

La Jurisdicción Contencioso-Administrativa en el Perú*

Por GUSTAVO BACACORZO

Profesor Auxiliar de Derecho Administrativo del Perú

Resumen.— El presente estudio es una contribución al conocimiento y divulgación científica de lo contencioso-administrativo, en su acepción ambivalente de "materia" y de "jurisdicción", dentro de la inspiración integrativa doctrinaria y legal. Después de precisar conceptos de naturaleza genérica, trata de jurisdicción y competencia desde aspectos formales, materiales y estructurales; incidiendo —finalmente— en su presencia nacional, compulsándose hasta recientes normas legales que traducen incomprensión del sistema y consiguiente vacilación jurisprudencial.

CONSIDERACIONES GENERALES

Si la jurisdicción contencioso-administrativa 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*", cuando —en principio— la Administración actúe como poder público y en ejercicio de sus facultades regladas, hemos de convenir que dicha jurisdicción está presente, por supuesto, en nuestro ordenamiento legal.

"La jurisdicción como atributo que es de la soberanía, existe desde el momento que comienza a tener vida el Estado, y desde el momento que éste adopta la forma política denominada Estado de Derecho encontramos la jurisdicción contencioso-administrativa, por ser la subordinación del Estado en la ley, uno

* Conferencia leída en el Colegio de Abogados de Lima.

de sus postulados básicos" (1). Si esta clase de jurisdicción es ejercida por uno u otro Poder, es asunto que en todo caso la vigoriza o enerva. Lo fundamental, lo axiomático es que ella —la Administración— responda ante los Tribunales por sus actos.

Si esto es así, no cabe hablar de jurisdicción administrativa desnaturalizada, ya que ello importaría que alguna vez tuvo carta de naturaleza en el Derecho peruano. Estamos pues ante un hecho jurídico, pero de ninguna manera dentro de un sistema jurisdiccional especial. Entonces debemos calificarla mas bien como una actividad jurisdiccional indiferenciada, rudimentaria y cautiva, con un trascurrir simbiótico privatista, disimulado por el proceso civil, sin declaración constitucional y sin ninguna calidad probatoria de los autos administrativos, que a lo sumo pueden agregarse al expediente judicial en circunstancias tales que constituyen —recién por este solo hecho— un simple medio probatorio. Así las cosas, hay que repetir en lo judicial lo tramitado y probado a lo largo de todo el procedimiento administrativo, iniciando el conocimiento un mero juez de primera instancia desconocedor de los problemas y normas de la Administración —a quien no sería justo exigirle conocimientos enciclopédicos—, en cuya vía se han pronunciado una serie de especialistas, inclusive miembros de la Administración deliberante —esto es, de los consejos superiores consultivos—, generalmente de probada ejecutoria intelectual y técnica en el país y aún en el exterior.

Pero no sólo se impone el Derecho Común por la fuerza tradicional, sino que al mismo Derecho Público —aún en etapa embrionaria— no le queda otro camino que traducir sus aspiraciones mediante órganos e instituciones civilistas, que retardan y desvirtúan sus principios.

¿Cuál sería el criterio de diferenciación que al par que nos determine la materia propia de lo contencioso-administrativo justificara también no solamente su organicidad-funcionalidad, sino sobre todo la problemática jurisdiccional en su intento síndico diversificador, propio?

Porque habríamos adelantado muy poco si nos contentáramos con afirmar y hasta demostrar —sin mayor esfuerzo— que los órganos jurisdiccionales ordinarios obedecen a impulso y consecuencias privatistas, no sólo por la materialidad y adje-

(1) Alfonso Charria Angulo. "De la competencia exclusiva de la jurisdicción contencioso-administrativa en Colombia". Universitas, Nº 25, noviembre, p. 83, Bogotá, 1963.

tividad de nuestro ordenamiento así inspirado, sino principalmente porque nuestros magistrados han sido formados y tienen las más genuinas y profundas vivencias de tal sistema, que responde a una concepción de vida estrechamente social y desorbitadamente individual.

La conocida división entre Derecho Público y Derecho Privado en realidad se origina en atención a los "intereses protegidos inmediatamente, pero en definitiva, todo Derecho es público": *sub tutela juris publici latet jus privatum*. De modo que el Derecho Público y en especial el Derecho Administrativo involucran al Derecho Privado, pero éste no a aquéllos. En consecuencia, la formación del publicista, del administrativista, debe ser más sólida.

Sin embargo, siendo uno solo el Derecho, convengamos que el público y el privado si no son modalidades o especies radicalmente contrarias, sí son incuestionablemente distintas, como postula el tratadista español Alvarez-Gendín (2).

Entre todos los fundamentos que en esta tribuna de la Orden han dado a conocer con gran maestría los conferencistas que nos han precedido y seguramente los que nos sucedan —por su calidad intelectual—, no hay ninguno tan importante como el llamado *principio de la especialidad*, razón de ser de la división del trabajo. A su innegable ejecutoria fáctica une su calidad histórica, desenvuelta, depurada, sublimada y robustecida en todo producto de cultura.

La Administración Pública, actividad complejísima y con un fin social prospectivo e inconmensurablemente humano, debe responder por ello mismo a una normatividad propia hasta sus últimas consecuencias, capaz de comprender sus quehaceres, aprehender sus esencias y satisfacer sus necesidades.

Pero también en todo otro orden jurídico restringido —cualquiera que sea la materia que regule— está la presencia más o menos contorneada de la especialidad, de la división del trabajo. De modo pues, que la idea de la unidad de jurisdicción hay que tomarla como de necesaria proyección *orgánica*, productora casi exclusivamente de actos jurisdiccionales. El Poder Judicial reúne así armónicamente la gama de jurisdicciones que habrá que presentarse en lo administrativo, laboral, civil, comercial, penal, etc.

(2) Sabino Alvarez Gendín y Bianco. "La especialización de los Tribunales contencioso-administrativos". Revista de Administración Pública, Nº 35, mayo-agosto, ps. 9-43. Madrid, 1961.

Nada más lesivo para la justicia y para sus administradores que tener que pronunciarse sobre asuntos misceláneos en un mismo día o en un corto período de tiempo, que imposibilita siquiera el intento de profundización y estudio.

¿No vemos, acaso, magistrados eminentes en Derecho Comercial o de Trabajo dirigiendo el debate penal y hasta instruyendo procesos en ciertas ocasiones? ¿Y cómo penalistas con largos años de aprendizaje en clínicas y prisiones y con un ejercicio de gran elevación profesional tienen que ocuparse de sustanciaciones civiles intrascendentes?

La especialidad es pues el principio generador de la correcta administración de justicia, la que da base a la aparición y desarrollo no de una jurisdicción material u orgánicamente adiáfora, monolítica, sino precisamente diversificada, tecnificada.

Conjugando este *principio* con el de la división de Poderes —ahora hablamos más exactamente de la *división de funciones*—, de la misma esencia histórica y filosófica, es que afirmamos que todos los actos de jurisdicción deben emanar del Poder Judicial, cuya especialidad es precisamente la producción de actos jurisdiccionales, en tanto que los legislativos pertenecen al Parlamento y los administrativos al Ejecutivo. Si bien es cierto que tal determinación no es absoluta, indubitablemente que en ella está el núcleo —por así decirlo— de las atribuciones de cada Poder clásico. La mayor objeción propuesta por Hauriou —padre del Derecho Administrativo— quedaría pues superada. Tenía razón el jurista Appleton cuando afirma que los pueblos que han reservado *indiscriminadamente* para el Poder Judicial las garantías jurisdiccionales administrativas no han podido evolucionar en el Derecho público.

Contrariamente a lo que acontece en el campo privatista, la esfera de la actividad administrativa es cada vez más variada e intensa, a punto tal que no pasarán muchos años sin que el Derecho común sea aplicado casi exclusivamente en el ámbito de la composición de las *litis* de los particulares, naturalmente por muy escaso personal judicial; en contraste con el advenimiento y multiplicación de órganos personales y colegiados destinados al conocimiento y resolución de los negocios públicos. Quizá en el futuro la expresión “Derecho común” se aplique al Derecho público, o quede como relicto sin virtualidad semasiológica entonces. Es el fenómeno de la publicización del Derecho.

Una faceta del principio de la especialidad es para nosotros la ubicación de los organismos contencioso-administrativos den-

tro del Poder Judicial y no en el Poder Ejecutivo. Si, como hemos visto, lo jurisdiccional es el fundamento, la actividad primordial y casi única del bien denominado Poder Judicial, ¿Por qué hemos de contribuir al fortalecimiento de la especialidad creando tribunales contencioso-administrativos y al mismo tiempo conspirar contra dicho principio al romper la unicidad estructural y la fluidez funcional haciéndolos integrar un cuerpo público destinado a ejecutar y no a juzgar, no obstante la experiencia francesa con el Consejo de Estado?

Encontramos así una sabia vinculación a igual nivel entre especialidad y unidad de jurisdicción. Sensiblemente, en nuestro país apenas si cuenta la especialidad en provecho desmesurado de la unidad; unidad inarmónica, simplista, epidérmica, indefinida. En suma, inconveniente por desviacionista y acientífica. Ciertamente que la reforma del Poder Judicial impuesta por Decreto-Ley 18060 significó el más grande avance del Poder en referencia en su sesquicentenaria vida. Sensiblemente no consolidó la innovación, como hemos de criticar.

Por todo lo expuesto, se comprenderá que la finalidad no es otra que determinar siquiera algunos aspectos que acaso pudieran contribuir al estudio y efectiva constitución ulterior del sistema jurisdiccional administrativo en nuestra Patria.

JURISDICCION Y COMPETENCIA

Con criterio práctico y a modo de bases para un Código de la materia o, quizá mejor, como un Libro exclusivo dentro de un amplio Código de Procedimientos Administrativos y Contencioso-Administrativos, podríamos establecer las siguientes instituciones, algunas de las cuales se incorporarían a la Ley Orgánica del Poder Judicial.

I.— Organos Jurisdiccionales

Una o dos Salas de lo Contencioso-Administrativo, integrantes de la Corte Suprema de Justicia, compuestas cada una por cinco Vocales, que tendrían como requisitos el ser o haber sido —alternativamente— funcionarios de la Administración Pública, ejercido la docencia universitaria en Derecho Administrativo o materias afines (Constitucional, Tributario, Minero, Agrario, Industrial etc.) o ser autor de obras meritorias sobre temas per-

tinentes (3). Resuelven controversias de la Administración con los particulares y en conflictos entre diversos organismos públicos. Las Salas actuarían por turno mensual y el actual Fiscal en lo Administrativo no formaría parte precisamente del sistema, ya que sus funciones serían de ilustración o dirimencia estrictamente en la vía administrativa.

El número de estas Salas lo determinarían las estadísticas judiciales. Conocerían en instancia única, por el momento (4).

Después de algunos años de experiencia y cuando se descentralice y racionalice la Administración Nacional, se podría pensar en establecer salas contencioso-administrativas en centros judiciales importantes, como por ejemplo, Arequipa, Cuzco, Huancaayo y Trujillo, por lo que desde ya habría que introducir normas que permitan flexibilidad orgánica y procesal, pero con base constitucional.

II.— *Procedimiento administrativo y proceso contencioso-administrativo*

Entre nosotros rigen los principios de simplicidad, celeridad y eficacia, según lo expresa de *verbo ad verbum* el Reglamento de Normas Generales de Procedimientos Administrativos (Art. 34º).

a) *Agotamiento de la vía administrativa.* Condición sine qua non para la substanciación del recurso contencioso-administrativo. Pero si cualquiera de ellos no es resuelto en plazo de treinta días, formulado aún por escrito el de queja, se estará expedito para recurrir a la jurisdicción contencioso-administrativa. Es el principio saludable del Art. 11º de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

(3) El Decreto-Ley Nº 18060, de 23-XII-1969 revoluciona el Derecho positivo estableciendo el sistema contencioso-administrativo, mediante la implantación de una Sala en la Corte Suprema de Justicia de la República, que se denomina de Asuntos Contencioso-Administrativos, Laborales y de Derecho Público en general, compuesta también de cinco Vocales.

Se elimina a los Fiscales, excepto uno solo, que es competente para procedimientos administrativos; manteniéndosele funciones ilustrativas y cuasidirimientes (Decreto-Ley 17530, Art. 3º).

(4) El Profesor Alzamora Valdez, en un magnífico estudio de Derecho comparado, hace resaltar la composición del Tribunal Supremo de España, que muy bien serviría de modelo para nuestro país, aunque limitando las tres salas a dos o una como hemos dicho Vid: "La Organización del Tribunal Supremo en diversos países". Revista del Foro — Organó del Colegio de Abogados de Lima, Nº 2 — Abril-Junio de 1967, ps. 13-27.

Asunto conexo es el que trae el Art. 10° del mismo cuerpo de leyes. Ateniéndonos al espíritu de dicha norma —mas no a la letra— en verdad tendríamos que hablar de cuestión *prejudicial* y no de “cuestión contenciosa”. Requiérese pues pronunciamiento antelado y específico en la correspondiente vía judicial, sobre materias que evidentemente no podrían ser de competencia de la Administración. En tanto ésta suspenderá ineludiblemente el procedimiento. Pero aunque hubiera oposición, la administración sustanciará y resolverá expedientes de su *competencia*, pues de no ser así, se burlaría la vía administrativa con un mero recurso de motivación acaso subjetiva.

De modo pues que hay que distinguir dos situaciones: *una*, la prejudicial; y *otra*, de oposición simplemente en la vía administrativa. Pero ambas son respetuosas del principio de competencia, que planteadas de esta manera vendrían pues a consagrar la independencia procesal.

Esta es, sin lugar a duda, la recta interpretación. Sin embargo, jueces hay que acogen demandas amparadas en un error simplemente literal.

Mientras el derecho de un particular no haya sido denegado por la Administración, no podrá hablarse de materia contencioso-administrativa. Sí habrá ésta cuando la resolución administrativa de mayor jerarquía normativa haya “causado estado”, que para el derecho peruano administrativamente es expresión de relativa firmeza (Reglamento de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, Art. 112°). Sin agotamiento de esta vía, la Administración deducirá *in limini litis* como excepción previa, como explica magistralmente Couture siguiendo a Chiovenda (5).

b) *Recurso contencioso-administrativo*. Lo denominamos así “recurso” y no demanda o acción, porque ya existe una determinación previa de la Administración, aunque en verdad no sea propiamente contencioso. Pero atendiendo a que se “recurre” a un órgano superior, Bielsa propone denominar a este medio como “OCURSO”, ya que en verdad el Poder Administrador no es más ni menos que el Poder Judicial. Son jerárquicamente iguales, en función de coordinación. Sutilezas verdad, que nos lle-

(5) Eduardo J. Couture. “El agotamiento de la vía administrativa como presupuesto procesal”. La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración. Tomo I-II, p. 257. Montevideo, 1954.

van a veces a encuadrar mejor los institutos jurídicos dentro del todo normativo.

Ateniéndonos al concepto jurídico del *recurso*, "no se puede innovar con respecto a las cuestiones debatidas ante la autoridad administrativa que dicte el auto recurrido" (6). O como decía el Digesto: "*In apellatione recepta nihil debet innovari iudicium*".

Habría que atenderse pues en lo contencioso-administrativo a la norma de "*tantum appellatus, quantum allegatus*".

Pero esto no implica, en modo alguno, restricción procesal, ya que se podrá argüir y acopiar nuevas pruebas que se permiten en el proceso civil que —por su naturaleza— son ajenos en la vía administrativa, pero siempre dentro de los extremos en conflicto. Y no podría ser de otro modo, pues hay que conceder valor a los actuados administrativos, como luego veremos.

Cuestión concomitante y de variada concepción es la determinación del "*principium itineris*" de la materia contencioso-administrativa, sobre lo que hemos adelantado algo. ¿Aparece ésta en la vía administrativa? ¿Con el primer recurso de oposición acaso, o más exactamente con el de reconsideración?

La respuesta no debe ser simplista, sino analítica y comparativa del procedimiento administrativo y del proceso contencioso-administrativo. Solo así podremos dilucidar cuestión tan esencial y de la que debemos tener cabal concepto.

"... no existe contencioso-administrativo, sino simplemente actividad administrativa, en los trámites de un particular ante la Administración para que se le reconozca un derecho; pues la actividad administrativa no va a aplicar sus derechos, puesto que falta lo *fundamental*, la "contienda", que es lo que caracteriza la materia contencioso-administrativa, como dice Laferrière y recuerda sugestivamente Fiorini (7). Así como el acto administrativo concluye necesariamente con una *resolución*, el acto jurisdiccional —composición jurídica de un contradictorio— es con una sentencia. Pero en el Perú los recursos impugnativos de

(6) Por el contrario, los conceptos jurídicos de "acción" y "demanda", suponen la no limitación de la materia, esto es, extenderse sobre cuestiones completa o parcialmente nuevas, que no fueron incoadas ni mucho menos substanciadas en la esfera administrativa.

Miguel Angel Bercaltz. "Bases para un Código Nacional de lo Contencioso-Administrativo". Revista de Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de San Andrés, Nº 21, diciembre, pgs. 67-80. La Paz, Bolivia 1954.

(7) Bartolomé A. Fiorini "El contencioso-administrativo jubilatorio". Revista de Derecho y Administración Municipal, Nº 138, agosto, p. 811 Buenos Aires, 1941.

reconsideración, apelación y revisión tienen un sentido cuasi-contencioso (Reglamento cit., Arts. 101º, 102º y 103º), afirmado por el requisito de su necesaria autorización por letrado (Arts. 104º inc. e) y la naturaleza y finalidad controvertible que les reconoce e institucionaliza la norma positiva (art. 100º).

Aunque la rescisión unilateral de la Administración se puede decir que lleva a lo contencioso-administrativo, no por eso deja de ser un genuino procedimiento administrativo solamente, como bien parece recordarlo el tratadista peruano Humberto Núñez Borja (8).

De modo pues, que la causa contencioso-administrativa aparece como consecuencia de la reclamación que se formula por haber la Administración presuntamente desconocido o anulado un derecho. No habrá lógicamente contencioso-administrativo si el particular, no obstante encontrar vulnerado su derecho, no ocurre al organismo jurisdiccional para componerlo. Conviene recordar aquí que lo contencioso-administrativo es principalmente adjetivo, aunque con referencias imprescindibles a lo sustancial.

De ello deducimos un *presupuesto*: denegatoria de un derecho por la Administración; un accionar: mediante *recurso*, instituto que ya hemos delimitado.

En la petición administrativa puede no haber litis y en la inmensa mayoría de casos, en efecto, no la hay. Pero la naturaleza jurídica del recurso contencioso-administrativo es absolutamente contradictorio. Si no, estaría demás. Y aún cuando la Administración hipotéticamente conviniera, desistiera o transigiera, habría siempre relación de oposición en estos casos, aunque evidentemente de carácter negativo.

c) *El expediente administrativo*. Como medio de prueba, no sólo es indispensable para lo contencioso-administrativo la presuposición del agotamiento de la vía previa, ni la presentación del recurso u ocurso respectivo, sino también que los autos que conoció y resolvió la Administración se agreguen a los actuados jurisdiccionales. Este es un principio de sana doctrina publicista.

Aquellos no constituyen materia de simple alzada, ni tampoco se anexan como mera prueba global, sin valor ante lo jurisdiccional-administrativo.

(8) Lecciones de Ciencia de la Administración y Derecho Administrativo del Perú. 2a. Edición. Lima (Imp. El Cóndor), 1959, 480 ps.

Primeramente, el expediente administrativo demuestra en forma palmaria el contenido y los extremos de la pretensión recurrida, que como hemos visto no pueden ser variados en extensión. *Segundo*, por evidentes razones de economía procesal. *Tercero*, como instrumento público, pues la Administración se ha pronunciado supuestamente en el ejercicio de sus derechos; y *finalmente*, porque la jurisdicción contencioso-administrativa, aunque no está por encima de la Administración, su pronunciamiento es culminación del que ella sustentara previamente.

Ya dijimos que del recurso contencioso-administrativo podrá derivarse actuaciones procesales irrestrictas, incluyéndose nuevas pruebas. Sin embargo, debemos poner énfasis en que la función jurisdiccional con que concluye lo administrativo no es mera revisión de dichos actuados, como tampoco es su marginación, ni su extensión. El proceso administrativo es por naturaleza sencillo, sin oposición, un discurrir grandemente unilateral, con una teoría de prueba paramental, es decir, adecuado a la simple solicitud de un derecho mediante actuaciones discrecionales o regladas, pero de movilidad o complacencia latas, sin sentido de preclusión o de caducidad agobiantes y fatales.

Consecuentemente, al advenir una contienda legal hay que someter los autos administrativos a un tamiz estricto, que garantice bipolarmente las manifestaciones y pruebas, rehaciendo parte o la totalidad de éstas, si acaso sea necesario, sin que interese cómo quedaría la Administración y tampoco permitiendo que élla se niegue a proporcionar no solamente los autos resueltos, sino cualquier otra prueba que arroje luz en la materia controvertida, siendo pues inadmisibles en Derecho público la máxima —romana— "*nemo tenetur aedere contra se*", ya que la Administración "está obligada a facilitar el contralor jurisdiccional de su actividad jurídica" (9). Se podrá entonces actuar algunas pruebas que no se admiten en el procedimiento administrativo o tienen en éste, mero valor referencial: confesión, juramento decisorio, testimonio, permitiéndose sólo las pruebas instrumentales, periciales e inspectivas (Reglamento cit., Art. 78°).

De modo pues que, si bien no se podría extender la contienda, en cuanto a la materia, en cambio es axiomático de la jurisdicción contencioso-administrativa el actuar intensivamente, connotativamente.

(9) Daniel Hugo Martins. "Las actuaciones administrativas como medio de prueba en el contencioso-administrativo". La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración. Tomo LII, ps. 137-144, Montevideo, 1954.

No obstante las diferencias lógicas al procedimiento y al proceso, hay dos institutos que les son comunes, en contraste con el procedimiento civil como acción estricta del Derecho Civil. A todo lo actuado de Derecho Público debe guiar la búsqueda de la *verdad material*, como último y mayor acierto procesal. Si no hay impulso de parte, debe procederse *ex officio*. Estos institutos presentan pues notable desarrollo e importancia social, jurídica y aún moral.

Pero, además de la verdad material, el *desideratum* debe comprender también a la *forma jurídica* lato sensu, o sea, la sustanciación cumplida de acuerdo a las disposiciones vigentes o a la costumbre administrativa, para que no sea dañada por festinación, aunque aparentemente se pretenda validar en la resolución pertinente.

Así el veredicto de los jueces en materia contencioso-administrativa será a ciencia y conciencia, luego de haber hecho lugar a nuevas pruebas y a investigaciones de derecho, ya que de no proceder como reseñamos estaríamos ante una simple e infructífera labor revisoria, esto es, actuado en una instancia meramente administrativa más, que al desnaturalizar la función jurisdiccional —austera y elevada— estaríase violando el derecho de las partes.

Recordemos lo que decía Montesquieu, que ser juez y ejecutor, es decir juzgamiento y poder en una sola mano, —en una sola persona— es precisamente la fuerza del tirano.

III.— Recursos

Distinguiremos entre recursos fundamentales y accesorios.

a) *Impugnativos o fundamentales*, son clásicamente el de plena jurisdicción y el de exceso de poder.

Veamos estos dos de inmediato.

Para la protección de los derechos subjetivos públicos que vulneren la Administración, hacemos uso del recurso de *plena jurisdicción*. Ejercitándosele puede lograrse la revocación o modificación del acto y el resarcimiento de los daños ocasionados, inclusive el reintegro que sea posible, de lo que se privara al administrado. Teniendo esencia subjetiva, el valor de la sentencia es, sin lugar a dudas *inter-partes*.

Las etapas del proceso en el de plena jurisdicción serían:

- Interposición del recurso
- Suspensión de la resolución recurrida, en principio
- Traslado
- Contestación, reconvención o excepciones
- Prueba
- Fallo

El contencioso por *exceso de poder* ampara el derecho positivo conculcado. La anulabilidad que acuerda el Tribunal será siempre "erga omnes", pues el pronunciamiento es sobre la legitimidad del acto, sin atender al interés del recurrente (10). Se substanciará con la intervención del Ministerio Público.

Por lo demás, podrán deducirse alternativamente, aunque la jurisprudencia y la doctrina sean contradictorias en este aspecto.

b) *Accesorios*. Tenemos teóricamente los de aclaración, ampliación y sobre todo el de *queja*, que no tienen esencia impugnativa.

Habría, asimismo, un proceso común para los recursos fundamentales, que excepcionalmente permita incluso flexibilidad procesal que lleve hasta la suspensión de la sentencia, cuando así lo aconsejen circunstancias graves de interés público que apreciará el Tribunal, sobre todo en ocasión de calamidad o situación aflictiva públicas.

IV.— Competencia y actos excluidos

Caracteriza lo contencioso-administrativo no tan sólo la presencia de la Administración como *parte* en el conflicto, sino también la materia objeto del contradictorio. Esto nos lleva a configurar una condicionalidad dual: *ratione personae*, o sea por la persona de la Administración; *ratione materiae*, esto es, por la materia de la relación sobre la que se discute (11).

(10) Se le llama también en la legislación comparada y en la doctrina como recurso objetivo, anulación, y legitimidad y desviación de poder. Este último indicaría, sin embargo, una forma más evolucionada, que observándose los requisitos de la Ley, la forma y el órgano de competencia, se está atentando intrínsecamente contra la finalidad social de la Ley. Esta sería pues, "legalmente correcta, pero antisocial e inmoral"

(11) B. Fiorini. La discrecionalidad en la Administración Pública. Buenos Aires (Ed. Alfa) 1948.

M. A. Bercánitz. "La discrecionalidad en la Administración Pública". Anuario de la Facultad de Ciencias Económicas y Políticas, Universidad Nacional del Litoral, Año 1949; IX, p. 431.

El contencioso-administrativo no abarcaría sin embargo, toda la esfera de la actividad administrativa, sino aquella inscrita en la personalidad pública y, dentro de ésta, la que deriva de la facultad reglada, incluyendo lo contencioso fiscal y lo contencioso-penal especial. Se viene pugnando, con éxito, porque lo discrecional también sea alcanzado por el contralor de lo contencioso-administrativo.

Contrario sensu, están excluidos del ejercicio de dichos recursos los actos de gobierno —distintos, como se sabe de los administrativos—, las decisiones que toma la Administración como persona jurídica de Derecho privado y finalmente los que han "causado estado" o no han sido recurridos o los actos que sean reproducción de cualquiera de éstos. Caso típico de acto de la Administración como persona privada son sus contratos de locación-conducción, lógicamente de naturaleza civil y no administrativa, siendo del resorte de lo contencioso privado sus posibles situaciones conflictivas (12).

Cuestión algo indecisa es aquella de si lo contencioso deba tener diversos órganos jurisdiccionales o solamente uno, en lo referente a pensiones.

Intentándose actualmente un positivo acercamiento entre los grandes sectores nacionales de trabajadores —públicos y particulares—, nosotros postulamos que su conocimiento compete exclusivamente al más alto organismo colegiado de la justicia del Trabajo como Sala destinada a esta materia, cuando se logre, desde luego, homologar ambas esferas laborales, cuyos primeros pasos son la Caja de Pensiones, el Fondo de Jubilación Obrera, el Código de Trabajo y la Ley Orgánica de Pensiones, que comenzará a gestarse en el presente año (13). Mientras tanto, operará el Tribunal Nacional del Servicio Civil.

Cierto que algunas retribuciones de pasividad podrían estar, tal vez, vinculadas a lo contencioso-administrativo, pero derivándose todas ellas genéricamente de una función activa y jurídicamente similar, habría que conservar la uniformidad orgánica jurisdiccional, para evitar privilegios y distingos evidentemente novicios por antidemocráticos (14).

(12) Carlos María Bidogain. "Aspectos sustantivo y adjetivo de lo Contencioso Administrativo. Lo jurisdiccional". Revista de Derecho y Administración Municipal, Nº 139 Setiembre, p. 902, Buenos Aires, 1941.

(13) Así lo establece el Decreto-Ley 17876, disposición transitoria Quinta.

(14) Félix Sarria. "Jubilaciones y Pensiones". Revista de Derecho y Administración Municipal, Nº 141 - Noviembre, p. 1224. Buenos Aires, 1941. - Ley 4394, contencioso-administrativo de pensiones civiles.

V.— Actos municipales

Los actos administrativos de las municipalidades y de los Concejos Departamentales de que habla el Título X de la Constitución —que se proyectó modificarlos en Regionales—, son igualmente de competencia contencioso-administrativa, con la particularidad de que la vía administrativa municipal se agotaría con la resolución que dictara el Concejo Departamental en pleno, cuando funcionara y en su defecto, solamente el Concejo Provincial en pleno, en función de revisión de la disposición dada por el Alcalde de dicha Municipalidad, en asuntos propios o provenientes de un organismo municipal distrital, teóricamente.

Se salvaguarda así el principio de autonomía municipal, que es necesario fortalecer y en cuya materia la legislación es obsoleta, pues el Ministerio del Interior —en representación del Gobierno Central— deberá resolver en última instancia administrativa el recurso de revisión interpuesto (Ley Orgánica de Municipalidades de 1892, Artículos 3º, 4º y 5º; Reglamento de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, Art. 103º). Vincúlase así lesivamente el Gobierno Local con el órgano más politizado de la función pública nacional y cuyas funciones han sido recientemente delimitadas con mucho acierto en su Ley Orgánica (D. L. 17519, de 21-III-1969), no apareciendo competencia sobre lo municipal (Art. 4º), con cuya esfera mantiene relación (Art. 13º). Pero este avance legislativo parece no haber derogado las normas del siglo XIX, pues se sigue resolviendo in finidad de revisiones, acaso si justificadamente en una revolución social, que aún no ha puesto orden legal en lo municipal (R. S. N. 0295-70-IN/GI, de 18-VI-1970), pero cuyo sentido auténtico de *autonomía* conlleva la “garantía de que solo judicialmente pueden cuestionarse los actos de sus autoridades”, como expresa el jurista peruano Mario Alzamora Valdez.

A lo contencioso-administrativo estará también sujeta la producción de objetivaciones de la órbita discrecional municipal.

LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN
LA REALIDAD NACIONAL

Ya hemos explicado que carecemos de éste como institución, teniéndolo amorfo y diversificado.

I.— *Vía administrativa.* Siempre lo resuelve en esta etapa —que podríamos llamar “*primun momen*”— habría sido posible ventilar en la vía judicial. El mismo Reglamento de Normas Generales de Procedimientos Administrativos —contrario sensu— admite y consolida el principio de la inexistencia del concepto de “cosa juzgada” (Art. 112°). Hoy imperan criterio y hasta normas expresas que negarían tal dirección. El Tribunal Agrario conoce y resuelve en segunda y *última instancia administrativa agraria, no pudiendo ser contradichos sus fallos en lo judicial* (D. L. 17716, Art. 123° inc. 5°). Si bien en esto no se sigue el temperamento doctrinario ni el constitucional, se justifica absolutamente como medida provisional de precaución y viabilidad de la reforma agraria, ya que de prosperar el proceso contradictorio en general y el recurso de nulidad hubiera significado inestabilidad, demora y hasta exponer la más grande conquista social con la que desaparece la estructura feudal de la Colonia. Y aunque se ha renovado la Corte Suprema de Justicia, las Cortes Superiores y los juzgados con personal honorable e idóneo y se han dado algunos instrumentos legales adecuados, la formación privatista de la magistratura peruana no habría permitido dar vigencia plena a las normas de Derecho Público que alienta ineludiblemente la reforma y en cuya actividad se va especializando la magistratura agraria.

El procedimiento agrario —que participa del proceso civil y del procedimiento administrativo propiamente dicho— es eminentemente sumario, naturalmente con algunas particularidades expresamente determinadas (D. L. 17716, art. 123° incs. 4° y 7; y arts. 165° y 169°), como *el impulso oficial* y sobre todo la *oralidad* y la *tutela* de la parte más débil, generalmente campesina (D.L. 18168, art. 1° inc. a). El fuero agrario es pues típico caso de contencioso-administrativo dentro del mismo Poder Administrador, contrariándose el principio de la unidad de jurisdicción, pero no el de la especialidad.

Los demás Tribunales carecen de la prerrogativa de que sus resoluciones no puedan ser contradichas en la otra vía, sean el Tribunal Fiscal, el Tribunal de Aduanas, el Consejo Supremo de la Justicia Militar, el Tribunal del Trabajo y el Tribunal del Servicio Civil, llamado hasta hoy Consejo Nacional del Servicio Civil, pese a expreso mandato que varió esta denominación (Ley 16960, Art. 118°).

El agotamiento de la vía administrativa se produce *positivamente* con la expedición de resolución al más alto nivel; y *ne-*

gativamente por el silencio administrativo, esto es, "Si los actos administrativos no tienen forma de resolución y formulada queja escrita contra ellos ante el funcionario superior, éste no la ha resuelto en el plazo de 30 días, procederá a la demanda judicial para anularlos" (Ley Orgánica del Poder Judicial N° 14605, art. 11°; Reglamento de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, Arts. 8°, 53°, 90°, 112° y 117°).

II.—*Vía judicial.* La Reforma del Poder Judicial, iniciada el 24 de diciembre de 1969, introdujo un cambio revolucionario: estableció en la Corte Suprema de Justicia una tercera *Sala de Asuntos Contencioso-Administrativos, Laboral y Derecho Público en general* (D. L. 18060, Art. 4°). Era el primer paso para institucionalizar lo contencioso-administrativo: se contaba con el órgano, al más alto nivel, como corresponde doctrinariamente. Sin embargo, la propia Corte Suprema —sobre fundamentos estadísticos y no propiamente jurídicos— solicita y obtiene la modificación pertinente, quedando estructurado dicho Tribunal del modo siguiente:

Primera Sala Civil: "juicios ordinarios y ejecutivos, sus incidencias, competencias y quejas de derecho así como de los casos en que la Ley Orgánica del Poder Judicial N° 14605 dispone sean de conocimiento de la Primera Sala de la Corte Suprema";

Segunda Sala Civil: "juicios y procedimientos no considerados en el párrafo precedente; asuntos laborales y de Derecho Público en general, sus incidencias, competencias, quejas de derecho y de las acciones de Habeas Corpus a que se refiere el Art. 4° del Decreto-Ley 17083" (que son distintas de la libertad individual, inviolabilidad del domicilio y libertad de tránsito); y

Sala Penal: "procesos penales, sus incidencias, competencias, quejas de derecho, procedimientos de extradición y de las acciones de Habeas Corpus a que se refiere la primera parte del Art. 1° del citado Decreto Ley 17083" (D.L. 18202, Art. 1).

Así, después de dos escasos meses de función, desaparece la *Sala de Asuntos Contencioso-Administrativos*, refundiéndose en la Segunda Sala Civil. Aparte del lamentable retroceso que esto significa, la Corte Suprema de Justicia actúa con vacilación y error para resolver algunos casos (15). Un proceso, por ejem-

(15) Nótese la carencia de criterio jurídico integral de la norma que vuelve a reestructurar la Corte Suprema. Sin calidad discriminatoria y sin unidad dogmática, se asigna a las Salas atribuciones de orden material y formal, cuando la seguridad radica en distinguir *ratione materiae* (civil, penal, contencioso-administrativo y laboral), tal como

plo, típicamente contencioso-administrativo, donde un organismo de la Administración Pública es demandado por presunta violación de derechos subjetivos públicos, ¿debe ser resuelto en última instancia por la Primera o Segunda Sala Civil actuales?

Se dan estas características:

Sustantivo

- Organismo autónomo estatal, o sea, persona de Derecho Público interno
- Naturaleza laboral-administrativa ventilada

Adjetivo

- Procedimiento ordinario, por tratarse de nulidad de resolución.

Dentro de la objetividad del esquema precedente, es evidente que en lo *sustantivo* la competencia corresponde a la actual *Segunda Sala Civil* (Contencioso-administrativo y Derecho Público en general, de un extremo; y laboral, de otro); y sólo por lo *adjetivo* a la *Primera Sala Civil*. Sin embargo, durante el funcionamiento de la *Sala de Asuntos Contencioso-Administrativos, Laborales y de Derecho Público en general* se remitió un proceso a la Sala Civil. Esta —previo estudio— corrió traslado a la actual Segunda Sala Civil, la que —previa deliberación también— consideró que no era competente para conocer dichos autos, que devolvió.

De modo pues que —de acuerdo a lo actuado— la ordinización de un proceso contencioso-administrativo— la casi totalidad tienen que serlo—, da competencia a la Primera Sala, cuando la norma sustantiva la reconoce para la Segunda Sala.

Finalmente —apartándonos ya del caso analizado legal y doctrinariamente—, ante excepción de naturaleza de juicio deducida por el Procurador General de la República, la Corte Suprema de Justicia ha ejecutoriado que en los reclamos contra las resoluciones del Tribunal Fiscal, no cabe ordinarizar el proceso sino que éste debe seguirse como de *menor cuantía*.

se inició acertadamente la transformación del Poder Judicial al declinar el año 1969, recogiendo conclusiones del forum sobre lo contencioso-administrativo efectuadas por el Colegio de Abogados de Lima durante el Decanato del doctor Mario Alzamora Valdez (Ver Bibliografía).

BIBLIOGRAFIA

A. NACIONAL

- ALAYZA Y PAZ-SOLDAN, Toribio.— Derecho Administrativo General y del Perú. Lima (Sanmarti y Cía.), 1927; p. 46-50 (El individuo ante la Administración. Lo contencioso administrativo y los Tribunales contencioso-administrativos).
- BACACORZO, Gustavo.— "Recursos contra las resoluciones municipales". Colegio de Abogados de Lima. Cartillas de difusión jurídica. 2 El Vecino y el Gobierno Local. Bases para una legislación municipal. Lima (Lib. Studium), 1966, p. 44-45.
- . "Recursos contra las resoluciones municipales". Revista del Foro, mayo-agosto de 1966, p. 36-41.
- PRADO PAREDES, Luis del.— "Necesidad de una Ley de Bases para las Municipalidades de la República". Colegio de Abogados de Lima, idem. p. 56-64.
- . "Necesidad de una Ley de Bases para las Municipalidades de la República". Revista del Foro, idem. p. 24-28.
- RODRIGUEZ ARNAIZ, José Manuel.— "Autonomía municipal" Colegio de Abogados de Lima idem. p. 23-30.
- . "Autonomía Municipal". Revista del Foro, idem. p. 13-16.
- BACACORZO, Gustavo; PRADO PAREDES, Luis del; SAMANEZ CONCHA, José.— "Contencioso-Administrativo". Forum en el Colegio de Abogados de Lima. Revista del Foro, Julio-Diciembre de 1967. p. 74-78.
- NUNEZ BORJA, Humberto.— Lecciones de Ciencia de la Administración y Derecho Administrativo del Perú. 2a. Edición (Imp. El Condor), 1959; p. 421-429 (Concepto de lo Contencioso-Administrativo).

B. EXTRANJERA

- ALVAREZ GENDIN y BLANCO, Sabino.— "La especialidad de los Tribunales Contencioso-Administrativos". Revista de Administración Pública Nº 35, p. 9. Madrid, 1961.
- BERCAITZ, Miguel Angel.— "Bases para un Código Nacional de lo Contencioso-Administrativo". Revista de Derecho. Año VI, Nº 21, p. 67. La Paz-Bolivia, 1954.
- COUTURE, Eduardo J. "El agotamiento de la vía administrativa como presupuesto procesal". La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración. Tomo LII, p. 257. Montevideo, 1954.
- CHARRIA ANGULO, Alfonso.— "De la competencia exclusiva de la jurisdicción Contencioso-Administrativa en Colombia". Universitas, Nº 25 Noviembre, p. 83. Bogotá, 1963.
- FIORINI, Bartolomé A.— "El Contencioso-administrativo jubilarior". Revista de Derecho y Administración Municipal. Agosto Nº 138, p. 811. Buenos Aires 1941.

- GARRIDO FALLA, Fernando. "Los Actos recurribles en vía administrativa y contencioso-administrativa". Revista de Derecho Privado, Tomo XLVI, Diciembre; p. 1043. Madrid, 1962.
- GONZALES PEREZ, Jesús. "Ideas Generales sobre lo contencioso-administrativo". Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. Tomo XXVIII, p. 705. Madrid, 1952.
- MARTINS, Daniel Hugo.— "Las actuaciones administrativas como medio de prueba en el contencioso-administrativo". La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración Tomo LII, p. 137. Montevideo, 1954.
- PROCULO.— "Conflicto entre entidades estatales y su exclusión de la decisión judicial (Nota de Fallo)" Revista Jurídica Argentina "La Ley". Tomo 118, p. 295. Buenos Aires 1965.
- QUINTANA Arredondo, Carmelo.— "Legitimación del proceso contencioso-administrativo". La Justicia, Tomo XXIII, Nº 398 — Junio, p. 25 México, 1963.