesar de no estar reguladas explícitamente con nombre propio en nuestra normativa se manifiestan en el accionar cotidiano de los funcionarios públicos. Nos referimos a lo que en doctrina se reconoce y diferencia como acto discrecional y actos reglados o no discrecionales. Señalando que normativamente hablando el proceso contencioso administrativo es aplicable a todos los actos administrativos sean estos reglados o no.

Buscando identificar a las entidades encargadas de la función administrativa, explicaremos que ésta labor no sólo incumbe a determinadas entidades del aparato estatal sino a todas, sean pertenecientes o no a la Administración Pública. Concluyendo en señalar que la identificación de dichas entidades no depende de su ubicación dentro de la estructura del Estado, sino de la labor que realizan.

Con algunos apuntes a favor y en contra de la existencia de un procedimiento administrativo previo al cuestionamiento judicial de la labor administrativa es que nos adherimos a la opción legislativa de seguir consagrando al procedimiento administrativo como la vía previa al contencioso administrativo.

Finalmente, sobre la defensa del Estado en el referido proceso judicial daremos una muy breve reseña histórica sobre la evolución que la regulación normativa sobre la defensa judicial del Estado ha tenido en nuestro país; asimismo, entraremos al análisis de su personería jurídica; de su capacidad para comparecer en el proceso; del funcionario encargado de su representación, así como, de las dolencias que presenta la Ley N° 17537 debido a los cambios que el Estado ha experimentado en los últimos tiempos.

III. Delimitando la función administrativa, definiendo al acto administrativo e identificando al encargado de dicha labor.

Si entendemos que la posible generación de una litis en lo contencioso administrativo surge sólo de la labor administrativa, importa saber para nuestro estudio, en primer lugar, qué actos del Estado son los que caen dentro del ámbito de dicha función, así como que órgano (u órganos) son los encargados de su realización.

Si bien como nos lo recuerda García de Enterría, las funciones y actividades a realizar por la Administración son algo puramente contingente e históricamente variable, que depende esencialmente de una demanda social, distinta para cada órbita cultural y contexto socioeconómico en el que se produce, y la movilidad propia de la materia administrativa es un obstáculo insuperable que no permite perfilar un modo material o formal de administrar (una definición)¹³,

¹³ García de Enterría llega a la conclusión de que es vano tratar de explicar en que consiste la función administrativa, y que por el contrario, la cuestión ha plantearse debe partir de tener una visión de la Administración como organización, llegando a señalar que si aceptamos la idea de que ésta tiene sustantividad propia, capaz de ejecutar actos como un sujeto de

nosotros, siguiendo lo que a nuestro entender está estipulado en nuestra legislación, nos atrevemos a decir que dentro la función administrativa se encontrarían tanto la actividad jurídica, como operaciones materiales de los diversos órganos del Estado que permitan lograr los objetivos que son propios del mismo. Consideramos, siguiendo a Adolfo Posada, que esta función es la gestión inteligente de los bienes públicos con el objetivo de conservar – en su sentido lato – su organismo, ó bien sus medios – instituciones – de modo que éstos o aquél se encuentren, en todo momento, en situación de ser aplicados a los fines o necesidades del Estado¹⁴. En esta línea, también para Ruiz - Eldredge actividad administrativa es la gestión de los bienes y asuntos públicos con el objeto de proveer de bienes y servicios a la colectividad o de crear las condiciones para que la población logre la satisfacción de sus necesidades de carácter general, así como para que se desenvuelva en un medio social seguro y ordenado, rodeado de las garantías indispensables para su realización personal y social¹⁵.

Explicando nuestra postura señalamos que la existencia de todo ese complejo sistema de órganos necesarios para el desempeño de las funciones propias de todo Estado, es decir, para que el parlamento legisle, el gobierno gobierne, los jueces y tribunales juzguen, etc. determinan en él la realización de una nueva actividad distinta por su objeto de las que cada órgano desempeña, esa actividad no es otra que la administrativa, la cual contribuye a la formación de dichos órganos, a su sostenimiento, a su adaptación al medio que se desenvuelven, a su desarrollo, etc.

Delimitando el concepto de función administrativa y de acuerdo a lo referido anteriormente, consideramos que dentro de esta función estarían todos los actos que la recientemente dada Ley 27444, Ley de Procedimiento Admi-

derecho, entonces todo esos actos que ésta realice caerán dentro de la función que analizamos (GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *Curso de Derecho Administrativo*. 1999, págs. 25, 26 y 27).

La idea de aceptar a la Administración como organización con sustantividad propia, capaz de ejecutar actos como un sujeto de derecho, no esta formulada dentro de nuestro ordenamiento. En nuestro país se consagra la personalidad única del Estado, como lo veremos en el punto V del presente artículo.

¹⁴ Tal idea parte de la premisa que administrar es la gestión inteligente, adecuada, racional, de los negocios, de los intereses, de la propia o ajena utilidad de la persona –individual o colectiva– al efecto de acomodarse en todas las demás exigencias de la vida al haber propio, sabia y prudentemente distribuido. (POSADA, Adolfo. *Tratado de derecho Administrativo. Según las Teorías filosóficas y la legislación positiva*. 1897. Tomo I, pág. 19 y 57).

¹⁵ RUIZ – ELDREDGE, Alberto. *Manual de Derecho Administrativo*. Con la colaboración de Felipe Isasi Cayo. 1º edic. Gaceta Jurídica, pág. 19.

nistrativo General (desde ahora LPAG) distingue, pues, abarca tanto a los actos de administración interna, orientados a la eficacia y eficiencia de los servicios y a los fines permanentes de las entidades pero que no tienen injerencia en la esfera de los administrados, así como, los comportamientos y actividades materiales de las entidades, y, desde luego, los llamados actos administrativos. Sobre qué es acto administrativo, nosotros cogiendo la bien lograda definición de García Trevijano, que a su vez concuerda con la consagrada en el Artículo 1º de la LPAG¹⁶, señalamos que ésta sería la declaración unilateral de conocimiento, juicio o voluntad, emanada de una entidad administrativa actuando en su faceta de derecho público, bien tendente a constatar hechos, emitir opiniones, crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas, entre los administrados o con la administración, o bien con efectos dentro de la propia esfera administrativa¹⁷. Donde resulta que la característica más importante de esta actuación, que la diferencian de las otras dos que se reconocen dentro de la labor administrativa, es su capacidad de incidencia en la esfera de los administrados.

Ahora bien, de todas las actuaciones que caen dentro de la función administrativa, conviene señalar desde ahora que, si bien, las demás actuaciones que no siendo acto administrativo, según el Artículo 4º de la LPCA,¹⁸ también pueden ser impugnables, consideramos que aunque la norma no lo distinga y

¹⁶ LPAG. Artículo 1.- Los actos administrativos son las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta.

¹⁷ GARCIA TREVIJANO FOS. *Los Actos Administrativos*, pág. 21.

Otra definición que recoge en esencia lo mismo es la de Rafael Bielsa: el acto administrativo es toda decisión general o especial de una autoridad administrativa en ejercicio de sus propias funciones y se refieren a derechos, deberes e intereses de los órganos administrativos o de los particulares respecto de ellas. Para García de Enterría el acto administrativo sería la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la Administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria. (GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, *Curso de Derecho Administrativo*. 1999, pág. 534).

¹⁸ LPCA. Artículo 4º.- **Actuaciones impugnables.**- Conforme a las previsiones de la presente Ley y cumpliendo los requisitos expresamente aplicables a cada caso, procede la demanda contra toda actuación realizada en ejercicio de potestades administrativas.

Son impugnables en este proceso las siguientes actuaciones administrativas:

- 1.- Los actos administrativos y cualquier otra declaración administrativa.
- 2.- El silencio administrativo, la inercia y cualquier otra omisión de la administración pública.
- 3.- La actuación material que no se sustenta en acto administrativo.
- 4.- La actuación material de ejecución de actos administrativos que transgreden principios normas del ordenamiento jurídico.
- 5.- Las actuaciones u omisiones de la administración pública respecto de la validez, eficacia, ejecución o interpretación de los contratos de la administración pública, con excepción de

precise, el deber de agotar la vía previa como requisito de procedencia exigida por el Artículo 18° de la LPCA, no operará para ellas, pues, como se verá más adelante éstas no se forman a través del procedimiento administrativo.

Es de comentar que en doctrina la mayoría de autores hablan de dos tipos de actuación administrativa. Andreozzi, por ejemplo, dice que el "Estado Administrador" dentro de la realización de sus actos, que son de la más variada y compleja especie, tiene una doble manifestación, diferenciada específicamente en acto discrecional y actos reglados o mejor aún, no discrecionales¹⁹. Botassi, reconociendo tal clasificación, señala que actividad reglada de la administración sería aquella que traduce la ejecución de lo dispuesto en una norma (o regla) de obligatorio acatamiento para el administrador, mientras que la conducta del agente será discrecional cuando pueda seleccionar por sí mismo ("discrecionalmente") el temperamento a adoptar. Advirtiendo el referido autor que para identificarlos la verdadera dificultad estriba en la imposibilidad de señalar a priori consignas certeras que permitan detectar y diferenciar lo reglado de lo discrecional, lo impuesto por la norma de lo librado al albedrío del órgano administrativo y ello debido a que en los hechos se aprecia que no existen actos totalmente reglados así como no existen actos puramente discrecionales, sino decisiones que contienen siempre ambos componentes. Señala finalmente que aunque siempre habrá en todo acto administrativo un margen para la discrecionalidad, aún si esa conducta este reglamentada por una norma, denominaremos acto reglado a aquel cuyo objeto aparezca preponderantemente encorsetado por el orden jurídico y llamaremos acto discrecional al acto administrativo cuyo objeto aparezca casi indeterminado en la norma y deba ser el agente quien llene, conforme su leal saber y entender, el vacío dejado por el legislador²⁰.

Si bien el legislador nacional no ha tomado en cuenta la diferenciación que tratamos, Botassi, tomando partido por el control de ambas categorías de acto administrativo, precisa que el control de los jueces importa, por un lado, la posibilidad por parte de los jueces de un amplio examen de la correlación entre la conducta administrativa y la legislación vigente (verificación del principio de

los casos en que es obligatorio o se decida, conforme a ley, someter a conciliación o arbitraje la controversia.

6.- Las actuaciones administrativas sobre el personal dependiente al servicio de la administración pública.

¹⁹ ANDREOZZI, Manuel., op., cit., pág. 184.

²⁰ BOTASSI, Carlos. *Control Judicial de la Actividad Administrativa Discrecional*. Revista de Abogados de la Plata. 1998, pág. 36

legalidad), y, por el otro, un análisis judicial del componente discrecional de la actividad administrativa (verificación del principio de eficacia). En sentido contrario a la revisión jurisdiccional de la labor discrecional de la Administración, Manuel Argañarás, citando a Bielsa, considera que “los jueces no pueden juzgar lo discrecional del acto administrativo, porque, precisamente, siendo acto discrecional de otro poder, falta a los jueces la base legal necesaria para fundar su decisión, agregando luego que éstos sólo pueden llegar a juzgar la legitimidad de esos actos. El citado autor argentino señala que las facultades discrecionales de la administración se resuelven en apreciación por parte de ésta, de circunstancias, de medios, oportunidades y hechos que están exentos de todo juzgamiento, siempre que no lesionen una garantía constitucional²¹. Dentro de esta postura en nuestro país, Gustavo Bacacorzo, por su parte, también, entiende que la jurisdicción contencioso administrativa es sólo aplicable a los actos reglados²².

Sin duda el tema esta sujeto a debate pero como nuestra legislación no ha entrado en la diferenciación, a nuestro entender el proceso contencioso administrativo es aplicable a todos los actos administrativos sean estos reglados o no, agregando que éste control no debe, ni puede pretender sustituir a la decisión administrativa, porque de lo contrario tal actitud importaría una indebida mezcolanza de funciones.

Sobre las entidades u órganos encargados de la realización de dicha función es de señalar que si bien desde el punto de vista de la clásica distinción de los poderes del Estado (aunque actualmente esa “división de poderes” sea llamada solamente una separación de funciones) siempre se ha considerado que el Ejecutivo es el encargado de la función administrativa, debe tenerse presente, sin embargo, que esta labor no le es exclusiva ni excluyente, ya que si la función administrativa, debido a su contenido ya señalado abarca por entero a toda la estructura del Estado respecto de la conservación de su organismo para el cumplimiento de sus fines, llegaremos a la conclusión de que esta actividad no tiene una esfera concreta, limitada a un sólo “poder” del Estado, sino,

²¹ Conf. ARGANARÁS, Manuel., op., cit., pág. 54

²² Bacacorzo señala que la jurisdicción contencioso administrativa es sólo aplicable a los actos reglados y es la potestad de conocer y decidir en las contiendas promovidas con la administración pública, en virtud de recurso fundado en la violación de un derecho subjetivo o de un interés legítimo del administrado, se generen cuando – en principio – la administración actúe como poder público y en ejercicio de sus facultades regladas. BACACORZO, Gustavo. *La Jurisdicción Contencioso Administrativa en el Perú*. Revista del Foro. 1970, pág. 113

por el contrario, es una actividad que involucra a todas las instituciones estatales que en nuestro ordenamiento son llamadas legislativa, ejecutiva, judicial y demás entes, que dentro de nuestra normatividad se dividen en organismos autónomos constitucionales y organismos administrativos de naturaleza autónoma y extra poderes.

Teniendo en cuenta lo dicho, si bien como se sabe hay entidades dentro del Poder Ejecutivo encargadas en forma explícita de la labor administrativa, no hay duda que en cualquier lado del aparato estatal podemos encontrar entidades que, aunque no pertenezcan a la Administración Pública, ni sea su principal función administrar, realizan dicha labor. La LPAG, acogiendo este criterio, ha establecido en el Artículo I del Título Preliminar²³ que se entenderá por entidad o entidades de la Administración Pública, aparte del siempre reconocido Poder Ejecutivo, Ministerios y Organismos Públicos Descentralizados, al Poder Legislativo, Judicial, Gobiernos Regionales y Locales. Todos ellos siempre que sus actividades se realicen en virtud de potestades administrativas y estén sujetas a las normas comunes de derecho público. Incluyendo dentro de ese concepto, a los organismos que gozan de autonomía (constitucional o legal) y a las entidades y organismos, proyectos y programas del Estado. Explicando el criterio adoptado por la LPAG, Danós Ordoñez señala que en cuanto al campo subjetivo de aplicación de la norma, a parte de las clásicas entidades encargadas de la labor administrativa, se debe involucrar también a los órganos auxiliares de los poderes legislativo y judicial porque realizan actividades mate-

²³ **LPAG. Artículo I.-** Ámbito de aplicación de la ley

La presente Ley será de aplicación para todas las entidades de la Administración Pública.

Para los fines de la presente Ley, se entenderá por "entidad" o "entidades" de la Administración Pública:

- 1.- El Poder Ejecutivo, incluyendo Ministerios y Organismos Públicos Descentralizados;
- 2.- El Poder Legislativo;
- 3.- El Poder Judicial;
- 4.- Los Gobiernos Regionales;
- 5.- Los Gobiernos Locales;
- 6.- Los Organismos a los que la Constitución Política del Perú y las leyes confieren autonomía;
- 7.- Las demás entidades y organismos, proyectos y programas del Estado, cuyas actividades se realizan en virtud de potestades administrativas y, por tanto se consideran sujetas a las normas comunes de derecho público, salvo mandato expreso de ley que las refiera a otro régimen; y,
- 8.- Las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia.

rialmente administrativas sujetas al derecho público. Precisa el autor que la LPAG es directamente aplicable a los asuntos de personal, gestión patrimonial, procedimientos administrativos de licitación, concurso o adjudicación directa para la contratación de obras, o adquisición de bienes o servicios²⁴.

Ahora, se debe tener presente que si bien nuestra legislación le atribuye al Ejecutivo no sólo funciones de gobierno sino también otros de carácter administrativo, generándose por ello cierto carácter de sinonimia entre Administración Pública y Poder Ejecutivo, la Administración se diferencia del Poder Ejecutivo en que la idea de administrar no coincide con la función que lo ejecutivo supone como concepto político. El objeto de la administración, ya señalado, es distinto del objeto –fin– del poder ejecutivo, cuya tarea consiste, de un modo directo en hacer efectiva la ley, manteniendo el orden, la seguridad pública, la integridad nacional, las relaciones internacionales, etc.²⁵.

Un punto a precisar. Si bien en la parte introductoria del presente artículo señalamos que era el Estado, en virtud de su actividad administrativa, el encargado de realizar la gestión de los bienes y asuntos públicos, debemos precisar ahora, que en la actualidad, parte de dicha labor es también realizada o encomendada a personas jurídicas que funcionan bajo el régimen de la actividad privada. Ello siempre que (condición *sine qua non*) tal *colaboración* cuente con una concesión, delegación o autorización. Esta tendencia de delegar facultades administrativas en manos de privados, que poco a poco se va ampliando a la mayoría de los países, es llamada en doctrina *descentralización por colaboración* y tiene su sustento legal en el artículo 1º, numeral 8 de la LPAG. El fenómeno de la delegación se origina cuando al Estado, por adquirir mayor injerencia en la vida privada de los ciudadanos, se le van presentando problemas para cuya resolución necesita de una preparación técnica especializada de la cual carecen sus funcionarios políticos y empleados administrativos, y ante la imposibilidad de crear en todos los casos organismos especializados en una mencionada función, porque recargarían considerablemente la tarea y los presupuestos de la Administración, se impone la necesidad de autorizar a organizaciones privadas su colaboración para hacerlas partícipes en el ejercicio de la

²⁴ Un ejemplo de ello es el caso del poder judicial cuando entrega constancias. Conf. DANOS ORDOÑEZ, Jorge. *Comentarios al proyecto de la Nueva Ley de Normas Generales de procedimientos administrativos*. Themis 39. 1999, pág. 236.

²⁵ Al respecto ver lo que dice Ruiz – Eldredge en su *Manual de Derecho Administrativo*. 2000, pág. 16.

Este criterio es concordante con el de POSADA, Adolfo., op., cit. Tomo I, pág. 57.

función administrativa²⁶. Sobre este aspecto, Danós Ordoñez señala que a las relaciones entre los concesionarios de servicios públicos y los usuarios de los mismos, a pesar de llevarse a cabo entre dos sujetos privados, al estar de por medio la realización de una actividad de titularidad estatal (el servicio público) está en considerable medida reglada por normas de carácter público²⁷.

IV. El Estado parte en el proceso. Precisiones en torno a su personalidad

Nosotros, siguiendo la denominación empleada por muchos autores y al igual que la LPCA, hemos hecho referencia en algunas oportunidades a la Administración Pública como el ente sujeto a control jurisdiccional, sin embargo, según lo estipulado en el Decreto Ley N° 17537, los intereses que se van a defender judicialmente dentro de un proceso son las del Estado. Advirtiendo que la disquisición no se limita a ser una cuestión puramente semántica, es de señalar que en doctrina las referidas categorías jurídicas aluden a entidades distintas. De ahí la necesidad de identificar al sujeto procesal (Estado, Poder Ejecutivo o Administración Pública) que va a defenderse judicialmente de la acción contencioso administrativa que pudiera ser entablada por cualquier administrado.

Si bien lo que desarrollaremos en este capítulo respecto a la personalidad del Estado está de acuerdo a lo que está estipulado en nuestra legislación que-remos mencionar que hay una opinión opuesta a la idea de aceptar una personalidad única del Estado. Esa es la interesantísima visión de García de Enterría. Para este autor la personalidad única del Estado desde el punto de vista del ordenamiento interno no aparece, sino sólo la personalidad propiamente jurídica de uno de sus elementos: la Administración Pública. El maestro español sustenta una explicación a favor de la personalidad propia de la Administración Pública, sosteniendo que ésta no es una mera función abstracta jurídicamente definible, sino que es todo una organización dotada de personalidad jurídica individualizable de los demás órganos que actúan otras funciones (ver *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I, págs. 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31 y 32)²⁸.

²⁶ De acuerdo con lo señalado por Fraga, mencionado por Cáceres Freyre en su artículo intitu-
lado *La descentralización de la función administrativa hacia esferas privadas*. Themis N°
42. 2001, pág. 42.

²⁷ Conf. DANOS ORDOÑEZ, Jorge., op., cit., pág. 238.

²⁸ García de Enterría llega a la conclusión de que se debe tener una visión de la Administración
como organización que tiene sustantividad propia y es capaz de ejecutar actos como un
sujeto de derecho.

En nuestro país, si bien la personalidad jurídica del Estado era (o es, a lo mejor) uno de los temas más discutidos en el derecho administrativo, nuestra legislación, siguiendo el postulado de que la personalidad estatal corresponde a un hecho real: su unidad en el tiempo, a pesar de los cambios constantes de los individuos y órganos que lo componen, reconoce y acepta que tal personalidad corresponde al Estado en su integridad y no a cada uno de sus poderes. Sosteniéndose por ello que el poder ejecutivo y los otros dos poderes (legislativo, judicial) son sólo simples expresiones orgánicas del Estado que no gozan de personalidad jurídica. En línea con lo referido, nuestro Código Procesal Civil en su Artículo 59^o²⁹, dentro de las disposiciones generales sobre comparecencia al proceso, reconoce que es el Estado quien está dotado de personería jurídica como para ser el titular de una relación jurídica procesal, para ser parte en un proceso. Sin embargo, si bien dicha norma equipara sus dependencias al estatus que tiene éste al señalar que éstas también pueden ser parte (demandada) en un proceso, a nuestro entender, si bien el código no hizo empleo de un término adecuado para ello, se estaba refiriendo en todo caso a las administraciones que gozan de autonomía, las únicas posibles de participar autónomamente en un proceso gracias a su personería jurídica.

Dentro del esquema referido, en cuanto a la personalidad de la Administración Pública -siguiendo la posición de Marienhonff-, es de señalar que ésta considerada como uno de los órganos esenciales del Estado, vale decir como integrante del Poder Ejecutivo, carece de personalidad, pues, en este ámbito, la personalidad le incumbe al Estado. En este supuesto, como en el caso de la administración meramente descentralizada (descentralización burocrática), donde estamos ante simples órganos que ejercen porciones de la actividad de la administración general, pero que no se separan orgánicamente de ésta, la personalidad de la Administración va subsumida en la del Estado (llamada Administración centralizada o general). En cambio, cuando estamos ante la personalidad específica de la administración pública que aparece con la autonomía,³⁰ que implica separación orgánica, a la vez que funcional, estamos ante órganos que gozan de personalidad³¹. Así, frente a la necesidad de identificar al sujeto procesal

²⁹ **CPC. Artículo 59.-** El Estado como parte.- Cuando el Estado y sus dependencias, o las empresas públicas y privadas con participación económica determinante de aquél intervienen en un proceso civil, cualquiera sea la calificación o ubicación procesal que se les asigne, se someterán al Poder Judicial sin más privilegios que los expresamente señalados en este Código.

³⁰ Con relación a la administración general, la autarquía implica separación orgánica, a la vez que funcional. En este caso utilizamos como sinónimo de la misma, la palabra autónomo.

³¹ Conf. MARIENHOFF, Miguel., op., cit., pág. 361.

(Estado, Poder Ejecutivo o Administración Pública) que se va a defender judicialmente de la acción contencioso administrativa entablada por cualquier particular, diremos que, si bien el Artículo 1º de la LPAG, habla de entidades de la Administración Pública, cuando es la Administración Central la demandada debemos entender que su personalidad va subsumida en la del Estado y cuando se trate de la Administración autónoma, Indirecta o Autárquica la personalidad le corresponde al ente autónomo³². Esos entes son los organismos autónomos y extra poderes, como por ejemplo: la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria, la Superintendencia de Banca y Seguros, entre otras, que realizan labor administrativa y constituyen la última instancia en lo que se refiere al procedimiento administrativo; los otros organismos a los que nos estamos aludiendo son los tribunales administrativos que ejercen función de jurisdicción administrativa con facultad de decisión en última instancia sobre cuestiones de su competencia.

Ahora, si bien la LPCA, dentro del capítulo dedicado a sujetos del proceso, plantea que la demanda sea dirigida contra la entidad administrativa, ello es, creemos, con la finalidad de identificar a la entidad cuya labor ha sido cuestionada, y, para que ésta pueda emitir su informe al procurador encargado de su defensa, para que de una mejor defensa judicial de quien es parte en el proceso: el Estado, quien responderá de todas las consecuencias de la actuación de sus entidades que realizan labor administrativa.

V. El procedimiento administrativo, el requisito del agotamiento de la vía previa e inicio del contencioso administrativo.

Considerado no como un recorrido obligatorio por capricho del legislador, sino, necesario por sus fines, sobre el proceso de formulación de los actos administrativos, dentro de nuestra doctrina, Morón Urbina señala acertadamente que éstos³³ son formados —producidos, preparados, emitidos y extinguidos— a través de una serie de actuaciones que en su conjunto son denominados procedimiento administrativo; el cual dice —citando a Hutchinson—, constituye la vía necesaria, indispensable que debe seguir la administración para llegar a su objetivo: la formación del acto administrativo. El procedimiento administrativo entonces debe ser entendido como una ordenación unitaria de una pluralidad de opera-

³² En línea con la opinión de MARIENHOFF, Miguel., op., cit., págs. 365 y 366.

³³ Entendidas por el autor como las formas jurídicas de expresión de la voluntad administrativa, sean actos, hechos, reglamentos o contratos administrativos. MORON, Juan. *La Vía Administrativa en el Derecho Peruano*. 1992, pág. 7.

ciones expresadas en actos diversos, realizados heterogéneamente (por la función o por la naturaleza) por varios sujetos u órganos, varias operaciones y actos que, no obstante su relativa autonomía, se articulan en orden a la producción de un acto decisorio final o resolución³⁴.

Ahora, si bien es cierto que la vía necesaria para la emisión del acto administrativo es el procedimiento administrativo,³⁵ se debe reconocer que en su formación hay algunos procedimientos que por suponer una violación, lesión o desconocimiento a un derecho o interés legítimo, atraviesan una fase revisora o contradictoria por el ejercicio de determinados recursos³⁶. Así, de lo dicho, si bien existen pronunciamientos administrativos que quedan "firmes"³⁷ sin provocar contradicción por parte del administrado, pues, no todos pasan esa etapa contradictoria en su formulación, la interposición de los mencionados recursos como cuestionamiento del actuar administrativo, de acuerdo a nuestra normativa, constituye el presupuesto indispensable para que una cuestión pueda ser planteada ante el poder judicial vía el proceso contencioso administrativo.

De lo dicho, no se vaya a pensar que lo que se va a revisar o cuestionar por la interposición de los recursos no es un acto administrativo, todo lo contrario, sí es tal, pero con la peculiaridad de que no es todavía un acto final que represente una respuesta institucional de la Administración, pues, mientras estamos dentro de la etapa de contradicción del acto administrativo, no estaremos todavía frente a una respuesta definitiva de la administración que pueda ser impugnada ante el Juez.

Sólo se podrá impugnar un acto administrativo, cuando estemos ante una resolución (acto administrativo) que "cause estado", es decir, cuando ésta adquiera esa fijeza que impide toda reforma o mudanza por parte de la administración, ya sea porque, la dictó quien podía dictarla sin apelación a nadie; o ya porque, siendo apelable, se ha llegado al último límite de la apelación³⁸.

³⁴ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo., op., cit., pág. 433.

³⁵ Definida por el Artículo 29º de la LPAG como el conjunto de actos y diligencias tramitados en las entidades, conducentes a la emisión de un acto administrativo que produzca efectos jurídicos individuales o individualizables sobre intereses, obligaciones o derechos de los administrados.

³⁶ Facultad de contradicción de la que gozan los administrados, Artículos 206 y s.s. LPAG.

³⁷ LPAG. Artículo 212º.- **Acto firme.**- Una vez vencidos los plazos para interponer los recursos administrativos se perderá el derecho a articularlos quedando firme el acto.

³⁸ Conf. ARGANARÁS, Manuel., op., cit., pág. 45.

Sobre la discusión de si es justificada la existencia del procedimiento administrativo (con etapa contradictoria, en todo caso) es de mencionar que algunos autores han sostenido que dentro de la facultad de autotutela que tiene la administración, el requisito de la reclamación previa, tienen el objetivo práctico de evitar procesos inútiles, pues, se dice que éste pueden conducir a la administración a una examen sereno de las cuestiones planteadas que podrían culminar en una solución razonable de los problemas planteados. Para otros, por el contrario, la utilidad de la reclamación previa en la práctica es completamente nula, pues, en la inmensa mayoría de los casos, el criterio inicial de la administración se mantiene inmovible a lo largo del mismo. Quienes participen de esta postura plantean la supresión de tal medio, o al menos, su conversión en un instrumento meramente facultativo cuya utilización debe quedar al arbitrio del particular interesado. Cuestionando el instituto, para Juan Carlos Cassagne por ejemplo la regla del agotamiento de la vía administrativa como presupuesto para la impugnación de los actos administrativos, en una *jurisdicción contencioso administrativa plena* resulta incompatible con una tutela judicial efectiva³⁹.

Sobre esta discusión, pero referido a la naturaleza de los recursos, un sector de la doctrina considera que éstos, en realidad, son, antes que una garantía para los administrados, un privilegio para la Administración. Así por ejemplo, García de Enterría y Tomás R. Fernández (citados por Eloy Linares) al comentar la legislación española sostienen que los recursos administrativos tienen que ser considerados forzosamente como un privilegio para la administración que impone a los particulares la carga de someter ante ella misma los conflictos antes de residenciarlos ante el Juez⁴⁰.

No negando categóricamente lo antes señalado consideramos que la LPAG ha establecido los recursos administrativos no a favor de la Administración Pública o para que ésta impugne o controvierta ante sí misma el efecto de sus propios actos, sino, que dichos recursos con sus plazos y demás formalidades, se han formulado a favor de los administrados con el objetivo de procurar la existencia de un debido procedimiento, con garantías de legitimidad y de

³⁹ Para Juan Carlos Cassagne la regla del agotamiento de la vía administrativa como presupuesto para impugnación de los actos administrativos, en una jurisdicción contencioso administrativa plena resulta incompatible con una tutela judicial efectiva. Ver su artículo *La tutela judicial efectiva. Su incompatibilidad con el dogma revisor y con la regla del agotamiento de la vía administrativa*. En *Revista Peruana de Derecho Público*. N° 1. 2001, pág. 97 y ss.

⁴⁰ LARES MARTINEZ, Eloy., op., cit., 54.

oportunidad en la actividad administrativa. En este esquema el procedimiento administrativo así visto debe ser considerado como una "serie de trámites y formalidades exigidas para la realización de un acto administrativo, que tiene un doble propósito: perseguir en primer lugar, la adecuada y correcta marcha del ente administrativo; y, en segundo lugar -esto es lo más importante de resaltar- la tutela y preservación de los derechos e intereses de los administrados para que no sean afectados por la expresión de voluntad de la administración".⁴¹ Es más creemos que los recursos administrativos constituyen un obvio medio de control en la administración⁴².

Finalmente, si bien dentro del espíritu protector del administrado, la LPAG a obligado a que toda notificación debe contener entre otras cosas, la mención de sí el acto notificado a agotado la vía administrativa, es conveniente saber, que nuestra jurisprudencia ha establecido que las causales para alcanzar el agotamiento del debate en la sede administrativa son taxativas y de orden público, y, operan automáticamente sin necesidad de que el texto de la propia resolución administrativa final declare expresamente que con su emisión ha operado el agotamiento de la vía⁴³ (basándonos en la Ejecutoria Suprema publicada el 8/10/84. Exp. 752-84-Lima.

VI. La defensa judicial del Estado y el Contencioso Administrativo.

Si entendemos que el contencioso administrativo es el proceso judicial en el que al menos una de las partes en conflicto es el Estado por consecuencia de alguno de sus actos sujetos al derecho público, debemos saber que éste y en general todas las personas jurídicas, a diferencia de las personas naturales, no tiene *legitimatio ad processum*, no puede intervenir en el proceso por sí misma. El Estado para participar en un proceso judicial, requiere necesariamente de un representante: ese representante es el Procurador.

Etimológicamente la figura del Procurador proviene del latín procurator – oris (es decir, el que procura) y es, según el Diccionario de la Lengua Española,⁴⁴ quien en virtud de poder o facultad de otro ejecuta en su nombre una

⁴¹ Según ROYO VILLANOVA en su obra *Elementos de Derecho Administrativo*, citado por GUERRA CRUZ, Guillermo. *Procedimiento Administrativo. Procedimientos Especiales*. 1999, pág. 11.

⁴² MARIENHOFF, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. 1995, pág. 693.

⁴³ El Artículo 218.2 literal a) de la LPAG, señala taxativamente que actos son los que dan por agotada la vía administrativa.

⁴⁴ Diccionario de la Real Academia del año 1970. Madrid. 19ª edición, pág. 441.

cosa; o más exactamente, el que, con la necesaria habilitación legal, ejerce ante los tribunales la representación de cada interesado en un juicio. Precisando, "representante" en el proceso es quien en lugar y nombre de una de las partes ejecuta y recibe actos de la gestión procesal, pero no los efectos de la actuación, pues, esa se produce inmediatamente para y contra el representado, en este caso el Estado, permaneciendo el representante completamente apartado de las consecuencias de su obrar, es decir el Procurador⁴⁵. Así, si bien es cierto que a los procuradores siempre se les ha reconocido como los abogados del Estado, de la definición dada, vemos que éstos no son sólo funcionarios que ejercen su defensa legal, sino, también su representación. Sobre esta función, la más importante de los procuradores, una característica a resaltar es su heteronomía o supeditación a la ley⁴⁶. Estos ejercen un poder de representación cuyo nacimiento, contenido, extensión y extinción surgen de la Constitución⁴⁷ y de lo dispuesto en el Decreto Ley N° 17537, Ley de Representación y Defensa del Estado en Juicio. El artículo 1° del referido Decreto Ley establece que el funcionario encargado de la defensa de la posición del Estado en un "juicio" es el *procurador público*. El Artículo 2°, por su parte, agrega que los Procuradores Generales de la República tienen la plena representación del Estado en juicio y ejercitan su defensa en todos los procesos y procedimientos en los que actúe como demandante, demandado, denunciante o parte civil.

Sobre la evolución normativa del instituto es de referir que la Ley N° 8489 fue la primera, incluso antes que cualquier constitución, en hablar sobre la defensa judicial del Estado. Antes de su vigencia en el organigrama estatal no había funcionario encargado de dicha labor, ésta norma introdujo el cargo estableciendo que la defensa de los intereses y derechos del Estado solamente en juicios civiles estaba a cargo de los recientemente incorporados Procuradores Generales de la República, quienes no más de dos, ejercían la representación del Estado y tenían una casi plena autonomía en su actuación, pues, no requerían de ningún requisito para poder iniciar una demanda⁴⁸. Posteriormente, al darse el Decreto Ley N° 13201, el sistema establecido por la Ley N° 8489 se

⁴⁵ ROSEMBERG, Leo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*, pág. 284.

⁴⁶ Dentro de la división más importante que hay sobre la representación que parte del origen o fuente de donde emana tenemos: la representación legal y la representación voluntaria.

⁴⁷ **Constitución Política del Perú de 1993. Art. 47°.**- "*La defensa de los intereses del Estado está a cargo de los Procuradores Públicos conforme a ley*".

⁴⁸ Basados en la exposición de AMEZAGA CARRANZA, Daniel, *El Sistema de Defensa Judicial del Estado*, publicado en la Revista del Foro del Colegio de Abogados de Lima. 1982, pág. 116 al 119.

desarticuló y se facultó al Ejecutivo para que nombre a los Procuradores Generales de la República que considerase necesarios para la defensa del Estado, pudiendo éstos, ser más de dos. Finalmente hace 32 años, el 18 de marzo de 1969, se dictó el hasta hoy vigente Decreto Ley N° 17537, Ley de Representación y Defensa del Estado en Juicio, estableciéndose que la defensa de los intereses y derechos del Estado y la representación de éste en un proceso judicial sigue siendo ejercida por los Procuradores Generales, pero ahora, de los distintos ministerios que integren el poder ejecutivo⁴⁹.

Constitucionalmente es de mencionar que la Carta de 1933 no dijo nada respecto de la defensa judicial del Estado, la primera en hacer referencia al tema fue la Constitución de 1979, ésta recogió en su artículo 147⁵⁰ lo que con anterioridad se había establecido en el Decreto Ley N° 17537, promulgado en 1969. La Constitución de 1979 estableció que la defensa de los intereses del Estado estaba a cargo de los Procuradores Públicos permanentes o eventuales, quienes dependían del Poder Ejecutivo pues eran nombrados y removidos por éste. La actual Constitución,⁵¹ por su parte, dentro del título dedicado al Estado y la Nación, artículo 47°, también establece que los Procuradores Públicos son los que se encargan de la defensa del Estado, pero con la observación de que consagra su regulación a una Ley.

Sobre las dolencias que la norma reguladora de la defensa judicial del Estado presenta en contraposición con las recientemente vigentes LPCA y LPAG son evidentes. Su terminología, por ejemplo es una de esas deficiencias. La Ley N° 17537 por el hecho de haber sido dada hace más de 32 años es una

⁴⁹ También se creó el Consejo de Defensa Judicial del Estado como órgano del Ministerio de Justicia, la que, de acuerdo a lo prescrito en los capítulos II y XII del Decreto Ley N° 25993, Ley Orgánica del Sector Justicia es la encargada, entre otras funciones, de formular las políticas relacionadas con la defensa judicial; formular los proyectos de ley que sean necesarios para la mejor defensa; supervisar y controlar el ejercicio de las defensas legales resolver problemas de competencias que puedan presentarse entre las Procuradurías Públicas, etc. Dicho Consejo está constituido por todos los Procuradores Públicos titulares (de cada ministerio) y presidido por el Ministro de Justicia. Su actuación se encuentra reglamentada por el Decreto Supremo N° 002-2000-JUS.

⁵⁰ **Constitución Política del Perú de 1979. Art. 147°.**- "*La defensa de los intereses del Estado está a cargo de Procuradores Públicos permanentes o eventuales que dependen del Poder Ejecutivo. Son libremente nombrados y removidos por éste*".

⁵¹ **Constitución Política del Perú de 1993. Art. 47°.**- "*La defensa de los intereses del Estado está a cargo de los Procuradores Públicos conforme a ley. El Estado está exonerado del pago de gastos judiciales*".

norma que no cuadra a cabalidad con la estructura actual del Estado. Es de observar por ejemplo que su regulación gira en torno a una sola clase de entes administrativos: los Ministerios, que pertenecen al Poder Ejecutivo, dejando de lado a las demás entidades que hoy podemos encontrar dentro de la estructura moderna de nuestro Estado. Asimismo, si bien muchas de sus regulaciones fueron ya derogadas, es de mencionar por ejemplo, para apreciar como sus normas quebraban con la igualdad procesal que se entiende debe tener todo proceso, que el Artículo 11° del referido Decreto Ley señalaba que el único lugar donde se podía demandar contra el Estado eran los jueces de la capital de la República. La *ratio legis* de la norma fue otorgar una serie de privilegios procesales a favor del Estado⁵². Es de observar también que la redacción de la referida norma da ha entender que los procuradores tienen la obligación de apelar todas las decisiones jurisdiccionales de los casos sometidos a proceso. Asimismo, la norma no habla nada sobre la figura de los procuradores ad-hoc. No se precisa si es norma supletoria del mismo. Finalmente, la mencionada norma no regula muy bien la situación y actuación de los representantes judiciales. Es más ni siquiera las menciona. Si bien, sobre este punto, el artículo 15° de la LPCA permite que puedan haber otros representantes judiciales a parte de los procuradores de los Ministerios, que podrían emplear las prerrogativas establecidas en la norma reguladora de la defensa del Estado, creemos, que con arras de una buena técnica legislativa, se debe dar una norma que contemple la defensa judicial en concordancia con las disposiciones actualmente vigentes, es decir, con la LPAG y LPCA. Estos fueron nuestros apuntes en torno al trinomio normativo. Ahora alguna de sus conclusiones.

VII. Conclusiones.

1. De acuerdo a la LPCA la característica esencial del proceso contencioso administrativo actualmente es la de ser un proceso donde importa resolver si determinado derecho subjetivo tutelado por las normas de derecho administrativo ha sido vulnerado por el acto administrativo que se impugna.
2. La respuesta judicial dentro del proceso contencioso administrativo será elaborada de acuerdo con los principios y disposiciones que se consagran en las normas de derecho administrativo, sólo se aplicará otras ra-

⁵² Esa situación se corrige a partir de la vigencia de la nueva Ley Organiza del Poder Judicial, inc. 4 del Artículo 49. Conf. BARTRA Cavero, José. *Procedimiento Administrativo* 1999, pág. 263.

mas del derecho para solucionar la litis en forma supletoria, las que exclusivamente se señalan en la ley administrativa son de aplicación directa.

3. Sobre la función Administrativa se ha visto que ésta no tiene en el organismo del Estado una esfera concreta, limitada cuantitativamente, sino que abarca por entero toda la vida del Estado. Así éste puede ser demandado por la labor de todas sus instituciones que realicen actividad administrativa.
4. La función judicial de los jueces importa, por un lado, la posibilidad por parte de los jueces de un amplio examen de la correlación entre la conducta administrativa y la legislación vigente (verificación del principio de legalidad), y, por el otro, un análisis judicial del componente discrecional de la actividad administrativa (verificación del principio de eficacia), sin embargo, éste control no debe ni puede pretender sustituir a la decisión administrativa.
5. La regla del agotamiento de la vía previa se da sólo cuando los actos administrativos que generados por un procedimiento del mismo nombre, hayan sido necesariamente cuestionados a instancia del administrado, en esa sede, con el uso de los recursos administrativos consagrados en la ley de la materia.
6. La regla del agotamiento de la vía administrativa delimita la frontera entre las vías judiciales y las administrativas, señalándose el momento hasta el cual será exigible debatir el tema en sede administrativa y, como correlato, cuando queda habilitado el administrado para acceder a la tutela judicial.
7. Reconocerle personería jurídica al Estado permite entre otras cosas la posibilidad de que se puedan entablar acciones de responsabilidad contra ella para que responda con sus propios bienes de todas las consecuencias de su actuación. En esencia se puede decir que da lugar a la posibilidad de que la administración personificada se apersona a en un proceso contencioso administrativo.
8. Sin duda la defensa y representación que ejercerían los procuradores del referido Decreto Ley N° 17537 no cuadran a cabalidad con la estructura actual del Estado. La regulación que dicha norma desarrolla gira en torno a una sola clase de entes administrativos: los Ministerios y presenta una serie de dolencias. Se debe promover su modificatoria o en todo

caso la dación de una nueva norma que concuerde con las disposiciones de la LPAG y LPCA.

9. Sobre los procuradores, si bien a estos siempre se les ha reconocido como los abogados del Estado, de su definición dada, vemos que éstos no son sólo cumplen dicha función sino también su representación. Sobre esta función, su característica a resaltar es su supeditación a la ley.
10. Finalmente se debe reconocer que el proceso contencioso administrativo es un instrumento vital para el control de la Administración Pública.

BIBLIOGRAFÍA

- GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo.** *Curso de Derecho Administrativo I.* Con la colaboración de Tomás Ramón Fernández 15° edic. Madrid. 1999
- RUIZ ELDREDGE RIVERA, Alberto.** *Manual de Derecho Administrativo I.* Con la colaboración de Felipe Isasi Cayo. 1° edic. Gaceta Jurídica. Lima. 2000
- MORON URBINA, Juan.** *Derecho Procesal Administrativo.* 1 ° edic. Editorial Páginas Blancas. Lima. 1992
- ALZAMORA VALDEZ, Mario.** *Derecho Procesal Civil. Teoría General del Proceso.* 7. ° edic. Lima. 1981.
- VIVANCOS, Eduardo.** *Las Causas de Inadmisibilidad del Recurso Contencioso Administrativo.* Bosch. Barcelona. 1963
- ARGAÑARAS, Manuel.** *Tratado de lo Contencioso Administrativo.* TAE Buenos Aires. 1955

- MARIENHOFF, Miguel.** *Tratado de Derecho Administrativo.* Tomo I. Teoría General. 5.º Edición. Abeledo – Perrot. 1995
- POSADA, Adolfo.** *Tratado de derecho Administrativo. Según las Teorías filosóficas y la legislación positiva.* Tomo I Madrid. 1897
- DANOS ORDOÑEZ, Jorge; VIDAL PERDOMO, Jaime y otros.** *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Ley N° 27444.* 1.º edic. ARA Editores. Lima. 2001
- VV.AA.** *El Contencioso Administrativo y la Responsabilidad del Estado.* Abeledo– Perrot. Argentina. 1988
- GUERRA CRUZ, Guillermo.** *El Procedimiento Administrativo.* Marsol Editores. Lima. 1991
- BARTRA CAVERO, Jorge.** *Procedimiento Administrativo.* Edit. Huallaga. 5ª edición. Lima. 1999
- Artículos de Revista**
- DANOS ORDOÑEZ, Jorge.** *Comentarios al proyecto de la Nueva Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos.* Revista Themis N° 39. Lima. 1999
- REMOTTI CARBONELL, José Carlos.** *Reflexiones sobre la actuación de la Administración Pública en los Sistemas Democráticos.* Revista Vox Juris de la Facultad de Derecho de la Universidad San Martín de Porras. N° 9. Lima. 1998
- BOTASSI, Carlos.** *Control Judicial de la Actividad Administrativa Discrecional.* En Revista

- del Colegio de Abogados de la Plata. N° 59. Enero – Diciembre. Argentina. 1998
- CASSAGNE, Juan Carlos.** *La tutela judicial efectiva. Su incompatibilidad con el dogma revisor y con la regla del agotamiento de la vía administrativa.* En Revista Peruana de Derecho Público. N° 1. Diciembre. Perú. 2000
- BACACORZO, Gustavo.** *La Jurisdicción Contencioso Administrativa en el Perú* En Revista del Foro. Colegio de Abogados de Lima. N° 3. Lima. 1970
- AMEZAGA CARRANZA, Daniel.** *El Sistema de Defensa Judicial del Estado.* Revista del Foro del Colegio de Abogados de Lima. Año LXIX. N° 1. Lima. 1982
- CACERES FREYRE, Fernando.** *La Descentralización de la Función Administrativa hacia esferas privadas: el caso del COES en el sector electricidad ¿puede resolverse sus conflictos mediante arbitraje?.* Revista Themis. Lima. N° 42. 2001
- GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo.** *Contencioso-Administrativo objetivo y contencioso-administrativo subjetivo a finales del siglo XX. Una visión histórica y comparatista.* Revista de Administración Pública. Madrid. N° 152. 2000
- Real Academia Española.** *Diccionario de la Lengua Española.* Madrid. 19ª edición. 1970