

La jurisdicción en el Perú contencioso-administrativa

Por GUSTAVO BACACORZO *

Profesor Principal

Resumen: Se estudia el aporte de los artículos 59º y 240º de la Constitución (º) y sus relaciones con la legislación en general y, en particular con la nacional; desarrolla los conceptos inscritos dentro del fenómeno del presente siglo como la publicación del Derecho; se analiza el valor de los recursos impugnativos *per se*, esto es, del procedimiento propiamente administrativo y en el proceso administrativo mismo.

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 político 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 a la ley uno 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.

Pero no sólo se impone el Derecho común por la fuerza tradicional sino que al mismo Derecho Público —aún en etapa embrionaria— no

(*) Profesor Principal de Derecho Administrativo y de Derecho de Procedimientos Administrativos de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y en la Universidad Particular San Martín de Porres.

(º) Promulgada por la Asamblea Constituyente el 12 de junio de 1979.

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

le queda otro camino que traducir sus aspiraciones mediante órganos e instituciones civilistas, que retardan y desvirtúan sus principios.

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 administrativo, debe ser más sólida.

La Administración Pública, actividad completísima 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.

Entre todos los fundamentos 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.

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 burgués— 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 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 publicación del Derecho.

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

I. Procedimientos administrativos y proceso 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).

α) Agotamiento de la vía administrativa.— Condición *sine quanon* 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.

Asunto conexo es el que trata el Art. 10º del mismo cuerpo de leyes. Ateniéndonos al espíritu de dicha norma —más no a la letra— en verdad tendríamos que hablar de cuestión prejudicial y no de "cuestión contenciosa". Requiérense 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 hurlaría 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.

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. 112º). Sin agotamiento de esta vía, la Administración deducirá *in limini litis* como excepción previa, como explica magistralmente Couture siguiendo a Chiovenda (2).

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 Administrativo no es más ni menos que el Poder Judicial. Son jerárquicamente iguales, en función de coordinación. Sutilezas verdad, que nos llevan 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" (3). O como decía el Digesto: *In appellatione recepta nihil debet innovari iudicium*.

Habría que atenderse pues en lo contencioso-administrativo a la norma de *tatum 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 conceptualización 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.

(2) 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.

(3) 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 de San Andrés, No. 21, diciembre, pgs. 67-80. La Paz Bolivia 1954.

tivo. Sólo 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 Laferriere y recuerda sugestivamente Fiorini (4). Así como el acto administrativo concluye necesariamente como una resolución, el acto jurisdiccional —composición jurídica de un contradictorio— es con una sentencia. Pero en el Perú los recursos impugnativos de 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 (Art. 104º inc. e) y la naturaleza y finalidad controvertible que les reconoce e institucionaliza la norma positiva (Art. 100º).

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 ocursio 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 simplealzada, ni tampoco se anexan como mera prueba global, sin valor ante lo jurisdiccional-administrativo.

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 ejerci-

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

cio 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 sustanciara 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" (5). 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°).

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.

II. Recursos

Distinguiremos entre recursos fundamentales y accesorios.

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

(5) 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.

Veamos estos dos de inmediato.

Para la protección de los derechos subjetivos públicos que vulnere 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 privará 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 (6). 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 progreso 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.

III. 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;

(6) 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".

ratione materiae, esto es, por la materia de la relación sobre la que se discute (7).

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 estatal. 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 en sus contratos de locación-conducción, lógicamente de naturaleza civil y no administrativa, siendo del resorte de lo contencioso privado sus posibles situaciones conflictivas (8).

Intentándose actualmente un positivo acercamiento entre los grandes sectores nacionales de trabajadores —públicos y privados— nosotros desde 1968 postulamos que el conocimiento y resolución de materias laboral-administrativas y laboral compete exclusivamente a la justicia de trabajo.

IV. Actos municipales

Los actos administrativos de las municipalidades y de los Concejos Departamentales de que hablaba el Título X de la Constitución, 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.

(7) B. Florini. *La discrecionalidad en la Administración Pública*. Buenos Aires (Ed. Alfa) 1948.

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

(8) Carlos María Bidegain. "Aspectos sustantivos de lo Contencioso-Administrativo. Lo jurisdiccional". *Revista de Derecho y Administración Municipal, No. 139, setiembre, p. 902, Buenos Aires, 1941.*

Consideraciones finales

La Constitución Política del Perú, promulgada recientemente —12 de julio de 1979— ha tenido el acierto siquiera de establecer de verbo *ad verbum* dos innovaciones, de dogmática y de técnica jurídicas, respectivamente:

- unidad de jurisdicción (Art. 233º, inc. 1); y
- proceso contencioso-administrativo (Arts. 59º y 240º), que modernamente se le conoce sólo como proceso administrativo.

La ley deberá entonces establecer un régimen legal para lo "contencioso-administrativo" —como lo denomina la Constitución—, superando las imprecisiones y creando un Consejo de Estado, como organismo cúpula para la acción procedimental administrativa, en vía de *uniformidad, de consolidación y de garantías generales de defensa jerarquizada efectiva, lo que actualmente se escamotea o imposibilita en algunos organismos.*

FRASES LATINAS

1. **Sub tutela juris publici latet jus privatum**
— Bajo la tutela del derecho público vive el derecho privado. .
2. **In limini litis**
— En la contestación de la demanda.
3. **In apellatione recepta nihil debet innovari iudicium**
— No se debe innovar respecto de las cuestiones debatidas y resueltas en el auto recurrido.
4. **Tantum appellatus, quantum allegatus**
— Tanto apelas, cuanto alegas.
5. **Principium itineris**
— Principio mismo de la vía (contencioso-administrativo).
6. **Nemo tenetur aedere contra se**
— Nadie está obligado a ir contra sí mismo.
7. **Ex officio**
— De oficio.
8. **Desideratum**
— Deseo constante
9. **Inter partes**
— Entre las partes (subjetivamente).
10. **Ratione personae**
— Competencia (relativa) en razón de la persona.
11. **Ratione materiae**
— Competencia (absoluta) según el orden (civil, penal, administrativo), grado (nivel jerárquico) y jurisdicción (fuero común o privativos).
12. **Primum momen**
— Primer momento o primera vía.

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.
"Recurso 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, ídem p. 56-64.
"Necesidad de una Ley de Bases para las Municipalidades de la República". Revista del Foro, ídem, p. 24-28.
- RODRIGUEZ ARNAIZ, José Manuel. "Autonomía Municipal". Colegio de Abogados de Lima, ídem. p. 23-30.
"Autonomía Municipal". Revista del Foro, ídem. p. 13-16.
- BACACORZO, Gustavo, PRADO PAREDES, Luis del y SAMANEZ CONCHA, José.— "Contencioso-Administrativo". Forum en el Colegio de Abogados de Lima. Revista del Foro, julio-diciembre de 1967. p. 74-78.
- NUÑEZ BORJA, Humberto.— Lecciones de Ciencia de la Administración y Derecho Administrativo del Perú. 2a Edición (Imp. El Cóndor), 1959; p. 421-429 (Concepto de lo Contencioso Administrativo).

B EXTRANJERA

- ALVAREZ GENDIN Y BLANCO, Sabino.— "La especialidad de los Tribunales Contencioso-Administrativo". 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 jubilatorio". 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.

