



**ANEXO DE LECTURAS OBLIGATORIAS**

**CURSO**

**“EL PROCESO CONTENCIOSO  
ADMINISTRATIVO”**

## **UNIDAD I: LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA Y SUS PRINCIPIOS**

### **LECTURA N° 1**

- GUZMAN NAPURI, Christian. (2011). La instrucción del procedimiento administrativo. En: Tratado de la Administración Pública y el Procedimiento Administrativo. Lima, Ediciones Caballero Bustamante.

### **OBJETIVO DE LA LECTURA**

1. Conocer a cabalidad los principios de la función administrativa.

### **PREGUNTAS GUÍA DE LA LECTURA**

1. ¿Cuál es la utilidad de los principios en el derecho administrativo?
2. ¿Cómo se definen los diversos principios administrativos?

## CAPÍTULO XXI

### LA INSTRUCCIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

#### 1. GENERALIDADES

Los actos de instrucción son las diligencias necesarias para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución final en un procedimiento administrativo. En consecuencia, la actividad instructiva resulta ser indispensable para la resolución del procedimiento administrativo y en gran medida justifica la relativa prolongación de un procedimiento hasta los treinta días hábiles que establece la Ley de Procedimiento Administrativo General (en adelante, la Ley) como término máximo a partir del cual es aplicable el silencio administrativo.

La Ley señala que dichos actos serán realizados de oficio por la autoridad a cuyo cargo se tramita el procedimiento de evaluación previa, sin perjuicio del derecho de los administrados a proponer actuaciones probatorias<sup>(1399)</sup>, en uso del principio de oficialidad de la prueba como veremos

---

(1399) Artículo 159° de la Ley N.º 27444.

más adelante. Ello evidentemente no excluye a los procedimientos de oficio de tener también actos de instrucción, y en consecuencia, actividad probatoria.

En tal sentido, la instrucción del procedimiento administrativo implica fundamentalmente dos actividades claramente definidas: Por un lado, la instrucción implica el aporte de datos, por parte de los administrados, la propia entidad u otras instituciones o personas, lo cual es una actividad material, de índole fáctica. En el caso de los administrados, el mecanismo fundamental para dicho aporte es a través de las denominadas alegaciones, a las cuales haremos referencia más adelante.

Por otro lado, debemos incluir el acopio y valoración de los medios probatorios por parte de la autoridad administrativa, lo cual configura la actuación probatoria propiamente dicha. Dicha actividad probatoria permite darle certeza a los hechos o datos que se van obteniendo, sea a través de la entidad, los administrados o terceros.

La ley prohíbe que se realicen como actos de instrucción ciertas actuaciones como la solicitud rutinaria de informes previos, los requerimientos de visaciones o cualquier otro acto que no aporte valor objetivo a lo actuado en el caso concreto, según su naturaleza<sup>(1400)</sup>. La característica de actos de mero trámite, que es propia de las actuaciones que venimos describiendo, no justifica la formalidad que la entidad aplica respecto a los actos de instrucción, formalidades que empleadas respecto a los actos de mero trámite no hacen más que complicar el procedimiento, afectando su eficiencia y perjudicando los derechos de los administrados.

### Los alegatos o alegaciones

Los administrados pueden, en cualquier momento del procedimiento, formular alegaciones, aportar los documentos u otros elementos de juicio, los que serán analizados por la autoridad, al resolver<sup>(1401)</sup>. Las alegaciones o alegatos tienen por finalidad explicitar la posición del administrado en el procedimiento que se está siguiendo, aportando elementos diversos, como datos

(1400) Artículo 159°, inciso 159.2 de la Ley N.º 27444.

(1401) Artículo 161°, inciso 161.1 de la Ley N.º 27444.

de hecho, valoraciones jurídicas o técnicas<sup>(1402)</sup> y argumentos basados en dichos insumos. La facultad de presentar alegaciones forma parte del derecho de petición administrativa, así como también del derecho a la defensa como elemento constitutivo del derecho al debido proceso en sede administrativa.

Ahora bien, en el procedimiento administrativo no existe una fase especial del mismo destinada a la presentación de alegatos tal como sí existe en los procesos judiciales<sup>(1403)</sup>, lo cual es concordante con el principio de unidad de vista establecido líneas arriba. En este orden de ideas, existen alegaciones introductorias, las mismas que aportan datos iniciales al procedimiento y que funcionan en buena cuenta como una mejora de la solicitud inicial. Asimismo, deben considerarse las llamadas alegaciones de fijación, a través de las cuales se consolidan los datos que constituyen la materia controvertida en el procedimiento, más allá de lo señalado por la solicitud inicial. Finalmente, existen alegaciones finales o conclusivas, que consisten en una valoración de lo instruido en el procedimiento y constituyen un mecanismo para asegurar el resultado final del mismo<sup>(1404)</sup>.

Entonces, los alegatos pueden presentarse en cualquier situación en la que se encuentre el procedimiento, sin limitación alguna<sup>(1405)</sup>. Resulta por completo evidente, a mayor abundamiento, que la autoridad administrativa deberá tomar en cuenta las citadas alegaciones en el acto administrativo mediante el cual se resuelva el procedimiento, cuyos argumentos deberán formar parte de la motivación respectiva.

Por otro lado, y como veremos más adelante, en los procedimientos administrativos sancionadores, o en caso de actos de gravamen para el administrado, se dicta resolución sólo habiéndole otorgado al mismo un plazo perentorio no menor de cinco días para presentar sus alegatos o las

---

(1402) SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso – **Principios de Derecho Administrativo**. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2000, p. 85.

(1403) GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón – **Curso de Derecho Administrativo**. Madrid: Civitas, 2000, p. 485.

(1404) Sobre el particular: SHIMABUKURO MAKIKADO, Roberto C. – **“La instrucción del Procedimiento Administrativo”**. En: *Comentarios a la ley del procedimiento administrativo general. Ley N° 27444*. Lima: ARA, 2003, p. 280.

(1405) SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso – *Op. cit.*, p. 85.

correspondientes pruebas de descargo<sup>(1406)</sup>. A esto la doctrina denomina alegato final o conclusivo, como ya lo hemos referido.

## 2. ACTIVIDAD Y ACTUACIÓN PROBATORIA

En el procedimiento administrativo moderno, la actividad probatoria tiene una importancia medular en la ejecución de la instrucción de dicho procedimiento. Es a través de la actuación probatoria que la autoridad administrativa puede formarse convicción respecto a la resolución del caso concreto, en mérito de la verdad material a obtener. Es mediante la actividad probatoria que se comprueban los datos aprobados por los administrados o los obtenidos por la Administración. La Ley del procedimiento administrativo general, en consecuencia, regula de manera exhaustiva el ejercicio de dicha actividad, estableciendo reglas concretas para que la misma se desarrolle eficientemente.

### 2.1. Carga de la prueba en un procedimiento administrativo

Debe señalarse que la actividad probatoria le corresponde fundamentalmente a la entidad, estableciéndose entonces el principio de que la carga de la prueba, es decir, la obligación de probar los fundamentos que sustentan la decisión, le corresponde a la Administración y no a los administrados, sin perjuicio de permitirle a estos acreditar los hechos que alegan. No es que los particulares no deban probar su pretensión, sino que la negativa de la Administración debe estar debidamente acreditada. Tanto es así que si la Administración no despliega actividad probatoria es claro que ha tenido por verdaderos los hechos afirmados por el particular, debiendo declarar fundada la solicitud.

Y es que, a diferencia de lo que ocurre en el proceso judicial, en el cual las partes deben probar sus pretensiones, en el procedimiento administrativo la actividad probatoria es dirigida y alimentada por la Administración, en aplicación de los principios que citamos a continuación, los mismos que se atenúan ciertamente en el caso de los procedimientos administrativos trilaterales como veremos a más adelante.

---

(1406) Artículo 161°, inciso 161.2 de la Ley N.º 27444.

Sobre el particular es necesario hacer una referencia adicional. En el derecho procesal moderno se entendía como una regla general que quien afirmaba un hecho era quien se encontraba en la obligación de probarlo, salvo determinadas excepciones establecidas por la Ley. Sin embargo, esta concepción está cambiando. De hecho, la supuesta regla general tiene tantas excepciones, que la doctrina está empezando a dudar que realmente constituya una regla, siendo reemplazada más bien por una regla más completa, que es la que asigna la carga de la prueba a quien se encuentra en mejor aptitud para probar.

Este principio es el que justifica las varias situaciones en las cuales la carga de la prueba se asigna a quien contestaría la demanda, como por ejemplo en el caso de la prueba del pago<sup>(1407)</sup> donde la misma corresponde al demandado, o la responsabilidad civil extracontractual subjetiva<sup>(1408)</sup> donde el afectado no requiere probar la existencia de dolo o culpa, ambos en el ámbito del derecho civil; o de la prueba del despido injustificado en el ámbito laboral, en donde la justificación de despido corresponde al empleador<sup>(1409)</sup>, situación en la cual la doctrina laboral sigue creyendo que nos encontramos ante una “inversión de la carga de la prueba” destinada a proteger al trabajador<sup>(1410)</sup>.

En el ámbito administrativo es evidente que la Administración Pública en general se encuentra en mejor aptitud para probar y ello se ha entendido por ejemplo en el contexto del proceso contencioso administrativo<sup>(1411)</sup>. La carga de la prueba no le corresponde a quien afirma un hecho, sino más

(1407) Código Civil:

**Artículo 1229.-** Prueba del pago

*La prueba del pago incumbe a quien pretende haberlo efectuado.*

(1408) Código Civil:

**Artículo 1969.-** Indemnización por daño moroso y culposo

*Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor.*

(1409) Ley de Productividad y Competitividad Laboral:

**Artículo 37.-** *Ni el despido ni el motivo alegado se deducen o presumen, quien los acusa debe probarlos.*

(1410) PASCO LIZARRAGA, Mario – “**La carga de la prueba y las presunciones en la nueva Ley Procesal del Trabajo**”. En: *Actualidad Jurídica*, Tomo 194. Lima: Gaceta Jurídica, enero 2010, p. 16-17

(1411) Texto Único Ordenado de la Ley N.º 27584:

**Artículo 33.-** Carga de la prueba

*Salvo disposición legal diferente, la carga de la prueba corresponde a quien afirma los hechos que sustentan su pretensión.*

bien aquel que se encuentra en mejor capacidad para probar el mismo<sup>(1412)</sup>, principio que algunos denominan también “carga de la prueba dinámica”. Como resultado, la carga de la prueba, incluso en los procedimientos iniciados a pedido de parte, no corresponde fundamentalmente al administrado sino más bien a la Administración<sup>(1413)</sup>, máxime si la falta de probanza de un hecho podría afectar el principio de verdad material y como resultado el interés general.

### La aplicación del principio de Impulso de Oficio

La carga de la prueba se rige por el principio de impulso de oficio establecido en la Ley de Procedimiento Administrativo General<sup>(1414)</sup>, el cual hemos analizado con amplitud en capítulos anteriores. En consecuencia, la Administración debe orientarse a hacia la resolución de la cuestión que es materia del procedimiento, en mérito a la satisfacción del interés general, pudiendo ejercer los actos de instrucción necesarios para la culminación del proceso<sup>(1415)</sup>.

Lo antes señalado opera dado que no puede dejarse al arbitrio de los administrados el seguimiento de los procedimientos administrativos, siendo en consecuencia que el impulso de los mismos es de oficio, de acuerdo al principio contenido en el inciso 1.3 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley. Conforme el mismo, las autoridades deben dirigir e impulsar de oficio el procedimiento y ordenar la realización o práctica de los actos que resulten convenientes para el esclarecimiento y resolución de las cuestiones necesarias<sup>(1416)</sup>.

---

*Sin embargo, si la actuación administrativa impugnada establece una sanción o medidas correctivas, o cuando por razón de su función o especialidad la entidad administrativa está en mejores condiciones de acreditar los hechos, la carga de probar corresponde a ésta.*

(1412) BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo – **El Derecho a Probar**. Lima: Ara Editores, 2001. pp. 275 y ss. También: BARRERO RODRIGUEZ, Concepción – **La Prueba en el Procedimiento Administrativo**. Navarra: Aranzadi, 2003, p. 186 y ss.

(1413) Una posición un tanto divergente: SHIMABUKURO MAKIKADO, Roberto C. – *Op. cit.*, p. 288-290

(1414) Artículo 162°, inciso 162.1 de la Ley.

(1415) SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso – *Op. cit.*, p. 81.

(1416) Sobre el particular: GUZMAN NAPURÍ, Christian – **“La carga de la prueba en el procedimiento administrativo general”**. En: *Actualidad Administrativa*, tomo 134. Lima: Gaceta Jurídica, enero 2005, p. 169.

Como lo hemos señalado, la norma establece que la autoridad competente, aun sin pedido de parte, debe promover toda actuación que fuese necesaria para su tramitación, superando cualquier obstáculo que se oponga a la regular tramitación del procedimiento; incluso determinando la norma aplicable al caso aun cuando no haya sido invocada o fuere errónea la cita legal; así como evitar el entorpecimiento o demora a causa de diligencias innecesarias o meramente formales, adoptando las medidas oportunas para eliminar cualquier irregularidad producida<sup>(1417)</sup>.

Debe recordarse que el deber de impulso de oficio surge como inmediata consecuencia de la necesidad y obligación de la Administración de cautelar el interés general. Asimismo, es un componente esencial del debido proceso en sede administrativa, al permitir la tramitación adecuada y eficiente de los procedimientos, en beneficio de los administrados. Además, permite generar celeridad en la tramitación de los procedimientos, formando parte de la necesaria racionalización de la Administración Pública.

### La oficialidad de la prueba

Ello conlleva además un importante principio que es el de la oficialidad de la prueba, es decir, la búsqueda de la determinación, conocimiento y comprobación de los datos para poder emitir una resolución<sup>(1418)</sup>, por parte de la autoridad administrativa. Esta última tiene la obligación de adquirir, en el procedimiento, la mayor cantidad de datos que sean relevantes para su decisión<sup>(1419)</sup>. Es precisamente por este principio que la Administración posee la carga de la prueba de los hechos alegados o materia de controversia, a menos que considere que basta con las pruebas aportadas u ofrecidas por el administrado<sup>(1420)</sup>.

(1417) Artículo 145° de la Ley N.º 27444.

(1418) GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón – *Op. cit.*, p. 490.

(1419) MASUCCI, Alfonso – **Apuntes reconstructivos de la Ley sobre Procedimiento Administrativo en Italia**. En: *Documentación Administrativa Nro. 248-249*. Madrid: Ministerio para la Administraciones Públicas. Instituto Nacional de Administración Pública, 1997, p. 318-319. La cita que venimos reseñando nos muestra que el principio en cuestión fluye por gran parte del derecho administrativo europeo continental.

(1420) MORON URBINA, Juan Carlos – **Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General**. Lima: Gaceta Jurídica S.A., 2001, p. 349.

Ello, porque los actos e instrucción son realizados de oficio por la autoridad a cargo del procedimiento de evaluación previa, sin perjuicio evidentemente del derecho de los administrados a proponer actuaciones probatorias<sup>(1421)</sup>.

No obstante lo anteriormente señalado, corresponde a los administrados aportar pruebas mediante la presentación de documentos e informes, proponer pericias, testimonios, inspecciones y demás diligencias permitidas, o aducir alegaciones, en tanto interviene en la defensa de sus intereses<sup>(1422)</sup>. Ello significa, como veremos más adelante, que la autoridad administrativa podrá resolver en contra del administrado únicamente cuando la actividad probatoria de la misma demuestre que los hechos alegados por el mismo no son ciertos, correspondiéndole siempre probar los hechos impeditivos, aquellos que impiden el ejercicio del derecho, así como los extintivos<sup>(1423)</sup>. La administración entonces es la que debería soportar los efectos desfavorables de la falta de actuación probatoria si es que no hubiese tenido por ciertos los hechos alegados por los interesados<sup>(1424)</sup>.

Por otro lado, una vez que la prueba ha ingresado al expediente, esta puede ser usada para favorecer a cualquiera de las partes, puesto que la misma no pertenece a quien la aporta. Este concepto, denominado principio de adquisición<sup>(1425)</sup>, propio también del proceso judicial, es útil a nivel del procedimiento administrativo bilateral, pero encuentra una importante aplicación a nivel del procedimiento trilateral en tanto el principio de oficialidad de la prueba se ve atenuado en este último caso.

Lo que ocurre es que la Ley de Procedimiento Administrativo General señala que, en el caso de procedimientos trilaterales, la autoridad administrativa estará facultada a verificar por todos los medios disponibles la verdad de los hechos que le son propuestos por las partes, sin que ello

(1421) Artículo 159°, inciso 159.1 de la Ley N.º 27444.

(1422) Artículo 162°, inciso 162.2 de la Ley N.º 27444.

(1423) SHIMABUKURO MAKIKADO, Roberto C. – *Op. cit.*, p. 290-291.

(1424) GONZALEZ PEREZ, Jesús – **Manual de Procedimiento Administrativo**. Madrid: Civitas, 2000, p. 323.

(1425) HUTCHINSON, Tomás – **“De la prueba en el procedimiento administrativo”**. En: *Procedimiento Administrativo. Jornadas organizadas por la Universidad Austral. Facultad de Derecho*. Buenos Aires: Editorial Ciencias de la Administración, 1998, p. 389.

signifique una sustitución del deber probatorio que corresponde a éstas<sup>(1426)</sup>, lo cual mediatiza el principio de verdad material al cual hemos referido de manera reiterada.

Lo antes señalado implica que en el procedimiento administrativo tri-lateral la carga de la prueba le corresponde en principio a las partes, dada la especial naturaleza híbrida del citado procedimiento, que a veces se muestra intermedia entre el proceso judicial y el procedimiento administrativo bilateral o lineal<sup>(1427)</sup>. Es decir, en principio, la autoridad administrativa deberá declarar fundada la pretensión de aquel que logró probar los hechos alegados. Como resultado, y a fin de asegurar el resultado a obtener por parte de la Administración, y en especial, como mecanismo de garantía del debido procedimiento es necesario que la prueba se incorpore al expediente de tal manera que permita su empleo por cualquiera de las partes a fin de sustentar su pretensión.

### El caso de los procedimientos de oficio

El principio de oficialidad de la prueba se intensifica al máximo cuando nos referimos a procedimiento de oficio, y en especial, a procedimientos administrativos sancionadores. En estos casos, en tanto la iniciación del proceso es resultado del interés de la Administración, la autoridad administrativa tiene la obligación de efectuar la actividad probatoria necesariamente a fin de acreditar los hechos en los cuales sustentar su pretensión, a diferencia del procedimiento iniciado a pedido de parte en el cual puede prescindir de la misma si es que los hechos y las pruebas aportadas por el administrado le generan convicción respecto a su veracidad. En este caso la carga de la prueba corresponde claramente a la autoridad administrativa.

En el procedimiento sancionador, en especial, el administrado puede prescindir por completo de toda defensa –la presentación de su descargo, fundamentalmente y el aporte de pruebas en su favor–, sin

(1426) Artículo IV, inciso 1, literal 1.11, segundo párrafo, del Título Preliminar de la Ley N.º 27444.

(1427) Sobre el particular: GUZMAN NAPURÍ, Christian – *Op. cit.*, p. 134.

que ello deba generarle perjuicio alguno, puesto que la autoridad instructora deberá realizar de oficio todas las actuaciones necesarias para verificar los hechos<sup>(1428)</sup>. Es evidente que el silencio del administrado en contra del cual se ha iniciado el procedimiento sancionador carece de todo efecto jurídico, a diferencia de lo que ocurre en el caso, por ejemplo, de los procedimientos trilaterales. Demás está señalar, finalmente, que el administrado podrá emplear en su provecho los medios de prueba actuados como resultado de la actividad probatoria de la entidad. Finalmente, si la autoridad no logra probar la comisión de la infracción administrativa es claro que la misma no existe, en aplicación del principio de presunción de licitud, consignado en el artículo 230° de la Ley<sup>(1429)</sup>.

### El principio de verdad material

Como ya lo hemos señalado en el capítulo dedicado a los principios administrativos, el principio de verdad material indica que en el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo para sus respectivas decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la Ley, aún cuando las mismas no hayan sido propuestas por los administrados o los mismos hayan acordado eximirse de ellas<sup>(1430)</sup>, en el caso de procedimientos concurrenciales.

Lo que ocurre es que la Administración no debe contentarse con lo aportado por el administrado, sino que debe actuar, aun de oficio, para obtener otras pruebas y para averiguar los hechos que hagan a la búsqueda de la verdad material u objetiva, ya que en materia de procedimiento administrativo la verdad material prima sobre la verdad formal. Ello conlleva un principio de especial importancia en el ámbito de la actividad probatoria que es la oficialidad de la prueba, que hemos referido líneas arriba.

(1428) Artículo 235°, inciso 4 de la Ley N.º 27444.

(1429) **Presunción de licitud.**- *Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario.*

(1430) Artículo IV, inciso 1, literal 1.11 del Título Preliminar de la Ley N.º 27444.

## 2.2. Actuación probatoria de la entidad

El principio señalado en el acápite precedente, así como el principio de verdad material, justifican que, cuando la administración no tenga por ciertos los hechos alegados por los administrados o la naturaleza del procedimiento lo exija, la entidad disponga la actuación de prueba<sup>(1431)</sup>. Ahora bien, esta previsión no debería convertirse en una regla general, toda vez que el procedimiento administrativo se basa en principios como el de presunción de veracidad –que permite presumir como verdaderos los documentos y declaraciones formulados por el administrado– y el de celeridad procesal.

La Administración debe actuar en este caso siguiendo el criterio de concentración procesal. Esto implica que se concentrarán en un mismo acto todas las diligencias y actuaciones de pruebas posibles, procurando que el desarrollo de la actividad probatoria se realice en el menor número de actos procesales. Para ello, la entidad fija un período para la actuación de prueba que no será menor de tres días ni mayor de quince, contados a partir de su planteamiento, tiempo que debería permitir cumplir con los plazos establecidos por la norma, sin tener que recurrir al silencio administrativo.

La actuación probatoria debe realizarse con las mayores garantías a favor del administrado. Por ello, la norma señala que la autoridad sólo podrá rechazar motivadamente los medios de prueba propuestos por el administrado, cuando no guarden relación con el fondo del asunto, sean improcedentes o innecesarios, decisión que debe estar motivada y que además es susceptible de impugnación. Asimismo, la autoridad administrativa notifica a los administrados, con anticipación no menor de tres días, la actuación de prueba, indicando el lugar, fecha y hora<sup>(1432)</sup>, a fin que el mismo puede ejercer su derecho de defensa, señalando o probando lo pertinente.

En un procedimiento administrativo existe la posibilidad de la aparición de nuevos medios probatorios, como resultado de la aplicación de

---

(1431) Artículo 163°, inciso 163.1 de la Ley N.º 27444.

(1432) Artículo 163°, inciso 163.2 de la Ley N.º 27444.

principios como el de unidad de vista y el de verdad material. La Ley señala que las pruebas sobrevinientes pueden presentarse siempre que no se haya emitido resolución definitiva<sup>(1433)</sup>, lo cual implica que pueden presentarse en cualquier estado del procedimiento. La nueva prueba surgida después de ello solo es susceptible de ser presentada con el correspondiente recurso de reconsideración, una vez que se ha resuelto el procedimiento.

### Prescindencia de la actuación probatoria

No obstante los principios que hemos enunciado con anterioridad, las entidades podrán prescindir de actuación de pruebas cuando decidan exclusivamente basándose en los hechos planteados por las partes, si los tienen por ciertos y congruentes para su resolución<sup>(1434)</sup>. Ello implica que a la Administración le son suficientes las pruebas existentes para emitir una resolución conforme a derecho<sup>(1435)</sup>, correspondiéndole a la Administración la carga de la prueba de la falta de veracidad de lo afirmado por el administrado.

Ello, en los procedimientos administrativos bilaterales, implica resolver necesariamente a favor del administrado, teniendo por ciertos los hechos alegados por el mismo<sup>(1436)</sup>, como hemos señalado con anterioridad. En el caso de los procedimientos trilaterales la previsión legal descrita se funda en la atenuación del principio de verdad material en el caso de dichos procedimientos, conforme lo hemos señalado líneas arriba.

La prescindencia de la actuación probatoria implica evidentemente una valoración de los argumentos de las partes en relación con las pruebas que ellas han aportado. Asimismo, implica la convicción de la veracidad de las mismas, con lo cual la autoridad deberá resolver concediendo lo solicitado al administrado. El principio de presunción de veracidad que

(1433) Artículo 163°, inciso 163.3 de la Ley N.º 27444.

(1434) Artículo 164° de la Ley N.º 27444.

(1435) CASSAGNE, Juan Carlos – **Derecho Administrativo I**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997, p. 370. Es necesario señalar que en el derecho argentino se habla de apertura a prueba para referirse a la actuación probatoria.

(1436) GONZALEZ PEREZ, Jesús – *Op. cit.*, p. 320-321.

se ha aludido antes es sumamente útil para ello, a lo cual debe agregarse principios adicionales como celeridad o economía procesal.

La libre valoración de las pruebas permite además que la autoridad administrativa pueda determinar cuando es que las pruebas le generan convicción. El evidente límite de esta facultad se centra en la imposibilidad de que pueda perjudicarse al administrado a través de esta decisión, al no permitírsele probar su pretensión cuando la entidad considera que la misma no se encuentra probada con las pruebas que se han actuado hasta el momento.

### **Hechos no sujetos a la actuación probatoria**

No será actuada prueba respecto a hechos públicos o notorios, de los cuales se supone que todos tienen conocimiento. Es un principio general del derecho procesal el que no requieren ser acreditados aquellos hechos que debe conocer razonablemente el funcionario que resuelve la controversia sometida a su análisis, reduciendo evidentemente la cantidad de actos procesales a realizar y los medios de prueba a analizar, favoreciendo la celeridad procesal<sup>(1437)</sup>.

Asimismo, no deberá realizarse actividad probatoria respecto a hechos alegados por las partes cuya prueba consta en los archivos de la entidad, para lo cual basta que la entidad se remita al archivo. Esto parte de la presunción de que la autoridad tiene o debe tener conocimiento de los hechos que dichos archivos prueban. En el derecho comparado esta norma llega incluso al nivel de los archivos que posea no sólo la entidad sino además el sector al que pertenece la entidad e incluso toda la Administración Pública. Y es que, nuevamente nos encontramos con concepciones de simplificación administrativa en el ámbito de la actividad probatoria administrativa, que tienen por finalidad reducir costos de acceso al procedimiento administrativo y generar mayor eficiencia.

Tampoco se actuará prueba sobre hechos que se hayan comprobado con ocasión del ejercicio de las funciones de la entidad, o aquellos sujetos

---

(1437) Artículo 165° de la Ley N.º 27444.

a la presunción de veracidad, sin perjuicio de su fiscalización posterior de acuerdo a la norma. Ello opera también al amparo de los principios de simplificación administrativa, a los cuales nos hemos referido reiteradamente en el presente trabajo, que además reducen el costo administrativo generado por la actuación probatoria.

Por otro lado, no deberá actuarse prueba alguna respecto a hechos que se encuentran judicialmente probados<sup>(1438)</sup>. Ello es evidente en el caso de los procedimientos sancionadores al amparo de lo dispuesto por el inciso 2 del artículo 234° de la Ley<sup>(1439)</sup>, siendo claro además en los demás casos dada la calidad de cosa juzgada aplicable a los procesos judiciales, no siendo posible volver a discutir una controversia ya resuelta.

Finalmente, tampoco constituyen objeto de prueba los hechos que se presumen como resultado de una presunción legal, sea esta relativa o absoluta, una vez generado el hecho que habilita la misma, el cual sí debe ser probado. La presunción legal relativa (conocida tradicionalmente como *iuris tantum*) opera admitiendo prueba en contrario y se entendía como un fenómeno de inversión de la carga de la prueba cuando en realidad es una aplicación de principio de que la carga de la prueba le corresponde a quien se encuentra en mejor aptitud para probar. Por otro lado, la presunción legal absoluta (*iuris et de iure*) no admite prueba en contrario, por lo que muchas veces funciona como una verdadera ficción legal.

### 2.3. Solicitud de pruebas al administrado

La autoridad puede exigir a los administrados la comunicación de informaciones, la presentación de documentos o bienes, el sometimiento a inspecciones de sus bienes, así como su colaboración para la práctica

(1438) SHIMABUKURO MAKIKADO, Roberto C. – *Op. cit.*, p. 284.

(1439) **Artículo 234°.- Caracteres del procedimiento sancionador**

*Para el ejercicio de la potestad sancionadora se requiere obligatoriamente haber seguido el procedimiento legal o reglamentariamente establecido caracterizado por:*

*(...)*

*2. Considerar que los hechos declarados probados por resoluciones judiciales firmes vinculan a las entidades en sus procedimientos sancionadores.*

*(...)*

de otros medios de prueba. Es necesario señalar que dicha exigencia puede establecerse en procedimientos de oficio, e incluso, en procedimientos iniciados a pedido de parte. Para el efecto, la Administración cursa el requerimiento, mencionando la fecha, plazo, forma y condiciones para su cumplimiento<sup>(1440)</sup>.

Sin embargo, la solicitud de medios probatorios al administrado tiene límites evidentes, en especial los consignados en los artículos 40° y 41° de la Ley, referidos respectivamente a la prohibición aplicable a las entidades de solicitar a los administrados, para el inicio, prosecución o conclusión de un procedimiento, la presentación de información o documentación que vulnere principios de celeridad o simplificación administrativa; así como a la obligación de las entidades de recibir ciertos documentos e informaciones para el cumplimiento de los requisitos correspondientes a los procedimientos administrativos, en vez de la documentación oficial, a la cual reemplazan con el mismo mérito probatorio. En este último caso, la obligación de la administración opera sin perjuicio de la fiscalización posterior al amparo del principio de presunción de veracidad.

### **Negativa del administrado a colaborar con la Administración en la actuación de medios probatorios**

Será legítimo el rechazo a la exigencia señalada en el acápite precedente, cuando la sujeción a la misma implique: la violación al secreto profesional –en sus múltiples acepciones–; constituya una revelación prohibida por la ley; suponga directamente la revelación de hechos perseguibles, sea penal o administrativamente, dado que no puede obligarse al administrado a generar prueba en su contra, practicados por el administrado; o afecte los derechos constitucionales del mismo, en especial el derecho a la intimidad. La norma señala que en ningún caso esta excepción ampara el falseamiento de los hechos o de la realidad<sup>(1441)</sup>.

Ahora bien, el acogimiento a esta excepción será libremente apreciada por la autoridad conforme a las circunstancias del caso, sin que

(1440) Artículo 169°, inciso 169.1 de la Ley N.º 27444.

(1441) Artículo 169°, inciso 169.2 de la Ley N.º 27444.

ello dispense al órgano administrativo de la búsqueda de los hechos, ni de dictar la correspondiente resolución<sup>(1442)</sup>. Esto es evidente al amparo de principios como verdad material u oficialidad de la prueba, debiendo la autoridad administrativa obtener la prueba a través de otros medios equivalentes.

#### 2.4. Gastos de las actuaciones probatorias

En principio, el costo de las actuaciones probatorias está a cargo de la entidad. Ello, dado que el costo de tramitación de todo procedimiento administrativo es financiado a través del sistema impositivo, así como mediante las tasas respectivas, las mismas que se encuentran señaladas en el correspondiente Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) de la entidad. La Administración no puede trasladar al administrado el costo de organización que genera la obligación de la misma de obtener la solución de la controversia, en mérito del principio de verdad material.

Sin embargo, y en el caso de que la actuación de pruebas propuestas por el administrado importe la realización de gastos que no deba soportar racionalmente la entidad; ésta última podrá exigir el depósito anticipado de tales costos, con cargo a la liquidación final que el instructor practicará documentadamente al administrado, una vez realizada la probanza<sup>(1443)</sup>. La clara limitación a la facultad que tiene la administración de exigir dicho depósito anticipado estriba en que la misma no opera respecto a la actuación probatoria que opera de oficio, al amparo del principio de oficialidad de la prueba, como lo hemos señalado.

Esta previsión legal establece una precisión difícil de tomar en cuenta, dado que el hecho de que la determinación respecto a que gastos se pueden soportar racionalmente o no se deja al arbitrio de la entidad, con los riesgos que ello pueda conllevar en materia de costos respecto a los administrados. Es evidente que la interpretación de esta norma es eminentemente restrictiva, sobre la base de los principios que resultan aplicables a los costos administrativos.

(1442) Artículo 169°, inciso 169.3 de la Ley N.º 27444.

(1443) Artículo 178° de la Ley N.º 27444.

### 3. MEDIOS DE PRUEBA QUE SE EMPLEAN DENTRO DE UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Los hechos invocados por las partes, o que fueren conducentes para decidir un procedimiento administrativo, podrán ser objeto de todos los medios de prueba necesarios, salvo aquellos que estén prohibidos por disposición legal expresa<sup>(1444)</sup>. La proposición de medios probatorios por parte de los administrados es libre, pudiéndose proponer y actuar aquellos medios que resultan beneficiosos para el administrado a fin de fundar sus pretensiones<sup>(1445)</sup> y aquellos que la entidad considere pertinentes para la resolución del procedimiento. El principio de libertad probatoria, propio del proceso judicial, se aplica con gran intensidad en el procedimiento administrativo, con muy puntuales excepciones.

Asimismo, no existe una concepción de prueba tasada, en la cual la ley asigna el valor a las pruebas<sup>(1446)</sup>, sino más bien existe la noción de apreciación razonada al interior de la Administración, lo cual implica que la autoridad deberá apreciar los medios probatorios de manera integral<sup>(1447)</sup>, aplicando el principio de verdad material y en uso de las denominadas reglas de la sana crítica<sup>(1448)</sup>. La principal diferencia que encontramos respecto al proceso judicial se enfoca en la inexistencia de principio de verdad material en este último, siendo que el principio aplicable es el de verdad formal.

En particular, de acuerdo a la Ley, en el procedimiento administrativo general proceden los siguientes medios probatorios, de manera enumerativa, sin perjuicio de aquellos que podrían ser considerados innominados:

1. Recabar antecedentes y documentos. La entidad puede obtener la información que requiera de otras entidades e incluso de los propios administrados, con las limitaciones señaladas líneas arriba respecto de la solicitud a los particulares.

(1444) Artículo 166° de la Ley N.º 27444.

(1445) HUTCHINSON, Tomás – *Op. cit.*, p. 385.

(1446) GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón – *Op. cit.*, p. 493.

(1447) HUTCHINSON, Tomás – *Op. cit.*, p. 398.

(1448) SHIMABUKURO MAKIKADO, Roberto C. – *Op. cit.*, p. 314.

2. Solicitar informes y dictámenes de cualquier tipo, con las limitaciones señaladas en la Ley, a las cuales nos referiremos más adelante. A diferencia de otras legislaciones, los informes son considerados medios de prueba por la Ley.

3. Conceder audiencia a los administrados, interrogar testigos y peritos, o recabar de los citados administrados declaraciones por escrito. En estos casos se entiende que puede darse la intervención de terceros en la actividad probatoria realizada por la entidad.

4. Consultar documentos y actas. Este medio probatorio puede ser actuado de oficio por la entidad, pero también puede ser ofrecido por las partes, aun cuando dichos instrumento no obren en su poder.

5. Practicar inspecciones oculares, que implican el apersonamiento de la autoridad a un lugar específico a fin de comprobar un hecho o situación determinada. Ahora bien, el concepto de inspección ocular resulta ser restrictivo, pues el funcionario administrativo no solo utiliza la vista para observar la situación o hecho, sino el resto de los sentidos.

### **3.1. Prueba instrumental**

En general, se considera prueba instrumental a toda aquella que conste en un medio que permita conservar lo que prueba. Un instrumento es un objeto que prueba algo. En consecuencia, son instrumentos no sólo los documentos propiamente dichos – que obran, o pueden obrar, por escrito – sino también los medios audiovisuales, informáticos, artísticos, entre otros. En este sentido, la Ley de Procedimiento Administrativo General es más bien permisiva, permitiendo la presentación y actuación de todo tipo de instrumentos. Ahora bien, la prueba instrumental por excelencia en el procedimiento administrativo es el documento, que constituye todo objeto susceptible de formar parte del expediente administrativo y que constituye medio de prueba.

#### **Solicitud de documentos a otras autoridades**

La autoridad administrativa a la que corresponde la tramitación del asunto recabará de las autoridades directamente competentes los documen-

tos preexistentes o antecedentes que estime conveniente para la resolución del asunto, sin suspender la tramitación del expediente<sup>(1449)</sup>. Ello impide que el expediente vaya a ser tramitado por varias autoridades distintas, como resultado de la regla del expediente único. A su vez, la facultad de solicitar documentos implica un importante mecanismo de colaboración entre entidades, en particular respecto a la obligación de las mismas de facilitar los medios de prueba que se encuentren en su poder.

Ahora bien, cuando la solicitud de obtención de documentos de otras entidades sea formulada por el administrado al instructor, el administrado deberá indicar la entidad donde obre la documentación y, si la misma perteneciera a un expediente administrativo obrante en otra entidad, deberá acreditar indubitadamente su existencia. La entidad solicitada, en este último caso, deberá remitir copias certificadas mediante fedatario a fin de cumplir con lo solicitado.

### Remisión de los documentos solicitados a otras entidades

Los documentos y antecedentes a que se refiere el acápite anterior deben ser remitidos directamente por quien es requerido dentro del plazo máximo de tres días, si se solicitaren dentro de la misma entidad, y de cinco, en los demás casos<sup>(1450)</sup>. Esta remisión es, como ya lo hemos indicado, una obligación de la entidad.

Si la autoridad requerida considerase necesario un plazo mayor para hacer efectiva la remisión, lo manifestará inmediatamente al requirente, con indicación del plazo que estime necesario, el cual no podrá exceder de diez días<sup>(1451)</sup>. Evidentemente, la ampliación del plazo se encuentra limitada a fin de evitar decisiones discrecionales de la autoridad a la cual se ha solicitado la documentación, las mismas que no debe afectar la tramitación del expediente administrativo.

### 3.2. Informes administrativos

Los informes administrativos son medios que las entidades emplean para procurarse información de órganos consultivos o de otros organismos

(1449) Artículo 167° de la Ley N° 27444.

(1450) Artículo 168°, inciso 168.1 de la Ley N.º 27444.

(1451) Artículo 168°, inciso 168.2 de la Ley N.º 27444.

de la Administración Pública, siendo declaraciones de juicio emitidos por servidores o funcionarios calificados. Dada su naturaleza de mecanismo de obtención de insumos para la emisión de la resolución final<sup>(1452)</sup>, los informes se configuran como verdaderos medios de prueba.

Ahora bien, en tanto los informes administrativos no generan efectos jurídicos directos, no pueden ser considerados propiamente como actos administrativos, sino más bien como simples hechos de la Administración<sup>(1453)</sup>. En mérito de ello, los informes administrativos no son susceptibles de ser impugnados, aun en el supuesto de que sean vinculantes. La impugnación de la resolución permitirá discutir en la tramitación del recurso la validez del informe, o en todo caso, permitirá la emisión de uno nuevo.

### Clasificación de los informes administrativos

Los informes administrativos pueden ser obligatorios o facultativos y vinculantes o no vinculantes. Son facultativos si es que la solicitud de los mismos se sujeta a la discrecionalidad de la autoridad, basado en criterios de oportunidad. Son obligatorios –o preceptivos– si la norma legal obliga a su emisión o petición<sup>(1454)</sup>. En este último caso, la prescindencia del informe genera la nulidad del acto que se emita<sup>(1455)</sup>. Un ejemplo interesante de informe obligatorio es aquel que es necesario para la emisión de la respectiva resolución que resuelve una apelación contra el otorgamiento de la buena pro en el contexto de un proceso de selección en el ámbito de la contratación administrativa, sea que el recurso de apelación sea resuelto por el titular de la entidad o por el Tribunal de Contrataciones<sup>(1456)</sup>.

Por otro lado, un informe es vinculante cuando su tenor obliga a la autoridad a la toma de una decisión en el sentido que señala el citado

(1452) GONZALEZ PEREZ, Jesús – *Op. cit.*, p. 315.

(1453) Existe sin embargo doctrina comparada que opina de manera distinta. Sobre el particular: GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón – *Op. cit.*, p. 487. GONZALEZ PEREZ, Jesús – *Op. cit.*, p. 312.

(1454) SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso – *Op. cit.*, p. 89.

(1455) GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón – *Op. cit.*, p. 488.

(1456) Artículo 113° y 116° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

informe. A su vez, el informe vinculante puede serlo en sentido estricto, cuando obliga al órgano a atenerse a lo informado. Pero el informe también puede ser obstativo, cuando vincula a la autoridad administrativa en cuanto al parecer negativo que expresan, funcionando en la práctica como un veto<sup>(1457)</sup>. Según un amplio sector de la doctrina<sup>(1458)</sup>, los informes vinculantes suponen la existencia de facultades resolutivas compartidas entre el órgano consultivo y el que resuelve propiamente. Para algunos autores, en consecuencia, los informes vinculantes deberían implicar mecanismos de garantía para permitir discutir su emisión.

Cuando el informe no es vinculante, la opinión contenida en él se utiliza para efectos ilustrativos, sin que obligue a la autoridad a resolver en un sentido determinado pero sí a tomarlo en cuenta. Si el informe fuese vinculante, y la autoridad no resolviera en el sentido señalado por el mismo, se generaría un vicio que anularía la resolución emitida sobre la base del incumplimiento de principios de procedimiento.

Los dictámenes e informes se presumirán facultativos y no vinculantes, con las excepciones establecidas en la ley<sup>(1459)</sup>. En principio, y de acuerdo al tenor de la Ley, los informes administrativos resultarían ser meramente ilustrativos, salvo disposición legal en contrario. Ello no obsta para que lo informado no pueda incluirse en la motivación de la resolución que se emita.

### Procedencia de la solicitud de informes

Ahora bien, es necesario limitar la facultad de la Administración de solicitar informes, facultad de la que se abusa en muchas entidades y cuyo mal uso genera dilaciones indebidas. En consecuencia, las entidades sólo deben solicitar informes que sean preceptivos en la legislación –es decir, los que sean obligatorios– o aquellos que las mismas juzguen absolutamente

(1457) SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso – *Op. cit.*, pp. 90-91.

(1458) GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón – *Op. cit.*, p. 488. SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso – *Op. cit.*, pp. 91. MORON URBINA, Juan Carlos – *Op. cit.*, p. 361.

(1459) Artículo 171° de la Ley N.º 27444.

indispensables para el esclarecimiento de la cuestión a resolver<sup>(1460)</sup>, previsión que sin embargo somete a discrecionalidad de la entidad la solicitud del informe.

A fin de obtener un informe adecuado, el pedido de la entidad deberá indicar con precisión y claridad las cuestiones sobre las que se estime necesario el pronunciamiento de la autoridad<sup>(1461)</sup>. La solicitud de informes o dictámenes legales es reservada exclusivamente para asuntos en que el fundamento jurídico de la pretensión sea razonablemente discutible, o los hechos sean controvertidos jurídicamente, y que tal situación no pueda ser dilucidada por el propio instructor<sup>(1462)</sup>.

En general, lo previsible es que los funcionarios que emiten los informes se encuentren al interior de la misma entidad. Sin embargo, la Ley no señala nada sobre el particular. Asimismo, las entidades acostumbran solicitar informe dirimentes a consultores externos en caso el informe emitido por el órgano de asesoramiento no otorga luces sobre lo que se va a resolver.

El funcionario o servidor que va a emitir el informe, dentro de los dos días de recibida la solicitud respectiva, podrá devolver sin informe todo expediente en el que el pedido incumpla lo señalado en los párrafos anteriores –en particular, si considera que no es necesario emitir pronunciamiento alguno–, o cuando se aprecie que sólo se requiere confirmación de otros informes o de decisiones ya adoptadas<sup>(1463)</sup>, caso en el cual bastará hacer referencia a dichos informes o decisiones. Este precepto es aplicable fundamentalmente a las oficinas de asesoría jurídica o las que hagan sus veces dentro de las entidades. Y tiene especial relevancia la obligación de no omitir informe cuando la autoridad solicitante ya ha decidido, puesto que ello constituye más bien un mecanismo para evadir la responsabilidad sobre la decisión.

(1460) SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso – *Op. cit.*, p. 90.

(1461) Artículo 172° inciso 172.1 de la Ley N.º 27444.

(1462) Artículo 172° inciso 172.2 de la Ley N.º 27444.

(1463) Artículo 172° inciso 172.3 de la Ley N.º 27444.

Todas estas previsiones pretenden favorecer la celeridad de los procedimientos, al evitar que las autoridades administrativas soliciten informes cuando podrían resolver la controversia por sí mismas, máxime si el informe es de carácter técnico. Es común que en las entidades los expedientes tarden de manera excesiva en oficinas encargadas de labores de asesoramiento como Asesoría Jurídica o Planeamiento.

### **Presentación de los informes**

Toda autoridad, cuando formule informes o proyectos de resoluciones, fundamenta su opinión en forma sucinta y establece conclusiones expresas y claras sobre todas las cuestiones planteadas en la solicitud, y recomienda concretamente los cursos de acción a seguir, cuando estos correspondan, suscribiéndolos con su firma habitual, consignando su nombre, apellido y cargo<sup>(1464)</sup>.

El informe o dictamen no incorpora a su texto el extracto de las actuaciones anteriores ni reitera datos que obren en el expediente, pero referirá todo antecedente que permita ilustrar para su mejor resolución<sup>(1465)</sup>. Los informes, entonces, deben limitar la elaboración de antecedentes a lo estrictamente indispensable.

### **Falta de recepción del informe solicitado**

De no recibirse el informe en el término señalado, la autoridad podrá alternativamente, según las circunstancias del caso y relación administrativa con el informante: prescindir del informe o citar al informante para que en fecha única y en una sesión, a la cual puede asistir el administrado, presente su parecer verbalmente, de la cual se elaborará acta que se adjuntará al expediente, sin perjuicio de la responsabilidad en que incurra el funcionario culpable de la demora<sup>(1466)</sup>. La norma no señala expresamente que es lo que ocurre en caso de la omisión de informes preceptivos, en los cuales la emisión del mismo es requisito de validez de la

---

(1464) Artículo 173° inciso 173.1 de la Ley N.º 27444.

(1465) Artículo 173° inciso 173.2 de la Ley N.º 27444.

(1466) Artículo 174° inciso 174.1 de la Ley N.º 27444.

decisión<sup>(1467)</sup>. En este caso, es evidente que la omisión del informe genera responsabilidad administrativa del funcionario que debe emitir el mismo, sin perjuicio de la responsabilidad civil generada por el daño originado por la eventual nulidad que se genere o por el silencio administrativo que resultare.

Por otro lado, la Ley puede establecer expresamente en procedimientos iniciados por los administrados que de no recibirse informes vinculantes en el plazo legal, se entienda que no existe objeción técnica o legal al planteamiento sometido a su parecer<sup>(1468)</sup>. Esto funciona de manera similar al silencio administrativo, siendo en este caso de naturaleza positiva. Como resultado, el procedimiento debería ser resuelto a favor del administrado.

El informe presentado extemporáneamente puede no obstante ser considerado en la correspondiente resolución a emitirse por la entidad<sup>(1469)</sup>. Esta previsión tiene sentido a fin de asegurar el resultado del procedimiento, pero no puede perjudicar el avance del mismo. Y es claro que no es aplicable en el supuesto señalado en el párrafo anterior, puesto que se ha entendido que no existe objeción al planteamiento expresado.

### 3.3. Intervención de terceros en la actividad probatoria

En la actividad probatoria que se genera en un procedimiento administrativo es posible interactuar con terceros que se mantienen como tales y no se vinculan como partes en el procedimiento, a diferencia del tercero administrado, que configura una categoría distinta y que se convierte en parte una vez que se incorpora en el procedimiento. Dicha actuación se configura como resultado de la obligación de los administrados a participar en los procedimientos en virtud del deber de colaboración de los mismos con la Administración, aun cuando el procedimiento administrativo no se haya iniciado a petición de ellos. Este deber de colaboración, sin embargo, se encuentra restringido a fin de no perjudicar la libertad personal de los particulares.

(1467) La legislación comparada establece la interrupción de plazos. Sobre el particular: GONZALEZ PEREZ, Jesús – *Op. cit.*, p. 314.

(1468) Artículo 174° inciso 174.2 de la Ley N.º 27444.

(1469) Artículo 174° inciso 174.3 de la Ley N.º 27444.

Los casos más evidentes de participación de terceros en la actividad probatoria –y que no configuran parte del procedimiento– son los de los testigos (declaración testimonial) y los peritos (pericia o peritaje), los cuales veremos a continuación.

### **El deber de los terceros respecto a las actuaciones probatorias**

Los terceros tienen el deber de colaborar para la prueba de los hechos, con evidente respeto de sus derechos constitucionales<sup>(1470)</sup>. Sobre el particular, deben tenerse en cuenta además las limitaciones que se le imponen a la Administración respecto a la solicitud de pruebas a terceros, en especial las referidas a la violación del secreto profesional y los principios referidos a la simplificación administrativa, a los cuales hemos hecho referencia líneas arriba.

### **Presentación de testigos en un procedimiento administrativo**

La prueba testimonial implica la participación de terceros en el procedimiento –que permanecen como tales– a fin de que los mismos hagan referencia a diversos aspectos relacionados con el mismo. La declaración de testigos implica su comparecencia personal y la absolución verbal de los interrogatorios respectivos.

Ahora bien, el proponente de la prueba de testigos –sea el administrado o la propia administración– tiene la carga de la comparecencia de los mismos en el lugar, fecha y hora fijados. Por otro lado, y a diferencia de lo que ocurre en el proceso judicial, si el testigo no concurriera sin justa causa, se prescindirá de su testimonio<sup>(1471)</sup>. Debemos deducir entonces que la Ley no permite la comparecencia obligatoria del testigo a declarar a diferencia de lo que ocurre en el proceso judicial. Pero, por otro lado, la Ley no señala que ocurre si el testigo no concurre mediando causa justificada para ello, puesto que el mismo podría estar interesado en efectuar la declaración.

La administración puede interrogar libremente a los testigos y, en caso de declaraciones contradictorias, podrá disponer careos –confronta-

(1470) Artículo 179° de la Ley N.º 27444.

(1471) Artículo 175° inciso 175.1 de la Ley N.º 27444.

ciones–, aun con los propios administrados, a fin de dilucidar adecuadamente la materia controvertida<sup>(1472)</sup>. Sin embargo, la naturaleza fundamentalmente escrita del procedimiento administrativo y la excepcionalidad de la comparecencia del administrado obliga a emplear esta prerrogativa de manera restrictiva.

### **Peritaje –pericia– en un procedimiento administrativo**

La pericia, prueba pericial o peritaje implica la emisión de un medio probatorio, de naturaleza técnica y que implica el empleo de conocimientos especiales por parte de quien se designe para el efecto, y respecto de situaciones que lo ameriten. La Ley señala en este sentido que los administrados pueden proponer la designación de peritos a su costa, debiendo en el mismo momento indicar los aspectos técnicos sobre los que estos deben pronunciarse<sup>(1473)</sup>. Además está señalar que en tanto pericia de parte, la Administración debe valorar la misma de manera cuidadosa, en uso de las reglas de la sana crítica.

Un tema final a dilucidar se enfoca en la actuación de la pericia, debiendo determinarse si es a través de un informe escrito o a través de la sustentación del mismo en una audiencia convocada para el efecto. La naturaleza fundamentalmente escrita del procedimiento administrativo nos puede llevar a pensar que el mecanismo a emplear es el primero de los nombrados, no obstante que la garantía del derecho de defensa se encuentra presente en el segundo de ellos.

### **Pericia de la administración**

Es posible que la Administración genere informes periciales en el marco de su actividad probatoria. Sin embargo, la norma señala que la administración no debe contratar peritos por su parte<sup>(1474)</sup>, debiendo solicitar informes técnicos de cualquier tipo a su personal –que en el fondo se

(1472) Artículo 175° inciso 175.2 de la Ley N.º 27444.

(1473) Artículo 176° inciso 176.1 de la Ley N.º 27444.

(1474) Precisión que es consistente con lo señalado por la doctrina y el derecho comparados. CASSAGNE, Juan Carlos – *Op. cit.*, p. 369.

identifican con los informes administrativos a los cuales ya nos hemos referido– o a las entidades técnicas aptas para dicho fin, preferentemente entre las facultades de las universidades públicas<sup>(1475)</sup>. Ello asegura, por un lado, la protección de los fondos públicos, la imposibilidad de que dichos costos sean trasladados al administrado y configura una garantía de imparcialidad de quien realiza la pericia. Tal situación, sin embargo, no le otorga a estos informes la calidad de prueba privilegiada, a diferencia de lo señalado por la doctrina y la jurisprudencia comparadas<sup>(1476)</sup>, ni siquiera en aplicación del principio de legalidad.

### Actuación de pruebas por las autoridades públicas

De acuerdo con la Ley, las autoridades de entidades no prestan confesión –entendida como declaración de parte–, salvo en procedimientos internos de la administración; sin perjuicio de ser susceptibles de aportar elementos probatorios en calidad de testigos, informantes o peritos, si fuere el caso<sup>(1477)</sup>. No es posible entonces solicitar declaración de parte a la administración.

Ello se sustenta en el hecho de que las autoridades administrativas son las que dirigen el procedimiento, pero a la vez son parte del mismo. Resulta violatorio del principio de imparcialidad, en consecuencia, que una autoridad administrativa pueda ser citada a rendir confesión. Esta previsión se convierte entonces en una limitación al principio de libertad probatoria, en beneficio del administrado.

## 4. INFORME FINAL Y PROYECTO DE RESOLUCIÓN

Cuando fuere distinta la autoridad instructora de la que resulta competente para resolver –situación que en nuestra opinión resultaría la ideal, y que en el caso de los procedimientos sancionadores es obligatoria– la autoridad instructora prepara un informe final en el cual recogerá los aspectos más relevantes del acto que lo promovió, así como un resumen del

(1475) Artículo 176° inciso 176.2 de la Ley N.º 27444.

(1476) SHIMABUKURO MAKIKADO, Roberto C. – *Op. cit.*, p. 333.

(1477) Artículo 177° de la Ley N.º 27444.

contenido de la instrucción, análisis de la prueba instruida, y formulará en su concordancia un proyecto de resolución<sup>(1478)</sup>. La entidad encargada de resolver puede o no emitir la resolución en consonancia con lo expresado por la autoridad instructora.

En la práctica, las oficinas de asesoría jurídica, los Asesores de la Alta Dirección o las que hacen sus veces presentan un proyecto de resolución a la autoridad administrativa, la misma que puede o no hacer suyo el proyecto antes señalado. Sin embargo, las unidades operativas que configuran órganos de línea también elaboran proyectos de resolución, cuando no resuelven por sí mismas, cuando el procedimiento se instruye ante ellas. Esta última situación se encuentra definido en los instrumentos de gestión de la entidad, en particular en el Reglamento de Organización y Funciones (ROF) y el Manual de Organización y Funciones (MOF) de la misma.

En general, los proyectos de resolución son visados por las unidades operativas respectivas y por la oficina de asesoría jurídica; y llegan a la Alta Dirección de la entidad para ser suscritas de manera inmediata. Cuando quien resuelve es una unidad operativa inferior, alguna de sus reparticiones se encarga de la elaboración de proyecto de resolución, el mismo que en principio no debería ser elaborado por órganos de apoyo como Asesoría Jurídica o Planeamiento.

---

(1478) Artículo 180° de la Ley N.º 27444.

## UNIDAD I: LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA Y SUS PRINCIPIOS

### LECTURA N° 2

- DIEZ SANCHEZ, Juan José – “Comentarios en torno a la Ley del Proceso Contencioso-Administrativo del Perú”. En: Revista de Administración Pública N° 165. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2004.

### OBJETIVO DE LA LECTURA

1. Conocer a cabalidad el proceso contencioso administrativo en el Perú. Distinguir sus principales características.

### PREGUNTAS GUÍA DE LA LECTURA

1. ¿Cómo se define el proceso contencioso administrativo?
2. ¿Qué es la universalidad?
3. ¿Qué es la exclusividad?
4. ¿Qué es la plena jurisdicción?

## II. EXTRANJERA

# COMENTARIOS EN TORNO A LA LEY DEL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL PERÚ (\*)

JUAN JOSÉ DíEZ SÁNCHEZ  
Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad de Alicante

*SUMARIO:* I. PRESENTACIÓN.—II. LA EXCLUSIVIDAD DEL CONTROL JUDICIAL DE LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.—III. LA UNIVERSALIDAD DEL CONTROL JUDICIAL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: 1. *El «control jurídico» de la actuación administrativa.* 2. *El concepto de Administración pública.*—IV. LA CONSAGRACIÓN DEL CONTROL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO COMO PROCESO DE PLENA JURISDICCIÓN.—V. EL AGOTAMIENTO PREVIO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA.—VI. LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS DE CONDENA AL PAGO DE CANTIDAD LÍQUIDA.—VII. COROLARIO.

### I. PRESENTACIÓN

A diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos iberoamericanos, el sistema de régimen administrativo parece instaurado definitivamente en el Perú. Los antecedentes más inmediatos de esta evolución (1) cabe situarlos en las denominadas «acciones contencioso-administrativas», reconocidas por el artículo 240.º de la Constitución de 1979 y ahora en el artículo 148.º de la Constitución Política de 1993. Si vigente aquélla no llegó a regularse el proceso contencioso-administrativo mediante una ley especial, esto sí ha sucedido unos años después de aprobada la nueva Carta Magna, con la Ley núm. 27584, titulada *Ley que regula el Proceso Contencioso-Administrativo*, publicada en el «Diario Oficial El Peruano» con fecha 7 de diciembre de 2001, en vigor desde el 17 de abril de 2002 (en adelante, LPCA) (2).

De esta forma, a la constante histórica en el Perú de la opción por el sistema judicialista en el diseño de los mecanismos de control jurisdiccional de la actuación de la Administración pública (3) se ha adicionado la

---

(\*) Ponencia presentada al Primer Congreso Nacional de Derecho Administrativo de Perú, organizado por la PUCP (Lima, 22 al 24 de abril de 2004).

(1) Para mayor detalle, remito al trabajo de J. DANÓS, *El proceso contencioso administrativo en el Perú*, Internet.

(2) De acuerdo con el Decreto de Urgencia núm. 136-2001. La LPCA ha sido modificada parcialmente por las Leyes núms. 27684 y 27709.

(3) Empleo los términos de J. DANÓS, cit., pág. 6.

consagración de una jurisdicción especializada con este objetivo esencial, siguiendo los parámetros propios de los sistemas jurídicos de corte continental o francés, entre los que se hallan buena parte de los Estados europeos, y particularmente de los que componen la Unión Europea, antes de su prevista ampliación.

La trascendencia de estas transformaciones en la dinámica jurídica y judicial no es posible desconocerla. Los pasos que se están produciendo en el ordenamiento peruano hay que saludarlos con gran satisfacción, por cuanto contribuyen a normalizar y garantizar la plena sujeción de la Administración a la Ley y al Derecho, ofreciendo a ese propósito los cauces y mecanismos idóneos. Así sucedió ya con la aprobación de la Ley núm. 27444, de Procedimiento Administrativo General (LPAG), vigente desde el 11 de octubre de 2001, que ofrece una avanzada regulación del régimen jurídico, del procedimiento administrativo común y de los procedimientos especiales, así como de la responsabilidad de la Administración pública, cuyas determinaciones pueden servir de ejemplo a otras legislaciones que deberían acometer esta implementación imprescindible de reglamentación común y modernización. Y en esa misma dirección se inscribe, asentando la cristalización de esta fórmula, la nueva LPCA.

Ley que instituye una nueva jurisdicción, separada y diferenciada de otras jurisdicciones (constitucional, ordinaria: civil o penal, social), tanto en los planos orgánico y funcional como en los planos sustantivo y procesal, aunque no alcance en todos ellos idéntica singularización.

Esto es lo que sucede con la creación de los órganos judiciales especializados en lo contencioso-administrativo (juez unipersonal o Sala de la Corte Superior), donde la exigencia alcanza a la primera instancia, si bien no en todo caso, y se excluye por completo en segunda instancia o en casación, según los casos (art. 9.º, modificado por la Ley núm. 27709, de 25 de abril de 2002). En este punto, resulta a todas luces aconsejable realizar un continuado esfuerzo para lograr la mejor formación y preparación de los profesionales de la justicia en el ámbito del Derecho Público (más allá del que es propio y esencial del Derecho Administrativo), para *ex ante* garantizar el enjuiciamiento y control jurisdiccional de la actuación de la Administración pública. E igualmente persistir en que esa formación y preparación rebase determinadas instancias judiciales y se proyecte con naturalidad sobre el conjunto de la organización judicial *ad hoc* especializada en lo contencioso-administrativo. De lo contrario, no sólo será difícil reconocer la íntegra conformación de una jurisdicción especializada por el Derecho que aplica, sino que desnaturalizará la misma o incurrirá en algunas incoherencias incomprensibles. Las tendencias más modernas parecen optar por la especialización judicial; así lo evidencia el proyecto de futura creación de una Sala o Sección en materia de propiedad industrial e intelectual en el Tribunal de Primera Instancia de la UE o la reciente creación de Juzgados y Salas de lo mercantil en España con la modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ).

Algo similar ocurre en los planos procesal y sustantivo. Normal es la

aplicación supletoria de la ley procesal civil en lo no previsto por la ley procesal contencioso-administrativa. Lo que prevé, por ejemplo, nuestra Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA) en su disposición final primera y, en análogos términos, la misma disposición de la LPCA peruana. No obstante, más allá de esa supletoriedad, resultan controvertidas disposiciones específicas que remiten expresamente a la aplicación de las normas propias del proceso civil. Ése será el caso, entre otros que analizaremos, del contenido del artículo 26.º y, también, del artículo 38.º en su particular referencia a las facultades judiciales en torno a la declaración de nulidad o no, total o parcial, de la decisión administrativa impugnada.

Las virtudes y potencialidades positivas que, en general, incorpora el texto de la Ley son innegables y, aunque su análisis y justificación superan el objeto de este trabajo, merece la pena, al menos, enunciar algunas de ellas. Creo que así cabe calificar: la ampliación de los ámbitos subjetivo (no sólo al control de la Administración pública en sentido estricto) y objetivo (no sólo a la revisión de un previo acto administrativo) de conocimiento de esta jurisdicción; el favorecimiento de las acciones procesales y la consignación de sus principios fundadores (art. 2.º); la aceptación de la legitimación procesal en su noción más generosa (derechos subjetivos e intereses legítimos); la apertura de las pretensiones y las consiguientes facultades en el alcance de la decisión judicial (sentencias declarativas o de condena de hacer o no hacer, o de dar, a la Administración; medidas cautelares o provisionales, negativas o positivas); el control judicial de la ejecución de sentencias, etc.

El contencioso-administrativo peruano se inscribe, pues, sin discusión alguna en un proceso de *plena jurisdicción*. No es un proceso objetivo sino subjetivo, no es un proceso de revisión sino de control jurídico pleno de la actuación administrativa, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado. Es un proceso para la tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, cuando éstos puedan estimarse lesionados o afectados por aquellas actuaciones procedentes de los poderes públicos.

Existen también algunas reservas o planteamientos criticables en relación con determinadas previsiones de la nueva Ley que, a pesar de las fundamentaciones que las amparen, deslucen en parte el diseño de esta jurisdicción. En ocasiones —las más— consecuencia de las modificaciones introducidas en sede parlamentaria al inicial Proyecto de Ley, en otras debidas a las reformas posteriores de la propia Ley. Como tales considero, entre otras, la exclusión del control directo de la actividad normativa, el intento fallido de unificación jurisdiccional de la responsabilidad administrativa o la posible excepción de las actuaciones contractuales, aun cuando esos aspectos no impliquen la existencia de ámbitos materiales inmunes al control judicial, salvo en el último supuesto de optar por las soluciones arbitrales. Desacierto es, a excepción de una interpretación finalista, la regulación de la actividad probatoria y la no admisión de pruebas no valoradas en el procedimiento administrativo previo, o la relativa a la ejecución de condenas al pago de cantidad líquida a la Administración. Otras previsio-

nes, como las de los plazos para impugnar los actos presuntos o la configuración del agotamiento de la vía administrativa previa, pueden ser traídas asimismo a colación.

Con criterio selectivo, absolutamente subjetivizado, este comentario pretende aproximarse a ciertas cuestiones de las expuestas, ofreciendo un punto de vista a la par crítico y constructivo. Con acierto o sin él, hemos utilizado como referente comparativo básico la reciente evolución y progreso de la legislación y la práctica contencioso-administrativas españolas. Entiendo que esta experiencia puede ser de alguna utilidad para el desarrollo que, de seguro, tendrá la doctrina y la jurisprudencia administrativas peruanas.

## II. LA EXCLUSIVIDAD DEL CONTROL JUDICIAL DE LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La nueva LPCA pretende consagrar, en su artículo 3.º, la *exclusividad del proceso contencioso-administrativo para conocer de los litigios contra actuaciones de las Administraciones públicas en ejercicio de potestades administrativas*, aun cuando en realidad dicha exclusividad acaba siendo únicamente «*el proceso específico*».

La LPCA se ve obligada, en este extremo, a compatibilizar dos previsiones de la Constitución Política que, a la postre, sancionan procesos diferentes con independencia de que las actuaciones y los conflictos puedan tener el mismo origen administrativo. En efecto, la exclusividad sería plena (al menos parcialmente) si la única previsión constitucional fuera la del artículo 148.º de la Carta Magna, cuyo tenor señala que «*las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso-administrativa*».

Digo que al menos parcialmente por cuanto resulta evidente que el texto constitucional está pensando tan sólo en los actos administrativos y, a salvo de una interpretación extensiva de difícil, por no decir imposible, asunción, tampoco en dicho precepto aparecería consagrada una exclusividad que abarcase el conjunto de la actuación pública, particularmente el control reglamentario o normativo subordinado a la ley.

En principio, es evidente que toda la actuación normativa de la Administración queda excluida del control contencioso-administrativo, toda vez que a ese fin se arbitra la llamada Acción popular (ante el juez civil). No obstante, el artículo 7.º prevé un *Control difuso* en estos términos: «*En aplicación de lo dispuesto en los Artículos 51.º y 138.º de la Constitución Política del Perú, el proceso contencioso-administrativo procede aun en caso de que la actuación impugnada se base en la aplicación de una norma que transgrede el ordenamiento jurídico. En este supuesto la inaplicación de la norma se apreciará en el mismo proceso*».

Desde luego que es un control difuso, pues no prejuzga ni la constitucionalidad o legalidad de la norma (que se supone es únicamente de carác-

ter reglamentario), por cuanto se limita a inaplicarla pero no a anularla, toda vez que se carece de competencia para ello. Se trata —creo— de una singularidad, próxima a la prevenida en el artículo 6.º de la LOPJ (4) española, donde tal vez hubiera sido apropiado completar la previsión con un procedimiento especial como el de «la cuestión de ilegalidad» que contempla la LJCA —arts. 123 a 126 en relación con el art. 27 (5)—.

Pero, al margen, la propia Constitución consagra, en el artículo 200.º, otros procesos *constitucionales* (6): *hábeas corpus*, *hábeas data*, *proceso de amparo*, *acción popular*, *acción de inconstitucionalidad*, *acción de cumplimiento* y *conflictos de competencias y atribuciones*, a los cuales puede ser sometida la actuación de la Administración pública, bien que no con carácter general, y además en procesos que están concebidos también para ser de aplicación entre particulares.

Esta amplia relación de procesos no deja de ser una licencia del constituyente que encuentra justificación —más allá de las críticas que cabe hacer— en diversas razones de índole sustantiva o constitucional (7). Ciertamente, otra podría haber sido la opción y al respecto cabría, perfectamente, haber adoptado el principio de *unificación* jurisdiccional que posibilitara en sede contencioso-administrativa controlar íntegramente la actuación administrativa, por cuanto no existe una razón concluyente que justifique la exclusión del proceso contencioso-administrativo en todos esos supuestos.

No se ha utilizado esa opción y de ahí que el artículo 3.º de la LPCA reconozca la evidencia, tras la enfática rotulación de la «*Exclusividad del proceso contencioso-administrativo*», en estos términos: «*Las actuaciones de la administración pública sólo pueden ser impugnadas en el proceso contencioso-administrativo, salvo los casos en que se pueda recurrir a los procesos constitucionales*».

La impropiedad de la denominación del citado artículo 3.º es, por eso, evidente. El proceso contencioso-administrativo no es el único proceso ante los Tribunales para resolver conflictos jurídico-administrativos; otra cosa es que pueda ser el general o común o, si se prefiere —por oposición a los ordinarios, civil y penal—, el «proceso específico», como a la postre indicaba la Exposición de Motivos que acompañara al Anteproyecto de dicha Ley (8).

(4) «Los Jueces y Tribunales no aplicarán los Reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa».

(5) «1. Cuando un Juez o Tribunal de lo Contencioso-administrativo hubiere dictado sentencia firme estimatoria por considerar ilegal el contenido de la disposición general aplicada, deberá plantear la cuestión de ilegalidad ante el Tribunal competente para conocer del recurso directo contra la disposición...».

(6) Remito a la obra de E. ESPINOSA-SALDAÑA-BARRERA, *Jurisdicción constitucional. Impartición de justicia y debido proceso*, Lima, 2003, *in toto*.

(7) Vid. las explicaciones de J. DANÓS, cit., págs. 29 y ss.

(8) «El propósito del artículo tercero (3.º) del proyecto es dejar sentado que el proceso contencioso-administrativo es el proceso constitucionalmente previsto para que se ventilen ante el Poder Judicial los conflictos jurídico-administrativos que se generan por el obrar de los entes públicos en ejercicio de potestades administrativas, y que constituye un medio para dar satisfacción jurídica a las pretensiones de los administrados en sus derechos e intereses.

Entiendo que algunos de esos procesos no dejan de ser procesos contenciosos que pueden justificar especialidades procesales, pero en ningún caso la exclusión del orden judicial contencioso-administrativo. Dejando a salvo los conflictos de competencias y atribuciones y la acción de inconstitucionalidad, el resto de procesos constitucionales tienen perfecto encaje en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, con ciertas especialidades procesales (9), y siempre contraídos a actuaciones, en sentido amplio, de la Administración pública. En los procesos de hábeas corpus y hábeas data bastaría disponer de esa especialidad (en nuestro país sólo el primero); el proceso de amparo quedaría, al margen, disponible tras la garantía de la tutela judicial contencioso-administrativa (lo que sucede en general en el ámbito comparado), en tanto la acción popular y la acción de cumplimiento serían, sin más, actuaciones impugnables —como de hecho lo es esta última en la LPCA— en esta sede.

La distribución del conocimiento de estos asuntos entre el Tribunal Constitucional y los jueces de lo penal y de lo civil constituye, por tanto, una peculiaridad del sistema peruano, en general carente de críticas que nos conste, salvo en relación al proceso de *cumplimiento*, que, a juicio de DANÓS, se trata en verdad de un mecanismo procesal referido esencialmente al control jurisdiccional (objetivo) de la Administración que, en lugar de estar consignado en el capítulo de las garantías destinadas a la protección de los derechos constitucionales, bien pudo ser considerado *como una modalidad especial de la acción contencioso-administrativa* (10).

La impropiedad de esa regla de la exclusividad tiene también otras raíces. Esto es lo que sucede cuando se repara en los procesos de *responsabilidad contra la Administración*, que deben seguir no sólo las reglas sustantivas del Código Civil, sino también las rituales del proceso civil en determinados supuestos, como veremos.

De cualquier forma, lo verdaderamente trascendente es la *ratio* última, la exclusividad del control judicial (11), y, con ella, además, la *universalidad* de ese control judicial, que reafirma la constante histórica de la opción por el sistema judicialista en el diseño de los mecanismos de control jurisdiccional de la actuación de la Administración pública en el sistema jurídico peruano.

Exclusividad del control judicial, residenciado en una u otra sede, que requiere, sin embargo, ulteriores matizaciones. En primer término, por una excepción puntual en la propia LPCA. Me refiero a la *materia contrac-*

---

*La finalidad de dicha norma es proclamar la exclusividad del contencioso-administrativo como el proceso específico para tramitar las pretensiones de los particulares contra la administración pública, sin perjuicio, claro está, de los procesos constitucionales de amparo, hábeas corpus, acción de cumplimiento o hábeas data a los que los interesados recurrirán siempre que invoquen la necesidad de proteger sus derechos constitucionales».*

(9) Lo que sucede en España con los procedimientos especiales que regulan los artículos 114 y siguientes de la LJCA de 1998.

(10) J. DANÓS, cit., pág. 33.

(11) También el artículo 106.1 de la Carta Magna española, al disponer: «Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican».

*tual* cuando es obligatorio o se decida, conforme a la ley, someter a conciliación o arbitraje la controversia (numeral 5 del art. 4.º), lo que parece suceder —según DANÓS— en casi todos los contratos administrativos sujetos al amparo de la Ley de contrataciones y adquisiciones, y también en el ámbito de la expropiación en los términos de la Ley General de Expropiación vigente (12).

Excepción que cabe conectar con aquellos supuestos que, según lo dispuesto en el artículo 138.º de la Constitución Política, confieren la función jurisdiccional a otras instituciones distintas del Poder Judicial o del Tribunal Constitucional como son: el Jurado Nacional de Elecciones, los Tribunales Militares, las Comunidades Campesinas y Nativas y los Tribunales Arbitrales. Todas ellas —al decir de PRIORI (13)—, por mandato expreso de la Constitución, ejercen función jurisdiccional. De ahí que no quepa asegurar la vigencia incondicionada del principio de la exclusividad de la función jurisdiccional entendido como garantía de que todos los actos de la Administración que amenacen o lesionen una situación jurídica de la cual son titulares los ciudadanos puedan ser revisados por el Poder Judicial. Es lo que sucede cuando los Tribunales Arbitrales o los Militares, por ejemplo, (que no están integrados en la organización del Poder Judicial) ejercen esas funciones para resolver determinadas situaciones jurídicas que afectan a sujetos particulares a pesar de tener las mismas su origen en la Administración (en sentido amplio).

### III. LA UNIVERSALIDAD DEL CONTROL JUDICIAL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

El artículo 4.º se dice llamado a proclamar «el control judicial del universo de actuaciones administrativas», al disponer que procede la demanda contra «*toda actuación realizada en el ejercicio de potestades administrativas*». O, lo que es lo mismo, en sentido contrario, garantizar que ninguna de esas actuaciones queda libre o exenta del control judicial, con independencia de cuál sea la naturaleza de la misma, su contenido, forma de manifestación, finalidad, afectación, etc.

Una previsión como la anterior es lo bastante amplia y general como para no requerir ulteriores puntualizaciones, salvo que se pretenda matizar y reducir su sentido. Sin embargo, el legislador opta por incluir, además, un listado enunciativo de «*actuaciones administrativas impugnables*», que la Exposición de Motivos del Anteproyecto estima «*suficientemente ilustrativo*» o «*con fines meramente ilustrativos*».

Una tal redacción o listado, desde luego, no puede tener otro sentido si se tiene en cuenta la declaración general que le antecede, aunque, a nues-

(12) J. DANÓS, cit., págs. 39 y ss., con alusión a la actual Ley núm. 26752 (denominada Ley General de Arbitraje).

(13) G. F. PRIORI POSADA, *Comentarios a la Ley del Proceso Contencioso Administrativo*, 2.ª ed., Lima, 2002, págs. 77 y 116.

tro parecer, era más razonable —para evitar cualquier posible interpretación restrictiva— haber consignado expresamente, en orden a la ratificación de ese carácter meramente ilustrativo, que «son impugnables, *entre otras*, en este proceso las siguientes actuaciones administrativas...».

Este precepto, en el apartado relativo a la declaración general antecitada, conviene relacionarlo con el artículo 1.º, cuando prescribe que «*la acción contencioso-administrativa prevista en el Artículo 148.º de la Constitución Política tiene por finalidad el control jurídico por el Poder Judicial de las actuaciones de la administración pública sujetas al derecho administrativo...*».

A propósito de estas previsiones, me parece oportuno comentar por separado tanto el significado de ese control jurídico como la noción de Administración pública, a fin de precisar algunas observaciones.

### 1. *El «control jurídico» de la actuación administrativa*

Esta expresión («*control jurídico*»), con independencia de la conveniencia o no de consignarla en el texto legal, tiene por objeto afirmar sin discusión que a los órganos judiciales de lo contencioso-administrativo corresponde, únicamente, un control en Derecho, descartando —con PRIORI (14)— cualquier posibilidad de control político.

La censura judicial de esa actuación, limitada a términos estrictamente jurídicos y en nombre del Derecho, tiene extraordinaria relevancia para entender en conjunto toda la actuación jurisdiccional en este ámbito, pero muy en particular en relación con determinadas decisiones, como las normativas o las discrecionales, y, en definitiva, respecto a las posibilidades de sustitución de las mismas que competen a los Tribunales. Dejando a un lado ahora el entendimiento que nos merezca el carácter «*subjetivo*» o de «*plena jurisdicción*» del proceso contencioso-administrativo —que fácil será corroborar su vigencia incondicionada en el texto dispositivo de la LPCA—, no podemos olvidar que cualquier afirmación en ese sentido debe atemperarse tomando en consideración las distintas facultades que corresponden a los órganos jurisdiccionales y a la Administración.

Es difícil concebir que en todo caso la labor del juez alcance —como señala dicho autor— a una auténtica sustitución de la decisión administrativa, pues sólo así se brinda una efectiva tutela a las situaciones jurídicas de los ciudadanos. Si esa tesis se admite irrestricta o incondicionadamente, será posible caer en la alternativa, poco plausible respecto a los actos no reglados, de la discrecionalidad judicial frente a la discrecionalidad administrativa, de la que tanto se ha escrito desde posiciones encontradas (15).

(14) G. F. PRIORI, cit., pág. 105.

(15) Vid., por ejemplo, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia, jueces y control de la Administración*, 2.ª ed., Madrid, 1996; T. R. FERNÁNDEZ, *De la arbitrariedad de la Administración*, 2.ª ed., Madrid, 1997; del mismo autor, *De la discrecionalidad del legislador. Una crítica de la jurisprudencia constitucional*, Madrid, 1998; L. PAREJO ALFONSO, *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias. Un estudio del alcance y la intensi-*

A mi entender, como ya puse de manifiesto en otro momento (16), no se cuestionará la admisión de la sustitución de la discrecionalidad administrativa por la judicial cuando bien, al final del proceso, sólo es posible una única solución porque el margen de discrecionalidad se habrá reducido a cero, tras el control judicial conforme a los elementos que integran éste; bien cuando sólo haya una solución posible en Derecho. En estos casos, más bien excepcionales, el órgano judicial debería poder determinar el contenido de la decisión anulada. Solución que prohíbe la crítica previsión del artículo 71.1 de la LJCA (17), aunque, como señala la Exposición de Motivos, no pretende «coartar en absoluto la potestad de los órganos judiciales para extender su control de los actos discrecionales hasta donde lo exija el sometimiento de la Administración al Derecho, es decir, mediante el enjuiciamiento de los elementos reglados de dichos actos y la garantía de los límites jurídicos de la discrecionalidad...».

Se defiende, insisto en ello, la necesidad de apurar las técnicas a través de las cuales debe procederse a controlar judicialmente la actuación discrecional, su idoneidad y la del Tribunal para valorar, con razonamientos exclusivamente jurídicos, la decisión que se enjuicia. Asimismo, profundizar en la aplicación que de esas técnicas puede hacerse en las diferentes actuaciones discrecionales, ya que no todas ellas presentan caracteres idénticos, y valorar, en fin, la problemática que se afronta en la fiscalización y la resultados que se pueden obtener por vía judicial.

Los límites del control judicial dependen, sobre todo —como dice S. MUÑOZ MACHADO (18)—, del grado de predeterminación legal de las potestades administrativas, de forma que a mayor densidad de la regulación legal, más amplios parámetros para valorar la decisión que los Tribunales enjuician o, en su caso, para sustituirla.

Éste es un apasionante reto, con innegables claroscuros, que seguirá reclamando la atención doctrinal y legislativa. Comparto con el mencionado autor que la aplicación del Derecho no permite que se pongan límites fijos al control jurídico de las decisiones de la Administración; que la intervención judicial habrá de ser tan extensa e intensa como el Derecho permita; que es perfectamente legítima la sustitución de la decisión cuando en el marco del proceso judicial se encuentra otra solución valorada como más justa; que por ello no se conmueve ni uno solo de los pilares sobre los que

---

*dad del control judicial a la luz de la discrecionalidad administrativa*, Madrid, 1993; M. SÁNCHEZ MORÓN, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Madrid, 1994; M. BELTRÁN DE FELIPE, *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Madrid, 1995; del mismo autor, *El poder de sustitución en la ejecución de las sentencias condenatorias de la Administración*, Madrid, 1995; M. BACIGALUPO, *La discrecionalidad administrativa (Estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, Madrid, 1997; E. DESDENTADO DAROCA, *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica*, Madrid, 1997.

(16) J. J. Díez Sánchez, *Razones de Estado y Derecho*, Valencia, 1999, págs. 95 y ss.

(17) «Los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulen ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados».

(18) S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, I, Madrid, 2004, pág. 503.

asienta, en nuestra Constitución, el equilibrio de poderes. Pero también que es perfectamente razonable cuestionar las extralimitaciones judiciales cuando son fruto de una ilegítima sustitución de la Administración, y que en esos casos se produce un desplazamiento de la ley, que, en definitiva, es la que atribuye a la Administración, y no a los Tribunales, la atención de determinadas tareas de interés general.

## 2. *El concepto de Administración pública*

El artículo 1.º, como el 3.º (no así el 4.º), de la LPCA utiliza la expresión «*Administración pública*» sin concretar a qué entes públicos alude. A diferencia de lo que sucede en el ordenamiento español, que en el artículo 1.2 señala qué se entiende a efectos de la LJCA por Administraciones públicas, cuya coincidencia no es exacta a lo dispuesto en el artículo 2 de la LRJ-PAC, el legislador peruano implícitamente nos remite al concepto que al respecto utiliza la LPA en su artículo 1.º.

Superando cualquier noción al uso en el ámbito comparado, la LPA utiliza un concepto no orgánico, sino funcional, que permite englobar a todos los poderes públicos cuando sus 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 la ley que las refiera a otro régimen*» (art. I.7), o, si se prefiere, cuando estemos ante «*actuaciones de la función administrativa del Estado y el procedimiento administrativo común desarrollados en las entidades*» (art. II.1).

No es dudoso, creo, que la noción manejada por la LPA es, sin fisuras, la que debemos aplicar en el orden contencioso-administrativo, pero únicamente cuando su actuación quede sujeta al Derecho Administrativo o al Derecho Público, por constituir ejercicio de «*potestades administrativas*» o realizar «*funciones administrativas*», conforme a la terminología contenida en los citados preceptos de la LPCA. Es independiente, sin embargo, que los derechos afectados sean de naturaleza privada (patrimonial o personal).

El ámbito subjetivo de la jurisdicción contencioso-administrativa abarca, pues, aquellas competencias propias o paradigmáticas de dicho orden (que serían estrictamente las actuaciones de la Administración pública sujetas al Derecho Administrativo) y las competencias de atribución o adicionales por razones materiales o de otra índole (que serían las actuaciones de otros órganos o poderes constitucionales no integrados en el seno de la Administración pública, en ciertos casos sustantivamente análogos a los anteriores, y las actuaciones de sujetos privados que actúen funciones públicas).

Es obvio, *sensu contrario*, que ni toda la actuación de la Administración pública propiamente tal está sujeta al posterior control contencioso-administrativo ni, por otro lado, cabe entender que todas las actuaciones de la Administración pública en el sentido amplio del artículo I de la LPA quedan sujetas al mismo.

Nuestra coincidencia de partida con PRIORI (19) en que el control de las actuaciones administrativas sujetas al Derecho Administrativo significa que cualquier otra actuación de la Administración que deba regirse por otras reglas no debe ser materia de control a través de un proceso contencioso-administrativo, sino a través del proceso correspondiente.

Pero ¿regula el Derecho Administrativo todas las actuaciones de los distintos entes o entidades que contempla el artículo 1.º de la LPA? ¿Todas las funciones o potestades de esos entes o entidades son funciones administrativas? ¿Todas las potestades que son susceptibles de ejercitarse por todos esos entes o entidades son potestades administrativas?

Indudablemente, no. Es de suponer que se requieren múltiples matizaciones y precisiones, que aquí no cabe hacer sino a título meramente ejemplificativo, para llegar a entender con exactitud cuándo procede el recurso contencioso-administrativo.

Esto es lo que sucederá, creo, de entrada, con todos los órganos que no sean o no estén integrados en la organización administrativa en sentido propio, y que —se supone— disponen de normas y leyes especiales, que no forman parte del Derecho Administrativo como «*Derecho referido a un tipo determinado de sujetos, las Administraciones Públicas*», en el concepto estatutario que de esa rama del ordenamiento comparto con los profesores GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (20). Sí será Derecho Público —al igual que el Derecho Administrativo— pero como parcelas independientes integrando el llamado Derecho Constitucional, Derecho parlamentario, Derecho judicial, etc.

De ahí, de la actividad de esos órganos o poderes que no son propiamente Administraciones públicas, habrá que extraer e identificar las actuaciones que coinciden con las funciones y potestades administrativas (por ejemplo, siguiendo la línea marcada por nuestros artículos 1.3 —actos de personal, administración y gestión patrimonial sujetos al Derecho Público— y 2.a) LJCA —los llamados actos de gobierno, actos políticos o de dirección política, como actos procedentes de los máximos órganos de gobierno—, o cualquier otra fórmula análoga).

Tarea que resulta necesaria, asimismo, en relación con la Administración pública en sentido estricto, incluso cuando la misma se desenvuelve en el ámbito del Derecho Privado, por cuanto es pertinente atender a la teoría de los *actos separables* para comprender la doble sujeción, al Derecho público y al privado, de determinadas actuaciones conexas (caso de los contratos de la Administración, si se admite la *contratación* conforme a ambas ramas del ordenamiento, o en los supuestos de *responsabilidad patrimonial* contractual y extracontractual). Ambos supuestos objeto de precisión en cuanto al alcance del conocimiento por esta jurisdicción en la LJCA, toda vez que siempre han sido actuaciones a caballo entre esta jurisdicción y la civil. Precisamente por esa razón, la

(19) G. F. PRIORI, cit., págs. 105 y 144.

(20) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, 11.ª ed., Madrid, 2002, pág. 43.

puntualización que el artículo 2.*b*) realiza en torno a la contratación pública cuando los contratos se rigen por el Derecho Privado y, con mayor detalle, en relación con la responsabilidad patrimonial. Respecto a ésta, el artículo 2.*d*) —tras la reciente modificación— parece haber conseguido, definitivamente, la unificación jurisdiccional al optar por residenciar en sede contencioso-administrativa cualquier tipo de responsabilidad, aun cuando no sea imputable exclusivamente a la Administración pública (21).

Otro tanto será necesario, seguramente, en relación con las cuestiones relacionadas con el Derecho laboral o social, teniendo en cuenta que la partición jurisdiccional —al menos en España— ha sido siempre conflictiva entre ambos órdenes (contencioso-administrativo y social), al no fundamentarse el criterio de distribución ni en el carácter del órgano ni en el del acto, sino en el área jurídica. En España, aun a pesar de lo dispuesto en la disposición adicional 5.<sup>a</sup> LJCA, los Tribunales de lo contencioso-administrativo siguen considerándose competentes para conocer de cuestiones que, en principio, corresponderían al orden social, en tanto que el casuismo dificulta la rígida aplicación de las reglas de reparto contenidas en dicho precepto. Ninguna previsión contiene la LPCA al respecto y, a propósito del *principio de integración* que contiene el artículo 2.º, PRIORI (22) se limita a indicar que sobre dicho principio resulta necesario, además, aclarar que la controversia administrativa planteada ante el Poder Judicial puede versar sobre los más diversos temas: cuestiones laborales, tributarias, mineras, aduaneras, etc.

Quedaría también por perfilar el no menos problemático asunto de las funciones administrativas de la heterogénea constelación de organismos o autoridades llamados independientes; así como, desde otra dimensión, las cuestiones prejudiciales e incidentales que correspondan al orden contencioso-administrativo aunque no pertenezcan al orden administrativo y sus limitaciones.

Dicho lo anterior, por último, es conveniente retener que la jurisdicción civil —como jurisdicción ordinaria— gozará, entiendo, de la *vis atractiva* sobre el proceso contencioso-administrativo, en tanto proceso especializado.

Existen, pues, sólidos argumentos para entender que esa *universalidad* sólo cabe estimarla «*relativa*» en la medida que existen materias que no se encuadran en el ámbito objetivo de este proceso. A la postre, en España como en Perú —tal vez aquí todavía más claramente—, no se ha conseguido, ni seguramente se conseguirá en el futuro, que la jurisdicción conten-

---

(21) El texto de ese precepto ha quedado como sigue, tras la modificación introducida por la disposición adicional 14.<sup>a</sup> de LOPJ, Ley 19/2003, de 23 de diciembre: «*El orden contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con: ... e) La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquellas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad*».

(22) G. F. PRIORI, cit., pág. 123.

cioso-administrativa responda a un planteamiento estrictamente *subjetivo*, *id est*, que responda al origen de lo actuado en la Administración pública (razón del sujeto), con independencia de las fórmulas jurídicas de sujeción a uno u otro sector del ordenamiento.

#### IV. LA CONSAGRACIÓN DEL CONTROL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO COMO PROCESO DE PLENA JURISDICCIÓN

Con claridad, la Ley se inscribe en «*las tendencias más modernas de la doctrina del Derecho Administrativo comparado*», superando el carácter meramente revisor del proceso contencioso-administrativo o limitado a «*enjuiciar la validez del acto impugnado... como si se tratase de un mero recurso de revisión contra una resolución...*». Por el contrario, se configura como «*un proceso destinado a garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos frente a las actuaciones de la administración pública, en el que el objeto del proceso es lo que el demandante pretende de los jueces y tribunales ("la pretensión"), y en el que el papel del acto administrativo impugnado se reduce a un mero presupuesto de procedibilidad, no pudiendo condicionar este último el ámbito de la potestad judicial*» (Exposición de Motivos).

Plena jurisdicción que constituye, según parece, «*una de las premisas capitales*» de la Ley, considerando «*que toda tesis que pretenda reducir las potestades de la magistratura en orden a encauzar la legalidad de la actuación administrativa es contraria a la lógica de un Estado de Derecho, en el que es consubstancial que los jueces puedan ejercer sin restricciones el control jurídico de la administración pública, en tutela del orden constitucional y de los derechos e intereses de los ciudadanos*» (Exposición de Motivos).

Contribuyen sustantivamente a establecer ese proceso de plenitud jurisdiccional las previsiones de los artículos 1.º, 4.º, 5.º, 11.º y 38.º, aunque deslucen un tanto este entendimiento algunos puntos problemáticos como el anunciado del resarcimiento de daños y perjuicios o la actividad probatoria.

Dejando a un lado la progresión evolutiva del proceso contencioso-administrativo desde su origen en la «*mostruosa construcción revolucionaria*» —como la calificara GONZÁLEZ PÉREZ (23)— hasta nuestros días (24), paulatinamente este orden jurisdiccional ha ampliado —en cualquier sistema jurídico de régimen administrativo— su ámbito objetivo de conocimiento hasta lograr prácticamente la universalidad en el sentido recientemente expuesto y, asimismo, en el alcance de sus facultades decisorias.

No es dudoso constatar cómo en cualquiera de esos sistemas se ha alcanzado —desde hace tiempo y con independencia de las fórmulas utiliza-

(23) J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Derecho Procesal Hispanoamericano*, Bogotá, 1995, pág. 5.

(24) Remitimos a las obras de J. R. FERNÁNDEZ TORRES, *La formación histórica de la jurisdicción contencioso-administrativa (1845-1868)*, Madrid, 1998, y *Jurisdicción contencioso-administrativa revisora y tutela judicial efectiva*, Madrid, 1998.

das— el pleno control jurisdiccional respecto a los llamados *derechos subjetivos típicos o activos* —en la apropiada terminología de los profesores GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (25)—, que no son sino los derechos clásicos del Derecho Privado, identificables con aquellas pretensiones activas frente a la Administración para la consecución de prestaciones patrimoniales, o de respeto de titularidades jurídico-reales, o de vinculación a actos procedentes de la propia Administración, o de respeto a una esfera de libertad formalmente definida.

Más problemática y menos concluyente ha sido, sin embargo, la normalización del control en relación con los *intereses legítimos*. En estos casos ha resultado más costoso asumir que cuando el ciudadano ha sido perturbado en su esfera vital de intereses por una actuación administrativa, el ordenamiento, en el servicio del más profundo sentido de la legalidad en el Estado de Derecho como garantía de la libertad, le apodera con un derecho subjetivo dirigido a la eliminación de esa actuación ilegal y al restablecimiento de la integridad de sus intereses. Esto es, la asunción de que el ordenamiento le reconoce un *derecho subjetivo reaccional o impugnatorio*, como subrayan aquellos autores.

La consideración actual de que entre unos y otros derechos no hay diferencia en lo esencial, puesto que ambos son —o se reconocen— sin discusión verdaderos derechos subjetivos, y su funcionalidad es la misma de cara al proceso contencioso-administrativo, donde pueden hacerse valer al mismo tiempo acciones de una u otra índole (salvo en el sistema de doble jurisdicción vigente en Italia desde la reforma de los años veinte del pasado siglo), es la última gran conquista que nos deparan los modernos ordenamientos jurídicos. Conquista porque en esos supuestos no cabía apreciar la vigencia de un proceso de plena jurisdicción, sino exclusivamente *un proceso al acto*, donde la decisión judicial estaba limitada a la simple anulación del acto impugnado, aun cuando con efectos *erga omnes*.

En la actualidad, esa concepción podemos entenderla superada. Lo que se impone es el reconocimiento de que quien recurre ostentando un interés legítimo (ya sea por un perjuicio que el acto cause o un beneficio que de su eliminación resulte al recurrente), en realidad defiende sus derechos, o al menos sus intereses propios, y no la legalidad abstracta. El recurso en estos supuestos constituye un mecanismo de satisfacción de intereses subjetivos, de lucha por el propio derecho, como dirán GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (26). Se trata —añaden, y esto es lo esencial— de un específico derecho subjetivo, de un derecho para defender la libertad cuando es ilegalmente vulnerada por la Administración, cuya tutela en toda su plenitud corresponde garantizar igualmente a los Tribunales contencioso-administrativos.

Con estas premisas, en cualquiera de esos casos, el recurso es siempre *subjetivo* o de protección de un verdadero derecho subjetivo y, por ello, de

---

(25) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, II, 8.ª ed., Madrid, 2002, pág. 36.

(26) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *cit.*, pág. 38.

*plena jurisdicción*, entendiendo que cabe pretender —y obtener— no sólo la declaración de nulidad, total o parcial, de la decisión administrativa (sentencia declarativa), sino también las sentencias de condena a la Administración de hacer o no hacer, en función del objeto del proceso.

Esto es lo que sucede en Francia, donde, desde la reforma del contencioso-administrativo de 1990, las llamadas *situaciones protegidas mediante recursos objetivos* permiten al recurrente solicitar pronunciamientos y ejecuciones que le favorecen, admitiendo el Consejo de Estado la imposición de *injonctions* o conductas de hacer a la Administración demandada e, incluso, multas coercitivas para forzar su voluntad. Otro tanto ocurre en Alemania (27), en la medida que su sistema contencioso gira en torno al concepto de *lesión jurídica subjetiva ex artículo 19.4 Ley Fundamental*, o en Italia, al concebir la tutela de los intereses legítimos como posiciones o *situaciones jurídicas* subjetivas materiales.

En España, siguiendo el modelo francés pero con la calificación jurídica italiana de *intereses legítimos* (así, a nivel constitucional, en el art. 24), es claro que cualquier *situación jurídica individualizada* puede transformarse en un recurso de plena jurisdicción. Nuestra jurisprudencia había avanzado ese reconocimiento, hoy expresamente plasmado en la LJCA de 1998 —arts. 31.2 y 71.1.b)—, si bien con la huella de aquella distinción histórica.

Reconocimiento y plasmación inevitables, consecuencia de las normas directamente aplicables sancionadas por la Constitución de 1978. Especialmente las consignadas en el artículo 24, al consagrar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, y en los artículos 103.1, 106.1 y 117, al sujetar a la Administración pública de forma plena a la Ley y al Derecho, incluir la jurisdicción contencioso-administrativa en el Poder Judicial y delimitar el alcance de su potestad de control sobre la Administración pública. La conjunción de estos preceptos no deja lugar a dudas acerca de la protección judicial, sin excepciones, de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, con independencia de la procedencia de la actuación y sin prever peculiaridad alguna en relación con la Administración pública.

La dogmática falta de plenitud jurisdiccional ejercida en este proceso ha quebrado, pues, definitivamente. Se afirma, por el contrario:

- la universalidad del proceso contencioso-administrativo, que alcanza a toda la actuación pública en sentido amplio, o, en otras palabras, a cualquier comportamiento ilícito de la Administración (esto es, incluyendo la actividad prestacional, las actividades negociales de diverso tipo, las actuaciones materiales o las inactividades u omisiones de actuaciones debidas);
- la concepción del proceso como un auténtico juicio entre partes, cuya misión es examinar las pretensiones que deduzca la parte actora por razón de una actuación administrativa;

---

(27) Remito a la obra de S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania*, Madrid, 1993.

- la justicia provisoria o cautelar como manifestación inequívoca de fiscalización plena extendida al carácter inmediatamente ejecutivo de los actos administrativos (28);
- la posibilidad de ejercer pretensiones de condena (de hacer o no hacer) a la Administración en relación con la totalidad del ámbito objetivo propio de la jurisdicción contencioso-administrativa;
- la necesidad de que esas acciones de condena alcancen a restituir la integridad de los derechos o intereses del recurrente violados, y la ejecución forzosa de los pronunciamientos judiciales dictados.

Incluso en los supuestos tasados de *acciones populares*, en los que los recurrentes ocupan la posición del Ministerio Fiscal sin luchar por sus intereses o derechos propios, cabe reconocer que se trata de una técnica de protección de derechos colectivos en el sentido del artículo 7.3 de la LOPJ, que no excluye en absoluto el aspecto subjetivo y, por tanto, que los pronunciamientos judiciales puedan ser de condena, como lo prueba una extensa jurisprudencia que nos recuerdan GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (29).

Algún dogma sigue vigente en el ordenamiento español. Es el caso del régimen de inembargabilidad de los bienes públicos (30), bien que muy atemperado al quedar limitado, conforme al artículo 132.2 de la Constitución, a los «bienes de dominio público y a los comunales» (31).

En ese proceso de plena normalización de la justicia administrativa se inscribe, como decimos, la LPCA peruana. Algunos extremos permiten corroborarlo sin discusión alguna, comenzando por la declaración que enuncia su artículo 1.º, encomendando a la acción contencioso-administrativa la finalidad garantizadora de «*la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados*». Bastaría esta previsión para estimar que la efectividad de esta protección no admite restricciones por razón del tipo o clase de situación jurídica, o por razón de la entidad de la afectación, o por el comportamiento administrativo, su ilicitud o cualquier otra circunstancia de análoga naturaleza. Tampoco admitiría limitaciones en orden a las pretensiones que pudieran ejercitarse, en tanto serían asumibles aquellas que permitieran entender que otorgan en plenitud la tutela judicial.

Algunas de estas derivaciones son, no obstante, con buen criterio, objeto de previsiones expresadas en la Ley, que reafirman su sentido. Al margen de la aludida *universalidad*, resulta trascendente el reconocimiento que el artículo 11.º efectúa de la legitimación para obrar activa. Esa trascendencia es evidente desde el momento que se otorga o reconoce a quien sea «*ti-*

---

(28) Remito a la obra de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La batalla por las medidas cautelares. Derecho Comunitario Europeo y proceso contencioso-administrativo español*, 2.ª ed., Madrid, 1995; y, asimismo, a la coherente regulación que efectúan de estas medidas los artículos 35.º a 37.º de la LPCA. Más criticable es la previsión del artículo 130 de nuestra LJCA.

(29) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, cit., pág. 40.

(30) Otro tanto sucede en Perú, conforme a la amplia ilustración que ofrece PRIORI, cit., págs. 258 y ss.

(31) Remito a las obras de L. A. BALLESTEROS MOFFA, *Origen y evolución histórico-normativa del privilegio de inembargabilidad de los bienes y derechos públicos*, León, 2000; así como *Inembargabilidad de bienes y derechos de las Administraciones Públicas*, Madrid, 2000.

tular de la situación jurídica sustancial protegida que haya sido o esté siendo vulnerada por la actuación administrativa impugnada materia del proceso». Esto es, comprendiendo, sin distinciones, tanto las situaciones jurídicas sustentadas en derechos subjetivos activos como en esos otros que hemos dado en llamar derechos subjetivos reaccionales, conocidos asimismo doctrinal o legislativamente como intereses legítimos (32). Derechos que alcanzan, en la fórmula de la legitimación mediante la «acción popular», a los intereses difusos o colectivos con la regulación contenida en el artículo 12.º (33).

La plena jurisdicción se asienta, asimismo, en la amplitud de las *pretensiones* que pueden ejercitarse, en virtud de lo dispuesto en el artículo 5.º en atención al objeto del proceso, y correlativamente aceptarse en la resolución judicial conforme establece el artículo 38.º. Aquellas pretensiones pueden quedar limitadas a la simple revisión del acto y, por ello, a la declaración de su invalidez o ineficacia; o acumularse a ellas el reconocimiento (negado por la Administración) o el restablecimiento (restitución o recuperación de la titularidad) del derecho o interés con la adopción de cuantas medidas resulten necesarias a tal fin. Pero igualmente, en su caso, procederán demandas solicitando la declaración de ilicitud de una actuación material (vía de hecho) y cese de la misma, como, cuando proceda, la demanda de obligar a la Administración a realizar actuaciones debidas (inactividad material).

En congruencia con esas pretensiones, el *pronunciamiento judicial*, de estimar fundada la demanda, podrá ser una *sentencia declarativa* (34) y/o *de condena* a la Administración.

Al igual que PRIORI (35), convengo en la necesidad de haber mantenido la previsión del artículo 42.º del Proyecto, excepcionando el principio de congruencia, al objeto de permitir al órgano jurisdiccional declarar la nulidad total aun cuando se hubiera solicitado la parcial (o al revés) de la decisión administrativa, toda vez que el proceso contencioso, a diferencia del civil, no tiene la naturaleza de un proceso dispositivo en sentido estricto. La imposibilidad de que el juez pueda ostentar esta facultad será fuente, muy probablemente, de conflictos sin sentido.

Esa restricción parece también un contrasentido al compararla con otras facultades judiciales. Lo que se aprecia al comprobar que el juez sí puede adoptar —como es lógico desde la perspectiva de la tutela judicial efectiva— cuantas medidas sean necesarias para el restablecimiento o reconocimiento de la situación jurídica lesionada o amenazada, aun cuando no hayan sido pretendidas en la demanda. O, en caso de condenar a la Administración a la cesación de la actuación material que no se sustente en

(32) Así también G. F. PRIORI, cit., pág. 105.

(33) «Cuando la actuación impugnada de la administración pública vulnere o amenace un **interés difuso**, tendrán legitimidad para iniciar el proceso contencioso-administrativo: 1. El Ministerio Público, que en estos casos actúa como parte. 2. El Defensor del Pueblo. 3. **Cualquier persona natural o jurídica**».

(34) En línea con lo dispuesto en el artículo 12 de la LPGA.

(35) G. F. PRIORI, cit., pág. 247.

acto administrativo, la adopción de cuanta medida sea necesaria para obtener la efectividad de la sentencia.

Más trascendentes son, sin embargo, algunas de las quiebras sustanciales a la plenitud de la plena jurisdicción.

La primera de ellas es la relativa a la *prueba* en el proceso contencioso-administrativo. El artículo 27.º deja claro que en él «*la actividad probatoria se restringe a las actuaciones recogidas en el procedimiento administrativo, no pudiendo incorporarse al proceso la probanza de hechos nuevos o no alegados en etapa prejudicial*». Una previsión de esta índole —muy diferente a la consignada en el mismo artículo del Proyecto— es la propia de un proceso objetivo o de revisión, no de un proceso subjetivo o de plena jurisdicción que pretenda garantizar en su integridad el derecho a la tutela judicial efectiva.

Es factible, sin duda, estimar la inconstitucionalidad de esta previsión (36), invocando las garantías que son inherentes a la consagración del derecho a la tutela judicial efectiva. Inconstitucionalidad que alcanzaría a la interpretación del artículo 27.º (37), si con ello se afirma la preclusión de toda posibilidad de incorporar al proceso hechos que no había sido posible probar en el procedimiento, por no haberse producido o eran desconocidos, y que pudieran en consecuencia considerarse como hechos nuevos, en línea con lo previsto en el mismo artículo del Proyecto.

Creo, no obstante, que cabe también interpretar las posibilidades que ofrece el artículo 29.º (38) y, con un entendimiento finalista, admitir que —de oficio— cabe la incorporación de otros medios de prueba distintos a aquellos que se utilizaron en el procedimiento.

Carece de sentido, por otra parte, si la interpretación de la misma excluye toda actividad probatoria que plantee en el proceso un tercero que no haya sido parte en el previo procedimiento administrativo, como indica el mismo autor. Aunque esa dificultad cabría salvarla, a nuestro juicio, entendiendo que el precepto no contempla ese supuesto —por tanto, tampoco lo excluye—, al limitarse a las partes que han participado en el procedimiento y a las actuaciones por ellas propuestas.

Al respecto, ha sido tradicional en la legislación española (dejando al margen el precedente de la primera Ley de 1888) la no reducción de la actividad probatoria en el proceso al control de las pruebas practicadas en la vía administrativa (39), de tal modo que el supuesto carácter revisor de la jurisdicción no se entendía quebrado por la aportación y práctica de me-

---

(36) De este parecer, G. F. PRIORI, cit., pág. 211.

(37) «*Los medios probatorios deben ser ofrecidos por las partes en los actos postulatorios, debiendo acompañarse todos los documentos y pliegos interrogatorios en los escritos de demanda y contestación...*».

(38) «*Pruebas de oficio. Cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción, el Juez en decisión motivada e inimpugnable, puede ordenar la actuación de los medios probatorios adicionales que considere convenientes*».

(39) La Exposición de Motivos de la LJCA de 1956 reconocía que «*se confieren en este proceso las garantías necesarias para que constituya un perfecto instrumento de la administración de justicia que no puede impartirse con la mediatización de las posibilidades probatorias de las partes ante el órgano jurisdiccional...*».

dios nuevos de prueba (40). Tradicional ha sido, por otro lado, que la LJCA haya remitido la regulación de la prueba a las normas generales de la LEC, disponiendo, no obstante, algunas previsiones específicas (en la actualidad, arts. 60 y 61), las cuales subrayan los amplios poderes directivos del órgano judicial en el triple sentido de: *a)* declarar cuándo es pertinente; *b)* acordarla de oficio, en su caso; y *c)* acordar los medios de prueba.

La concepciones ya reiteradas de que el proceso contencioso-administrativo no es una mera prolongación del previo procedimiento administrativo, la diferente finalidad y práctica de esas pruebas en una u otra vía, y la plenitud de la tutela jurisdiccional efectiva, entre otras poderosas razones, abogan decididamente por la eliminación de privilegios administrativos respecto al conjunto de la actividad probatoria en sede previa, y por la admisión de las pruebas que resulten pertinentes para garantizar el derecho de defensa (41).

La reciente STC 3/2004, de 14 de enero, reconoce el amparo solicitado y anula, por arbitrariedad de la motivación, la sentencia dictada por un órgano judicial contencioso-administrativo conculcando el derecho a la tutela judicial efectiva. La aludida sentencia constitucional, reiterando su doctrina acerca del contenido esencial de este derecho fundamental en materia probatoria y las consecuencias de su incumplimiento total o parcial por los órganos judiciales, aprecia esa arbitrariedad al denegar al demandante la práctica de determinadas pruebas documentales y, posteriormente, reprocharle la falta de aportación de cualquier documento del que pudiera deducirse el hecho litigioso.

La segunda es la relativa a las *pretensiones de resarcimiento de daños y perjuicios*, o, lo que es igual, las *indemnizaciones*. La LPCA no incluye esta acción —o al menos no expresamente, en el art. 5.º— entre las pretensiones que pueden ejercerse ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Esta ausencia es difícilmente explicable, en tanto se trata de una de las pretensiones características del ámbito objetivo de esta jurisdicción, consustancial para estimar su plenitud y garantizar la efectiva tutela judicial.

No obstante, la LPCA no se olvida completamente de esta cuestión crucial; de ahí que el artículo 26.º disponga al respecto: «*La pretensión de indemnización de daños y perjuicios se plantea como pretensión principal, de acuerdo a las reglas de los Códigos Civil y Procesal Civil*». Cabe entender que el legislador ha decidido —a diferencia de lo previsto en el Proyecto de Ley— excluir de la aplicación del Derecho Administrativo la materia resarcitoria, y con ello del conocimiento de esta jurisdicción la correspondiente tutela, al reenviar a las reglas sustantivas y adjetivas del Derecho común. Entendimiento que parece confuso ya que se reserva ese doble reenvío úni-

(40) Así expresamente lo reconocía la STS de 17 de noviembre de 1988, de la que da cuenta F. CORDÓN MORENO, *El Proceso contencioso administrativo*, Pamplona, 1999; o la STS de 31 de enero de 1996, que señala la finalidad de lograr con el trámite de prueba «*el convencimiento del Juzgador sobre la realidad de los hechos alegados*».

(41) Remito a los comentarios de J. DANÓS, cit., págs. 54 y ss., y a las referencias doctrinales que allí se mencionan.

camente en caso de que la pretensión resarcitoria se plantee como pretensión *principal*. Esto es, sólo cuando tal pretensión sea bien autónoma o bien la relevante respecto a otras que se acumulen en la demanda (42). En tanto, en cualquier otro caso, *sensu contrario*, lo que procede es aplicar el Derecho Administrativo y sujetar la pretensión al conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Esta interpretación puede estimarse convincente, pero resulta a todas luces injustificable para dar sentido y coherencia a este instituto. Ninguna razón objetiva o esencial puede aportarse para adoptar, con base exclusivamente en el tipo de pretensión que se ejercite, un tratamiento de la responsabilidad administrativa sometido al Derecho común o al Derecho estatutario y, por ende, al Derecho procesal civil o al Derecho procesal administrativo. El nacimiento de la responsabilidad administrativa, su régimen y su tutela judicial pueden ampararse en razones sustanciales (por ejemplo, en la sujeción de determinadas actuaciones administrativas al Derecho Privado), justificando esa dualidad de regímenes y de partición jurisdiccional, pero no por aquella causa, que está llamada, con seguridad, a peregrinajes judiciales innecesarios, como ha venido sucediendo en España.

Sucede, sin embargo, que el sinsentido e incoherencia de esta disposición se hace más evidente cuando se repara en las previsiones de la LPGA, cuyo Título V, intitulado «*De la responsabilidad de la administración pública y del personal a su servicio*», artículos 238 a 242, establece el régimen de Derecho Administrativo aplicable en este caso. Esta más que evidente anomalía requiere salvarse con prontitud, convincentemente con la solución aportada por esta última Ley.

El resto de disposiciones de la LPCA que aluden a la tutela resarcitoria deberán por ello aplicarse cuando la pretensión de esta índole no sea principal. Nos referimos a las contenidas en el artículo 13.º.3, que considera Administración demandada a «*la entidad administrativa cuyo acto u omisión produjo daños cuyo resarcimiento está siendo discutido en el proceso*»; y en el artículo 38.º, cuyo apartado 3 faculta al juez para «*la determinación de los daños y perjuicios que resulten de dicho incumplimiento*» (se refiere a la cesación de la actuación material), y el 4 con la misma redacción referida al incumplimiento de la realización de una actuación debida.

La legislación española, en los dos últimos decenios, ha sufrido sucesivas modificaciones en un decidido propósito de unificar el régimen sustantivo, procedimental y procesal de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública. En relación con lo que ahora nos concierne, la más reciente modificación, operada por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, que modifica tanto la LOPJ como la LJCA, ha dado la última vuelta de tuerca para residenciar exclusivamente en sede contencioso-administrativa el control judicial de la entera responsabilidad de la Administración, aun cuando en esa responsabilidad haya concurrencia de sujetos

(42) En semejantes términos, G. F. PRIORI, cit., pág. 159.

privados e incluso los riesgos estén asegurados (43). Se supone que, a partir de estos nuevos postulados, definitivamente no cabrá que el orden jurisdiccional civil o el laboral puedan conocer de reclamaciones sobre esta materia.

## V. EL AGOTAMIENTO PREVIO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA

Es claro que las actuaciones susceptibles del control judicial contencioso-administrativo proceden «*conforme a las previsiones de la presente Ley y cumpliendo los requisitos expresamente aplicables a cada caso...*», como se encarga de establecer el primer inciso del artículo 4.º.

Como recuerda DANÓS, esta exigencia viene impuesta por lo establecido en el artículo 148.º de la Constitución Política, que, conforme adelantamos, condiciona la procedencia de la impugnación judicial de las actuaciones administrativas a aquellas que causen estado. Exigencia que, sin embargo, se ha flexibilizado —como indica el mismo autor— en el ámbito de la Ley reguladora de los procesos de amparo y, por extensión, también en los procesos de hábeas data y de la acción de cumplimiento en atención a la posición preferente que ocupan los derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional peruano (44).

Nada hay, pues, que objetar al texto del artículo 18.º de la LPCA, que establece como «*requisito para la procedencia de la demanda el agotamiento de la vía administrativa conforme a las reglas establecidas en la Ley de Procedimiento Administrativo General o por normas especiales*», ya que se limita a cumplir con el mandato constitucional.

Salvo excepciones (posibles previsiones de leyes especiales y lo dispuesto en el art. 19.º), el cumplimiento de este requisito debe atenerse a lo preceptuado por el artículo 218.º de la LPGA, que, a juicio de DANÓS (45), viene siendo objeto de una interpretación excesivamente formalista, en detrimento del principio de *favorecimiento del proceso* recogido en el artículo 2.º.3 de la LPCA.

(43) La redacción del artículo 9.4 de la LOPJ ha quedado en este punto como sigue: «... Conocerán asimismo de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional. Igualmente conocerán de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva. También será competente este orden jurisdiccional si las demandas de responsabilidad patrimonial se dirigen, además, contra las personas o entidades públicas o privadas directamente responsables de aquéllas».

En tanto la redacción del artículo 2.e) de la LJCA dice ahora: «El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con: ... La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad».

(44) J. DANÓS, cit., págs. 36 y 52.

(45) J. DANÓS, cit., pág. 53.

Las excepciones del artículo 19.º no modifican en realidad esa exigencia, ya que están justificadas por razones perfectamente comprensibles. Es el caso de las demandas que interpone la Administración para anular sus propios actos; cuando se trate de omisiones o incumplimientos en la actuación material debida, donde se prevé un trámite semejante al del proceso constitucional por incumplimiento y análogo al previsto en nuestra LJCA —que en el fondo no deja de ser un trámite asimismo análogo al de agotar la vía administrativa, si no formal, sí material—, y en el supuesto de terceros ajenos al procedimiento cuando la actuación administrativa afecta a sus derechos o intereses.

Estamos, pues, ante el formidable privilegio de la *autotutela administrativa* que consagran la generalidad de ordenamientos de régimen administrativo (46). También en España cabe decir que la Constitución no sólo no deroga, sino que afirma implícitamente (art. 106.1) y confirma abundante doctrina constitucional, este privilegio, con el cual la Administración ostenta la capacidad de innovar ejecutoriamente en las relaciones jurídicas de que es parte y de imponer sus decisiones frente a pretensiones o resistencias contrarias.

Su simple vigencia —justificada en asegurar la mejor gestión de los servicios públicos, lo que no es incontestable— explica —como señalan GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (47)— la peculiaridad de la justicia contencioso-administrativa y, muy en particular, que la actuación judicial haya de producirse normalmente *ex post facto* o *a posteriori* de la actuación administrativa, y además respetando el ámbito de responsabilidades que la Constitución asigna a los órganos constitucionales, de donde se infiere que ese control judicial sólo puede versar sobre la legalidad de la actuación de la Administración.

Es evidente, en consecuencia, que el juez conocerá habitualmente de la actuación administrativa a través de la técnica impugnatoria de actos o disposiciones previos dictados y normalmente en trance de ejecución. De ahí, asimismo, que el carácter *revisor* podamos seguir utilizándolo, convencionalmente, en cuanto se entienda que mayoritariamente los recursos contencioso-administrativos se suscitan tras una decisión administrativa. A la postre, la técnica impugnatoria no es sino el supuesto normal con el que el ciudadano se enfrenta a la Administración contra sus actos, expresos o presuntos, en orden a interponer el recurso contencioso-administrativo, lo que en absoluto agota las posibilidades de acciones procesales en manos de los ciudadanos y de conocimiento en las de esos órganos judiciales.

Es ya referencia común considerar que, en líneas generales, los recursos administrativos constituyen un privilegio para la Administración y una carga para los ciudadanos, más aún teniendo en cuenta que las impugna-

---

(46) Remito a las sugerentes explicaciones críticas de la decisión ejecutoria y otras posiciones singulares de la Administración de Justicia contenidas en la obra de S. MUÑOZ MACHADO, cit., págs. 602 y ss.

(47) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, cit., pág. 563.

ciones no paralizan o suspenden la ejecución del acto (así, art. 111 LRJ-PAC o art. 216 de la LPGA peruana) (48).

Ya adelanté en otro momento mi parecer, coincidente con el de los autores indicados, en torno a la conveniencia de facilitar el acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa sin necesidad de agotar con carácter general la vía administrativa (tal y como sucede en los supuestos del procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona, arts. 114 y siguientes de la LJCA). En ese sentido, insisto en que el recurso administrativo debería tener en todo caso carácter facultativo (49), no constituyendo, por tanto, un presupuesto procesal para el acceso a los Tribunales. Cuestión que no deja de ser, en España al menos, una opción legislativa, toda vez que no viene impuesta por la Constitución.

Recientes decisiones del Tribunal Constitucional han venido a otorgar amparos y anular, por consiguiente, decisiones judiciales previas relacionadas con el agotamiento de la vía administrativa, enervando formalismos y privilegios administrativos innecesarios. Es el caso de las SSTC 113/2003, de 16 de junio; 122/2003, de 17 de junio; 165/2003, de 29 de septiembre, y 220/2003, de 15 de diciembre, aunque con ellas no se cuestione, en lo esencial, la vigencia de esta exigencia legal que impone el artículo 109 de la LRJ-PAC.

En el ámbito comparado, tiene carácter facultativo el único recurso administrativo (jerárquico) que dejó vigente la reforma de 1971 en Italia; lo mismo que sucede en Francia, salvo que una norma especial imponga su naturaleza preceptiva (50). En Alemania, según el tipo de acciones a ejercitar en vía contencioso-administrativa o por otras razones como la aplicación del silencio administrativo, rige un sistema mixto de recursos obligatorios o potestativos (51).

## VI. LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS DE CONDENA AL PAGO DE CANTIDAD LÍQUIDA

La LPCA contiene la necesaria regulación en torno a la ejecución de las sentencias judiciales. Además de la previsión del artículo 40.º reconociendo que *«la potestad de hacer ejecutar las sentencias y demás resoluciones judiciales corresponde exclusivamente al Juzgado o Sala que cono-*

(48) Remito a las críticas respecto al régimen de recursos en la legislación española contenidas en las obras de E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso*, II, cit., págs. 513 y ss.; J. GONZÁLEZ PÉREZ, *El Derecho Público de finales de siglo*, Madrid, 1997, o J. J. Díez SÁNCHEZ, *El procedimiento administrativo y la doctrina constitucional*, Madrid, 1992, págs. 123 y ss., entre otros.

(49) Otro tanto, M. J. SARMIENTO ACOSTA, *Los recursos administrativos en el marco de la justicia administrativa*, Madrid, 1996, pág. 361; J. A. SANTAMARÍA PASTOR, «Los controles sobre la actuación de las Administraciones Públicas», en *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, INAP, Madrid, 2004, págs. 185 y ss., y G. F. PRIORI, cit., pág. 201, entre otros.

(50) M. J. SARMIENTO ACOSTA, cit., págs. 376 y ss.

(51) S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, cit., págs. 366 y ss., y M. J. SARMIENTO ACOSTA, cit., pág. 380.

*ció del proceso en primera instancia» (52), ratificando así de manera enfática (53) esta función jurisdiccional, y la del artículo 41.º estableciendo el deber personal de cumplimiento de la sentencia, que determina, entre otros aspectos del máximo interés, quién es el responsable de satisfacer el contenido del mandato judicial, el artículo 42.º resulta clave al regular la ejecución de obligaciones de dar suma de dinero.*

Este precepto, con la nueva redacción dada por la Ley núm. 27684, de 16 de marzo de 2002, que modificó íntegramente el anterior, contiene un minucioso detalle del procedimiento para hacer efectivas esas decisiones, que se resume en el esquema ofrecido por DANÓS, al que remito. Dicho procedimiento y sus reglas —al decir de esta misma doctrina— relajan el cumplimiento de las sentencias al establecer topes presupuestales y plazos dilatados para satisfacer los compromisos (54), resucitando además normas que el Tribunal Constitucional había declarado incompatibles con los derechos constitucionales a la tutela judicial efectiva y a la igualdad. De ahí que entienda que los órganos judiciales deberán ejercer el control difuso o realizar una interpretación de las citadas normas legales de conformidad con los indicados derechos constitucionales.

Basta una superficial comparación de la actual previsión con el texto del artículo 42.º originario (55) para compartir la anterior apreciación. En él cabía la ejecución provisional —por las razones que se explicaban convincentemente en la Exposición de Motivos del Proyecto—; se imponía un fugaz plazo para iniciar la tramitación de la modificación presupuestaria, en caso de que fuera necesaria, a partir de la notificación de la sentencia; se fijaba en cuatro meses desde aquella notificación el inicio del proceso de ejecución forzosa (excluyendo los bienes de dominio público); y se preveía que antes del transcurso de los tres meses desde la notificación cabía a la Administración proponer alguna otra modalidad de pago menos gravosa para la Hacienda pública (56).

El problema de la ejecución de las sentencias que condenan a la Administración al pago de una cantidad líquida —también las de condena a la realización de actividades debidas, que dejamos al margen— mantiene su vigencia en la práctica, aun cuando se adopten disposiciones que pretendan superar los dogmas del *privilegium fisci* y de la legalidad presupuestaria. La realidad se resiste a la aplicación de la regulación en este punto en el panorama del Derecho comparado, como sostiene GONZÁLEZ PÉREZ (57), a pesar de los procedimientos de ejecución forzosa, incluso de las sustituciones en su efectiva ejecución o de las multas coercitivas que pueden imponerse a los titulares de los órganos encargados de realizar los fallos.

(52) Redacción semejante a la del artículo 117.3 de nuestra Constitución y a la del artículo 103.1 de la LJCA.

(53) Como señala J. DANÓS, cit., pág. 60.

(54) Aunque el artículo 43.º contemple que el retraso en la ejecución de la sentencia conlleva la obligación para la entidad al pago de los intereses por demora.

(55) En buena medida, coincidente con lo establecido en el artículo 106 de nuestra LJCA.

(56) Remito a los comentarios de PRIORI, cit., págs. 267 y 268.

(57) J. GONZÁLEZ PÉREZ, cit., pág. 690.

La LJCA española, en los artículos 103 y siguientes, arbitra un sistema que ha sido calificado como uno de sus mayores aciertos (58), lo que es perfectamente aplicable al artículo 106, que se encarga de establecer las reglas para la ejecución de esta clase de sentencias. El juicio en general muy positivo de esta nueva regulación, que en buena medida había sido avanzado por una amplia jurisprudencia constitucional y ordinaria eliminadora de obstáculos y ampliadora de derechos consustanciales a la tutela judicial efectiva, asume abiertamente que todos los créditos relativos a la ejecución de sentencias son ampliables, disponiendo las exigencias precisas para hacer efectivo el pago. No me constan hasta el momento problemas que hayan dificultado o impedido la aplicación de estas reglas, o que hayan requerido especiales interpretaciones judiciales (Auto del TS de 21 de marzo de 2001).

## VII. COROLARIO

Termino estas reflexiones siendo consciente de la necesidad de no quedarse en la cáscara y profundizar en múltiples cuestiones prácticas y reales que, más allá de los dictados de la ley, demandan atención para mejorar la justicia administrativa en Perú y en cualquier otro Estado.

Hago más las palabras de A. NIETO: «En cualquier caso, el estudioso no puede detenerse en la majestuosa fachada de la Administración de justicia ni en la heroicidad de los jueces rectos y sabios. Conocer el Derecho es indagar cómo opera en lo bueno y en lo malo. El jurista, como el médico, ha de mirar las cosas por dentro y, si quiere curar la carne, ha de palpar la podredumbre. Con hombres buenos sobran los jueces; con jueces justos sobran los abogados; y con abogados honestos sobran las leyes. Pero el Derecho y las leyes están en manos de profesionales de todas clases y con todos ellos hay que contar» (59).

No es dudoso que tenemos el deber de seguir profundizando en esta imperiosa interrogante de «cómo o hasta qué punto, es posible alcanzar la justicia por medio del Derecho», que suscita ATIENZA (60). Asumamos, pues, de entrada «aceptar las cosas como son sin cubrirlas con velos pintados de ideologías ingenuas o cínicas. *Vivimos en un gobierno de hombres, no de leyes (sueño del pasado) ni de máquinas (sueño del futuro)*. A todos nos corresponde entonces intentar que este gobierno de hombres sea tendencialmente justo y no azaroso o despótico. Un esfuerzo que hay que recomendar de nuevo cada día: oficio propio de juristas» (61).

---

(58) Entre otros, este calificativo lo utilizan E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, cit., pág. 658.

(59) A. NIETO, *El arbitrio judicial*, Barcelona, 2000, pág. 419.

(60) M. ATIENZA, *Tras la justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*, Barcelona, 1993, pág. X.

(61) A. NIETO, cit., pág. 395.

## UNIDAD II: LAS PRETENSIONES EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

### LECTURA Nº 3

- Ayala Muñoz, José María; Fernández-Daza Alvear; García Gómez de Mercado Francisco; Gutiérrez Delgado, José Manuel; Huesca Boadilla, Ricardo; Irurzun Montoro, Fernando; Rivero González, Manuel; Sanz Gandasegui, Francisco; Torres Fernández, Juan José; Vega Labella, José Ignacio (2010). Las Pretensiones de las Partes. En Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998 (4 ed.). Navarra: Aranzadi – Thomson Reuters. (pp. 455-491)

## Pretensiones de las partes

### Artículo 31.

1. *El demandante podrá pretender la declaración de no ser conformes a Derecho y, en su caso, la anulación de los actos y disposiciones susceptibles de impugnación según el capítulo precedente.*

2. *También podrá pretender el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, entre ellas la indemnización de los daños y perjuicios, cuando proceda.*

### I. LA PRETENSIÓN COMO OBJETO DEL PROCESO

Como observa GONZÁLEZ VARAS<sup>91</sup>, «el que el objeto del proceso es la pretensión se corrobora sin la más mínima dificultad para el proceso administrativo, ya que, curiosamente, en su Ley reguladora existen incluso más claras referencias a ello que en la propia Ley de Enjuiciamiento Civil». En efecto, la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, bajo la rúbrica del «objeto del recurso contencioso-administrativo», se ocupa de la «actividad administrativa impugnabile» y de las «pretensiones de las partes». En esta línea, GONZÁLEZ PÉREZ apunta que «como quiera que con la expresión recurso contencioso-administrativo se designa la facultad de interposición contra determinadas resoluciones de la Administración, el término que ofrece la ciencia procesal para designar a esta facultad es el de acción<sup>92</sup>...», siendo frecuente en la jurisprudencia de nuestras Salas de lo contencioso-administrativo encontrar el término acción al referirse al llamado recurso contencioso-administrativo<sup>93</sup>».

91. «La pretensión en el proceso administrativo español y la pretensión prestacionab», *Poder Judicial*, núm. 26, junio, 1992.

92. En este sentido, entre otros, GUASP, Jaime: «El derecho de carácter administrativo como fundamento del recurso contencioso», *Revista de la Facultad de Derecho de Madrid*, núm. 2, 1940, pg. 12.

93. *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción ...*, ob. cit.

VIVANCOS<sup>94</sup> estima que «la acción contencioso-administrativa es un derecho abstracto utilizable por quien está legitimado para ejercitarlo» y por ello se manifiesta «en contra de la sustitución del concepto acción por el concepto pretensión procesal. La acción existe con independencia de los fundamentos de la pretensión y ésta se diferencia de la acción como derecho autónomo. La acción es un derecho; la pretensión una manifestación de voluntad cuya realización y ejecución están condicionadas por las apreciaciones del órgano jurisdiccional ... Así, pues, la acción contencioso-administrativa es el derecho autónomo y abstracto a litigar en el proceso contencioso administrativo con el fin de lograr la efectividad de una pretensión concreta». También CORDON MORENO<sup>95</sup> configura la pretensión como objeto del proceso administrativo si bien considera pretensión como sinónimo de la acción afirmada.

Suele entenderse que el proceso contencioso administrativo tiene por objeto inmediato las pretensiones de las partes y el acto administrativo, o en términos más amplios la actividad administrativa impugnada, es el objeto mediato. También se dice que el recurso contencioso-administrativo es un auténtico proceso y no una mera segunda instancia de la vía administrativa. GONZÁLEZ VARAS<sup>96</sup> concluye que «el acto es, según el Derecho español actual, el pretexto para formular aquellas [las pretensiones] y de donde se deducen».

Así, la Sentencia de 23 de octubre de 1989 (RJ 1989, 7198) identifica claramente el objeto del proceso con la pretensión y no el acto administrativo, que es mero presupuesto del proceso. «El objeto del proceso administrativo (señala la Sentencia de 17 de diciembre de 1990 [RJ 1990, 10211]), que es propiamente una primera instancia jurisdiccional, no lo integra en sí el contenido del acto administrativo previo, sino, según el artículo 1 LJ, las pretensiones que se deduzcan en relación con el mismo»; de suerte que (según Sentencia de 11 de marzo de 1991 [RJ 1991, 2383]), «el objeto del proceso... no está integrado en sí por el contenido del acto administrativo previo, sino, según el artículo 1 LJ, por las pretensiones que se deduzcan en relación con el mismo».

Con mayores explicaciones, la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 1961 (RJ 1961, 3498) estima que

«considerando que toda pretensión procesal es una declaración de voluntad por la que solicita una actuación de un órgano jurisdiccional frente a persona determinada y distinta del autor de la declaración, es indudable que tal preten-

---

94. VIVANCOS, Eduardo: *Las causas de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo*. Barcelona, 1963. pg. 127.

95. *El proceso administrativo*, Edit. La Ley, 1989.

96. *Ob. cit.*

sión es, en realidad, no un derecho sino un acto, esto es, que existe la facultad de dirigirse a los tribunales impetrando su protección jurisdiccional, aunque verdaderamente en el fondo se carezca de derecho a aquello que se pide, dilucidando este último punto la sentencia que acerca de la pretensión recaiga, pero si la pretensión, en sí misma, está dotada de los requisitos previos procesales oportunos —existencia de un acto administrativo impugnado, capacidad, legitimación, etc.— no podrá ser rechazada “ad limine”, sino que habrá de ser tramitada y examinada en cuanto a su fondo, si es viable, es decir, cuando no existe una causa de inadmisibilidad que lo impida».

En la LJCA, la pretensión, objeto del proceso, parece confundirse con el «petitum», error que trasciende a algunas sentencias<sup>97</sup> y comentarios. En efecto, la Ley establece que en los escritos de demanda, y en los de contestación, se deben consignar los hechos (elemento fáctico de la causa de pedir), los fundamentos de Derecho (elemento normativo de la causa petendi) y las pretensiones que se deduzcan (art. 56), con lo que, de acuerdo con CORDÓN MORENO<sup>98</sup>, se alude, de manera impropia, a las peticiones, y por ello cabe convenir con GONZÁLEZ PÉREZ<sup>99</sup> en que «no ha de confundirse la pretensión con las peticiones concretas que constituyen su contenido, aunque, a veces, estas peticiones se denominen pretensiones». En realidad, la pretensión objeto del proceso contencioso-administrativo puede equipararse, con las debidas adaptaciones, a la pretensión objeto del proceso civil, si bien es cierto que la determinación de su concepto es motivo de amplia polémica en la doctrina procesal civil.

Puede, pues, concluirse con CORDÓN MORENO que, en el proceso administrativo, al igual que en el civil, la pretensión, la acción afirmada, que constituye el objeto del proceso, se identifica por los sujetos, el petitum y la causa de pedir. El estudio de los sujetos corresponde al Título II de la Ley, sobre las partes y el del posible contenido del «petitum» se estudia en el siguiente apartado y en el comentario al artículo 32. Por lo que se refiere a la causa de pedir, desde luego, no resulta identificada por los concretos preceptos legales citados, cuestión sobre la que volveremos al comentar el artículo 33, sino por el conjunto normativo aplicable (como elemento normativo) y los hechos en que se funda la demanda (elemento fáctico).

Todavía en este orden de cosas, cabe plantear también cuál puede ser

97. Por ejemplo, la Sentencia de 20 de abril de 1970 (RJ 1970, 1862), para fundamentar la existencia de cosa juzgada, estima «iguales los litigantes, las pretensiones y las causas a que obedecen». Obviamente, al hablar de pretensiones se refiere al «petitum» puesto que la pretensión, en sentido técnico, comprende el elemento subjetivo, los litigantes, y el objetivo, el «petitum» y la causa a que obedece.

98. *El proceso ...*, ob. cit.

99. *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción ...*, ob. cit.

el contenido de las alegaciones de los demandados frente a las pretensiones del demandante. Dejando aparte la acumulación de pretensiones, que se examinará posteriormente, los demandados sólo pueden oponerse a la pretensión del demandante, no formular otra pretensión contraria, pues no se admite la reconvención en el proceso administrativo. Ahora bien, ello no significa que los demandados deban limitarse a respaldar la justicia de acto recurrido, a criticar las alegaciones que formula el recurrente para demostrar que la Administración se equivocó en su perjuicio. También pueden alegar cuanto a su derecho convenga, incluso que el órgano administrativo autor del acto se haya podido equivocar en sentido contrario al que pretende el recurrente, pero se tratará de una mera alegación formulada como motivo para la desestimación de la acción del demandante, sin que forme parte del objeto del proceso. A este respecto, cabe recordar las palabras de GONZÁLEZ PÉREZ<sup>100</sup> cuando, magistralmente, advierte que «es preciso distinguir con toda claridad la pretensión procesal de las alegaciones. La pretensión procesal constituye el objeto del proceso. Es una petición que se formula, ante un órgano jurisdiccional, frente a otro. Las alegaciones son los datos que introduce la parte en el proceso para convencer al juez de la conformidad o disconformidad de la pretensión con el ordenamiento jurídico».

## II. PRETENSIONES DE ANULACIÓN Y DE PLENA JURISDICCIÓN

El artículo 31 distingue entre dos clases de pretensiones, tradicionalmente denominadas pretensiones de anulación y de plena jurisdicción (que no constituyen dos recursos distintos, a diferencia de lo que sucede en Francia), bipartición que no coincide con la tripartición del Derecho procesal civil y general entre pretensiones mero-declarativas, de condena y constitutivas.

Normalmente, la pretensión de plena jurisdicción, mejor dicho de condena, implica la de anulación. Así, el artículo 31.2 dice que «también podrá» instarse la condena, no como alternativa a la anulación sino como tutela adicional. En este sentido, la Sentencia de 14 de diciembre de 1989 (RJ 1989, 9130) declara que

«La pretensión procesal llamada de "plena jurisdicción" es aquella en que se solicita del órgano jurisdiccional no sólo la anulación del acto, sino el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, entre ellas la indemnización de los daños y perjuicios cuando proceda... por lo que viene condicionada a que se obtenga una declaración de no conformidad a Derecho de los actos administrativos de que se trate».

100. *Manual de Derecho procesal administrativo*, 2ª ed. Madrid, 1992, pg. 198.

En el sistema anterior a la vigente LRJ-PAC, que regula una específica vía administrativa para la reclamación de la responsabilidad patrimonial de la Administración (arts. 142 y 143), se entendía que si bien la regla general era pedir primeramente la responsabilidad en vía administrativa, era posible pedirla directamente en vía judicial contencioso-administrativa cuando derivase de actos administrativos impugnables en dicha vía y causantes de daños para los interesados. Así, sólo cuando la indemnización no derivase de la invalidez de la actuación administrativa y consistiese en una pretensión autónoma se estimaba imprescindible formular la pretensión previamente en vía administrativa (SSTS 23 enero 1991 [RJ 1991, 593]; y 25 febrero 1991 [RJ 1991, 1534]).

Para algunos de la LRJ-PAC parece desprenderse que se habría de seguir en todo caso la vía administrativa previa por ella establecida. Sin embargo, no debe excluirse la posibilidad apuntada, que se fundaba, bajo el imperio de la anterior legislación, en normas procesales prácticamente idénticas a las vigentes, de suerte que sigue siendo aplicable la posibilidad de reclamar jurisdiccionalmente los daños aunque en vía administrativa sólo se hubiese pedido la nulidad o anulación del acto<sup>101</sup>.

La pretensión de condena se dirigirá, por regla general, contra la Administración, pero, como pone de manifiesto GONZÁLEZ PÉREZ<sup>102</sup>, puede darse el caso de que las medidas necesarias para el pleno restablecimiento de la situación jurídica del demandante exijan la actuación de otros particulares, con el carácter de demandados en el proceso, caso del pago del justiprecio por el beneficiario de la expropiación distinto de la Administración expropiante (o la devolución del justiprecio excesivo por el expropiado).

En cualquier caso, cabe anotar que lo que diferencia a las pretensiones de anulación y de plena jurisdicción es, en realidad, el *petitum*, el *pedimento* o *suplico*, no necesariamente los sujetos ni, desde luego, la causa de pedir. Al respecto, PERA VERDAGUER<sup>103</sup> apunta que «la Ley no considera que el fundamento de la procedencia de la acción contencioso-administrativa sea distinto, según los casos... Tanto la incompetencia como el vicio de forma, la desviación de poder o violación de Ley... pueden servir de fundamento a las pretensiones de anulación y a las de plena jurisdicción».

101. Cfr. PARADA VÁZQUEZ, Ramón: *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común*, Edit. Marcial Pons, pg. 442; GONZÁLEZ PÉREZ: *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción ...*, ob. cit., pgs. 632 y 633, así como en *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Edit. Civitas, 1996; y GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, FRANCISCO: «El nuevo sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración». *La Ley*, núm. 3.372, 19 de octubre de 1993.

102. *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción ...*, ob. cit., pg. 613.

103. *Comentarios a la Ley de lo Contencioso-Administrativo*, 5ª ed., Ed. Bosch.

La pretensión meramente declarativa de disconformidad a Derecho juega un papel menor<sup>104</sup>, lo que no es óbice para su admisión, como señala PERA VERDAGUER, con apoyo en la jurisprudencia del TS<sup>105</sup>, a pesar de que algunos autores, como TRUJILLO, QUINTANA y BOLEA lo hayan discutido<sup>106</sup>.

La distinción entre pretensiones de anulación y de plena jurisdicción se encontraba establecida en la precedente Ley de 1956 en relación con la legitimación de las partes, sea por ostentar un interés o por ser titulares de un derecho subjetivo, lo que fue objeto de crítica por la doctrina. Para GARCÍA DE ENTERRÍA<sup>107</sup>, «esta distinción... es, más que otra cosa, un tributo rendido a la tradición legislativa anterior, como la propia exposición de motivos de la LJCA reconoce expresamente y de hecho no funciona en la práctica, por la razón potísima de que, como ya conocemos, la titularidad del llamado interés lo es en realidad de un derecho subjetivo... Es, pues, perfectamente usual que en las demandas se suplique y que las sentencias contengan sin resistencia alguna medidas de restablecimiento de situaciones jurídicas individualizadas distintas de la simple anulación del acto o disposición impugnados, aun cuando el recurrente no haya invocado otra legitimación que la del simple interés... posición... que... ha colocado a nuestro Derecho en este punto en una situación notablemente superior a la del propio modelo francés», de suerte que nuestro sistema admite la indemnización de daños y perjuicios por la lesión de un simple interés. En efecto, como indica TESAURO<sup>108</sup>, «la posibilidad de la protección aquiliana de los intereses (diversamente calificados) choca (hasta el momento) con serios obstáculos jurisprudenciales y encuentra respuestas radicalmente divergentes en la doctrina» de los distintos países europeos, siendo difícil su protección, según el propio autor, en Derecho italiano, como sucede también en Derecho francés.

Por nuestra parte, entendemos que no se trata tanto de que el titular de la legitimación activa lo sea siempre de un derecho subjetivo, pues si bien ostenta en todo caso un derecho subjetivo de carácter procesal, no siempre goza de un preexistente derecho sustantivo<sup>109</sup>, sino de que, como pone de

104. Como advierte. GONZÁLEZ VARAS, ob. cit.

105. *Comentarios a la Ley de lo Contencioso ...*, ob. cit., pg. 331.

106. *Comentarios a la Ley de lo Contencioso*, t. I, pg. 693.

107. *Curso ...* ob. cit., y «Sobre los derechos públicos subjetivos». *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 6, 1975.

108. «La sanción de las infracciones al Derecho comunitario», *Noticias CEE*, núm. 100, mayo, 1993.

109. Cfr. GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, FRANCISCO: *Problemas procesales de la impugnación de los acuerdos de los Jurados de Expropiación*, Edit. Civitas, Madrid, 1997, pg. 70.

manifiesto GONZÁLEZ PÉREZ<sup>110</sup>, «consagrado el derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, no tiene sentido la correlación que establecía el texto primitivo de la L.J... entre interés legítimo y pretensión de simple anulación, y la titularidad de un derecho subjetivo y el reconocimiento de una situación jurídica individualizada. Sí tiene sentido esta última correlación. Pero no la primera. Pues el titular de un interés legítimo está legitimado, no sólo para demandar la anulación del acto, sino para solicitar que el órgano jurisdiccional adopte cuantas medidas y providencias fuesen necesarias para la satisfacción plena del interés que motivó su actuación procesal».

Aunque se le reconozca legitimación, por su interés, para accionar, o comparecer en el proceso contencioso-administrativo entablado por otros, no parece, en principio, que el simple titular de un interés legítimo pueda imponer un determinado pronunciamiento que incida en la situación jurídica del titular de un derecho subjetivo. ¿Significa lo anterior que procede recuperar la distinción de la legislación anterior en orden a las pretensiones que puedan ejercitar los demandantes, según ostenten un interés legítimo o, además, un derecho subjetivo? A nuestro juicio, no se trata de recuperar la limitación en abstracto de las pretensiones que se pueden ejercitar en función de la situación jurídica que legitima la acción contencioso-administrativa, sino de advertir, con GONZÁLEZ PÉREZ<sup>111</sup>, que «es obvio que únicamente podrá demandar el reconocimiento de una situación jurídica la persona a la que según el ordenamiento jurídico le corresponde la titularidad de la misma». Por consiguiente, hay que estar a la situación jurídica concreta que legitima el recurso contencioso-administrativo, sea derecho subjetivo o interés legítimo, para determinar el alcance de las pretensiones que puedan satisfacerse.

## Artículo 32.

*1. Cuando el recurso se dirija contra la inactividad de la Administración pública, conforme a lo dispuesto en el artículo 29, el demandante podrá pretender del órgano jurisdiccional que condene a la Administración al cumplimiento de sus obligaciones en los concretos términos en que estén establecidas.*

110. *La reforma de la Legislación Procesal Administrativa*, Edit. Civitas. 1992, pgs. 40 y ss., y *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción ...*, ob. cit., pg. 327.

111. *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción ...*, ob. cit., pg. 342.

2. Si el recurso tiene por objeto una actuación material constitutiva de vía de hecho, el demandante podrá pretender que se declare contraria a Derecho, que se ordene el cese de dicha actuación y que se adopten, en su caso, las demás medidas previstas en el artículo 31.2.

## I. PRETENSIONES CONTRA LA INACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN

Una vez admitido el control de la inactividad de la Administración, queda por determinar el remedio judicial a dicha inactividad.

Siguiendo a NIETO<sup>112</sup>, en orden a la posible intervención judicial frente a la inactividad administrativa, cabe distinguir entre una intervención no sustitutoria y otra de carácter sustitutorio. Conforme a la primera, el tribunal declara ilícita la pasividad de la Administración y le ordena que actúe, orden que se expresa, a su vez, en dos manifestaciones: o bien se limita a indicar a la Administración que actúe, sin especificar el contenido de la actuación impuesta, o bien indica, además, a la Administración el contenido de la acción que debe realizar.

Por el contrario, la intervención sustitutoria representa el grado máximo de intervención y consiste en que el tribunal no se limita a ordenar a la Administración que dicte un acto sino que él mismo dicta el acto sustituyendo a la Administración, a lo que se oponen serios obstáculos. Como indica MONTORO CHINER, citado por NIETO, «debe contemplarse con cautela la posibilidad de admitir abiertamente la sustitución o suplencia de la voluntad administrativa por la de los tribunales... Mientras que la decisión judicial contempla exclusivamente aspectos jurídicos de la cuestión, la decisión administrativa tiene que satisfacer pretensiones de constatación metajurídica y, en tanto así se manifiesta, ejerce su propia responsabilidad y su legítima discrecionalidad... En tanto se trate de ejercitar un ámbito de decisión propio... solamente es posible una sentencia sobre la resolución concreta, el contenido de la cual será solamente el *si*, nunca el *cómo*, del acto administrativo. El tribunal no podrá bajo ningún concepto colocarse en el lugar de la Administración».

En el Derecho alemán, el más avanzado en el control de la inactividad administrativa en la Europa continental<sup>113</sup>, en caso de demanda por inactivi-

112. Ob. cit., pgs. 44 y ss.

113. Sobre el sistema estadounidense, que parte de bases muy diferentes. Cfr. GONZÁLEZ GARCÍA, Julio: *El alcance del control judicial de las Administraciones Públicas en los Estados Unidos de América*, McGraw-Hill, 1996.

dad, el parágrafo 113.4 de la Ley federal de la Jurisdicción Contencioso Administrativa admite «la condena a la Administración de proceder a la actividad administrativa solicitada [si el asunto está maduro para la decisión]. En otro caso, [el tribunal] pronuncia la condena de resolver bajo la condición de la observancia de la opinión en Derecho del tribunal». En ningún caso se produce una intervención sustitutoria, pero dentro de la no sustitutoria se admite una diferencia entre la simple orden judicial de que la Administración resuelva o, «si el asunto está maduro para la decisión», es decir, existen ya elementos suficientes para adopte una resolución, que realice una actividad determinada<sup>114</sup>.

Nuestro Tribunal Constitucional, en la anteriormente citada Sentencia 136/1995, de 25 de septiembre, se muestra favorable a la intervención no sustitutoria, al señalar que

«tampoco la admisión del recurso supone -como pretende el Abogado del Estado- que los tribunales de lo Contencioso Administrativo tengan que sustituir al Jurado de Expropiación y fijar por sí el justiprecio, puesto que, sin perjuicio de que la jurisdicción no tiene por qué tener siempre un carácter exclusivamente revisor, es lo cierto que, para la satisfacción del derecho a la tutela del recurrente les puede bastar con ponderar, en cada supuesto, las circunstancias causantes de la inactividad administrativa en relación con los perjuicios que de aquella se puedan derivar para los derechos e intereses legítimos del administrado, reconociendo, en su caso, su derecho a que el Jurado de Expropiación resuelva en plazo, y adoptando, en el trámite de ejecución de sentencia, las medidas necesarias para reparar esa inactividad de la Administración».

En el asunto resuelto por el Tribunal Constitucional, éste anula la sentencia del Supremo, quedando firme la del Tribunal Superior de Justicia que había determinado el justiprecio ante la inactividad del Jurado, pero si así lo hace, apartándose del criterio del Ministerio Fiscal, es porque la única impugnación de la sentencia de instancia ante el Supremo se fundaba en la inaplicación de la causa de inadmisibilidad de inexistencia de acto previo, por lo que era ocioso el pronunciamiento del Supremo pues el único «*thema debati*» había sido ya resuelto en amparo.

El artículo 31 del proyecto que dio lugar a la vigente LJCA (correspondiente al art. 32 de la propia Ley) contemplaba dos posibilidades, dentro de la intervención no sustitutoria: que se ordenase el cumplimiento de las obligaciones de la Administración en los concretos términos en que estén

114. FERNANDEZ-ESPINAR, Luis Carlos: «Aspectos sustanciales y procesales del silencio administrativo y de la inactividad de la Administración en los ordenamientos jurídicos alemán, francés e italiano», *Documentación Administrativa*, núm. 208, abril-diciembre, 1986, pgs. 220 y ss.

establecidas o, en su caso, que se mandase dictar el correspondiente acto administrativo en los términos establecidos en el fallo judicial: dualidad que parecía corresponderse con la inactividad material fáctica y jurídica, respectivamente. En su tramitación parlamentaria, la LJCA ha omitido la referencia expresa a esta segunda modalidad de sanción judicial a la inactividad administrativa, pero sigue siendo admisible al amparo de la expresión genérica «cumplimiento de sus obligaciones en los concretos términos en que estén establecidas», como pone de manifiesto el artículo 71.1 c) de la Ley al establecer que «cuando la sentencia estimase el recurso contencioso-administrativo... si la medida [solicitada] consistiera en la emisión de un acto» se establecerá un plazo al efecto. En suma, lo queda vedado al tribunal es dictar actos administrativos (lo que nos parece fuera de toda duda) pero no ordenar a la Administración que ésta lo haga.

Por otro lado, no estamos de acuerdo con la limitación de esta específica vía de control jurisdiccional a la inactividad material, por considerar que la formal estaría ya amparada en la técnica del silencio administrativo (como apunta el dictamen del Consejo de Estado sobre el anteproyecto de LJCA), ya que, como hemos visto, en rigor, la regulación general del silencio administrativo no permite la fiscalización de todos los supuestos de inactividad formal.

Por último, si el deber de actuar se incumple nuevamente, ¿cuáles serían «las medidas necesarias para reparar esa inactividad de la Administración», en ejecución de sentencia, que admite el Tribunal Constitucional, en su Sentencia de 25 de septiembre de 1995? Sería, evidentemente, la responsabilidad patrimonial de la Administración, de modo que, como indica NIETO, parafraseando a HAURIOU, «la Administración actúa o indemniza». Y esta responsabilidad podría hacerse efectiva en ejecución de sentencia.

En concordancia con el precepto que ahora comentamos, el artículo 71.1 c) LJCA (que, en parte, ya hemos reproducido) dispone que «cuando la sentencia estimase el recurso contencioso-administrativo... si la medida [solicitada] consistiera en la emisión de un acto o en la práctica de una actuación jurídicamente obligatoria, la sentencia podrá establecer plazo para que se cumpla el fallo»; y el artículo 108, al contemplar la ejecución de sentencias condenatorias que contengan este pronunciamiento, admite que el juez o tribunal ejecute la sentencia a través de sus propios medios o con la colaboración precisa al efecto y adopte las medidas necesarias para la eficacia del fallo, incluso la ejecución subsidiaria a cargo de la Administración demandada; y si la Administración contraviene el fallo podrán determinarse los daños y perjuicios que ello ocasione, además de ordenar la reposición de la situación al estado exigido por el fallo.

## II. PRETENSIONES CONTRA LA VÍA DE HECHO

Frente a la vía de hecho, el recurrente puede pretender que se declare su disconformidad a Derecho, que se ordene su cese o se adopten las medidas pertinentes para el pleno restablecimiento de la situación jurídica perjudicada por la vía de hecho, incluyendo, cuando proceda, la indemnización de daños y perjuicios.

En suma, las pretensiones a ejercitar frente a la vía de hecho son, básicamente, las mismas que pueden deducirse contra los actos administrativos y las disposiciones reglamentarias. Únicamente destaca que, en lugar de la anulación de actos y disposiciones, se declara la disconformidad a Derecho de la actuación administrativa porque ésta pueda no estar plasmada en actos jurídicos que puedan ser anulados.

Ya hemos visto, por lo demás, que la inclusión de la pretensión de cese en el artículo 32 LJCA no impide la justiciabilidad de los supuestos en que la vía de hecho haya cesado, ya que sigue existiendo un interés legítimo en que se adopten otras medidas, como la declaración de disconformidad a Derecho y el resarcimiento de daños y perjuicios. En estos casos, la pretensión se dirigirá, junto a lo expuesto, al mantenimiento del cese.

### Artículo 33.

*1. Los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo juzgarán dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de los motivos que fundamenten el recurso y la oposición.*

*2. Si el juez o tribunal, al dictar sentencia, estimare que la cuestión sometida a su conocimiento pudiera no haber sido apreciada debidamente por las partes, por existir en apariencia otros motivos susceptibles de fundar el recurso o la oposición, lo someterá a aquéllas mediante providencia en que, advirtiéndolo que no se prejuzga el fallo definitivo, los expondrá y concederá a los interesados un plazo común de diez días para que formulen las alegaciones que estimen oportunas, con suspensión del plazo para pronunciar el fallo. Contra la expresada providencia no cabrá recurso alguno.*

*3. Esto mismo se observará si, impugnados directamente determinados preceptos de una disposición general, el tribunal enten-*

*diera necesario extender el enjuiciamiento a otros de la misma disposición por razones de conexión o consecuencia con los preceptos recurridos.*

## I. CONGRUENCIA DE LA SENTENCIA CON LAS PRETENSIONES DE LAS PARTES

Un requisito de la sentencia viene constituido por la congruencia entre las pretensiones formuladas y lo decidido por la sentencia. Este principio ha sido objeto de especial atención en el proceso civil<sup>115</sup> pero es también aplicable a otros procesos y, en particular, al contencioso-administrativo.

En este orden jurisdiccional, los artículos 33.1 y 67.1 de la Ley de la Jurisdicción ordenan que «los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo juzgarán dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de los motivos que fundamenten el recurso y la oposición» y «la sentencia... decidirá todas las cuestiones controvertidas en el proceso».

La Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 1973, citada por GONZÁLEZ PÉREZ<sup>116</sup>, nos ilustra que «si bien con carácter muy general puede sostenerse, S. 18 junio 1970, con apoyo en el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que la incongruencia es propiamente una falta de adecuación entre petitum de la demanda y el fallo judicial, en el campo de lo contencioso-administrativo y con base en las normas contenidas en... la Ley Jurisdiccional, la jurisprudencia ha perfilado el concepto, restringiendo su ámbito al entender “la adecuación”, S. de 12 junio 1960, en el sentido de que la sentencia ha de limitarse a decidir expresamente las cuestiones planteadas y debatidas, siendo incongruentes aquellas en que se decidan más o menos de las que hayan sido controvertidas en el proceso..., puesto que el fallo ha de basarse en los hechos constitutivos de la causa de pedir...; “o cuando en la sentencia se produce un cambio de la pretensión misma” pero no si sólo se produce una modificación del fundamento legal, lo que resulta lícito al juzgador –S. de 28 febrero 1958, etcétera– y sobre todo la de 7 febrero 1970 –en parecido sentido la de 27 enero 1972, etc.– al reiterar el criterio sentado por la S. de 3 febrero 1969, estima insuficiente “la agregación de cualquier extremo necesario que lejos de alterar o desvirtuar las pretensiones principales y los pronunciamientos de igual índole sirve para completarlos, no constituyen óbice, al poder facilitar la efectividad de lo resuelto, por la relación última y racional entre uno y otros que contribuye a formar un

115. Cfr. FENECH: *Doctrina Procesal civil del Tribunal Supremo*. Madrid, 1956, vol. II, que dedica sus pgs. 2712 a 3181 a la jurisprudencia civil sobre la congruencia.

116. *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción ...*, ob. cit., pgs. 637 y 638.

todo armónico en el momento de enjuiciar los hechos”, ni si la resolución se basa en fundamentos distintos y en conceptos de expresión diferentes siempre que sean coincidentes, sustancialmente con las peticiones formuladas –SS. de 26 febrero 1947, 8 marzo 1969, etcétera–».

El Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente, en, entre otras, sus Sentencias de 5 de mayo de 1982 (RTC 1982, 20), 11 de julio de 1983 (RTC 1983, 61), 3 de febrero de 1984 (RTC 1984, 14), 1 de febrero de 1985 (RTC 1985, 14), 10 de julio de 1987 (RTC 1987, 120), 22 de enero de 1988 (RTC 1988, 8), 29 de marzo de 1990 (RTC 1990, 60), y 2 de abril de 1992 (RTC 1992, 49), que el derecho a obtener una resolución de fondo, cumpliéndose los requisitos procesales para ello, que deriva del artículo 24.1 de la Constitución, exige, como requisito ineludible, la congruencia entre el fallo y el objeto del proceso, determinado, salvo en el proceso penal, por las pretensiones de las partes. Por tanto, la resolución judicial denegará la tutela cuando omita resolver sobre las pretensiones, otorgue más de lo pedido o rebase el ámbito fijado por dichas pretensiones, o sea, no sólo por omisión de pronunciamiento sino también por «ultra petitum» o «extra petitum». De este modo, el principio de congruencia queda ligado al derecho a una resolución de fondo y al derecho de defensa, como correlativo de la interdicción de la indefensión, que ampara el artículo 24.1 CE, exigiéndose que el problema quede resuelto en la forma que corresponda, positiva o negativamente, a los términos en que ha sido planteado (SSTC 5/1986, de 21 de enero [RTC 1986, 5]; y 75/1988, de 25 de abril [RTC 1988, 75]).

GONZÁLEZ PÉREZ<sup>117</sup>, siguiendo a GUASP, sostiene que por congruencia ha de entenderse la conformidad que debe existir entre la sentencia y la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso. «La justificación de este principio es indudable. Si el proceso es una institución de satisfacción de pretensiones, no es concebible un proceso sin la existencia de una pretensión, ni tampoco una sentencia –acto de terminación normal del proceso–, sin que su contenido se refiera a una pretensión, y, así como la incongruencia positiva implica un fallo sin pretensión, la incongruencia negativa implica una pretensión no recogida por el órgano jurisdiccional».

Aunque la congruencia en lo contencioso-administrativo es menos estricta que en el orden civil por el posible planteamiento de oficio de motivos no alegados, la referencia a alegaciones o motivos junto a las pretensiones, ha llevado también a sostener que la exigencia de congruencia es más rigurosa en este orden jurisdiccional.

117. *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción ...*, ob. cit.

Para la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1988 (RJ 1988, 4622), en su fundamento de derecho tercero,

«es preciso puntualizar que el principio de congruencia en este orden jurisdiccional..., es más riguroso que en el proceso civil, pues mientras que en este la congruencia de la sentencia viene referida a la demanda y a las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito –art. 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil– pero no a los motivos que sirven de fundamento a la pretensión o a la oposición del demandado –salvo alguna excepción que no hace al caso–, las Salas de lo Contencioso-Administrativo vienen obligadas a juzgar dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de las alegaciones deducidas para fundamentar el recurso y la oposición. Esta vinculación a las alegaciones de las partes –no sólo a las pretensiones– queda paliada por la potestad que brinda el artículo 43.2 para introducir en el debate “ex officio” nuevos motivos susceptibles de fundar el recurso o la oposición, pero si el Tribunal no hace uso de ella, por entender que la cuestión sometida a su conocimiento ya ha sido apreciada debidamente por las partes, el debido respeto al principio de congruencia –que repetimos es más estricto que en el proceso civil– le obliga a no traspasar el marco definido por los motivos –alegaciones en la Ley– a la hora de fundamentar su decisión. lo que no significa que no pueda acudir a argumentaciones propias o a preceptos jurídicos distintos de los invocados por las partes (“iura novit curia”) siempre que conduzcan a aceptar o rechazar alegaciones ya deducidas por éstas, y por tanto debatidas, para fundamentar sus respectivos pedimentos».

En relación con el requisito de la congruencia, se puede plantear la posible incongruencia de la sentencia por omisión de pronunciamiento, al no resolver sobre alguna de las pretensiones (p. ej. STS 10 de marzo de 1995 [RJ 1995, 1940]), la incongruencia por «extra petita», al conceder algo no pedido, y la incongruencia por «ultra petitum», cuando se concede más de lo pedido.

Ahora bien, no hay incongruencia por la aplicación de preceptos legales no invocados por las partes en virtud de la máxima «iura novit curia», siempre que se haga dentro del límite de sus pretensiones (STS 14 junio 1988 [RJ 1988, 4622]), pues la congruencia se refiere a hechos y peticiones pero no al Derecho aplicable (STC 90/1993, de 15 de marzo [RTC 1993, 90]).

Incluso, como señalan las Sentencias del Tribunal Constitucional de 10 de diciembre de 1984 (RTC 1984, 120), 1 de febrero de 1985 (RTC 1985, 14) y 10 de junio de 1987 (RTC 1987, 97), no hay incongruencia cuando se aplica una consecuencia no pedida expresamente si viene impuesta por normas de Derecho necesario o se ajusta al objeto material del proceso. En esta línea, la Sentencia 275/1993, de 20 de julio, entiende que no hace falta pedir lo que la ley manda ni incurre en vicio de incongruencia la resolución judicial que, sin que nadie lo haya solicitado, contiene un pronunciamiento «opc

legis». Este es el caso de los intereses legales del justiprecio de la expropiación forzosa (arts. 52.4ª y 8ª, 56 y 57 LEF), pues, como estiman, entre otras, las Sentencias de 17 de julio de 1993 (RJ 1993, 5514) y 17 de junio de 1995 (RJ 1995, 5871), dichos intereses son debidos por ministerio de la ley, aunque no se hayan pedido, lo mismo que los del artículo 921.4 de la anterior LECiv (actualmente arts. 576 LECiv [RCL 2000, 34962 y RCL 2001, 1892] y 106 LJCA [RCL 1998, 1741]).

Por otra parte, la necesaria congruencia de la sentencia con las pretensiones de las partes no sólo puede tener que ponerse en relación con las pretensiones hechas valer en la demanda sino también, por virtud del principio de los actos propios y el carácter revisor del orden contencioso-administrativo, con las pretensiones hechas valer en vía administrativa. El caso paradigmático viene constituido por la impugnación de los acuerdos de los Jurados de Expropiación, cuyo ámbito de supervisión judicial es delimitado tradicionalmente por las hojas de aprecio de las partes, en el expediente administrativo de justiprecio, que contemplan los artículos 29 y 30 LEF (STS de 5 junio 1978 [RJ 1978, 2299]; 5 junio 1987 [RJ 1987, 4001]; 21 diciembre 1988 [RJ 1988, 9639]; y 17 julio 1993 [RJ 1993, 5514], entre otras muchas), de forma que las pretensiones contenidas en las hojas de aprecio constituyen un verdadero límite infranqueable para el Jurado y, después, el tribunal contencioso-administrativo, que no pueden «dar más de lo pedido ni menos de lo ofrecido»<sup>118</sup>.

Por último, frente a la congruencia externa de la sentencia, en relación con las pretensiones y motivos de las partes, se habla también de congruencia interna, entre el fallo y sus fundamentos. A este respecto, la Sentencia de 27 de enero de 1996 (RJ 1996, 1689) nos aclara que

«La sentencia, como juicio razonado para llegar a una decisión, ha de tener coherencia interna, de manera que la incongruencia de la misma, que ahora se denuncia por los recurrentes, se deriva de la falta de correlación ente la "ratio decidendi" y lo resuelto efectivamente en la parte dispositiva. Tal incongruencia no está expresamente contemplada en los artículos 43.1 y 80 [actuales 33.1 y 67.1] de la Ley de esta Jurisdicción, pues estos preceptos se refieren a la congruencia externa de las sentencias, mientras que la coherencia o lógica interna de la sentencia debe entenderse incluida en la exigencia legal de precisión y claridad. Esta última cualidad supone que no haya "contraditio in terminis" en su estructura formal, porque, de lo contrario, se produce confusión, y la precisión obliga a un rigor discursivo que se ignora en los casos de incoherencia interna. La sentencia recurrida adolece de incongruencia interna porque, como declaramos en nuestra Sentencia de 26 marzo 1994 (RJ 1994, 3168) (recurso de

118. Cfr. GARCÍA GÓMEZ DE MERCAIXO: *Problemas procesales ...*, ob. cit., pgs. 218 y ss.

casación 1144/1992), no cabe acoger un fundamento que no se refleje en la decisión ya que la conclusión debe ser el resultado de las premisas establecidas ...».

## II. PLANTEAMIENTO DE OFICIO DE MOTIVOS NO ALEGADOS

Junto al principio de congruencia, que recoge el apartado primero del artículo 33, su apartado segundo admite, como excepción, que el juez o tribunal someta a las partes la posible existencia de motivos susceptibles de fundar el recurso o la oposición distintos de los invocados por las propias partes. A la vista de esta facultad, se suscita la cuestión de si en el proceso administrativo la pretensión es delimitada sólo por los sujetos y el *petitum* y no por la causa de pedir.

Desde luego, como observa GONZÁLEZ PÉREZ<sup>119</sup>, «obviamente, este trámite sólo se exigirá cuando se trata de apreciar un motivo distinto de los alegados; pero en modo alguno impide al tribunal aducir razonamientos o consideraciones jurídicas distintas a las hechas por las partes respectivas», pues «para que el tribunal pueda invocar como fundamento de fallo alguna norma no alegada entre los fundamentos de Derecho de la pretensión o de la oposición no es necesario acudir al régimen jurídico previsto» (en virtud, como antes hemos señalado, del principio «*iura novit curia*»). Por tanto, el precepto se refiere a una auténtica alteración de la causa de pedir, y, de este modo, la Sentencia de 14 de junio de 1977 estima que «es doctrina unánime del TS que sólo concurre el citado supuesto legal [del vigente art. 33.2] cuando se produce un cambio de la pretensión misma y no sólo si existe una modificación de su fundamentación jurídica, lo que es lícito al juzgador sin necesidad de tener que recurrir al expresado precepto normativo».

Pero la facultad conferida al tribunal por el artículo 33.2 LJCA no supone prescindir del valor de la causa de pedir en el orden contencioso-administrativo, porque, como señala GONZÁLEZ PÉREZ, la posibilidad de que el tribunal funde la sentencia en motivos distintos a los que puedan fundar la pretensión o la oposición está sujeta al cumplimiento del régimen establecido en el apartado 2 del artículo 33, siendo su infracción susceptible, en su caso, de recurso de casación, con clara indefensión para la contraparte que no habrá podido defenderse de la alteración de la causa de pedir. En consecuencia, siempre se ha de respetar el elemento fáctico de la causa de pedir, e, incluso, en principio, su componente normativo, lo que no empece la aplicación de normas distintas de las invocadas. Y lo que caracteriza al proceso administrativo, frente al civil, es que el tribunal, cumpliendo el trámite

119. *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción ...*, ob. cit.

del artículo 33.2 LJCA, puede modificar el elemento normativo de la «causa petendi», respetando su base fáctica.

Y si se incumple el trámite previsto, la sentencia podrá ser recurrida con éxito. En esta línea, la Sentencia de 28 de marzo de 1994 (RJ 1994, 1821), advierte, en su segundo fundamento de Derecho, que

«La Sala de Galicia [que es la de instancia] es evidente que incurre en una patente incongruencia modal sin previo sometimiento de la cuestión a las partes por los cauces establecidos en... la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, para antes de la vista o de las conclusiones escritas, y... la misma Ley, para después de estos trámites y antes de dictar sentencia, apreciar de oficio un motivo de fundamentación del recurso contencioso-administrativo que no había sido alegado oportunamente por los recurrentes por no haberlo sido nunca en vía jurisdiccional y extemporáneamente en vía jurisdiccional, ya que en esta, según se desprende del contenido de... la citada Ley jurisdiccional, la fase de alegaciones, tanto de introducción como de fijación, se cierra para el actor con el escrito de demanda, precluyendo con la posibilidad de introducir en el proceso nuevas pretensiones o de modificar estas, no cupiéndole más excepción que en los casos de hacer uso el Tribunal de las facultades que le ofrecen los dos primeros artículos citados, sin que, por consiguiente, el demandado y la codemandada tuviesen ocasión de manifestarse con pleno conocimiento acerca de su procedencia o improcedencia, infringiendo con ello lo dispuesto en... la referida Ley, erigido en motivo de... casación por el vigente artículo 95.1.3. de la misma, inciso primero también, y dando lugar con tal infracción a que su sentencia sea revocable sin más al particular, ya que si bien en aquel se posibilita al órgano jurisdiccional para fundar su fallo en motivos no alegados oportunamente por el demandante, el ejercicio de esa potestad está sujeto a que en aplicación del principio de contradicción se dé ocasión a las partes de hacer las oportunas alegaciones sobre ellos –Sentencias de 30 octubre 1989 (RJ 1989, 8376) y 8 febrero 1993 (RJ 1993, 588), entre otras–».

### III. EXTENSIÓN DE LA ANULACIÓN A PRECEPTOS NO IMPUGNADOS DEL MISMO REGLAMENTO

La LJCA/1998, en el apartado tercero del artículo 33, contiene, como importante innovación en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, que «si, impugnados directamente determinados preceptos de una disposición general, el tribunal entendiera necesario extender el enjuiciamiento a otros de la misma disposición por razones de conexión o consecuencia con los preceptos recurridos», podrá acudir al trámite del apartado segundo del mismo artículo.

Se admite, así, en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo la posibilidad que establece el artículo 39.2 de la Ley Orgánica del Tribunal

Constitucional respecto de las sentencias del Tribunal Constitucional en los procedimientos de inconstitucionalidad.

El fundamento de otorgar a los tribunales de lo contencioso-administrativo la facultad que ahora comentamos deriva del carácter indisponible, de orden público, de la validez o invalidez de las normas jurídicas y, como tales, las disposiciones reglamentarias. Por ello, se juzga conveniente que el tribunal pueda pronunciarse sobre la validez de normas no impugnadas pero que guardan una relación de conexión o consecuencia con las que sí lo han sido, dentro de la misma disposición.

Esta innovación, por lo demás, no es la única en la que la vigente LJCA manifiesta su preocupación «nomofiláctica», que también se pone de relieve en la anulación del reglamento ilegal en un recurso indirecto contra el mismo y el planteamiento de la cuestión de ilegalidad con ocasión del recurso indirecto contra reglamentos (art. 27).

## UNIDAD III: DESARROLLO DEL PROCESO: VÍAS PROCESALES, ACTUACIONES Y SENTENCIA

### LECTURA N° 4

- Priori Posada, Giovanni (2009). Cuestiones Procedimentales del Proceso Contencioso Administrativo. En Comentarios a la Ley del Proceso Contencioso Administrativo (4 ed.) (pp. 188-211). Lima: ARA Editores.

### OBJETIVO DE LA LECTURA

1. Reconocer las vías en las que se puede tramitar un proceso contencioso administrativo.
2. Identificar las pretensiones que se tramitan tanto en el proceso especial como en el proceso urgente.
3. Conocer las etapas y actuaciones tanto del proceso especial y del proceso urgente.

### PREGUNTAS GUÍA DE LA LECTURA

1. ¿Qué se entiende por proceso y por vía procedimental?
2. ¿Cuáles son las características del proceso especial?
3. ¿Identifique cada una de las etapas y actuaciones del proceso especial?
4. ¿Cuáles son las características del proceso urgente?
5. ¿Cuáles son las pretensiones que se plantean en el proceso urgente?
6. ¿Cuáles son los requisitos especiales que se exigen para tramitar una causa como proceso urgente?

**CAPÍTULO VII**  
**CUESTIONES PROCEDIMENTALES**  
**DEL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**

### Modificación y ampliación de la demanda<sup>156</sup>

La modificación de la demanda supone una variación de los términos en los que ella ha sido planteada. De esta forma, la demanda podrá ser variada en sus pretensiones, fundamentos, medios probatorios y sujetos demandados; siempre que ésta no haya sido aún notificada a la parte demandada.

La ampliación de la demanda, en estricto, es un supuesto especial de modificación de la demanda. En las ediciones anteriores de este libro había señalado que la ampliación de la demanda, en el modo que había venido siendo regulado por la Ley del proceso contencioso-administrativo, suponía modificar el *petitum* de la pretensión que es objeto del proceso. Sin embargo, en el modo que se encuentra regulada actualmente, supone la permisón de incorporar una nueva pretensión al proceso contencioso-administrativo. Para que esto sea posible, la Ley exige que en el transcurso del proceso se produzcan otras actuaciones administrativas que directamente dependan de la actuación administrativa originalmente cuestionada en la demanda. Por ello, y a fin de evitar que se deba iniciar un nuevo proceso contencioso-administrativo con la finalidad de cuestionar las nuevas actuaciones

---

<sup>156</sup> «Artículo 18 del TU de la Ley del proceso contencioso-administrativo.- Modificación y ampliación de la demanda.- El demandante puede modificar la demanda, antes de que ésta sea notificada.

También puede ampliarse la demanda siempre que, antes de la expedición de la sentencia, se produzcan nuevas actuaciones impugnables que sean consecuencia directa de aquella o aquellas que sean objeto del proceso. Para tal efecto, el demandante deberá haberse reservado tal derecho en la demanda. En estos casos, se deberá correr traslado a la parte demandada por el término de tres días».

administrativas, se permite que el demandante pueda ampliar la demanda con la finalidad de incorporar en ella, con posterioridad al inicio del proceso, nuevas pretensiones que tengan por objeto estas nuevas actuaciones administrativas.

De este modo, se confiere a los particulares un mecanismo que permite una más efectiva protección de sus situaciones jurídicas, en la medida que permite que el mismo proceso que ya ha sido iniciado sirva para cuestionar esa nueva actuación administrativa.

Ahora bien, artículo 16 de la Ley del proceso contencioso-administrativo en su versión original establecía que, para que el demandante pueda ampliar la demanda, debía haberse reservado tal derecho en la demanda misma. Dicha exigencia no era sino una repetición de la exigencia contenida en el Código Procesal Civil<sup>157</sup> que la Comisión quiso también recoger en la Ley que regula el proceso contencioso-administrativo. En las ediciones anteriores de este libro había confesado que una reflexión personal posterior sobre dicha regulación me había llevado a considerar que quizá hubiera sido mejor no exigir la reserva de la ampliación en la demanda, pues la situación que se presenta al momento de la interposición de la demanda contencioso-administrativa, no es la misma situación que se presenta al momento de la interposición de una demanda civil. En efecto, cuando el Código Procesal Civil regula la ampliación de la demanda, lo hace específicamente en el modo de ampliación de la cuantía de lo pretendido, la misma que puede darse en todos aquellos casos en los que la deuda pretendida en el proceso sea una deuda que deba ser pagada en cuotas o que sean pagos periódicos cuyo

<sup>157</sup> «Artículo 428 del Código Procesal Civil.- El demandante puede modificar la demanda antes que ésta sea notificada. Puede, también, ampliar la cuantía de lo pretendido si antes de la sentencia vencieran nuevos plazos o cuotas originales en la misma relación obligacional, siempre que en la demanda se haya reservado tal derecho. A este efecto, se consideran comunes a la ampliación los trámites precedentes y se tramitará únicamente con un traslado a la otra parte. Iguales derechos de modificación y ampliación tiene el demandado que formula reconvencción».

plazo de exigibilidad se vaya venciendo durante el trámite del proceso civil. Como vemos, en los dos supuestos de ampliación de la demanda regulados en el Código Procesal Civil, nos encontramos ante situaciones conocidas por el demandante al momento de proponer su demanda, pues el hecho de que las cuotas sean periódicas o que sean pagos periódicos, no son situaciones desconocidas por el demandante o que se puedan presentar sorpresivamente en el proceso, sino que más bien son situaciones conocidas con anterioridad al inicio del proceso y absolutamente previsibles, por ello el Código Procesal Civil, otorga al demandante la facultad de ampliar la cuantía de lo pretendido, para lo cual le exige reservarse dicho derecho al momento de la interposición de la demanda. Es obvio que la exigencia de la reserva de dicho derecho que hace el Código Procesal Civil tiene su sustento en que los casos en los que se puede ampliar la cuantía de lo pretendido son situaciones previsibles al momento de la interposición de la demanda.

Dicha situación, sin embargo, es sustancialmente distinta en el proceso contencioso-administrativo. En efecto, la ampliación de la demanda dentro del proceso contencioso-administrativo está regulada para todos aquellos casos en los cuales la Administración, inesperadamente, realice un acto que dependa del acto administrativo respecto del cual se está discutiendo en el proceso. Este acto que depende del acto discutido, puede ser un acto de ejecución o no. Quizá sea el acto de ejecución del acto administrativo discutido originalmente en el proceso, el que más a menudo entre en esta hipótesis, pero también puede tratarse de un acto administrativo declarativo de otra situación, cuya existencia y vigencia depende necesariamente de lo establecido en el acto administrativo que se discute en el proceso. Siendo ello así, la norma quería evitar que, siendo un acto que depende de la actuación respecto de la cual se discute, se deba iniciar un nuevo proceso sobre ella.

Ante ello, permite que el demandante pueda ampliar la demanda. Sin embargo, como dicha situación es absolutamente imprevisible, es decir, el demandante no iba a saber con certeza cuándo la administración realizaría un acto en ejecución de la

actuación administrativa respecto de la cual se discute en el proceso, no era razonable exigirle que dicho derecho se lo reserve al demandar pues lo que debía ocurrir con esa regulación en la práctica era que el demandante siempre se tenía que reservar el derecho de ampliar la demanda, porque en ningún caso (o en muy pocos) sabría con certeza, al inicio del proceso, cuándo la Administración iba a realizar un acto de ejecución de la actuación impugnada.

La modificación que en esta parte se ha realizado en el TUO es por ello adecuada, en la medida que se ha quitado la exigencia de tener que reservarse el derecho a la ampliación, lo que no tenía sentido.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta el hecho que, conforme a lo dispuesto en la Ley, la actuación administrativa que se incorpore al proceso debe ser consecuencia directa de la actuación administrativa que es objeto del proceso, de forma tal que ésta se la causa de la actuación administrativa que se incorpore. Es por ello que, a diferencia de lo que había establecido en las ediciones anteriores, la incorporación de esta nueva actuación administrativa al objeto del proceso supone, como señala la propia Ley, la incorporación de una nueva pretensión que será conexa por la causa (parcial o totalmente; es decir, conexidad semicausal o causal), con la pretensión originalmente planteada en la demanda. Ello tiene por finalidad evitar que, en el transcurso del proceso contencioso-administrativo, la Administración expida nuevas actuaciones que pretendan ejecutar o consolidar la actuación administrativa originalmente propuesta en la demanda y cuya validez no sea posible revisar en el proceso ya iniciado debido a que ya fue fijada la litis. Claro está que siempre existe la posibilidad de solicitar una medida cautelar para evitar que ello ocurra, pero la ampliación de la demanda se convierte en un mecanismo que, en complemento a las medidas cautelares, busca brindar una efectiva tutela a los particulares.

Sin embargo, con la finalidad de salvaguardar el derecho de defensa del demandado, cuando se incorpore una nueva actuación administrativa se hace necesario concederle un plazo para que formule sus defensas respecto de la nueva actuación admi-

nistrativa, entre las cuales puede proponer, claro está, que se declare la improcedencia de la solicitud formulada por el ciudadano al no existir esa relación de «consecuencia directa» que exige la Ley, luego de lo cual el Juez deberá pronunciarse acerca de la procedencia o improcedencia de la ampliación propuesta. Sin embargo, la defensa del demandado no se restringe a ello, en la medida que tratándose de una nueva y distinta pretensión, el demandado puede esgrimir respecto de ella, y solo de ella, las defensas que considere, lo que incluye, claro está, las posibilidades de alegación y prueba que forman parte del contenido esencial del derecho de defensa.

## 2. Los requisitos de admisibilidad

Los requisitos de admisibilidad de la demanda son requisitos procesales formales que la ley exige a la demanda para que ésta pueda surtir efectos. Dichos requisitos se encuentran, de manera general establecidos en el artículo 426 del Código Procesal Civil<sup>138</sup>. Sin embargo, además de dichos requisitos, se exige, para el proceso contencioso-administrativo, el cumplimiento de los siguientes requisitos de admisibilidad:

1. Acompañar el documento que acredite el agotamiento de la vía administrativa, salvo en aquellos casos en los que se exima del agotamiento de la mencionada vía para dar trámite al proceso contencioso-administrativo.
2. Acompañar el expediente administrativo cuando la entidad administrativa sea la que demande la nulidad de sus propios actos.

<sup>138</sup> «Artículo 426 del Código Civil.- El juez declarará inadmisble la demanda cuando.

1. No tengo los requisitos legales;
2. No se acompañan los anexos exigidos por la ley;
3. el petitorio sea incompleto o impreciso; o
4. La vía procedimental propuesta no corresponda a la naturaleza del petitorio o al valor de éste, salvo que la ley permita su adaptación

En estos casos el juez ordenará al demandante subsane la omisión o defecto en un plazo no mayor de diez días. Si el demandado no cumpliera con lo ordenado, el Juez rechazará la demanda y ordenará el archivo del expediente».

### 3. Los requisitos de procedencia de la demanda

Los requisitos de procedencia son aquellos requisitos procesales de fondo<sup>159</sup> que deben presentarse a efectos de que la relación procesal que se instaure con el inicio del proceso sea válida.

#### 3.1. La actuación impugnabile

Sólo procede la demanda contencioso administrativa para cuestionar una actuación de la Administración que se encuentre regida por el derecho administrativo, pues sólo en estos casos habrá actuado en ejercicio de sus potestades administrativas, es decir, ejerciendo una función pública. Recordemos que el proceso contencioso-administrativo es un medio a través del cual se controla el ejercicio de una potestad estatal, por ello, solo puede iniciarse un proceso contencioso-administrativo. Por ello, la demanda no procede contra cualquier otra actuación de la Administración que no se sujete al derecho administrativo.

Pero además, debe advertirse que la única vía para cuestionar una actuación de la Administración Pública que se encuentre regida por el derecho administrativo es el proceso contencioso-administrativo, con lo cual no procede ningún otro proceso que se inicie contra la actuación de la Administración que se encuentre regida por el derecho administrativo, con excepción de los procesos constitucionales destinados a la tutela de los derechos constitucionales, eso es lo que la Ley ha consagrado como exclusividad del proceso contencioso-administrativo<sup>160</sup>.

#### 3.2. Plazo de caducidad

Es el plazo que otorga la ley para poder plantear la pretensión objeto del proceso contencioso-administrativo. En ese sentido,

---

<sup>159</sup> Cuando utilizamos el término «fondo» no nos referimos a aquellas cuestiones que serán materia de la decisión en la sentencia, sino a todas aquellas cuestiones procesales, no formales, como la legitimidad para obrar activa, el interés para obrar, la competencia, la caducidad y cualquier otro presupuesto procesal no formal.

<sup>160</sup> «Artículo 3 del TUO de la Ley del proceso contencioso-administrativo.- Exclusividad del proceso contencioso-administrativo.- Las actuaciones de la administración pública sólo pueden ser impugnadas en el proceso contencioso-administrativo, salvo los casos en que se pueda recurrir a los procesos constitucionales».

debe tenerse presente que el cómputo del plazo debe realizarse desde que se tuvo conocimiento de la actuación administrativa impugnada y en consecuencia desde que se tuvo la posibilidad de plantear la pretensión del proceso contencioso-administrativo. En el caso del silencio administrativo, la inercia o cualquier otra omisión de la Administración, el Proyecto elaborado por la Comisión disponía que no exista plazo a computar, sin embargo, la Ley en su versión original dispuso que en estos casos se compute el plazo de seis meses contados desde la fecha en que venció el plazo legal para expedir la resolución o producir el acto administrativo solicitado. Esta opción fue muy criticada por la doctrina nacional, dada la naturaleza del silencio administrativo, el que precisamente le confiere al particular la opción de esperar la decisión de la administración o acudir al Poder Judicial. La modificatoria en la regla establecida en el TUO para el silencio negativo es que en este caso no existe plazo. De este modo, se volvió al esquema original, de modo que el particular tiene la opción de elegir si es que espera que la Administración se pronuncie o cuestiona judicialmente la validez o eficacia del silencio.

Un tema controvertido en este punto es la consideración de que el plazo sea uno de caducidad. Quitar definitivamente la posibilidad de cuestionar una actuación administrativa, quizá tenga justificación en la idea de darle seguridad jurídica a la situación creada por un acto de autoridad. Sin embargo, si pensamos que en el proceso contencioso-administrativo de plena jurisdicción, en el que el proceso no solo está previsto para la revisión de la legalidad del acto administrativo, sino también para la tutela efectiva de las situaciones jurídicas de los particulares, el plazo de caducidad se convierte en el plazo de vigencia del derecho material mismo. Eso es peligroso para la vigencia misma de los derechos de los particulares. La consideración de que el plazo para el inicio del proceso contencioso-administrativo sea uno de caducidad, sin hacer la distinción de qué ocurre en el caso de las pretensiones de plena jurisdicción, quizá sea un rezago no superado en nuestra legislación sobre contencioso-administrativo, del antiguo sistema de mera revisión de legalidad del acto.

La situación se hace más compleja si atendemos a lo dispuesto expresamente en el artículo 23.2. del TUO de la Ley, cuando

señala que: «El vencimiento del plazo para plantear la pretensión por parte del administrado, impide el inicio de cualquier otro proceso judicial con respecto a la misma actuación impugnada». La opción por la caducidad es notoria.

En esa línea de preocupación se plantea el problema de determinar ¿cuál es el plazo de caducidad o prescripción para la pretensión de indemnización de daños y perjuicios? En el esquema del TUO de la Ley en el que la pretensión de indemnización de daños y perjuicios siempre debe venir acompañada de otra pretensión, cuando se le plantea en una demanda contencioso administrativa, la pretensión de indemnización parece seguir el plazo de caducidad previsto para la pretensión con la cual se acumula; pero cuando se quiere plantear por sí sola en el proceso civil, no resulta claro cuál es el plazo que tendría en ese caso. La duda lleva entonces a establecer que el plazo debería ser el de la responsabilidad extracontractual establecida en el Código Civil. De otro modo no podría entenderse la posibilidad de plantear la pretensión de indemnización de daños y perjuicios en otro proceso.

De este modo, entonces, transcurrido el plazo de caducidad establecido en el TUO de la Ley del proceso contencioso-administrativo, no sería posible formular ninguna pretensión en ningún otro proceso, respecto a la misma actuación impugnada, que no sea la pretensión de indemnización de daños y perjuicios que tendría el plazo de prescripción del Código Civil.

### 3.3. Agotamiento de la vía administrativa

Nuestro sistema del contencioso-administrativo se caracteriza por la necesidad de agotar la vía administrativa para poder acudir al órgano jurisdiccional, apartándose con ello de un sistema facultativo donde recae en el particular la decisión de seguir la vía administrativa o acudir inmediatamente al órgano jurisdiccional. Este sistema parece encontrar justificación en el propio artículo 148 de la Constitución que, al momento de referirse al proceso contencioso-administrativo, señala que las resoluciones administrativas *que causan estado* son susceptibles de ser cuestionadas en el proceso contencioso-administrativo. Precisamente ese *causar estado* haría referencia a la necesidad que existe de agotar la vía administrativa.

La necesidad de agotar la vía administrativa antes de acudir al Poder Judicial constituye una opción del ordenamiento jurídico por privilegiar la situación de autotutela administrativa antes que optar por la efectividad de tutela jurisdiccional por parte del administrado. En ese sentido, se expresa reconocida doctrina cuando enseña: «Los recursos administrativos constituyen, pues, un presupuesto necesario de la impugnación jurisdiccional y en este sentido 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 Juez»<sup>161</sup>.

Dicha circunstancia se agrava si se tiene en cuenta el hecho que los actos administrativos se ejecutan a pesar de su impugnación judicial. En ese sentido, la exigencia del agotamiento de la vía administrativa «importa un importante aplazamiento de la posibilidad de obtener una decisión en justicia a través de un verdadero proceso y ante una instancia neutral e independiente (...), lo cual es especialmente grave si se tiene en cuenta que los actos administrativos comienzan a producir efectos desde la fecha en que se dictan, sin que el recurso sirva por sí mismo para frenar o paralizar esa inmediata eficacia, que sólo excepcionalmente puede ser suspendida»<sup>162</sup>.

El Informe Defensorial No. 121 ha estudiado este tema y ha detectado algunos problemas, que en la óptica de facilitar el derecho de acceso a la justicia de los ciudadanos, es necesario considerar. Señala la Defensoría del Pueblo que la no exigencia de actuación de los ciudadanos a través de abogado en el procedimiento administrativo, vía previa, genera una situación de desigualdad, en el sentido que mientras los administrados no conocen de derecho, la administración sí. Esa situación de desigualdad permite advertir objetivamente una diferencia entre las personas naturales que suelen no ser asesoradas por abogados y las personas jurídicas que sí lo hacen. Ello ha sido denominado por la Defensoría del Pueblo, como «indigencia legal de los admi-

<sup>161</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *op. cit.*, t. II, p. 513.

<sup>162</sup> *Ibidem*.

nistrados». Así, se señala que: «En el campo de la vía previa administrativa se podría hablar más bien de la «indigencia legal» de los administrados, concepto que agrupa a los particulares que prestan poca atención legal (materializada en forma de consultas profesionales o contratación de abogados) a la situación de sus derechos vulnerados, por razones económicas (débil capacidad económica) o culturales (percepción de autosuficiencia)»<sup>163</sup>.

La ausencia de asesoría legal llega a convertirse en muchos casos en situaciones de indefensión. Así, la Defensoría del Pueblo señala que: «Sin la asistencia u orientación legal, el administrado en estado de indigencia legal cargará con las tareas de orientación, acceso a información, asimilación de esa información y aplicación a su caso concreto, pudiendo llegar incluso a un estado de indefensión»<sup>164</sup>.

De este modo, para el caso concreto de lo que supone el agotamiento de la vía administrativa, como requisito de procedencia para acceder a la justicia contencioso administrativa, la Defensoría del Pueblo señala que existen algunos problemas que se presentan, en concreto: (i) muchas veces no se agota la vía administrativa en la medida que el escrito presentado por el ciudadano no tiene los elementos necesarios para ser considerado si quiera como un medio impugnatorio, (ii) existe un desconocimiento en la diferencia entre el medio impugnatorio de reconsideración y el de apelación, (iii) desconocimiento de los plazos para la interposición de los medios impugnatorios, (iv) generalidad de los argumentos de la impugnación y (v) desconocimiento de la necesidad y posibilidad de interponer medios impugnatorios en la vía administrativa<sup>165</sup>.

Estos datos de la realidad que nos ofrece la Defensoría del Pueblo, nos lleva a plantearnos el tema de la conveniencia (diría mejor, de la constitucionalidad) de la exigencia del agotamiento de la vía administrativa para el inicio del proceso contencioso-admi-

<sup>163</sup> Informe Defensorial, N° 121, p. 24.

<sup>164</sup> Informe Defensorial, N° 121, p. 27.

<sup>165</sup> Informe Defensorial, N° 121, pp. 27-51.

nistrativo o, en todo caso, la de mantener la exigencia en los mismos términos en los que es exigido en la actualidad. En cualquier modo, en mi opinión, el artículo 148 de la Constitución en modo alguno puede llevar a justificar una indiscriminada exigencia de agotamiento de la vía administrativa. La previsión del artículo 148 de la Constitución, y el establecimiento del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva como principio y derecho de la función jurisdiccional determina la necesidad de que ponderar las exigencias derivadas del propio texto constitucional. En ese sentido considerando el agotamiento de la vía administrativa como una exigencia que condiciona el acceso a la justicia contencioso-administrativa, un ordenamiento jurídico que exija su agotamiento previo debe asegurar lo siguiente:

- (i) El libre e igualitario acceso a la instancia administrativa, a fin de formular la petición.
- (ii) El amplio ejercicio del derecho de defensa de los administrados en esta sede, lo que incluye asegurar el derecho de alegación y prueba. Del mismo modo, se exige que el acceso a los recursos sea gratuito, sin exigencia de formalismos.
- (iii) Se debe re-evaluar la no exigencia de la presencia de abogado en algunos procedimientos administrativos. La idea de que la exigencia de abogado eleva los costos, debe ser resuelta por el Estado de un modo distinto a su eliminación. El Estado debe asegurar que los administrados estén en condiciones de igualdad en su litigio frente y ante la administración.
- (iv) La vía administrativa debe tener una sola instancia. Es necesario considerar en este punto que la previsión de la existencia de una vía administrativa y de un sistema recursivo en ella, genera la dilación en el acceso a los tribunales. Las razones que justifican la existencia de la vía administrativa se ven satisfechas con la posibilidad de llevar a conocimiento de la Administración un asunto para que lo resuelva con una sola decisión, sin que prolongue innecesariamente la situación de insatisfacción de los derechos de los particulares. En esa misma línea se ha pronunciado el Tribunal Cons-

titucional español, al señalar que la finalidad por la que se exige la reclamación administrativa previa «que se acomoda a las exigencias del artículo 24.1. de la Constitución queda perfectamente cumplida con una sola reclamación, cuya denegación debería abrir ya la vía jurisdiccional»<sup>166</sup>.

El Proyecto que fuera presentado por la Comisión y la Ley aprobada por el Congreso de la República han optado por seguir el régimen tradicional de exigir el agotamiento de la vía administrativa como requisito previo al inicio del proceso contencioso-administrativo, pero ha establecido un régimen interpretativo en función del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en virtud del cual, ante cualquier duda sobre el agotamiento de la vía administrativa, se debe dar trámite al proceso contencioso-administrativo.

Somos de la opinión, sin embargo, que un régimen acorde con el respeto al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva sería aquél conforme al cual se le dé al ciudadano la facultad de acudir al ente administrativo o al Poder Judicial sin imponerle la obligación de agotar la vía administrativa, régimen al cual tendremos que llegar en un corto plazo.

En ese sentido, se pronuncia el destacado profesor español Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, para quien: «La generalidad -casi unanimidad- de la doctrina se muestra contraria al mantenimiento del agotamiento de la vía administrativa como presupuesto procesal (...)»<sup>167</sup>.

Sin perjuicio de lo expuesto, es necesario tener en consideración que el artículo 21 del TUE de la Ley que regula el proceso contencioso-administrativo establece excepciones al agotamiento de la vía administrativa. Estas son las siguientes:

<sup>166</sup> STC 60/1989. Citada en CHAMORRO BERNAL, FRANCISCO, *El artículo 24 de la Constitución*, t. I: *El derecho de libre acceso a los tribunales*, Iura, Barcelona, 2005, p. 335.

<sup>167</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, «El acceso a la jurisdicción contencioso administrativa», en AA.VV., *Constitución y Proceso*. Actas del Seminario Internacional de Derecho Procesal sobre Constitución y Proceso, ARA Editores, Lima, 2009.

1. Cuando la demanda sea interpuesta por una entidad administrativa en el proceso de lesividad. Es obvio que en este caso no hay requerimiento de agotamiento de vía administrativa alguna, en la medida que precisamente el proceso de lesividad surge en este caso como una necesidad de intervención del órgano jurisdiccional, al haber vencido el plazo que tenía la Administración para hacer una declaración a través de la autotutela.
2. Cuando en la demanda se formule como pretensión el cumplimiento por parte de la administración de una acción a la que se encuentra obligada por Ley o por acto administrativo firme. En este caso, en realidad, se establece una vía previa, distinta y especial, consistente en que el interesado debe reclamar por escrito ante el titular de la respectiva entidad el cumplimiento de la actuación omitida. Si en el plazo de quince días a contar desde el día siguiente de presentado el reclamo no se cumpliera con realizar la actuación administrativa el administrado interesado podrá presentar la demanda correspondiente. No hace falta esperar más. Ya hubo dos omisiones de la Administración. La primera por su mero incumplimiento a realizar el acto debido al que se encontraba obligada. Ahora, mantiene esa situación de incumplimiento frente a este pedido especial del administrado.
3. Cuando la demanda sea interpuesta por un tercero al procedimiento administrativo en el cual se haya dictado la actuación impugnada. Si precisamente a él no se le permitió participar del procedimiento administrativo, mal se haría si además se le exige el agotamiento de la vía administrativa.
4. Cuando la pretensión planteada en la demanda esté referida al contenido esencial del derecho a la pensión y, haya sido denegada en la primera instancia de la sede administrativa.

Este es un claro ejemplo donde el legislador se ha visto en la necesidad de dar tutela urgente a los administrados, en el que el legislador ha reconocido que la verdadera garantía y tutela de la imparcialidad para los pensionistas es el Poder Judicial, y no un sistema administrativo diseñado precisamente para hacer cuanto sea necesario para denegar o no reconocer el derecho a la pensión. Esperemos que esta sea el inicio de una tendencia en la legislación peruana de no establecer recursos administrativos, luego que el particular ya hizo su reclamo ante la Administración. Una situación que requeriría una reforma urgente similar a esta, es la tutela administrativa de los derechos del consumidor.

El agotamiento de la vía administrativa se encuentra regulado en el artículo 218 de la Ley de Procedimiento Administrativo General<sup>168</sup>.

#### 4. Los efectos de la admisión de la demanda

Uno de los privilegios de la Administración es el de la ejecutividad de los actos administrativos, conforme al cual el inicio

<sup>168</sup> Artículo 218°.- *Agotamiento de la vía administrativa*

218.1 Los actos administrativos que agotan la vía administrativa podrán ser impugnados ante el Poder Judicial mediante el proceso contencioso-administrativo a que se refiere el Artículo 148° de la Constitución Política del Estado.

218.2 Son actos que agotan la vía administrativa:

- a) El acto respecto del cual no proceda legalmente impugnación ante una autoridad u órgano jerárquicamente superior en la vía administrativa o cuando se produzca silencio administrativo negativo, salvo que el interesado opte por interponer recurso de reconsideración, en cuyo caso la resolución que se expida o el silencio administrativo producido con motivo de dicho recurso impugnativo agota la vía administrativa; o
- b) El acto expedido o el silencio administrativo producido con motivo de la interposición de un recurso de apelación en aquellos casos en que se impugne el acto de una autoridad u órgano sometido a subordinación jerárquica; o
- c) El acto expedido o el silencio administrativo producido con motivo de la interposición de un recurso de revisión, únicamente en los casos a que se refiere el Artículo 210° de la presente Ley; o
- d) El acto que declara de oficio la nulidad o revoca otros actos administrativos en los casos a que se refieren los Artículos 202° y 203° de esta Ley; o
- e) Los actos administrativos de los Tribunales o Consejos Administrativos regidos por leyes especiales.

del proceso contencioso-administrativo no supone la suspensión del acto impugnado, salvo, claro está, que en el proceso se haya solicitado alguna medida cautelar tendiente a suspender los efectos del acto impugnado. Dicho privilegio es especialmente grave cuando el acto administrativo impugnado ha sido dictado en ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración. Ello ha determinado que «el principio general tradicional de ejecutividad haya cedido, consagrándose en algunos supuestos el efecto suspensivo de la iniciación del proceso, y observándose en los demás una tendencia jurisprudencial más generosa a la hora de pronunciarse sobre la petición de suspensión»<sup>169</sup>.

Ahora bien, el Proyecto presentado por la Comisión y la Ley aprobada por el Congreso mantuvieron el principio de ejecutividad de los actos administrativos, apostando, sin embargo, por la labor jurisprudencial a través del dictado de medidas cautelares. El TUO hace lo mismo, admitiendo incluso la posibilidad de que exista otra norma de rango de ley que disponga lo contrario.

En ese sentido, es necesario recordar que la Ley 28165 modificó varios artículos de la Ley de Ejecución Coactiva (Ley 26979). En la modificación introducida al artículo 16 de la Ley 26979<sup>170</sup> se dispuso que el ejecutor coactivo tiene la obligación de suspender, bajo responsabilidad, el procedimiento de ejecución coactiva, mientras esté en trámite la demanda contencioso administrativa. Siendo ello así, dicha norma señala que en esos casos

---

<sup>169</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, *Derecho Procesal Administrativo Hispanoamericano*, p. 256.

<sup>170</sup> «Artículo 16 de la Ley de Ejecución Coactiva.- Suspensión del procedimiento. 16.1. Ninguna autoridad administrativa o política podrá suspender el procedimiento, con excepción del ejecutor, quien deberá hacerlo, bajo responsabilidad, cuando:

(...)

e) Se encuentre en trámite o pendiente de vencimiento el plazo para la presentación del recurso administrativo de reconsideración, apelación, revisión o demanda contencioso administrativa presentada dentro del plazo previsto por ley contra el acto administrativo que sirve de título para la ejecución, o contra el acto que determine la responsabilidad solidaria en el supuesto contemplado en el artículo 18, numeral 18.3 de la presente ley.

(...).

la interposición de la demanda suspende la ejecución de las actuaciones administrativas. Una situación particular que es necesario tener en cuenta es que es necesario tener en cuenta el ámbito de vigencia de esa ley, para poder determinar en qué casos se produce esa suspensión. De este modo, los actos administrativos dictados en los procedimientos administrativos bilaterales, en los que exista una sanción y al mismo tiempo una medida correctiva, la suspensión alcanza única y exclusivamente a la sanción, que es la única que es ejecutada por el ejecutor coactivo, más no a la medida correctiva, para cuya suspensión se requerirá el dictado de una medida cautelar.

## 5. La vía procedimental

### 5.1. El régimen anterior

En el caso peruano, las normas del Código Procesal Civil que regulaban el proceso contencioso administrativo establecían que todos los procesos contenciosos administrativos se debían tramitar en la vía del proceso abreviado. Posteriormente, la Ley que regula el proceso contencioso-administrativo estableció, como regla general, el hecho que la vía procedimental correspondiente sea la del proceso abreviado, reservándose para el trámite de algunas pretensiones la vía del proceso sumarísimo, atendiendo a la necesidad de una decisión jurisdiccional inmediata, tales supuestos son:

1. En los casos en que la pretensión consista en el cese de cualquier actuación material que no se sustente en acto administrativo.
2. En los casos en que la pretensión consista en que se ordene a la Administración la realización de una determinada actuación a que se encuentre obligada por mandato de la ley o en virtud de acto administrativo firme.

El Proyecto, a diferencia de la Ley, establecía, además de las pretensiones anteriormente señaladas, que la vía del proceso sumarísimo también era la adecuada para las pretensiones de indemnización de daños y perjuicios, siempre que el monto de la misma no exceda de 30 Unidades de Referencia Procesal. Sin

embargo, la disposición establecida por el Congreso de la República en el artículo 26 de la Ley, llevó al legislador a suprimir el inciso 3 del Proyecto que era precisamente en el que se hacía referencia a la pretensión de indemnización de daños y perjuicios.

Creemos importante recordar que el artículo 26 del Proyecto<sup>171</sup> tenía una redacción sustancialmente distinta a aquella que fuera posteriormente aprobada por el Congreso de la República. En ese sentido, el artículo 26 del Proyecto disponía que, en el caso de las pretensiones accesorias, éstas debían ser tramitadas en la misma vía procedimental en la que sería tramitada la pretensión principal. Como se ve, la idea del Proyecto era adecuar la regulación normativa al principio de economía procesal, para evitar que la tramitación de una pretensión accesoria en una vía procedimental distinta a aquella en la que debía ser tramitada la principal, determine la imposibilidad de acumulación, pues, sabido es que uno de los requisitos de la acumulación es que las pretensiones a acumular sean tramitables en una misma vía procedimental.

Ahora bien, debido a los graves problemas de carga procesal que sufrieron los Juzgados contenciosos administrativos que tuvo su origen en el hecho de que originalmente se crearon sólo dos y posteriormente cuatro, se dictó una norma que creó un procedimiento especial. El problema que se presentó radicaba en lo siguiente: la carga procesal que sufría cada Juzgado contencioso-administrativo en la ciudad de Lima, generaba que las audiencias fueran citadas para algo más allá de un año, lo que sin duda constituía una grave infracción al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de los litigantes. La solución que se dio a dicho problema fue, antes que crear un número de juzgados contenciosos-administrativos que fuera suficiente para asumir un

<sup>171</sup> «Artículo 26 del Proyecto de Ley del proceso contencioso-administrativo.- Vía procedimental en el caso de pretensiones accesorias.- Si la pretensión de indemnización de daños y perjuicios se plantea como pretensión accesoria, ésta se tramitará en la vía procedimental correspondiente a la de la pretensión principal, independientemente de su monto. La misma norma se aplica en el caso de cualquier otra pretensión accesoria».

número razonable de procesos, dictar una Ley que modificaba el procedimiento, nos referimos a la Ley 28531, publicada el 26 de mayo de 2005.

La referida Ley creó un procedimiento especial en el cual se tramitarían las pretensiones para las cuales no se había previsto el trámite del proceso sumarísimo. Así, en virtud de lo establecido en dicha norma, se puede decir, que existen dos vías procedimentales: (i) la del proceso sumarísimo para las pretensiones señaladas en el artículo 24 de la Ley que regula el proceso contencioso-administrativo y (ii) la del procedimiento especial para todos los demás casos. ¿En qué consistía ese procedimiento especial? De acuerdo a lo señalado por la referida Ley, se suprime la audiencia de saneamiento y conciliación, siendo el Juez el que, sin la presencia de las partes, resuelve todos los asuntos vinculados en esos actos a través de distintas resoluciones. Sólo si los medios de prueba así lo ameritan existirá audiencia de pruebas, caso contrario, se prescindirá también de ella.

En las ediciones anteriores mostramos nuestro acuerdo con la regulación en lo que se refiere a la audiencia de pruebas, sin embargo, respecto a lo que se establece en la mencionada ley sobre la parte referida a la conciliación y fijación de puntos controvertidos, encontrábamos algunos inconvenientes. En primer lugar, creíamos que la exclusión de la etapa conciliatoria al interior del proceso contencioso-administrativo partía de una consideración errónea, el creer que en el proceso contencioso-administrativo sólo se discute acerca de la validez del acto administrativo, sólo así se explica por qué se excluye la etapa de conciliación de este proceso. Si se hubiese pensado en un proceso contencioso-administrativo de plena jurisdicción, que es el que finalmente regula la Ley del proceso contencioso-administrativo, y no en un proceso de mera revisión de legalidad, se hubiese visto la importancia de mantener la etapa conciliatoria dentro del proceso. Lamentablemente por más que tenemos regulado un proceso contencioso-administrativo de plena jurisdicción seguimos pensando y actuando como si mantuviéramos un proceso de revisión de legalidad del acto. En segundo lugar, la regulación excluía la participación de las partes en el momento

de la determinación de los puntos controvertidos, etapa importante, pues no sólo sirven para poder determinar qué medios probatorios serán objeto de actuación en el proceso, sino que, además, permiten establecer los asuntos que serán objeto de decisión del Juzgador en la sentencia. Finalmente, creemos que la regulación generaba cierta incoherencia al sistema del proceso contencioso-administrativo, pues se había excluido la audiencia de fijación de puntos controvertidos y conciliación para los asuntos que antes se tramitaban en la vía del proceso abreviado, sobre la base de considerar que la citación a audiencia dilata demasiado e innecesariamente el proceso. Sin embargo, se mantuvo la audiencia única para el proceso sumarísimo, que es el proceso en el que se tramitan pretensiones que requieren una más rápida respuesta del órgano jurisdiccional. Por ello, si se partía de la idea de que la citación a audiencia dilataba demasiado el proceso, no sólo debió excluirse ella de aquello que era antes tramitado en la vía del proceso abreviado, sino que, con mayor razón respecto de aquellas materias que son objeto del proceso contencioso-administrativo.

Somos conscientes y hemos sido testigos de la enorme carga que sufren los procesos contenciosos administrativos, sin embargo, creemos que la solución adoptada por la Ley 28531 no era la mejor.

## 5.2. El régimen actual

El TUO establece actualmente que el proceso contencioso-administrativo será tramitado en dos vías diferentes: (i) la del proceso especial y (ii) la del proceso urgente.

### 5.2.1. El proceso especial

Es el esquema general propio de la tramitación de cualquiera de las pretensiones que, de acuerdo a lo establecido en el artículo 5 del TUO, pueden ser planteadas en el proceso contencioso-administrativo, salvo aquellas a las que expresamente se les haya reservado la posibilidad del especial trámite del proceso urgente.

Las etapas de este proceso son:

- (a) *La interposición de la demanda.* Es la etapa en la que el particular, en ejercicio de su derecho a la tutela jurisdiccional

efectiva, formula ante el Poder Judicial una o unas pretensiones que tienen por finalidad el control jurídico de los actos de la administración sujetos al derecho administrativo y/o la efectiva tutela de sus derechos como administrado. En los casos de los procesos de lesividad la administración pública le solicita al Poder Judicial que declare la nulidad de una actuación administrativa, alegando la tutela del interés público.

Ahora bien, es muy importante tener en consideración, como ya ha sido expuesto, que la demanda contencioso administrativa debe cumplir con los requisitos generales establecidos en el Código Procesal Civil, además de los especiales establecidos en el TUO de la Ley.

- (b) *La calificación de la demanda.* Es el momento en el cual el Juez revisa de manera preliminar el que la demanda cumpla con los requisitos de admisibilidad o procedencia establecidos en el TUO de la Ley que regula el proceso contencioso-administrativo, así como los exigidos por el Código Procesal Civil. Quizá quepa reiterar que esta etapa está impregnada necesariamente por la aplicación del principio *favor processum* o *pro actione*, que se encuentra expresamente previsto en la Ley, según el cual en caso de duda entre si se admite o no una demanda, el Juez está obligado a admitirla. A estas alturas del desarrollo del derecho constitucional y de la influencia que este tiene en el derecho procesal, puede resultar quizá ocioso o innecesario decir que el hecho que este principio no se encuentre expresamente reconocido en la Ley no hace que el Juez, no deba actuar conforme a sus mandatos, por ser una necesaria derivación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva reconocido expresamente en el artículo 139 inciso 3 de la Constitución.

De este modo, en esta etapa el Juez debe admitir la demanda, salvo que (i) haya algo que no resulte claro o preciso, en cuyo caso solicitará su subsanación o (ii) encuentre un defecto grave, de tal naturaleza que, considere que no debe seguir con el trámite del proceso, en cuyo rechazará la

demanda, *bajo su responsabilidad*. Lamentablemente nuestros Juzgadores piensan que la admisión de la demanda es excepcional; y que más bien deben buscar el modo en que la rechazan.

En esta etapa el Juez debe verificar si no hay nadie, además de los expresamente demandados por el demandante, a quien deba incorporar en el proceso, a fin de no lesionar su derecho de defensa.

- (c) *El emplazamiento*. Es el acto de comunicación a todos los que son demandados en el proceso, de que existe una demanda en su contra. Se trata de un acto de comunicación completo, en la medida que no basta con que se informe al demandado que existe un proceso en su contra, sino que se hace preciso, además, que se comuniquen los exactos términos en los que ha sido planteada la demanda, con todos los medios probatorios que le sirven de sustento.

Recordemos que estamos ante un acto formal, en la medida que es el presupuesto para el ejercicio del derecho de defensa del demandado.

- (d) *La actuación del demandado*. Una vez producido el emplazamiento, el demandado entra en la escena del proceso, y tiene varias posibilidades de actuación, dentro de las que la primera es el no hacer nada. Esa es precisamente la primera manifestación del ejercicio del derecho de defensa. Ahora bien, el no ejercicio del derecho de defensa, no puede por ende generar consecuencias desfavorables a quien legítimamente decide no ejercerlo; por ello, es necesario distinguir entre el acto de defensa y el acto de apersonamiento. El apersonamiento es el solo presentarse al órgano jurisdiccional, indicando los datos necesarios para la notificación posterior. La defensa supone algo más, supone esgrimir razones para cuestionar las del oponente. Por ello, en el contencioso-administrativo, las defensas que el demandado puede proponer son:

- (i) *Cuestiones probatorias*. Los medios de defensa a través de los cuales se cuestiona la eficacia de un medio proba-

torio. A través de las tachas se cuestiona un testigo o un documento, en este último caso señalando que es nulo o falso. En cambio, a través de las oposiciones, se cuestiona la eficacia de los demás medios de prueba. El TUO establece que el demandado tiene un plazo de tres días hábiles, contados desde la resolución que los tiene por ofrecidos, para formular cuestiones probatorias.

- (ii) Excepciones y defensas previas. Son medios de defensa procesales. Las excepciones son medios de defensa típicos previstos en el artículo 446 del Código Procesal Civil y tienen por finalidad cuestionar la validez de la relación procesal. En cambio, las defensas previas, tienen por finalidad cuestionar la oportunidad en la que el demandante ha planteado su demanda, en la medida que debió haber dejado transcurrir un tiempo o debió haber realizado algún acto anterior a la interposición de la demanda, sin embargo demandó, sin hacerlo. Es necesario señalar que mientras las excepciones tienen efectos perentorios o dilatorios, las defensas previas, tienen siempre efectos de suspender la tramitación del proceso hasta que no se realice aquel acto o se deje transcurrir el plazo establecido en la ley.

Es importante señalar en esta sede que no puede ser planteado como defensa previa, aquello para lo cual ha previsto una excepción específica, ello debido a que la ley ya determinó un medio de defensa especial, para cuestionar un defecto específico de la relación procesal, razón por la cual este medio específico debe primar sobre el medio de defensa general, que es la defensa previa. Ese es el caso, por ejemplo, de la falta de agotamiento de la vía administrativa. Es claro que es un acto que el administrado debe cumplir con realizar antes de la interposición de la demanda, pero la ley ha establecido la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa, como el medio específico para cuestionar ese defecto, razón por la cual ya no cabe la interposición de una defensa previa.

Por otro lado, tampoco puede plantearse una defensa previa ante un defecto para el cual la ley ya ha establecido como consecuencia la improcedencia, ello debido a que la consecuencia de una defensa previa no es la improcedencia de la demanda, sino la suspensión del trámite del proceso, hasta que el acto no se realice, esa es la razón por la cual su planteamiento es contradictorio con los efectos previstos por el ordenamiento, en caso de presentarse un defecto, para el cual ha previsto como consecuencia, la improcedencia de la demanda. Esto es lo que ocurre por ejemplo, con la falta de agotamiento de la vía administrativa, o cuando no se ha vencido el plazo para que la entidad administrativa declare la nulidad de oficio de un acto administrativo que lesiona el interés público en los casos de los procesos de lesividad, o si es que no fue expedida la resolución motivada a la que hace referencia el artículo 13 del TUO.

Aunque no descartamos que quizá pudieran existir otras hipótesis en las que según las normas del derecho administrativo material, pudiera justificarse la interposición de una defensa previa, aquellas que presentarse como las más evidentes, no lo son en realidad.

- (iii) La contestación de la demanda. Es el acto por medio del cual el demandado se opone a la pretensión planteada por el demandante. De este modo, el demandado en este acto puede negar los hechos, incorporar nuevos hechos que sirvan a su defensa, ofrecer cuanto medio probatorio cree que sirva para sustentar su posición, esgrimir los argumentos de derecho que se contrapongan a los del demandante, o darles un sentido diverso a aquellos que el demandante invoque.

En este punto es muy importante señalar que en un proceso contencioso-administrativo de plena jurisdicción, así como se amplía las posibilidades de solicitud de tutela del demandante, permitiéndose una amplia posibilidad para formular pedidos en tutela de las situaciones jurídicas de las cuales alega ser titular; se amplía

también las posibilidades de defensa del demandado, lo que no es sino un correlato de lo anterior. En ese sentido, las posibilidades de defensa de la parte demandada se amplían en la misma proporción que lo hace la posibilidad de alegación del demandante. Dicho de otro modo, en un proceso contencioso-administrativo diseñado con base al respeto al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, supone el respeto de todas las garantías que lo integran, tanto para el demandante, como para el demandado.

(iv) Las defensas atípicas. Por más que el TUO haya establecido que nos encontramos ante un procedimiento especial, eso no debe llevarnos a perder de vista que nos encontramos ante un proceso de cognición. Ello supone que el demandado tiene abiertas y amplias posibilidades de defensa, más allá de la previsión legal de medios específicos de defensa. De este modo, si hubiera alguna alegación o defensa para cuya proposición no existiera ningún medio específico de defensa, el demandado podría invocarlo, sin necesidad de ninguna formalidad o mecanismo especial.

(e) *El saneamiento procesal.* Es la etapa en la que el Juez realiza un análisis, esta vez, exhaustivo de la validez de la relación procesal. En ese sentido, el TUO señala que transcurrido el plazo para contestar la demanda, el Juez expedirá resolución declarando la existencia de una relación jurídica procesal válida; o la nulidad y la consiguiente conclusión del proceso por invalidez insubsanable de la relación, precisando sus defectos; o, si fuere el caso, la concesión de un plazo, si los defectos de la relación fuesen subsanables.

Subsanados los defectos, el Juez declarará saneado el proceso por existir una relación jurídica procesal válida. En caso contrario, lo declarará nulo y, en consecuencia, concluido.

Cabe señalar que este es el momento en el que el Juez resolverá también las excepciones y defensas previas planteadas.

Es necesario señalar que en esta etapa también es aplicable el principio *favor processum*.

- (f) *Fijación de puntos controvertidos*. Los puntos controvertidos son los elementos de hecho y de derecho respecto de los cuales las partes mantienen una discrepancia y cuya solución resulta necesaria para resolver en la sentencia. El TUO señala que la fijación de puntos controvertidos se realiza en el mismo auto de saneamiento, sin la participación inmediata de las partes. Decimos que no hay una participación inmediata de las partes en la medida que no existe una etapa, ni ningún momento previsto en el TUO en el que las partes puedan proponerle al Juez cuáles son, a su juicio, los puntos controvertidos que él debe señalar. Sin embargo, las partes sí tienen una participación mediata en la fijación de puntos controvertidos, en la medida que los puntos controvertidos se extraen de las alegaciones que ellas hagan en sus escritos postulatorios.

Los puntos controvertidos son importantes fundamentalmente para dos aspectos, uno tiene que ver con la admisión de los medios de prueba y el segundo tiene que ver con la solución del tema de fondo, ya que en nuestro sistema procesal, se exige que el Juez de pronunciarse respecto de todos los puntos controvertidos.

- (g) *Saneamiento probatorio*. Es el momento en el cual decide qué medios probatorios admite y qué medios probatorios no admite. Asimismo, es la etapa en la que -salvo que diga lo hará en la sentencia, lo que deberá ser establecido expresa y justificadamente- resolverá las cuestiones probatorias planteadas. Según el procedimiento establecido en el TUO, esta decisión también se realiza al mismo tiempo que se declara el saneamiento del proceso.
- (h) *Actuación de pruebas*. Es la etapa en la que se realizarán todos los actos necesarios con la finalidad que los medios probatorios tengan eficacia probatoria. Solo se realiza si es que los medios probatorios ofrecidos y admitidos por las partes requieren de actuación probatoria.

- (i) *Dictamen fiscal.* Es la opinión que, por exigencia del TUO debe brindar el Ministerio Público acerca de la demanda planteada. Si bien esta es una exigencia que se mantiene desde el texto original de la Ley, es necesario señalar que el TUO trajo una positiva reforma en este rubro, cual es, que el Ministerio Público tiene solo quince días para poder emitir su opinión, disponiendo el TUO que con o sin dictamen fiscal, el expediente será devuelto al Juzgado, el mismo que se encargará de notificar la devolución del expediente y, en su caso, el dictamen fiscal a las partes.
- (j) *Informe oral.* Es el momento en el que las partes y sus abogados pueden esgrimir oralmente sus posiciones acerca de la demanda. Es un momento estelar, pues dada la regulación del proceso contencioso-administrativo actual, es el único acto oral necesario que tiene el proceso, decimos necesario, en la medida que la audiencia de pruebas es eventual.
- (k) *Sentencia.* Es la decisión que acerca de la pretensión va expedir el Juez. Sobre esta nos extenderemos más adelante en este libro.

### 5.2.2. El proceso urgente

El artículo 26 del TUO regula el trámite especial de un proceso para la tramitación de estas tres pretensiones: (i) el cese de cualquier actuación material que no se sustente en acto administrativo; (ii) el cumplimiento por la administración de una determinada actuación a la que se encuentre obligada por mandato de la ley o en virtud de acto administrativo firme; y, (iii) las relativas a materia previsional en cuanto se refieran al contenido esencial del derecho a la pensión.

#### 5.2.2.1. ¿Qué es un proceso urgente?

El reconocimiento del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva como un derecho fundamental y principio rector de todo proceso trae como consecuencia la necesidad de que la tutela jurisdiccional que brinda el Estado esté en capacidad de responder adecuadamente a todas las necesidades de protección de las situaciones jurídicas de los particulares.

En ese sentido, hay veces en las que el proceso debe dar una respuesta inmediata pues de otro modo la tutela jurisdiccional no resultaría ser efectiva, de modo que, por esperar el trámite normal de un proceso, y respetar sus plazos y procedimientos ordinarios, la protección que el derecho reclama sería imposible que llegue a tiempo, evitando con ello que el proceso llegue a cumplir con su finalidad.

En ese sentido es muy importante distinguir al proceso urgente, del proceso cautelar y de la sumarización en la tutela cognitiva. La diferencia entre lo urgente y lo cautelar radica fundamentalmente en que lo cautelar es provisorio e instrumental de un proceso, llamado principal, cuya demora, precisamente se teme que pueda generar un daño en el derecho cuya protección dicho derecho reclama<sup>172</sup>. Lo urgente en cambio, es definitivo y no depende ni es instrumental de ningún proceso principal, pues lo principal se está discutiendo en ese especial proceso, diseñado, precisamente así, porque la protección que el derecho requiere es inmediata, al punto de admitirse, incluso, la posibilidad de restringir algunas manifestaciones del derecho de defensa (alegación, prueba o impugnación) con el propósito de conseguir aquella decisión definitiva que es la única capaz de brindar aquella protección que el derecho material reclama.

Por otro lado, es necesario distinguir lo urgente de las técnicas de sumarización de la tutela cognitiva. Así lo urgente es un proceso cuya decisión debe ser expedida inmediatamente debido a que la efectiva protección jurisdiccional del derecho material no puede esperar, muchas veces, ni siquiera el concederle el ejercicio del derecho de defensa al demandado; o de permitirlo, esta posibilidad es absolutamente limitada. Lo que marca al proceso urgente es por ello, la urgencia de la necesidad de protección del derecho material. En cambio, las técnicas de aceleración de tutela, se refieren a aquellos mecanismos previstos por el ordenamiento jurídico para adelantar o, si se quiere, conseguir

---

<sup>172</sup> Esto ya fue dicho por Piero CALAMANDREI. CALAMANDREI, Piero, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, El Foro, Buenos Aires, 1996, pp. 41 y ss.

reducir el tiempo que toma el proceso ordinario de conocimiento, ante situaciones concretas y específicas, que por su complejidad, cuantía o naturaleza, no requieren del tiempo normal del proceso cognitivo. En ningún caso, sin embargo, esa reducción procedimental, llega o puede llegar, como en la tutela urgente, a la restricción del derecho de defensa.

Dado que en el proceso urgente se produce una restricción del derecho de defensa, solo cabe que esta exista, luego de un juicio de ponderación de los derechos involucrados, por ello, es una forma que solo sirve para poder proteger derechos fundamentales.

#### 5.2.2.2. El proceso previsto en el TUO ¿es un proceso urgente?

Mi inmediata respuesta es que no lo es. Se trata más bien de un intento cargado de buenas intenciones por tratar de acelerar la tutela en un proceso cognitivo, sin embargo, el legislador atado a los dogmas del proceso civil (reiteramos, civil) clásico, no ha podido dejar ese lastre, y ha colocado un pomposo nombre a un proceso que, aunque en teoría más breve, no corresponde a la esencia de un proceso urgente.

Veamos el trámite:

- (a) *La interposición de la demanda.*- Además, de los requisitos exigidos por el TUO de la Ley que regula el proceso contencioso-administrativo y el Código Procesal Civil, la demanda debe contener los requisitos establecidos en el artículo 26 del mencionado TUO, específicamente: solo pueden plantearse en la demanda las pretensiones señaladas en el citado artículo y, además, debe poder apreciarse en ella que se cumplen con los requisitos especiales, es decir: (i) que el interés cuya tutela se solicita sea cierto o manifiesto, (ii) que exista una necesidad impostergable de tutela y (iii) que sea la única vía eficaz para la tutela del derecho invocado.

Sin perjuicio de la explicación que sobre los especiales requisitos que debe cumplir esta demanda, haremos más adelante, es importante mencionar que dado el especial trámite que la ley establece en este caso, no es posible acumular a ninguna de estas pretensiones ninguna otra, señalada en el artículo 5 del TUO. Sin embargo la acumulación de pre-

tensiones en este proceso es posible, en la medida que: (i) las pretensiones que se desean acumular sean cualquiera de las establecidas en el propio artículo 26 del TUO, o (ii) siempre que se trate de pretensiones accesorias, es decir, pretensiones que sean una necesaria consecuencia de cualquiera de las pretensiones a las que se refiere el artículo 26. Aun cuando no de acumularse a cualquiera de esas pretensiones no sería en estricto una pretensión accesoria, sino más bien condicional, me parece importante señalar que en ningún caso sería posible acumular en este proceso la indemnización de daños y perjuicios.

Por otro lado, creo que si apreciamos las pretensiones expresamente señaladas como aquellas que habilitan el uso de este proceso, estamos ante un extraordinario ejemplo de un proceso contencioso-administrativo de plena jurisdicción, en la medida que ninguna de las pretensiones pasibles de ser planteadas en este proceso es la pretensión de nulidad de un acto administrativo.

- (b) *Emplazamiento.*- No hay ninguna regla especial en este proceso.
- (c) *Actuación del demandado.*- No existe ninguna restricción establecida en la ley para la actuación del demandado, con lo que, en línea de principio, y tratándose en esencia de un proceso cognitivo con sumarización procedimental (y no propiamente un proceso urgente) el demandado puede plantear todas las defensas que considere oportunas, dentro de las que se encuentran las cuestiones probatorias, las excepciones, las defensas previas y la defensa de fondo. Cabe señalar que no existe tampoco restricción alguna al ofrecimiento de medios probatorios.

Lo anterior es una consecuencia de no haberse previsto en realidad un proceso urgente. Sin embargo, si nos encontráramos ante un caso particular, en el que la respuesta jurisdiccional debe ser inmediata, por encontrarse en grave riesgo el derecho material (como ocurre, por ejemplo, en los procesos en tutela del derecho fundamental a la pensión), entonces, el juez, usando como base el trámite especial del

proceso  
lo cual, brindar una real tutela urgente, para realizando una adecuada justificación de su decisión, con base en la Constitución, la restricción del derecho de defensa, disponiendo la inmediata decisión final del caso.

*Sentencia.*- El artículo 27 del TUO de la Ley señala que la sentencia debe ser dictada en el plazo de cinco días luego de el de la demanda, sea sido absuelta o no. Sin embargo, al final del primer párrafo del artículo 27 se que « (...) el juez dictará en la sentencia la medida que corresponda a la invocada (. La redacción de la norma nos permite inferir que el no está habilitado solamente a declarar *fundada* o *infundada* la sino que, además, puede dictar o disponer la medida que corresponda a la pretensión invocada y, agregado, declarada fundada. En ese sentido, la norma está permitiendo al que además, de la pretensión la adopción de otras medidas que, en sentido similar a lo que dispone el inciso 2 artículo 41 que comentaremos en el capítulo correspondiente, pero que sin duda alguna me una excepción al principio de congruencia.

- (e) *Apelación de sentencia con efecto suspensivo.*- Esta es quizá la prueba más palpable que sustenta mi posición en el sentido que no estamos ante un proceso urgente. La posibilidad de un contradictorio anticipado, con una decisión apelable suspendiendo los efectos de la sentencia, son los más claros ejemplos de que el esquema usado por el legislador es la el de un proceso cognitivo más, al cual se le han abreviado ciertos plazos y reducido ciertos actos, para permitir que se llegue a la sentencia antes de lo que se llegaría en un proceso de conocimiento más, pero nunca tan rápido como un verdadero proceso urgente debería permitir.
- (f) *Vista de la causa e oral.* Siendo que se trata de la apelación de una sentencia, y no habiendo una norma especial que disponga lo el trámite del recurso de apela-

ción supone concederle a las partes la posibilidad de exponer las razones de su posición oralmente ante la Sala.

- (g) *Resolución que resuelve el recurso de apelación.*
- (h) *Eventual recurso de casación con efecto suspensivo.* Si ya la posibilidad de formular recurso de apelación contra la resolución de primera instancia demostraba que no estábamos ante un verdadero proceso urgente, la posibilidad de que contra la decisión de segundo grado quepa recurso de casación ratifica más aquella posición.

Ahora bien, el artículo 35.3. del TUO establece que en este proceso el único caso en el que no cabe recurso de casación es cuando la sentencia de primera instancia hubiese declarado fundada la demanda y, luego, la resolución de la segunda instancia hubiese confirmado la sentencia en primera instancia. Solo en este caso no cabe recurso de casación, en los demás, sí. De este modo, por ejemplo si la sentencia de primera instancia no le da la razón al demandante, pero la segunda instancia sí, cabe contra esta resolución recurso de casación, con efecto suspensivo. Nótese por ello como este proceso no es idóneo para hacerle frente a reales situaciones de urgencia, en la medida que la ley permite que incluso dictada ya la sentencia en segunda instancia, los efectos de esta se suspendan, hasta que se pronuncie la Corte Suprema en recurso de casación.

- (i) *Resolución que resuelve el recurso de casación.* La resolución puede ser confirmatoria o revocatoria o anulatoria, en función de la pretensión impugnatoria planteada en el recurso de casación.

Todo lo expuesto en cuanto al procedimiento en el proceso urgente, permite advertir que el legislador ha sido muy tímido al momento de regular un verdadero proceso urgente, sino que lo que ha hecho es simplemente reducir los plazos de los actos procesales del régimen general (que en este caso corresponden a los del proceso especial, que es un auténtico proceso cognitivo),

y cortar algunos actos procesales de ese proceso, como por ejemplo, el saneamiento, la fijación de puntos controvertidos y el dictamen fiscal.

### 5.2.2.3. Las pretensiones a ser planteadas en el proceso urgente

El artículo 26 del TUO señala que en el proceso urgente solo se pueden tramitar las siguientes pretensiones:

1. *El cese de cualquier actuación material que no se sustente en acto administrativo.*- En este caso, la Ley teme que debido a que nos encontramos ante una situación de abuso manifiesto, el derecho del ciudadano se puede ver gravemente amenazado, por ello, permite este trámite especial. Sin embargo, en mi opinión, creo que la mejor solución en este caso, hubiese sido que se facilite de alguna manera la concesión de una medida cautelar, antes que la regulación de un proceso urgente, salvo que nos encontremos en una situación extrema o excepcional, donde entonces, sí sería conveniente la regulación de un proceso urgente.
2. *El cumplimiento por la administración de una determinada actuación a la que se encuentre obligada por mandato de la ley o en virtud de acto administrativo firme.* Este es un grave error de técnica legislativa que viene arrastrando nuestro régimen de contencioso-administrativo desde que entró en vigencia la Ley 27584. Esta pretensión debe ser tramitada en un proceso cognitivo de condena, cuando la administración no quiera cumplir con un mandato contenido en la ley -regulación que hoy en día tiene-, sin embargo, debe ser tramitada en un proceso de ejecución, en los casos en los que existe un acto administrativo firme que dispone que la administración debe cumplir con cierta conducta; de modo que el acto administrativo firme sea el título de ejecución.
3. *Las relativas a materia previsional en cuanto se refieran al contenido esencial del derecho a la pensión.* Nótese que en este caso, en estricto, no se regula una pretensión, sino que se trata de una norma que dispone que todas -entiéndase, cualquier

pretensión- las pretensiones que tengan que ver con materia previsional y siempre que se refieran al contenido esencial del derecho a la pensión, pueden ser tramitadas en esta vía especial.

De este modo, es importante que podamos establecer, en primer término, cuál es el contenido esencial del derecho a la pensión, a fin de poder establecer, en qué casos se puede acudir a este proceso especial. El Tribunal Constitucional ha establecido ello en la sentencia N° 1417-2005-AA (caso Anicama), como precedente vinculante:

*«37.- En base a dicha premisa, sobre la base de los alcances del derecho fundamental a la pensión como derecho de configuración legal y de lo expuesto a propósito del contenido esencial y la estructura de los derechos fundamentales, este Colegiado procede a delimitar los lineamientos jurídicos que permitirán ubicar las pretensiones que, por pertenecer al contenido esencial dicho derecho fundamental o estar directamente relacionadas a él, merecen protección a través del proceso de amparo:*

*a).- En primer término, forman parte del contenido esencial directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión, las disposiciones legales que establecen los requisitos del libre acceso al sistema de seguridad social consustanciales a la actividad laboral pública o privada, dependiente o independiente, y que permite dar inicio al período de aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones. Por tal motivo, serán objeto de protección por vía del amparo los supuestos en los que habiendo el demandante cumplido dichos requisitos legales se le niegue el acceso al sistema de seguridad social.*

*b).- En segundo lugar, forma parte del contenido esencial directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión, las disposiciones legales que establecen los requisitos para la obtención de un derecho a la pensión. Así, será objeto de protección en la vía de amparo los supuestos en los que, presentada la contingencia, se deniegue a una persona el reconocimiento de una pensión de jubilación o cesantía, a pesar de haber cumplido los requi-*

sitos legales para obtenerla (edad requerida y determinados años de aportación), o de una pensión de invalidez, presentados los supuestos previstos en la ley que determinan su procedencia.

Tal como ha tenido oportunidad de precisar la Corte Constitucional colombiana, en criterio que este Colegido comparte, el derecho a la pensión «adquiere el carácter de fundamental cuando a su desconocimiento sigue la vulneración o la amenaza de derechos o principios de esa categoría y su protección resulta indispensable tratándose de la solicitud de pago oportuno de las pensiones reconocidas, ya que la pensión guarda una estrecha relación con el trabajo, principio fundante del Estado Social de Derecho, por derivar de una relación laboral y constituir una especie de salario diferido al que se accede previo el cumplimiento de las exigencias legales». (Cfr. Corte Constitucional colombiana. Sala Tercera de Revisión. Sentencia T-608 del 13 de noviembre de 1996. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz).

- c).- Por otra parte, dado que, como quedó dicho, el derecho fundamental a la pensión tiene una estrecha relación con el derecho a una vida acorde con el principio-derecho de dignidad, es decir, con la trascendencia vital propia de una dimensión sustancial de la vida, antes que una dimensión meramente existencial o formal, forman parte de su contenido esencial aquellas pretensiones mediante las cuales se busque preservar el derecho concreto a un 'mínimo vital', es decir, «aquella porción de ingresos indispensable e insustituible para atender las necesidades básicas y permitir así una subsistencia digna de la persona y de su familia; sin un ingreso adecuado a ese mínimo no es posible asumir los gastos más elementales (...) en forma tal que su ausencia atenta en forma grave y directa contra la dignidad humana». (Cfr. Corte Constitucional colombiana. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-1001 del 9 de diciembre de 1999. M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

En tal sentido, en los supuestos en los que se pretenda ventilar en sede constitucional pretensiones relacionadas no con el reconocimiento de la pensión que debe conceder el sistema previsional público o privado, sino con su específico monto, ello sólo será

*procedente cuando se encuentre comprometido el derecho al mínimo vital.*

*Por ello, tomando como referente objetivo que el monto más alto de lo que en nuestro ordenamiento previsional es denominado «pensión mínima», asciende a \$/. 415,00 (Disposición Transitoria de la Ley N.º 27617 e inciso 1 de la Cuarta Disposición Transitoria de la Ley N.º 28449), el Tribunal Constitucional considera que, prima facie, cualquier persona que sea titular de una prestación que sea igual o superior a dicho monto, deberá acudir a la vía judicial ordinaria a efectos de dilucidar en dicha sede los cuestionamientos existentes en relación a la suma específica de la prestación que le corresponde, a menos que, a pesar de percibir una pensión o renta superior, por las objetivas circunstancias del caso, resulte urgente su verificación a efectos de evitar consecuencias irreparables (vg. los supuestos acreditados de graves estados de salud).*

*d).- Asimismo, aún cuando, prima facie, las pensiones de viudez, orfandad y ascendientes, no forman parte del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, en la medida de que el acceso a las prestaciones pensionarias sí lo es, son susceptibles de protección a través del amparo los supuestos en los que se deniegue el otorgamiento de una pensión de sobrevivencia, a pesar de cumplir con los requisitos legales para obtenerla.*

*e).- En tanto el valor de igualdad material informa directamente el derecho fundamental a la pensión, las afectaciones al derecho a la igualdad como consecuencia del distinto tratamiento (en la ley o en la aplicación de la ley) que dicho sistema dispense a personas que se encuentran en situación idéntica o sustancialmente análoga, serán susceptibles de ser protegidos mediante el proceso de amparo, siempre que el término de comparación propuesto resulte válido.*

*En efecto, en tanto derecho fundamental relacional, el derecho a la igualdad se encontrará afectado ante la ausencia de bases razonables, proporcionales y objetivas que justifiquen el referido tratamiento disímil en el libre acceso a prestaciones pensionarias.*

- f).- *Adicionalmente, es preciso tener en cuenta que para que quepa un pronunciamiento de mérito en los procesos de amparo, la titularidad del derecho subjetivo concreto de que se trate debe encontrarse suficientemente acreditada. Y es que como se ha precisado, en el proceso de amparo: «no se dilucida la titularidad de un derecho, como sucede en otros, sino sólo se restablece su ejercicio. Ello supone, como es obvio, que quien solicita tutela en esta vía mínimamente tenga que acreditar la titularidad del derecho constitucional cuyo restablecimiento invoca, en tanto que este requisito constituye un presupuesto procesal, a lo que se suma la exigencia de tener que demostrar la existencia del acto [u omisión] cuestionado». (STC 0976-2001-AA, Fundamento 3).*
- g).- *Debido a que las disposiciones legales referidas al reajuste pensionario o a la estipulación de un concreto tope máximo a las pensiones, no se encuentran relacionadas a aspectos constitucionales directamente protegidos por el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, prima facie, las pretensiones relacionadas a dichos asuntos deben ser ventiladas en la vía judicial ordinaria.*

*Las pretensiones vinculadas a la nivelación como sistema de reajuste de las pensiones o a la aplicación de la teoría de los derechos adquiridos en materia pensionaria, no son susceptibles de protección a través del amparo constitucional, no sólo porque no forman parte del contenido protegido del derecho fundamental a la pensión, sino también, y fundamentalmente, porque han sido proscritas constitucionalmente, mediante la Primera Disposición Final y el artículo 103° de la Constitución, respectivamente».*

De lo establecido por el Tribunal Constitucional, queda claro que el contenido esencial del derecho a la pensión está constituido por: (i) el acceso al sistema de seguridad social, de acuerdo a los requisitos establecidos en la ley; (ii) el derecho a obtener una pensión de jubilación o cesantía, a pesar de haber cumplido los requisitos legales para obtenerla (edad requerida y determinados años de aportación), o de una pensión de invalidez, presentados los supuestos previstos en la ley que determinan su procedencia; (iii) el derecho a obtener como pensión un mínimo vital; (iv) el derecho a que se otorgue de una pensión de

sobrevivencia, si se cumplen con los requisitos legales para obtenerla; y, (v) el derecho a la igualdad en el acceso de prestaciones pensionarias.

Es necesario señalar que, respecto a la tutela del contenido esencial del derecho a la pensión, el TUO de la ley que regula el proceso contencioso-administrativo ha optado por un régimen de regulación distinto al que ha optado la ley. Así, no ha establecido qué pretensiones relativas a la protección del contenido esencial del derecho a la pensión pueden ser planteadas en esta vía, sino que lo único que ha hecho es señalar que cualquier pretensión que se refiera al contenido esencial al derecho a la pensión.

En ese sentido, en línea de principio, y en la medida que no se hace ninguna referencia a qué pretensión en concreto corresponde ser planteada en esta vía, cualquiera de las pretensiones a las que se refiere el artículo 5 del TUO de la Ley que regula el proceso contencioso-administrativo, con excepción de la de indemnización de daños y perjuicios, que se refieran a alguno de los ámbitos que integran el contenido esencial del derecho a la pensión señalados por el Tribunal Constitucional en la sentencia Anicama, puede ser planteada en el proceso urgente, previsto en el TUO de la ley que regula el proceso contencioso-administrativo. Sin embargo, en mi opinión, la pretensión que más se adecua a la protección de estos derechos, es la de plena jurisdicción, en concreto, *el restablecimiento del derecho o interés jurídicamente tutelado y la adopción de las medidas o actos necesarios para tales fines.*

Ampliando lo señalado en el párrafo anterior, creo que es importante recordar que la pretensión es un pedido concreto de protección a un derecho. De este modo, el derecho puede ser protegido de diversas maneras. En ese sentido, debemos partir por establecer el derecho a la pensión (y, en concreto, nos referimos a cualquiera de las manifestaciones que integran su contenido esencial) puede ser vulnerado o amenazado por cualquiera de las actuaciones de la administración previstas en el artículo 4 del TUO de la ley que regula el proceso contencioso-administrativo. De este modo, pueden vulnerar el derecho a la pensión un acto administrativo, el silencio, la inercia o una actuación material. Ante esta situación, el titular del derecho a la pensión puede

solicitar la protección de su derecho, planteando cualquiera de las pretensiones recogidas en el artículo 5 del TUO de la Ley, siempre que se adecuen a las especiales necesidades de protección de ese derecho.

Sin embargo, dada la naturaleza del proceso urgente y considerando los elementos que deben ser tenidos en consideración para poder determinar el pago de una indemnización por daños y perjuicios, así como la manera como actúa la tutela resarcitoria en la protección de los derechos, soy de la opinión de que la pretensión de indemnización de daños y perjuicios no puede ser planteada en el proceso urgente. En todo caso, debe tenerse en consideración el hecho que la tutela resarcitoria es una forma de protección que tiene por finalidad reparar el daño ya producido, lo que no se condice con la naturaleza de las necesidades de protección jurisdiccional que justifican la existencia de la tutela urgente en un sistema procesal.

Todo lo contrario, ocurre sin embargo, con la pretensión de restablecimiento del derecho, porque precisamente para ello está prevista la tutela urgente, es decir, para dictar medidas concretas que permitan satisfacer el interés que subyace al derecho a la pensión, ante una situación de necesidad impostergable. Por ello, creo que este es y debería ser el escenario perfecto para el desarrollo de la plena jurisdicción en el contencioso-administrativo para la protección adecuada de los derechos de miles de personas que se ven sometidas a un trato indigno por parte de la administración.

Aun cuando no niego la posibilidad de que en algún caso particular, pueda ser posible la necesidad de que en esta vía se anule una actuación, no es el proceso urgente la vía natural para las pretensiones de invalidez, sino para las que supongan un restablecimiento, un cese, una orden. Sin embargo, ello debe ser evaluado en atención a la especial necesidad de protección del derecho vulnerado o amenazado, y las especiales circunstancias del caso. Es entonces el análisis en atención al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, lo que debe guiar al Juzgador a determinar la procedencia de la demanda en un proceso urgente.

#### 5.2.2.4. Los especiales presupuestos de procedencia

El artículo 26 del TUO exige que para la procedencia de una demanda en el proceso urgente, concurren estos tres requisitos, necesariamente:

1. *Interés tutelable cierto y manifiesto.* No es una expresión muy clara la utilizada por el TUO. *Interés tutelable*, debe entenderse como la situación jurídica cuya protección se reclama, debe ser clara y manifiesta. Pero no solo la titularidad, sino que la situación de lesión debe entenderse como manifiesta.
2. *Necesidad impostergable de tutela.* Es la urgencia de protección y de tutela, ello debe ser considerado en función de las necesidades reales de la persona que solicita la protección jurisdiccional, la manifestación del derecho a la pensión por cuya protección reclama y el pedido concreto que se solicita.
3. *Que sea la única vía eficaz para la tutela del derecho invocado.* No exista otra forma de protección del derecho que se reclama. Es por ello un proceso subsidiario, pero no lo es del proceso de amparo. Por ello, en el análisis, el Juzgador del contencioso-administrativo no debe comparar este proceso con el amparo, para determinar si hay una vía mejor o más eficaz. Ahora bien, incluso si lo comparase con el amparo, el proceso urgente es mejor y más expeditivo que el mismo proceso de amparo, el que con las modificaciones que ha venido sufriendo ha quedado como un proceso cognitivo más de tramitación sumaria.

Finalmente, es importante agregar que si no se cumplen con estos requisitos, el Juez no puede declarar improcedente la demanda, sino que debe admitir la demanda, en la vía del proceso especial.

## UNIDAD III: DESARROLLO DEL PROCESO: VÍAS PROCESALES, ACTUACIONES Y SENTENCIA

### LECTURA N° 5

- Morón Urbina, Juan Carlos (2011). Agotamiento de la Vía Administrativa. En Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General (11 ed.) (pp. 644-659). Lima: Gaceta Jurídica.

### OBJETIVO DE LA LECTURA

1. Reconocer correctamente los supuestos en los que se configura el agotamiento de la vía administrativa.
2. Determinar cuándo y por qué se puede deducir la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa.
3. Conocer cuáles son las excepciones a la exigencia del agotamiento de la vía administrativa.

### PREGUNTAS GUÍA DE LA LECTURA

1. ¿Qué significa el agotamiento de la vía administrativa?
2. ¿Por qué se exige el agotamiento de la vía administrativa previa como requisito para interponer una acción contencioso administrativa?
3. ¿Existen excepciones a la regla del agotamiento de la vía administrativa?
4. ¿Cuáles son los actos o supuestos en los que se agota la vía administrativa?
5. ¿Cuándo y en qué casos se puede deducir la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa?

**ARTÍCULO 218°.- AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA**

218.1 Los actos administrativos que agotan la vía administrativa podrán ser impugnados ante el Poder Judicial mediante el proceso contencioso-administrativo a que se refiere el artículo 148º de la Constitución Política del Estado.

218.2 Son actos que agotan la vía administrativa:

- a) El acto respecto del cual no proceda legalmente impugnación ante una autoridad u órgano jerárquicamente superior en la vía administrativa o cuando se produzca silencio administrativo negativo, salvo que el interesado opte por interponer recurso de reconsideración, en cuyo caso la resolución que se expida o el silencio administrativo producido con motivo de dicho recurso impugnativo agota la vía administrativa; o
- b) El acto expedido o el silencio administrativo producido con motivo de la interposición de un recurso de apelación en aquellos casos en que se impugne el acto de una autoridad u órgano sometido a subordinación jerárquica; o
- c) El acto expedido o el silencio administrativo producido con motivo de la interposición de un recurso de revisión, únicamente en los casos a que se refiere el artículo 210º de la presente Ley; o
- d) El acto que declara de oficio la nulidad o revoca otros actos administrativos en los casos a que se refieren los artículos 202º y 203º de esta Ley; o
- e) Los actos administrativos de los Tribunales o Consejos Administrativos regidos por leyes especiales.

**ANTECEDENTES**

Artículos 8, 114, LNGPA.  
Ley N° 26810.

**CONCORDANCIAS EXTERNAS**

Constitución Política, Art. 148, acción contencioso administrativa  
Ley N° 27972 Ley Orgánica de (Arts. 20 numeral 33, 50 y 52, ago-  
tamiento de la vía administrativa municipal)  
Ley N° 27584 Ley del Proceso Contencioso Administrativo

**CONCORDANCIAS INTERNAS**

Art. V, 2.8 Fuentes. Precedentes administrativos  
Art. 24.1.4 Plazo y contenido para efectuar una notificación  
Art. 72 Delegación de firma  
Art. 112.3 Facultad de formular peticiones de gracia



**COMENTARIOS**

Por la regla del agotamiento de la vía administrativa, los administrados antes de acudir a cualquiera de los procesos judiciales, deben reconocer la competencia jurisdiccional de la Administración Pública para conocer previamente sobre lo ocurrido en su ámbito. La regla está concebida, para que las entidades administrativas tengan la oportunidad y la posibilidad de conocer y resolver sobre cualquier controversia que su actuación u omisión puedan producir en la esfera de intereses o derechos de los administrados, con anticipación a que sea sometido el diferendo a la función jurisdiccional Judicial

Como se conoce, nuestro ordenamiento jurídico publico, ha visto en esta regla la reminiscencia de un del poder por el cual para habilitar la procedencia de cualquier acción judicial en su contra era indispensable efectuar un reclamo previo ante sus propias dependencias hasta obtener una resolución que cause estado o, lo que es lo mismo, concluya la vía administrativa prevista regularmente. Como tal, cualquier sujeto deseoso de ejercer una pretensión frente a la Administración no puede optar libremente entre la vía administrativa y la judicial, ni prescindir del planteamiento previo ante la autoridad gubernativa competente, ya que en virtud de esta regla, le corresponde iniciar directamente la secuencia administrativa y debatir ahí su pretensión hasta obtener una decisión "madura" de la Administración.

Potencialmente, las decisiones administrativas podrían ser controvertidas ante el Poder Judicial, sin embargo, en aplicación del carácter prejudicial de la vía administrativa, resulta indispensable que el administrado ejerza su derecho de contradicción (reclamación previa administrativa) anteladamente ante la propia Administración hasta obtener un pronunciamiento que cause estado. Cuando ello ocurre, decimos que la vía administrativa ha quedado agotada y, recién, procede la vía sucesiva: la judicial.

La doctrina ha sostenido alternativa y/o concurrentemente que la exigencia del agotamiento de la vía previa, persigue como finalidades: producir una etapa conciliatoria previa a la controversia judicial; dar a la Administración Pública la posibilidad de revisar decisiones, subsanar errores y promover su autocontrol jerárquico de lo actuado por sus instancias inferiores, reforzar la presunción de legitimidad de los actos

administrativos, para que no llegue al cuestionamiento judicial, actos irreflexivos o inmaduros; y limitar la promoción de acciones judiciales precipitadas contra el Estado. En suma, la regla fija la frontera entre la vía judicial y la vía gubernativa, señalando el momento hasta el cual será exigible debatir el tema en el fuero administrativo y, como correlato, a partir de cuando queda habilitado el administrado para acceder a la tutela judicial efectiva.

Por tanto, los efectos jurídicos del mantenimiento de esta regla sobre la justiciabilidad de los actos de la Administración, son los siguientes:

- Convierte al procedimiento administrativo en el presupuesto de admisibilidad de las demandas contra la Administración.
- Asume que para demandar al Estado resulta indispensable, como regla general, acudir al reclamo administrativo previo hasta agotar la instancia.
- La recurrencia a la vía administrativa importa interrumpir el plazo de prescripción para el inicio de acciones judiciales<sup>(252)</sup>.
- En caso de iniciar un proceso judicial sin agotar la instancia administrativa, el Estado esta facultado para oponerse a la prosecución del proceso por medio de: la cuestión prejudicial (Vía penal) y la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa (vía civil)<sup>(253)</sup>.

Sin embargo, la realidad cotidiana demuestra que esta exigencia no reporta beneficios tangibles a los administrados, por lo cual comienza a ser flexibilizada, por algunos ordenamientos, y, abandonado, por otros. En verdad, a la sombra de la regla sobrevive una reminiscencia antigua, que impedía la justiciabilidad de los actos de los soberanos, actualizada bajo estándares procesales constitucionales, a favor de la Administración contemporánea. Adicionalmente, el mantenimiento de esta regla, sirve como factor de desaliento para la justiciabilidad de los actos de la administración, y sobretodo, impide que el derecho administrativo se nutra con más frecuencia y utilidad de una de sus fuentes más valiosas: la jurisprudencia judicial.

Con cargo a retornar a algunas de estas ideas con posterioridad, debemos reflexionar sobre la razonabilidad constitucional de esta medida. Desde esta perspectiva, creemos que no podemos seguir viendo en esta figura sólo una prerrogativa administrativa, al margen de los demás valores constitucionales y del estado democrático de derecho. Si pensáramos así, podríamos llegar a convertirlo en —como afirma la doctrina argentina— en un ritualismo inútil, enderezado a impedir la justiciabilidad de la administración.

En principio, consideramos que para mantener la regla dentro de cánones constitucionales, no puede desvincularse de las exigencias impuestas a las entidades administrativas de: a) procedimentalizar sus decisiones; b) Asegurar un debido procedimiento a los administrados; y, C) Garantizar la eficiencia de sus servicios, actuaciones y, sobre todo, los procedimientos que lleva a cabo. En tal medida, si consideramos que las entidades administrativas deben satisfacer permanentemente estas exigencias mínimas de racionalidad para el desarrollo de sus actuaciones y procedimientos, la regla del agotamiento de la vía administrativa tiene cierto nivel de razonabilidad.

(252) Artículo 1996º inciso 3) del Código Civil

(253) Código Procesal Civil, artículos 446º inciso 5 y 451º inciso 5).

## **Consideraciones constitucionales para una adecuada interpretación de la regla del agotamiento de la vía administrativa**

Por sí misma, la existencia de la regla del agotamiento de la vía administrativa sustenta una situación contradictoria con los derechos constitucionales a la tutela judicial efectiva y al acceso a la justicia, en la medida que obstaculiza y difiere, el acogimiento de una pretensión contra alguna actividad de la administración. Sin embargo, presentando rango constitucional tanto la regla como estos derechos, deben ser objeto de algunas precisiones e interpretaciones que permitan la supervivencia de ambas figuras y armonicen, sin afectar irrazonablemente los derechos humanos en juego.

Es lógico, que de ninguna manera la regla del agotamiento previo de la vía administrativa deba conducir a que se detenga o se demore hasta el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva. Admitir esto afecta el núcleo esencial de los derechos constitucionales antes mencionados.

Como hemos mencionado no se puede perder de vista que dicha exigencia debe sustentarse en ciertos estándares mínimos que deben reunir las entidades de la Administración Pública: contar con vías eficientes para solucionar las peticiones de los ciudadanos. En tal sentido, parecería que —dentro de un estado democrático, las obligaciones de las entidades administrativas de proceduralizar eficientemente sus decisiones, y respetar el debido procedimiento, son necesarios fundamentos de la obligación ciudadana de agotar la vía administrativa.

Ahora bien, si se produjera este presupuesto necesario, el agotamiento de la vía administrativa actuaría también en beneficio del individuo en la medida que un eficiente funcionamiento del sistema jurídico administrativo, le garantizaría una pronta reparación o reconocimiento de su situación jurídica.

### **1.1. La regla presupone la existencia de una vía administrativa idónea y eficaz**

Como hemos anotado ya, consideramos que la carga de agotar la vía administrativa supone que tales vías gubernativas (recursos administrativos) sean eficaces y cuenten con disponibilidad efectiva en el caso concreto. Por ello, determinar la vigencia de la regla exigibilidad de agotar la vía administrativa, implica no sólo apreciar la existencia formal de recursos admisibles, sino también evaluar el subsistema jurídico-administrativo para apreciar la idoneidad y eficacia de la vía. En virtud de ello, por ejemplo, si la vía administrativa no resulta idónea ni eficaz, no será necesario exigir su agotamiento para acudir a la competencia del Poder Judicial y proteger el caso específico de vulneración de los derechos humanos que se aprecia.

En otras palabras, en cada caso concreto, debe enjuiciarse los alcances de la regla del agotamiento de los recursos apreciando y valorando la idoneidad y eficacia del procedimiento administrativo, la imparcialidad de las autoridades, el reconocimiento del derecho de defensa y del debido procedimiento.

Por la calidad de idónea, la vía administrativa cuyo objeto sea apta para permitir el reconocimiento de la situación jurídica solicitada por el administrado a la Administración. Mientras, que la calidad de eficaz, significa que la vía sea operativa, vigente y actual. Siguiendo este criterio, por ejemplo, la jurisprudencia argentina ha podido establecer la inoperancia de la regla, cuando su exigencia constituya un ritualismo inútil para el administrado, por importar una carga excesiva o inútil para sus intereses. Así,

se puede considerar que no resulta admisible la exigencia de esta regla, cuando sobre el mismo caso, la Administración ha rechazado innumerables reclamaciones anteriores a los administrados, cuando se trate de cuestionar acciones administrativas que constituyen la asunción de una política estatal, cuando se trate de procedimientos administrativos que no conducen a obtener una decisión administrativa sino sólo un parecer o pronunciamiento no vinculante, o cuando los procedimientos administrativos disponibles tengan un objeto distinto al que se buscaría ante el Poder Judicial.

En principio, esta judicatura, ha vinculado sabiamente la exigibilidad de la vía previa administrativa con la eficacia que la misma brinda a los derechos e intereses del ciudadano. De este modo, la judicatura, valora la exigibilidad de esta regla, cuando la vía administrativa previa sea eficaz para el objetivo pretendido por el administrado, como por ejemplo, anular la decisión administrativa (contencioso), restaurar un derecho conculcado (amparo), obtener una información (hábeas data). Pero no sólo, si la vía administrativa sea eficaz jurídicamente, sino si en la práctica se puede apreciar la viabilidad de la medida. En esta vía, se ha configurado la tesis del rechazo del agotamiento de la vía administrativa, cuando el juez aprecie la ineficacia cierta, o la apariencia de improbabilidad de la vía administrativa, de modo tal, que se constituya en un ritualismo inútil para los administrados. Por ejemplo, se ha validado la inexigibilidad del agotamiento de vía administrativa, cuando existan numerosos procedimientos administrativos con pretensiones idénticas hayan sido rechazados por la administración, o cuando se trate de medidas dispuestas directamente por la Administración como política de Estado.

### **1.2. La interpretación de la regla debe ser restrictiva para garantizar la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva**

Por definición, debe armonizarse el interés público que representa la vía previa, con el derecho al acceso pronto a la tutela jurisdiccional, cuidando que razones formales de la Administración no induzcan a su postergación irracional o su perjuicio. En este aspecto, la Ley N° 27584, que regula el proceso contencioso administrativo, ha dado un paso importante, al acoger explícitamente el principio pro actione, o de favorecimiento del proceso, por el cual "el juez no podrá rechazar liminarmente la demanda en aquellos casos en los que por falta de precisión del marco legal existía incertidumbre respecto del agotamiento de la vía previa" (Art. 2 numeral 3)

En esta materia ha sido la judicatura la que ha desempeñado un rol fundamental para delimitar esta regla a aquellos supuestos en que no se afecte los derechos constitucionales señalados.

Como la propia judicatura suprema española establece, haber acogido la figura del agotamiento de la vía administrativa importa un obstáculo al "derecho al proceso o a la jurisdicción", cuya exigibilidad o "legitimidad constitucional debe ser examinada atendiendo a las perspectivas de cada caso concreto, habiendo de señalarse en línea de principio que el obstáculo del acceso al proceso deberá obedecer a razonables finalidades de protección de bienes e intereses constitucionalmente protegidos y que deberá guardar una notoria proporcionalidad con la carga de diligencia exigible a los justiciables", agregando que "la reclamación administrativa previa se justifica, especialmente, en razón de las especiales funciones y tareas que la Administración tiene encomendadas por el ordenamiento constitucional. Retrasa, indudablemente, el acceso a la jurisdicción, pero, al estar debidamente justificada, no es una exigencia

contraria al derecho de tutela judicial efectiva" (STC 158/1987, del 20.OCT.87 y 206/1987 del 21.DIC.87).

Contrariamente a lo que a priori parece entenderse, la exigencia de agotar la vía previa debe ser interpretada restrictivamente, ya que restringen derechos fundamentales de acceso a la justicia. Actuar de otro modo, sería afecta la vigencia de tales derechos y favorecer una prerrogativa estatal de manera irreflexiva. A su turno, las causales de admisibilidad de las demandas judiciales deben ser apreciadas con flexibilidad por así adecuarse a la interpretación pro homine.

#### **El agotamiento de la vía administrativa presenta un inconveniente tratamiento jurídico fragmentario**

El tratamiento jurídico dispensado al agotamiento de la vía administrativa, dista de ser sistemático y uniforme. Por una parte, tenemos una declaración general de las causales de agotamiento de la vía administrativa en la Ley del Procedimiento General, diversos supuestos de agotamiento en normas administrativas sectoriales (regionalización, municipalidades, universidades, etc.); por la otra, tenemos la recepción, las formas y excepciones, disgregados en los regímenes de los procesos judiciales respectivos (amparo, contencioso administrativo, cumplimiento, habeas data, etc.)

La situación descrita conlleva a un error de apreciación constitucional que ilustraremos con el régimen del agotamiento de la vía previa en el amparo. Cuando se analiza esta figura, suele considerarse que la regla general es la exigibilidad del agotamiento de la vía administrativa (Art., 27) y las excepciones, constituyen las circunstancias límites y particulares, en las que se acepta la relevación de la exigencia del agotamiento. Ciertamente esta posición no es la más adecuada, ya que si apreciamos el tema desde la perspectiva constitucional, es la regla del agotamiento de la vía, las excepciones (contenidas en el artículo 28 de la Ley) son las consagraciones positivas de los derechos constitucionales del acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva.

De ahí entendemos que la interpretación restrictiva deberá producirse sobre la regla del agotamiento, y no sobre las excepciones a la misma.

#### **La exigencia de agotamiento de la vía administrativa se refiere exclusivamente a los actos administrativos**

En el mismo orden de ideas expuestas anteriormente, la exigencia de agotar la vía administrativa es aplicable cuando los administrados desean contestar actos administrativos que califican como lesivos a sus derechos o intereses, más no está concebido para otro tipos de actuaciones de la Administración. Así acontece, por cuanto la regla de la vía previa, ha sido estructurada para favorecer la ejecutividad de las decisiones administrativas. Como se sabe si cualquier administrado desea contestar un reglamento, no está sujeto al deber de agotar ninguna vía administrativa. En igual sentido, cuando un administrado desea contestar actos de administración, o vías de hecho.

#### **La regla del agotamiento de la vía administrativa es innexigible cuando se cuestiona la constitucionalidad de la Ley**

Cuando el acto administrativo que se va a cuestionar en sede judicial, se funda en la aplicación directa de una ley, cuya inconstitucionalidad también será objeto

de apreciación jurisdiccional, es innecesario exigir el agotamiento de la vía administrativa.

En este caso el reclamo administrativo previo no es indispensable para habilitar la vía judicial, por cuando el planteamiento de la inconstitucionalidad no es competencia de la autoridad administrativa, siendo mas bien para él, imperativa su aplicación dado el principio de legalidad administrativa<sup>(254)</sup>.

### ¿El agotamiento de la vía administrativa es un privilegio disponible del Estado?

Uno de los temas que se debate en la doctrina es la posibilidad de la renuncia por parte del Estado al privilegio del agotamiento de los recursos administrativos. En otras palabras, apreciar si el Poder Judicial puede conocer un caso que no había sido ventilado en la vía administrativa, o, habiéndose iniciado dicha vía, no se había cumplido con agotarla, pero la Administración, abiertamente, declaraba que sometía el diferendo a las reglas de la jurisdicción.

En principio se podría pensar que como la regla del previo agotamiento de los recursos administrativos se ha establecido en provecho del Estado, en esta medida, es renunciable por el Estado interesado en hacerla valer.

La renuncia a la regla del agotamiento puede ser expresa o tácita; en este último caso, la renuncia ocurre cuando la dependencia interesada asume una actitud incompatible con hacerla valer o no la opone oportunamente. Así podría acontecer que se produzca la renuncia de manera tácita y hasta inadvertida, cuando la dependencia demandada invoca el no-agotamiento de modo extemporáneo. De este modo, las dependencias del Estado pueden renunciar válidamente a exigir que se hayan agotado los recursos administrativos para que el Poder Judicial pueda llegar a conocer de un caso.

A diferencia de otros ordenamientos que vía interpretación constitucional, permiten la renuncia a este privilegio, el diseño legal nacional no lo permite. Así sucede, por cuanto el juez tiene el deber de apreciar de oficio si se ha agotado la vía administrativa, como causal de admisibilidad de la demanda, y cuando así no ha ocurrido, deberá rechazarla directamente.

### Las situaciones jurídicas aptas para agotar la vía administrativa.

Las causales para alcanzar el agotamiento del debate en la sede administrativa son taxativas y de orden público, por lo que operan automáticamente sin necesidad que el texto de la propia resolución administrativa final declare expresamente que con su emisión ha operado el agotamiento de la vía, conforme lo ha establecido la jurisprudencia nacional (Ejecutoria suprema de 10.AG.84., publicada en el Diario Oficial El Peruano el 08.OCT.84; Expediente N° 752-84-LIMA)<sup>(255)</sup>.

(254) Esta tesis es acogida por nuestro Tribunal Constitucional, como se puede apreciar en la resolución recaída en los Expedientes N° 0499-2002-AA y 1266-2001-AA/TC.

(255) No obstante no ser determinante para el agotamiento, constituye un deber de la administración, informar al administrado —en la notificación— de aquel acto que da por agotada la vía administrativa (Ley N° 27444, Art. 24)

La clausura del debate en sede administrativa es producida cuando el procedimiento ha llegado a conocimiento del funcionario superior con competencia para decidir respecto de la causa, aunque exista aun otro nivel más alto en la jerarquía de la respectiva organización administrativa. Es prescindible obtener una decisión de la cumbre de la jerarquía administrativa para propiciar el agotamiento de la vía, ya que lo trascendente es debatir el tema lo suficiente para permitir a la Administración ejercer su potestad de autocorrección e incurrir en alguna de las causales previstas por la legislación.

Las causales para plantear el agotamiento de la vía derivan de:

- La ubicación organizacional del órgano emisor del acto,
- Haber sido satisfecha la necesidad procesal de permitir a la Administración Pública revisar sus actos;
- Haber llegado el expediente a alguna especial circunstancia adversa al administrado que sea de difícil reversión.

Tenemos entre los primeros, los supuestos por los cuales agotan la vía las decisiones de los órganos ubicados en la cumbre de la organización administrativa (ej. Presidencia de la República, órganos autónomos o encargados de resolver conflictos cuasijurisdiccionales (ej. Tribunales administrativos). Entre los segundos, el agotamiento con la emisión de una segunda decisión administrativa y, por su parte, los supuestos de agotamiento de la vía inspirados en la circunstancia desventajosa del administrado, son los actos adversos expresos o tácitos provenientes de la segunda instancia administrativa, las declaraciones de nulidad de oficio, etc.

### **Resolución de autoridad que no reconozca superior jerárquico.**

"Artículo 218.2. Son actos que agotan la vía administrativa:

*a) El acto respecto del cual no proceda legalmente impugnación ante una autoridad u órgano jerárquicamente superior en la vía administrativa o cuando se produzca silencio administrativo negativo"*

Una primera situación que determina el agotamiento de la vía administrativa se deriva de la particular estructura de la organización administrativa. Si la resolución proviene de una autoridad administrativa que cuya organización administrativa no dota de instancia jerárquicamente superior, es obvio, que será su decisión administrativa, la que agote la vía administrativa directamente.

En este supuesto, para el nivel del Gobierno Central tenemos las resoluciones adoptadas por cuatro tipos de autoridades: la Presidencia de la República, los Ministros de Estado, los máximos jefes de los organismos autónomos y de los organismos públicos descentralizados.

En el primer caso tenemos las Resoluciones Supremas emitidas por el Presidente de la República, como instancia inicial y única de algún procedimiento administrativo.

En el caso de los Ministros de Estado, cuando emiten sus Resoluciones Ministeriales, agotan por sí misma la vía administrativa, pues no cabe recurso de apelación ante el Presidente de la República, pues éste no constituye una jerarquía administrativa ordinaria. Sólo cuando la ley exigiera expresamente la vía de la Resolución Suprema, la vía administrativa queda agotada con la expedición expresa o ficta de la correspondiente Resolución Suprema.

Este supuesto ha sido regulado expresamente en el artículo 2º del D.S. Nº 021-84-PCM que indica a los Ministros como emisores de "Resoluciones Ministeriales que constituyen la máxima instancia administrativa, salvo en los casos en que la ley exige Resolución Suprema o cuando por leyes especiales existen Tribunales o Consejos Administrativos cuyas decisiones por disposición de los mismos, constituyen la máxima instancia administrativa".

En el caso de los organismos autónomos constitucionales, la situación es idéntica: agotan la instancia administrativa el acto emitido por el jerarca de las siguientes instituciones: Banco Central de Reserva, Contraloría General de la República, RENIEC, ONPE, etc.

Finalmente, las decisiones de los máximos jefes de los organismos públicos descentralizados también agotan la vía administrativa por sí mismos. Así sucede, por ejemplo, con la SUNAT, INDECOPI, SENASA, IPD, etc. Los organismos públicos descentralizados son manifestaciones del esquema organizacional de la administración descentralizada institucional por la que se reparte capacidad de decisiones entre diversos entes públicos, reconociendo la existencia de organismos o entes con personificación propia, sin estar sometidos, en el ejercicio de sus competencias, al control o tutela de los órganos superiores de los cuales se desprende la competencia.

Algunas veces se confunde la relación de jerarquía, que existe entre los órganos de una misma entidad, con la relación de tutela, que es la subsistente entre el Ministerio con los organismos públicos descentralizados de su sector. La relación de tutela es la relación establecida entre dos organismos por el cual, el primero puede puntualmente intervenir en la gestión de otra, autorizando o aprobando sus actos, fiscalizando sus servicios o supliendo sus omisiones, en función de defender intereses propios de mayor extensión comprensivos de los del confiados al tutelado. Pero a diferencia de la jerarquía administrativa, es una relación puntual, limitada y estrictamente con apego a su base legal.

Como bien expresa CABALLERO SIERRA, *"una diferencia fundamental entre la jerarquía y la tutela se encuentran en el sistema de los recursos de apelación o de alzada contra los actos del inferior para ante el superior. Esto así indica que la potestad última de decisión se encuentra siempre en los órganos que ocupan la cúspide de la jerarquía. (...) La tutela no admite en rigor de verdad recursos de apelación para ante el tutor. La jerarquía siempre supone la prelación o la revocatoria directa, y la recíproca también resulta válida al decir que donde haya recurso de apelación o de revocatoria directa en sede administrativa, siempre hay jerarquía"*<sup>(256)</sup>.

En suma, los sectores no son instancia jerárquicamente superior de los actos decididos por los organismos públicos descentralizados.

**Resolución administrativa expresa o silencio administrativo producido en segunda instancia.**

"Artículo 218.2. Son actos que agotan la vía administrativa:

(256) CABALLERO SIERRA, Gaspar; "El control administrativo. La jerarquía y la tutela". En Colectivo *La protección Jurídica de los Administrados*. Ediciones Rosaristas, Bogotá Colombia 1980.

b) *El acto expedido o el silencio administrativo producido con motivo de la interposición de un recurso de apelación en aquellos casos en que se impugne el acto de una autoridad u órgano sometido a subordinación jerárquica*".

En principio, la forma natural como queda dilucidado el procedimiento administrativo es con la obtención de un segundo parecer de la organización estatal a cargo del funcionario superior que en vía de recurso, conoce y resuelve la controversia generada por la decisión primigenia de un subalterno. Con la aplicación de esta causal, el procedimiento administrativo ordinario queda sujeto sólo a dos instancias y el recursal se limita a una.

En buena lógica, sólo la decisión estable proveniente de alguna autoridad superior administrativa es la que puede ser contradicha ante el Poder Judicial, por ello, la legislación impone a los administrados la necesidad de provocarla mediante el recurso de apelación.

De tal suerte, cuando un funcionario inferior en la escala administrativa dicta un acto jurídico agravante para los intereses de algún administrado, le corresponde recurrir mediante apelación ante el superior jerárquico, con el objeto de obtener —en esa segunda instancia— una decisión favorable a su pretensión. Si el superior ratifica la decisión del subalterno, es contra esta nueva decisión que corresponde intentar la acción contencioso-administrativa.

Cabe anotar respecto a este particular que la jurisprudencia ha establecido como insuficiente para considerar agotada la vía por esta causal, si se trata de una segunda decisión expedida por un mismo funcionario absolviendo un recurso de reconsideración (Ejecutoria Suprema de 20.NOV.91, publicada en el Diario Oficial del 04.AB.92; Expediente N° 1153-91-LIMA) así como la decisión del superior obtenida al resolver una queja contra un funcionario (Ejecutoria Suprema de 20.MAY.92 publicada en el Diario Oficial El Peruano de 21.JUL.92, Expediente N° 88-91-LIMA)

Merece comentarse el contenido que la decisión del procedimiento recursal debe reunir para poder considerar agotada la vía administrativa. Tal decisión puede mostrar un contenido confirmatorio de la resolución recurrida, su revocación total o parcial en beneficio del recurrente, o, también, una modificación en agravio del recurrente (conocido en la doctrina como "*reformatio in peius*").

En particular, es necesario definir si el interesado puede dar por agotada la vía administrativa con esa segunda resolución (no obstante serle más desfavorable que la primera o si contiene una revocatoria parcial en su beneficio) o debe aún recurrir otra vez contra el segundo acto que decidió el procedimiento recursal. Por ejemplo, si se recurre de una multa y la segunda decisión la modifica reduciendo su monto o revocándola se impone la clausura de la actividad, o en el caso de un procedimiento administrativo donde se resolvió primero una suspensión y luego en vía de recurso se aplica una destitución del servicio, etc.).

CAJARVILLE<sup>(257)</sup>, en su trabajo sobre recursos administrativos, plantea claramente el tema afirmando la existencia de tres soluciones posibles:

(257) CAJARVILLE PELUFFO. J.P. *Recursos Administrativos*, Op. cit., p. 100.

Una solución formal, según la cual la vía administrativa se agota mediante la interposición y decisión de los recursos correspondientes cualquiera sea el contenido del acto que se trate, resueltos los cuales, queda agotada la secuencia, sin importar para este efecto cuál sea su contenido.

- Una solución material, por la cual atendiendo al contenido propio del acto que resuelve el recurso habría que impugnar la segunda decisión ya que se ha creado una nueva expresión de voluntad sustituta de la primera que no ha sido recurrida o cuestionada.
- Una solución intermedia atenuando la anterior, por la cual se entendería que se ha agotado la vía sobre el extremo ratificado (por ejemplo, si se reduce el monto de la multa), pero no sobre los otros aspectos innovados.

Coincidiendo con CAJARVILLE<sup>(258)</sup>, consideramos que la solución material –aunque teóricamente válida– “dilapida tiempo y esfuerzos de la Administración y del interesado, sin proporcionar con ello mayores garantías. Por el contrario, puede llevar a una sucesión de recursos en cadena, que sirva tan solo para postergar el acceso al amparo jurisdiccional”.

Adversamente, la tesis formal “sin afectar de ninguna manera las potestades de la Administración, y asegurando al interesado el acceso a la jurisdicción en un lapso menor, encuentra su fundamento en la propia razón de ser de la regla del agotamiento de la vía administrativa, que consiste en imponer el control jerárquico o tutelar como instrumento de unidad en la gestión y en provocar la revisión de lo actuado antes de comprometer los intereses administrativos y privados en las contingencias de un litigio, ambos fines se cumplen con la resolución de los recursos interpuestos, cualquiera sea el contenido de la decisión que recaiga”.

La legislación uruguaya (artículo 36º del Decreto Ley Nº 15524) tratando expresamente este tema lo define señalando:

“La reforma o revocación parcial no hará exigible una nueva impugnación en vía administrativa. No habrá reposición de reposición. Tampoco será exigible otra impugnación administrativa al tercero, eventualmente agraviado en su derecho o interés directo, por la revocación parcial o la reforma del acto originario objeto de tal decisión expresa de los recursos”.

#### **Resolución administrativa expresa de tercera instancia (recurso de revisión).**

*“Artículo 218.2. Son actos que agotan la vía administrativa:*

*c) El acto expedido o el silencio administrativo producido con motivo de la interposición de un recurso de revisión, únicamente en los casos a que se refiere el artículo 210 de la presente Ley”.*

El recurso de revisión es el medio impugnativo excepcional procedente contra actos administrativos firmes emanados de las entidades descentralizadas del poder, que es interpuesto ante una tercera autoridad gubernativa encargada de su tutela, para que con criterio unificador revoque, modifique o sustituya el acto administrativo

(258) CAJARVILLE PELUFFO, J.P. Op. cit.

recurrido. Es oportuno denotar que su interposición no es optativa sino constituye un recurso indispensable para agotar la vía, cuando nos encontramos ante una estructura descentralizada sujeta aún a tutela estatal.

Procede contra actos administrativos firmes atendiendo al objetivo de continuar la verificación de la legalidad de las actuaciones de las autoridades subalternas. Su empleo se ubica con posterioridad a la apelación y, siempre que tal instrucción y decisión hubiesen estado a cargo de funcionarios sujetos a tutela por otro estamento del poder público.

Como se puede advertir, el recurso de revisión encuentra su ambiente natural en aquellas estructuras organizacionales que han seguido técnicas de descentralización y desconcentración territorial creando dependencias con competencias sujetas a tutela a cargo de otros funcionarios con autoridad de nivel nacional. En estas estructuras, el recurso de revisión habilita al ciudadano activar el control de tutela que compete ejercer a los niveles nacionales sobre autoridades desconcentradas, quienes pertenecen a su ámbito de poder. La relación típica que da ocasión para la presencia del recurso de revisión es la que se presenta entre entes subregionales o regionales respecto de las autoridades nacionales sectoriales.

El fundamento para esta revisión es el ejercicio de la tutela administrativa que la legislación encarga a algunas entidades públicas sobre otras, reconociendo en tales casos la necesidad de reservar un poder limitado para que sin dirigir a las entidades tuteladas, les sea facultado revisar, autorizar o vetar las decisiones de los órganos superiores de entidades descentralizadas, con miras de preservar y proteger el interés general.

En nuestro Derecho, todas las administraciones descentralizadas, independientemente de su ubicación geográfica (incluso las entidades domiciliadas en la Capital de la República) quedan sometidas a tutela administrativa por parte de autoridades con competencia nacional (sectoriales).

En este orden de ideas, interpuesto el recurso de revisión, la autoridad de competencia provincial o regional tendrá que remitir el expediente objeto del recurso a la dependencia superior con competencia nacional (generalmente Ministerio) para que ejerza tutela sobre su decisión.

Lógicamente cuando la aplicación de políticas descentralizadoras del poder público conlleva crear estamentos con nivel autónomo intenso sin tutela nacional en lo administrativo (por ejemplo, organismos constitucionalmente autónomos), el espacio que ocupa el recurso de revisión desaparece, quedando sólo los recursos jerárquicos internos dentro de la entidad autónoma y la posibilidad de solicitar la revisión exclusivamente ante las autoridades judiciales.

No debemos perder de vista que la descentralización administrativa admite dos vertientes: la vertiente de descentralización territorial donde se crean entes con competencias zonales o focalizadas en áreas territoriales específicas (regionales, subregionales, provinciales, municipios, etc.) y la vertiente descentralizadora institucional o funcional, donde se generan entidades estatales con competencia especializada sobre determinadas materias con nivel nacional sin alcanzar connotación territorial (organismos públicos descentralizados o sistemas).

Tal dicotomía resulta importante para comprender la existencia, al margen de la regulación de las normas generales, de procedimientos administrativos especiales que consideran bajo el nombre de "recurso de revisión" medios impugnatorios que activan la tutela del Estado sobre entes descentralizados pero cuya competencia no puede calificarse de local o nacional sino más bien institucional o especializada. Por ejemplo, tenemos el caso de los recursos de revisión contra decisiones firmes para acceder como última instancia a los Consejos de Asuntos Contenciosos de la Asamblea Nacional de Rectores, de Minería, sobre Contratos Públicos, al OSIPTEL y a la Superintendencia de Servicios de Saneamiento.

En estos casos especiales, el recurso de revisión resulta incorporado a estructuras descentralizadas no de tipo territorial sino institucional, o funcional permitiendo seguir promoviendo el control de la legalidad de la actuación pública a través de la tutela a que se encuentran sujetos entes descentralizados del Poder (universidades, organismos de minería, servicios públicos, etc.)

### **Silencio administrativo producido en segunda instancia o tercera instancia, según el caso**

El cuarto supuesto opera a través de la figura del silencio administrativo durante el procedimiento recursal, esto es, en la segunda instancia.

En los procedimientos seguidos ante una segunda instancia donde se da oportunidad a la autoridad superior para revisar el fallo del subalterno desempeñando sus facultades inherentes de control jerárquico, y, lógicamente, la eventual pasividad en que incurra en desempeñar su rol no puede perjudicar al administrado postergando su acceso a la tutela judicial efectiva. Como puede apreciarse de la propia lectura de la norma, cuando se da ocasión para el silencio administrativo en algún procedimiento seguido ante órganos inferiores actuando como primera instancia, su consecuencia es habilitar al particular para considerarse tácitamente denegado o aprobado.

Es conveniente tener en cuenta que si en la primera instancia del procedimiento se hubiese producido silencio negativo también, la inacción de la segunda instancia conducirá a la aprobación automática de lo peticionado y no a un segundo silencio administrativo, conforme a la regla establecida en el artículo 33.2. de la Ley.

### **Revocación o anulación de oficio de resoluciones administrativas**

*"Artículo 218.2. Son actos que agotan la vía administrativa:*

*d) El acto que declara de oficio la nulidad o revoca otros actos administrativos en los casos a que se refieren los artículos 202 y 203 de esta Ley".*

Otro supuesto de clausura del debate en sede administrativa ocurre cuando una autoridad administrativa superior *motu proprio* o a instancia de parte, anula una resolución anterior emitida por una autoridad jerárquicamente inferior. Ello obedece a que en dicho caso, al anular el acto administrativo, un funcionario superior ha expresado ya su parecer sobre una decisión anterior de sus subalternos, obteniéndose de este modo una segunda opinión en la misma sede.

Por nuestra parte consideramos que esta situación es susceptible de encontrarse incurra como agotamiento de la vía, por cuanto su naturaleza y fines son los mismos que el caso de las resoluciones consentidas.

## **Resolución de Tribunales y Consejos Administrativos regidos por leyes especiales**

*"Artículo 218.2. Son actos que agotan la vía administrativa:*

*e) Los actos administrativos de los Tribunales o Consejos Administrativos regidos por leyes especiales".*

Existen organismos de conformación colegiada con facultad de decisión en última instancia administrativa sobre cuestiones contenciosas, y que en resguardo de su autonomía se encuentran sometidos exclusiva y directamente a un ulterior control jurisdiccional por parte del Poder Judicial. Tenemos por ejemplo, el Tribunal del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Tribunal Fiscal, Consejo de Minería, Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI, Tribunal Nacional del Deporte, Consejo de Asuntos Contenciosos de la Asamblea Nacional de Rectores, Junta de Vigilancia de Registros Públicos, Consejo del Notariado (procedimiento disciplinario notarial), Tribunales de los organismos reguladores (SUNASS, OSIPTEL, OSINERG, OSITRAN, etc.), Tribunal de COFOPRI, etc.

Tales organismos por ubicarse fuera del modelo organizacional jerarquizado y tener la facultad por sí mismos para agotar la vía administrativa, resolviendo controversias configuran un supuesto particular dentro de la Administración Pública nacional.

### **La interposición de recurso de reconsideración contra actos que ya agotaron la vía administrativa**

Cuando el administrado ha obtenido de la autoridad una decisión expresa adversa que se encuentra consagrada por la legislación como causal de agotamiento de la vía, se encuentra en condiciones para transferir el debate al fuero judicial emplazando ahí a la Administración Pública. Tal es el principio general. Pero nada impide que si el administrado no lo hubiese empleado anteriormente, promueva en la misma sede administrativa el recurso de reconsideración, como último intento procesal en la secuencia gubernativa para obtener un pronunciamiento a su favor, sin que ello signifique renunciar a la posibilidad de efectuar luego un cuestionamiento en sede judicial.

Particularmente esta alternativa puede presentarse, y, mas aún, es la única posibilidad de impugnación en sede administrativa, cuando se trate de Resoluciones Supremas dictadas inaudita parte (sin dar audiencia al interesado) por el Ejecutivo o de resoluciones que por su propia naturaleza agotan la vía, emitidas por organismos no sujetos a subordinación jerárquica (Superintendencia de Banca y Seguros, Banco Central de Reserva, etc.). Como es obvio en estos casos resulta inviable otro recurso administrativo de alzada por cuanto la estructura estatal no considera sobre tales autoridades algún superior jerárquico. Eso sí, creemos que no puede exigirse como obligatoria la interposición de la reconsideración, ya que conforme a su naturaleza, se trata de un recurso opcional.

Precisamente este último supuesto ha sido tratado en el artículo 218.2. literal a) de la Ley N° 27444, cuando expresa:

*"Son actos que agotan la vía administrativa:*

a) *El acto respecto del cual no proceda legalmente impugnación ante una autoridad u órgano jerárquicamente superior en la vía administrativa o cuando se produzca silencio administrativo negativo, salvo que el interesado opte por interponer recurso de reconsideración, en cuyo caso la resolución que se expida o el silencio administrativo producido con motivo de dicho recurso impugnativo agota la vía administrativa*".

En todos estos casos, coincidimos con CASSAGNE<sup>(259)</sup>, en señalar que el efecto fundamental de este ejercicio es la suspensión del curso de los plazos para demandar al Estado en la sede judicial (acción contencioso-administrativa o amparo)

El alcance personal del agotamiento de la vía administrativa.

Aspecto controvertido en la doctrina es el alcance personal del agotamiento de la vía administrativa ya obtenido. Esto es si dicho agotamiento beneficia sólo al recurrente que promueve el acto que causa estado (carácter subjetivo) o si puede aprovechar a todos aquellos sujetos que no habiendo impugnado administrativamente el acto gubernativo, también se encuentren afectados por él. La doctrina extranjera se ha pronunciado porque la calidad del agotamiento de la vía administrativa debe ser alcanzada por el mismo administrado que desee plantear ulteriormente su revisión judicial, de tal suerte, que corresponderá recurrir del acto administrativo a todos y cada uno de los interesados que se propongan llevar luego al Estado a la vía judicial y, recíprocamente, sólo quedará habilitado para hacerlo a quien se dirija el respectivo acto que causa estado.

En el sistema español de recursos administrativos no es posible aprovechar recursos ajenos. No es posible que un interesado no impugne en alzada un acto administrativo, lo deje firme, y después, cualquiera que sea el tiempo transcurrido, comparezca en un recurso de alzada ajeno, interpuesto en tiempo y aún no resuelto, y pretenda con ello, ante el silencio de la Administración, que ha agotado la vía administrativa como requisito para acceder a los tribunales. El agotamiento de la vía administrativa es un requisito subjetivo y no objetivo, es decir, una persona puede haberla agotado y otra no, y la que no lo ha hecho no puede aprovecharse indebidamente de la diligencia ajena.

#### **La carga de la prueba del agotamiento de la vía previa**

La noción de prueba cumple un rol fundamental en el proceso de acceso a la justicia por actos lesivos cometidos por la administración, por cuanto permite que la decisión sobre el agotamiento o no de la vía previa sea motivada en hechos reales y verificables.

En principio cabe señalar que los procesos judiciales previstos para controlar las actuaciones administrativas no están presididos por el principio dispositivo sino que se atribuye a la instancia del Poder Judicial apreciar de oficio acerca de sí se han agotado los recursos administrativos, conforme aparezca del expediente y de la demanda. Para dicho efecto, el juez procede del modo siguiente:

(259) CASSAGNE, Juan Carlos. Op. cit. t. II, p. 364.

- Analiza de oficio la información proporcionada por el demandante acerca de la forma y manera en que se agotó la vía administrativa, o sobre la existencia de alguna de las excepciones que son admisibles, para no transitar por la vía administrativa.
- De ser esa información insuficiente para formar convicción sobre el tema, el juez está facultado para solicitar informaciones previas al demandante, sin que ello signifique prejuzgar sobre la decisión que en definitiva adopte sobre la admisibilidad.

Desde la perspectiva doctrinaria, no existe una carga exclusiva hacia alguna de las partes del proceso, sino más bien la opción es su distribución entre las mismas según las posibilidades reales de hacerlo, atendiendo al criterio de *onus probandi incumbit actore*, y que en términos generales corresponden, en principio, a lo siguiente:

- Compete al Estado, deducir la excepción de no agotamiento de la vía administrativa, en caso que hubiese correspondido hacerlo; y, en caso que se alegue algunas de las excepciones, probar la existencia y efectividad de las vías de reclamación que no han sido utilizados.
- Compete al demandante, de acuerdo al caso concreto: a) afirmar y probar que agotó la jurisdicción nacional; o, b) probar que se encuentra incurso en alguna de las causales exoneratorias para no transitar la vía administrativa.

Por tanto la carga de la prueba sobre el agotamiento de la vía administrativa admite un cierto grado de distribución, pues si el demandante afirma haberlos agotado, deberá señalar la manera en que lo realizó. En cambio, si es el gobierno el que alega la falta de agotamiento, tendrá a su cargo el señalamiento de los recursos por agotarse idóneos y eficaces que no han sido empleados.

Una vez que la entidad ha probado la disponibilidad de la vía administrativa, la carga de la prueba se traslada al reclamante que deberá entonces, demostrar que alguna o varias de las excepciones contempladas en el ordenamiento son aplicables.

## UNIDAD IV: MEDIOS IMPUGNATORIOS

### LECTURA N° 6

- Gordillo Agustín.  
Los Recursos Administrativos – Tomo IV – Cap. III.

## *Capítulo III*

# LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS

## I. Concepto

### 1. *Concepto amplio*

#### 1.1. *Medios de protección*

Recursos administrativos, en sentido amplio,<sup>1</sup> serían los remedios o medios de protección del individuo para impugnar los actos —*lato sensu*— y hechos administrativos que lo afectan y defender sus derechos frente a la administración.<sup>2</sup> Pero la tendencia se inclina a desenfatar este medio y hablar, más en general, de una “petición,”<sup>3</sup> remedio,<sup>4</sup> etc. Es el mismo criterio que ya explicamos para el derecho procesal administrativo: privilegiar la pretensión procesal y no la acción que la articula.

<sup>1</sup>Ver CANOSA, ARMANDO N., *Los recursos administrativos*, Buenos Aires, Ábaco, 1996, p. 59 y ss.; “El concepto de recurso administrativo,” en AA.VV., *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 584 y ss.; “Los recursos,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1998, p. 97 y ss.; BOTASSI, CARLOS A., *Procedimiento administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, La Plata, Platense, 1988, p. 289.

<sup>2</sup>Ver CANOSA, *Los recursos administrativos*, *op. cit.*, p. 66; BIANCHI, ALBERTO B., “¿Tiene fundamentos constitucionales el agotamiento de la instancia administrativa?,” *LL*, 1995-A, 397 y nota 62; “Entre el agotamiento de la instancia y el plazo de caducidad (¿A quién protege el procedimiento administrativo?)” en AA.VV., *Cuestiones de procedimiento administrativo*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2006, pp. 861-70, esp. p. 862; GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *Curso de derecho administrativo*, t. II, 9ª ed., 1ª ed. argentina, con notas de AGUSTÍN GORDILLO, Thomson/Civitas-La Ley, Buenos Aires, 2006, cap. XXIII, I, § 1, p. 526.

<sup>3</sup>Tal es el sentido que le damos a GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *op. cit.*, cap. XXII, § VI-1-A, p. 496 y ss., aunque también es posible dudar de nuestra lectura.

<sup>4</sup>ABERASTURY (H.), PEDRO y CILURZO, MARÍA ROSA, *Curso de procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 137; SESÍN, DOMINGO J., “El principio del formalismo atenuado y sus consecuencias prácticas,” en AA.VV., *Cuestiones de Procedimiento Administrativo*, *op. cit.*, pp. 67-101, esp. p. 100; GORDILLO, AGUSTÍN y DANIELE, MABEL (dirs.), *Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, LexisNexis, 2006, 2ª ed., pp. 495-6.

Por de pronto, cabe distinguir los recursos en el procedimiento administrativo y en el proceso judicial. Los recursos existentes contra la actividad administrativa se dividen pues en

a) administrativos y

b) judiciales (que a su vez cabe distinguir según sean acciones o “recursos directos”<sup>5</sup> y que pueden ser más o menos amplios según los distintos códigos procesal administrativos o “contenciosoadministrativos.”)<sup>6</sup>

Los primeros se tramitan ante las autoridades administrativas (o autoridades no administrativas pero que ejerzan función administrativa);<sup>7</sup> los segundos son los que se tramitan ante un tribunal de justicia, imparcial e independiente según el sistema constitucional argentino.<sup>8</sup> Existen desde luego muchas similitudes entre proceso y procedimiento y sus respectivos recursos.<sup>9</sup>

## 1.2. *Carga del administrado y privilegio incausado de la administración. Valladar para el acceso a la justicia*<sup>10</sup>

Pero hay una particularidad en diversos países, entre ellos el nuestro, que contribuye a darle al recurso administrativo “otro aspecto menos halagüeño: el de un auténtico privilegio de la Administración y, correlativamente el de una carga

<sup>5</sup> Ver *supra*, t. 1, cap. IX, “Las funciones del poder,” § 13, “«Recurso» o «acción» judicial y facultades jurisdiccionales de la administración.”

<sup>6</sup> Son notables a veces las marchas y contramarchas que se producen. A veces es la “mano destructiva del legislador” como señala PERRINO, PABLO E., “Silencio administrativo y tutela judicial efectiva” en BOTASSI (dir.), *Temas de Derecho Administrativo. En honor al Prof. Doctor Agustín A. Gordillo*, La Plata, LEP Librería Editora Platense, 2003, p. 482. Otras veces es la mano de la SCBA o de la CSJN.

<sup>7</sup> Ver *supra*, t. 1, cap. IX, § 6, “Concepto orgánico-material de función legislativa” a 8, “El problema de la «jurisdicción administrativa»,” § 19, “Conclusión sobre la función jurisdiccional de la administración,” a 21, “Resumen de las funciones del Estado” y § 22.2, “Funciones de autoridades administrativas independientes” y t. 3, *El acto administrativo*, cap. I, § 11, “El acto administrativo —y no los contratos administrativos— de entes no estatales” a 13, “Club de campo y barrios cerrados,” donde explicamos la cuestión de los actos administrativos de personas no estatales. Ver también *infra*, cap. XI, “Recurso de alzada.” Queda finalmente la alternativa de que la administración no sea ejercida por órganos estructurados jerárquicamente sino por tribunales administrativos imparciales e independientes, sujetos a control judicial suficiente y adecuado. Ver las referencias de la nota 23. En cuanto al procedimiento recursivo ante los entes reguladores ver CICERO, NIDIA KARINA, “El Procedimiento Administrativo en los Entes Reguladores de los Servicios Públicos,” en TAWIL (dir.), *Procedimiento Administrativo, op. cit.*, pp. 543-563.

<sup>8</sup> Ver *supra*, t. 1, cap. VII, “Fuentes nacionales del derecho administrativo,” § 7, “Ámbito de la ley frente a la administración” a 19, “La costumbre. Concepto y admisibilidad en general.”

<sup>9</sup> Ver también MORELLO, AUGUSTO MARIO, “Experiencias del procedimiento administrativo que pueden contribuir al mejoramiento del proceso civil,” *LL*, 1987-A, 1097; ver *supra*, t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, cap. IX, “El procedimiento administrativo. Concepto y principios generales,” § 1, “El proceso: concepto amplio” y ss.

<sup>10</sup> Ampliar *infra*, § 18.3, “El plazo del art. 25: sus problemas empiezan en sede administrativa,” de este cap.; cap. VIII, § 1.3, 1.5, 2.3.2, 2.3.6 y notas 59, 64, 180, 181. También cap. IX, § 13, “El potestativo recurso de reconsideración previo a la acción judicial,” nota 98; cap. X, § 1.3, “La tendencia propuesta (¿o real?)” y § 9.2, “Es una espada de Damocles;” cap. XI, § 5.2, “Elección de la vía judicial.”

efectiva del administrado”<sup>11</sup> para acceder a la tutela judicial. Hasta puede ser un riesgo y un peligro si se admite, como en teoría se lo hace entre nosotros, *la reformatio in pejus*;<sup>12</sup> en España, en cambio, unánimemente se la rechaza.<sup>13</sup>

Cuando la tutela judicial es efectiva, el recurso administrativo es un trámite molesto que se desearía poder evitar. Cuando el control judicial no funciona, el recurso administrativo se transforma en el único remedio disponible. En cualquier caso, es el precio que el ciudadano debe pagar para tener acceso a la vía judicial, unas horcas caudinas incompatibles con la garantía de pronto acceso a la instancia judicial. Por ello la respuesta provisoria que la doctrina contemporánea postula es que resulta una irrazonable restricción del acceso a la justicia.<sup>14</sup> Ello, por ser innecesarios para la administración, que de rutina no los resuelve; por transformar “los fugacísimos plazos de interposición de los recursos en plazos de prescripción<sup>15</sup> de los derechos sustantivos;”<sup>16</sup> por ser una carga injustificable, demorar el acceso a la justicia y de hecho desanimar dicho acceso, etc. Se trata de un tema en el que conviene evitar todo dogmatismo jurídico o formulismo rígido, pues a veces la justicia es el único camino posible y otras lo es la administración. La mejor solución es dejar al propio interesado el derecho de acudir a la vía judicial en forma directa, o agotar si lo prefiere todo o parte de la instancia administrativa.

<sup>11</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *op. cit.*, cap. XXIII, I, p. 525. En igual sentido DIEZ SÁNCHEZ, JUAN JOSÉ, *El procedimiento administrativo común y la doctrina constitucional*, Madrid, Civitas, 1992, p. 239 y sus referencias de p. 241. La percepción clásica era que el autocontrol de la administración, por los recursos de los particulares, es tanto un derecho como un deber de ella: GÓMEZ SANCHÍS, DANIEL, “La impugnación de la decisión en sede administrativa,” en *Manual de derecho administrativo*, FARRANDO (H.), ISMAEL y MARTÍNEZ, PATRICIA R., Directores, Buenos Aires, Depalma, 1996, p. 631. Esa percepción cambia con la nueva jurisprudencia que indicamos *infra*, nota 197; MILANTA, CLAUDIA A. M., “Proyección de la tutela judicial en materia administrativa. La fuerza normativa de la Constitución en la jurisprudencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires del año 2002/2003,” en BOTASSI (dir.), *Temas...*, *op. cit.*, pp. 451-79.

<sup>12</sup> ESCOLA, HÉCTOR JORGE, *Tratado general del procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1967, pp. 319-20; 1996, p. 230 y ss.; COMADIRA, JULIO RODOLFO, “Modos anormales de terminación del procedimiento administrativo,” reproducido en *Derecho Administrativo. Acto Administrativo. Procedimiento Administrativo. Otros Estudios*, Buenos Aires, LexisNexis, 2003, 2ª ed. actualizada y ampliada, cap. VII, p. 177 y ss., esp. 183, texto y nota 539, ver también p. 134; *Procedimiento administrativo y denuncia de ilegitimidad*, Buenos Aires, 1996, p. 23, nota 45; *Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Anotada y Comentada*, t. 1, Buenos Aires, La Ley, 2002, comentario al art. 1º, § 2.2, p. 53; HUTCHINSON, TOMÁS, *Ley nacional de procedimientos administrativos. Reglamento de la ley 19.549*, t. II, Buenos Aires, Astrea, 1988, p. 351; FIORINI, BARTOLOMÉ A., *Teoría jurídica del acto administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1969, p. 236; VILLARRUEL, MARÍA SUSANA, “Una aproximación a la *reformatio in peius* en el procedimiento administrativo,” *ED*, 185: 1238; en el derecho comparado, TREVILJANO FOS, JOSÉ A., *Tratado de derecho administrativo*, t. II, vol. 1, Madrid, 1971, p. 436. Ver *supra*, cap. II, “El administrador,” notas 99, 114, 125 y 126.

<sup>13</sup> Ley 30/1992, art. 119; GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 548.

<sup>14</sup> DIEZ SÁNCHEZ, *op. cit.*, pp. 232, 237, 239, 241 y ss.; BOTASSI, *Procedimiento...*, *op. cit.*, p. 294, nota 352. Ver en especial las lúcidas reflexiones de CANOSA, *Los recursos...*, *op. cit.*, p. 102.

<sup>15</sup> Para peor, entre nosotros se pretende que sea de caducidad.

<sup>16</sup> DIEZ SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 241, quien recuerda en similar sentido a GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, SANTAMARÍA PASTOR, PAREJO ALFONSO, PARADA VÁZQUEZ y FERNÁNDEZ PASTRANA.

Por lo demás, hemos seguido y profundizado lo que en España se denominó “la desvirtuación de la vertiente garantística de los recursos;” “la desfiguración de los recursos como medio de garantía.”<sup>17</sup> Y no hemos podido armar ni mantener “un sistema inteligible y coherente para el ciudadano medio, lo cual conduce derechamente a la unificación del sistema,” pues la experiencia pasada ha sido, se cuenta, “el continuado fracaso de las pretensiones de unificación.”<sup>18</sup> En suma y como dice SARMIENTO ACOSTA, los recursos administrativos “se han definido siempre como una carga para el particular, con la que ha tenido y tiene que apechar para interponer posteriormente el recurso jurisdiccional ante el órgano judicial competente;” ese carácter viene también dado “por un deficiente régimen jurídico, que ha contribuido a la acentuación de una posición privilegiada” de la administración. Todo indica y lleva a “que los recursos no se hayan definido como una garantía. Si a ello se le añade el excesivo rigor que en determinadas etapas ha observado la jurisprudencia, es fácil deducir que el instituto que analizamos se haya convertido en una asignatura pendiente” del derecho.<sup>19</sup>

Hoy en día se ha afianzado un control judicial más independiente y por ello habrá mayor uso de la posibilidad que brinda el decr. 977/95, de considerar agotada la vía administrativa por la mera decisión de cualquier órgano de rango menor, acudiendo en forma directa a la vía judicial y haciendo caso omiso de está plétora de remedios.<sup>20</sup> En tal sentido, el art. 15 del decr. 977/95 hace optativo el recurso jerárquico contra los actos definitivos emanados de los ministros, que anteriormente exigía el art. 90 último párrafo del reglamento como requisito para agotar la vía administrativa “*salvo el derecho del particular.*” Puede así, a su elección, interponer el recurso administrativo u ocurrir a la vía judicial.<sup>21</sup>

<sup>17</sup> SARMIENTO ACOSTA, MANUEL J., *Los recursos administrativos en el marco de la justicia administrativa*, Madrid, Civitas, 1996, p. 404.

<sup>18</sup> SARMIENTO ACOSTA, *op. loc. cit.*

<sup>19</sup> SARMIENTO ACOSTA, *op. cit.*, p. 407. Véase en igual sentido RODRÍGUEZ PRADO, JULIETA, “La violencia del procedimiento administrativo en la práctica,” *LL*, 2006-F, 897, y su descripción de los fenómenos fácticos que se suscitan en la administración frente a la interposición de recursos o reclamos administrativos en RODRÍGUEZ PRADO, “El procedimiento administrativo en la práctica. Principales cuestiones que se plantean,” en TAWIL (dir.), *Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2009, pp. 333-337.

<sup>20</sup> Que hasta permite hacer cuadros sinópticos. Ver y comparar GÓMEZ SANCHÍS, *op. cit.*, p. 645, quien amplía el cuadro que hicieramos en la 3ª ed., 1980, cap. III, p. 8; MILANTA, “Proyección de la tutela judicial...,” en BOTASSI (dir.), *Temas...*, *op. cit.*, p. 421 ss.

<sup>21</sup> Así lo hace México, art. 83, estableciendo “el ejercicio de recursos administrativos como una opción del interesado y no como una obligación.” BREWER-CARIAS, *Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina*, Bogotá, Legis, 2003, novena parte, secc. IV, § 2, p. 287. Asimismo, el acto emanado de la máxima autoridad, ya sea dictado de oficio o como resultado de la resolución de un recurso administrativo, es apto para agotar la instancia a fin de acceder a la vía judicial, ya que la interposición del recurso de reconsideración es optativa para el interesado, ver FLAX, GREGORIO A., “La razonabilidad de los recaudos extrínsecos de la «acción administrativa» y su incidencia sobre el derecho a la jurisdicción: el caso «Ramsay» y el agotamiento de la vía administrativa,” *JA*, 2003-III, suplemento del fascículo nº 5, p. 54 y ss. Ver también MILANTA, “Proyección de la tutela judicial...,” en BOTASSI (dir.), *Temas...*, *op. loc. cit.*

En los procedimientos especiales en que hay un órgano que actúa con imparcialidad e independencia en la emisión del primer acto administrativo,<sup>22</sup> no resulta apropiado admitir la revisión administrativa y cabe exclusivamente acudir en forma directa a la vía judicial.

Es el sistema de los tribunales administrativos que emiten el primer acto administrativo en diversos países, fórmula que estimamos la más avanzada.<sup>23</sup>

## 2. Diferencias

Ambos recursos difieren entonces por los caracteres que explicaremos a continuación, aunque la tendencia es hacia la unificación:<sup>24</sup>

### 2.1. Autoridad que los decide

En el caso del recurso jurisdiccional, la autoridad que resuelve es un juez unipersonal o un tribunal colegiado, pero siempre imparcial e independiente, un tercero desinteresado del proceso. En el recurso administrativo, quien resuelve es en principio un funcionario administrativo, aunque esto admite excepción en el caso de las actividades administrativas de la Justicia y del Congreso.<sup>25</sup> Los procedimientos administrativos del Poder Judicial son resueltos dentro de su ámbito, discutiéndose si las potestades del control administrativo le corresponden en forma exclusiva al respectivo tribunal superior de cada jurisdicción, o si se trata de una facultad concurrente con otros órganos judiciales. Las actividades administrativas del Congreso son decididas por un legislador: El Secretario o el Presidente de cada Cámara. Lo mismo ocurre con los nuevos órganos constitucio-

<sup>22</sup> Ello ocurre en nuestro país, p. ej., en materia de tutela administrativa del derecho del consumidor, en que “las resoluciones dictadas por la autoridad de aplicación son decisiones últimas, no susceptibles de ser revisadas por una autoridad superior y sólo atacables en sede judicial, descartándose por ende los recursos jerárquico y de alzada contenidos en la L.P.A.,” BERSTEN, HORACIO LUIS, *Derecho Procesal del Consumidor*, Buenos Aires, La Ley, 2004, p. 50.

<sup>23</sup> Ver nuestros trabajos “Administrative Procedure Reform: The Experience of the Americas,” *European Review of Public Law*, Londres, Esperia, vol. 21\_2/2009, pp. 699-726; “Los tribunales administrativos como alternativa a la organización administrativa,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Organización administrativa, función pública y dominio público*, Buenos Aires, RAP, 2005, pp. 955-962; “El control jurisdiccional en el mundo contemporáneo,” en *Memorias del Primer Congreso Internacional de Tribunales de lo Contencioso Administrativo Locales de la República Mexicana*, Toluca, México, 2003, pp. 19-32. Ver también mi nota XX.2, “El procedimiento no es el problema sino el órgano,” pp. 524-B a 524-D, en GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, t.II, *op. cit.*

<sup>24</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, t. II, *op. cit.*, pp. 527-8, señalan que existe una tendencia hacia la “procesalización” del procedimiento administrativo y que sería “profundamente equívoco tratar de identificar ambas funciones.”

<sup>25</sup> SAYAGUÉS LASO, ENRIQUE, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Montevideo, 1953, p. 471; 3ª ed. act. por DANIEL MARTINS, Montevideo, 1974, p. 464; FIORINI, *Recurso jerárquico*, Buenos Aires, 1963, p. 18; CANOSA, *Los recursos administrativos*, *op. cit.*, p. 64. Acerca del concepto de función administrativa ver *supra*, t. 1, cap. IX; ver también BARRA, RODOLFO C., *Principios de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ábaco, 1980, p. 141 y ss. Ver la jurisprudencia y bibliografía citadas en el t. 3, cap. I, § 7, “Crítica del concepto orgánico o subjetivo,” nota 29 y § 8, “Continuación,” notas 31 a 33; SORIA, DANIEL FERNANDO, “Control judicial de los actos administrativos del órgano legislativo,” *LL*, 1988-B, 580.

nales “extrapoderes,” como el Consejo de la Magistratura,<sup>26</sup> el Defensor del Pueblo de la Nación,<sup>27</sup> la Auditoría General de la Nación<sup>28</sup> y el Ministerio Público. Es obvio que contra sus actos no procede otro recurso administrativo que el interno dentro de ellos. También puede tratarse, según hemos explicado en su lugar,<sup>29</sup> de un órgano de una persona no estatal, que no será por lo tanto agente público.

## 2.2. *Función que ejerce el que los decide*

En el recurso o acción jurisdiccional, el tribunal ejerce función jurisdiccional. En el administrativo, su resolución implica ejercicio de función administrativa, sea administrador, juez o legislador quien decide.<sup>30</sup> Por supuesto, en la medida que el progreso vaya decidiendo en nuestro país la implementación efectiva de tribunales administrativos realmente independientes e imparciales, sujetos a revisión judicial plena, es posible que este enfoque deba cambiar. Existen algunos pronunciamientos judiciales que permiten actualmente abrigar alguna esperanza al respecto,<sup>31</sup> aunque la administración es manifiestamente reticente a aceptarlos o permitir que funcionen, y el legislador por su parte ha sido siempre remiso en profundizar el sistema o siquiera esforzarse porque al menos los existentes funcionen de acuerdo a la Constitución nacional. La sociedad y la doctrina, desde luego, tienen que cumplir su rol en la materia

## 2.3. *Carácter en que actúa quien decide*

En un caso es tercero imparcial, ajeno a la contienda; en el otro, sea funcionario, legislador o juez quien resuelve el recurso de su empleado, él actúa como parte. Una diferencia también fundamental, pero que no se da en todos los casos, hace al grado de autonomía que tiene quien decide. El órgano judicial actúa siempre por definición con independencia, no estando sujeto a órdenes o instrucciones. En cambio, en los recursos administrativos, el órgano puede actuar con mayor o menor autonomía y en la mayoría de los casos poca independencia, puesto que

<sup>26</sup> La CSJN lo considera parte del Poder Judicial. Pero es una cuestión semántica, ya que en todo caso el Consejo no depende de la CSJN. Por supuesto, en los últimos años se lo ha reformado inconstitucionalmente, pero es de esperar que el cambio político restablezca el indispensable equilibrio de sus componentes, lo integre o no la CSJN.

<sup>27</sup> Cabe destacar que poco a se ha ido extendiendo la sana tendencia de crear también defensores del pueblo a nivel local y de organismos o instituciones estatales específicas, como es normal en el derecho comparado. Desde luego, en este como en otros aspectos, estamos a la zaga.

<sup>28</sup> Para que funcione, claro está, requiere también un Congreso en funcionamiento, no paralizado como frecuentemente ocurre por culpa de nuestro sistema presidencialista.

<sup>29</sup> *Supra*, t. 3, *El acto administrativo*, cap. I, § 12, “Distintos ejemplos de actos administrativos de personas no estatales.”

<sup>30</sup> BALBÍN, CARLOS F., *Curso de Derecho Administrativo*, La Ley, 2008, p. 679, sostiene que el órgano competente para resolver el recurso administrativo es aquel que establece el decreto en cada caso particular, esto es, el órgano que dictó el acto o el superior jerárquico.

<sup>31</sup> Ver D'ARGENIO, INÉS A., “La manera más conveniente de administrar el país (II),” en *LL, Supl. Adm.*, mayo de 2010, pp. 1-4. Ver también la primera parte de este brillante trabajo, “La manera más conveniente de administrar el país,” en *RPA*, 2009: 2/3.

está estructurado jerárquicamente.<sup>32</sup> No es tampoco un tercero desinteresado del proceso, cualidad fundamental del juez.<sup>33</sup>

Otra sería la cuestión si existiesen tribunales administrativos realmente imparciales e independientes, aunque estén formalmente en el marco de la administración pública, en tanto no se hallen formal o informalmente sujetos a órdenes, instrucciones, ni ningún otro tipo de interferencia, sugerencia, presión, *lobby*, etc. Pero la misma resistencia que encontramos en nuestra realidad a que los tribunales judiciales se creen en cantidad suficiente para atender la cantidad de litigios reales y potenciales, existe también para no crear tribunales administrativos imparciales e independientes, ni hacer siquiera funcionar los creados por ley pero no implementados.<sup>34</sup> Ello cambiaría mucho el panorama práctico y también doctrinal.

#### 2.4. *Extensión del control ejercido y legitimación*

En un caso, el control es de legitimidad<sup>35</sup> y considera objetivamente la conformidad a todo el orden jurídico, incluso cuando no afecta los derechos del individuo o éste no los ha reclamado.<sup>36</sup> Es también control de oportunidad.<sup>37</sup> En el otro el control es sólo de legitimidad y tradicionalmente está destinado a restablecer el ordenamiento jurídico violado en cuanto infringe los derechos del individuo afectado y éste los ha reclamado; pero debe tenerse presente que esto se encuentra

<sup>32</sup> Ver DE LA RÚA, *op. cit.*, p. 143; *supra*, t. 1, cap. VII, § 7, “Ámbito de la ley frente a la administración,” y ss. Dice DIEZ, *op. cit.*, p. 322, que “Se entiende que en el caso del recurso administrativo no se acude ante un órgano imparcial e independiente del que dicta el acto impugnado. Es la diferencia más notoria entre los recursos administrativos y las acciones judiciales;” HAUTMANN, LUIGI, *Del ricorso gerarchico*, Florencia, 1911, p. 86 y ss. Existen, no obstante, organismos dotados de “facultades cuasijudiciales,” que poseen distintos grados de autonomía e independencia, como el Tribunal Fiscal de la Nación. Entre casos como éste y el clásico órgano administrativo subordinado o supraordinado jerárquicamente, que resuelve un recurso administrativo correspondiente al procedimiento administrativo ordinario, existe una amplia gama caracterizada por diferentes grados de autonomía e independencia que, no obstante, en ningún caso alcanzan los que caracterizan al órgano judicial.

<sup>33</sup> Ver nuestra *Introducción al derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2007, y en [www.gordillo.com](http://www.gordillo.com); *Une Introduction au Droit*, prólogo de SPIRIDON FLOGAITIS, Londres, Esperia Publications Ltd., 2003; *An Introduction to Law*, prólogo de SPIRIDON FLOGAITIS, Londres, Esperia Publications Ltd., 2003; se encuentra en preparación una edición en portugués; NIETO, ALEJANDRO y GORDILLO, AGUSTÍN, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Madrid, Trotta, 2003.

<sup>34</sup> Ver *supra*, notas 23 y 31.

<sup>35</sup> Ver *supra*, t. 1, cap. X, “Clasificación jurídica de la función administrativa,” § 16, “Comparación entre legitimidad y oportunidad y actividad reglada y discrecional.”

<sup>36</sup> O sea, la ilegitimidad del acto es independiente de la legitimación para impugnarlo.

<sup>37</sup> Véase CANOSA, *op. ult. cit.*, p. 65. Cabe apuntar que algunos autores propugnan la ampliación del control de legitimidad, incluyendo la oportunidad. Así SOTO KLOSS, EDUARDO, “La toma de razón y el poder normativo de la Contraloría General de la República,” en *La Contraloría General de la República*, Santiago, Universidad de Chile, 1977, pp. 165 y 182: “si el órgano administrativo actúa en el ejercicio de potestades públicas utilizando sus poderes en decisiones inconvenientes o inoportunas, parece igualmente insensato afirmar que tales decisiones, si bien inoportunas son legales;” “La oportunidad, pues, no es un agregado a la legalidad [...] oportunidad, conveniencia, mérito, son elementos que integran la potestad jurídica misma que el legislador ha conferido al administrador.”

en vías de cambio.<sup>38</sup> De todos modos, cabe tener presente que no se admite que la administración declare la inconstitucionalidad de una ley, aunque sí puede hacerlo respecto de un reglamento.<sup>39</sup> Lo mismo se aplica al orden jurídico supranacional e internacional. La diferencia se esfuma con las acciones de clase y la tutela de los derechos de incidencia colectiva en sede judicial.<sup>40</sup> El principio clásico en materia de legitimación era que en el primer caso se tutelaban solamente derechos subjetivos; en el otro, tanto derechos subjetivos como intereses legítimos.<sup>41</sup> Sin embargo, tal diferencia tradicional dista mucho de estar vigente, sobre todo en el ámbito nacional.<sup>42</sup> En todo caso y como mínimo corresponde introducir algunas cualificaciones. La primera es que muchas provincias tienen la tutela judicial del interés legítimo. La segunda nace con la irrupción de los derechos de incidencia colectiva a partir de 1994. Ellos obligan a que el control judicial deba dar mayor tutela de derechos.<sup>43</sup>

<sup>38</sup> Ver CNFed. CA, Sala II, *Gambier, LL*, 1999-E, 624 y *supra*, t. 2, cap. III, § 6.6, “El caso del ciudadano *Gambier*. El derecho a la vigencia del principio de legalidad. Otros derechos colectivos;” CAPUTI, MARÍA CLAUDIA, “La legitimación de los ciudadanos para accionar judicialmente en defensa de los intereses generales —Una perspectiva del modelo norteamericano y su relación con el argentino,” *ED*, 185: 805.

<sup>39</sup> Ver *supra*, t. 1, cap. VII, § 8, “La administración frente a la ley inconstitucional,” así como nuestra postura originaria en *Estudios de derecho administrativo*, Buenos Aires, Perrot, 1963, p. 71, nota 37. Ver BIANCHI, *Control de constitucionalidad*, Buenos Aires, Ábaco, 2002, 2ª ed., t. 1, pp. 258-68, y posturas doctrinarias reseñadas en pp. 261-2, especialmente: LINARES, JUAN F., *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1986, p. 142; SARMIENTO GARCÍA, JORGE, *La jefatura administrativa del presidente de la Nación*, Buenos Aires, Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, 1986, p. 233; QUIROGA LAVIÉ, HUMBERTO, *Derecho constitucional*, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1978, p. 478 (negativas), y por MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995, 5ª ed., t. I, § 120, p. 430, nota 122; SAGÜES, NESTOR, *Recurso extraordinario*, Buenos Aires, Astrea, 1992, 3ª ed., t. I, § 100-b, p. 238; GIULIANI FONROUGE, CARLOS (NAVARRINE, S. - ASOREY, R., acts.), *Derecho financiero*, Buenos Aires, Depalma, 1993, 5ª ed. act., t. II, § 381, p. 775; BIDEGAIN, CARLOS M., “El control de constitucionalidad y la Procuración del Tesoro,” en AAVV, *120 años de la Procuración del Tesoro*, Buenos Aires, 1983, p. 45; COMADIRA, JULIO R., “La posición de la administración pública ante la ley inconstitucional,” en *RDA*, Buenos Aires, año 1, N° 1, pp. 151-65, esp. p. 160 y ss. Sobre la no aplicación de la ley inconstitucional si ya ha sido declarada en sede judicial, ver art. 12, Código Fiscal bonaerense y decreto ley orgánico del Tribunal Fiscal de la Prov. de Bs. As., dec. ley 7603/70, art. 14.

<sup>40</sup> CARELLO, LUIS ARMANDO, “La Convención Interamericana contra la Corrupción y el «derecho a la no corrupción»,” en DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *50 años de Derechos Humanos*, Santa Fe, 1998, p. 25 y ss.; ver también nuestros arts. “Los grandes fallos de la actualidad,” en *Después de la reforma del Estado*, Buenos Aires, FDA, 1998, 2ª ed., cap. XI; “La legitimación,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Procedimiento administrativo*, Buenos Aires, CA, 1998, pp. 441-7; «Un corte transversal al derecho administrativo: la Convención Interamericana Contra la Corrupción», *LL*, 1997-E, 1091; *supra*, t. 2, caps. II a IV.

<sup>41</sup> Como es el caso de la Ciudad de Buenos Aires, Provincia de Buenos Aires, Córdoba, Corrientes, Formosa, Mendoza, Santa Fe, etc. Ampliar en DROMI, JOSÉ ROBERTO, *Proceso administrativo provincial*, Mendoza, 1977, pp. 117-20; BARRA, *Principios...*, op. cit., p. 259 y ss., esp. p. 273, donde critica la distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo. Todos los proyectos actuales incluyen el interés legítimo y por la Constitución Federal deben tutelar los derechos de incidencia colectiva de sus arts. 36 a 43 y los que nacen de los tratados tales como los del art. 75 inc. 22 y otros (*v.gr.*, la Convención Interamericana Contra la Corrupción.) Ver la remisión a CARELLO, *supra*, nota 35.

<sup>42</sup> Ver *supra*, notas 31 y 33.

<sup>43</sup> Ver *supra*, t. 2, caps. II a IV.

### 2.5. *Facultades procedimentales del órgano decidente*

El tribunal judicial no actúa usualmente de oficio, aunque muchos jueces y tribunales de alzada han aumentado su actividad instructoria. Realizan cada vez más actividades probatorias de oficio que les permiten llegar a la verdad material y hacer mejor justicia. La administración, por su lado, debe ser diligente y pacientemente instada por el recurrente, pues la actividad instructoria no se da en la práctica.

La impulsión del proceso clásicamente pertenece a las partes, pero hay casos de actuación de oficio, como la aplicación de oficio del vencimiento del plazo de caducidad para impugnar el acto administrativo.<sup>44</sup> Prevalece además el principio de la verdad formal. En el trámite de los recursos administrativos el administrador tiene indubitables facultades para actuar de oficio,<sup>45</sup> impulsar el procedimiento e instruir la prueba<sup>46</sup> y prevalece el principio de la verdad material.<sup>47</sup> Estas distinciones teóricas no siempre son ciertas en la práctica, pero con frecuencia es la justicia la que suple —en el eficaz amparo por mora— la morosidad e inactividad administrativa.

### 2.6. *Naturaleza del acto que decide el recurso*

En un caso se trata de una sentencia cautelar o definitiva; en el otro de un acto administrativo.<sup>48</sup>

### 2.7. *Estabilidad de la decisión*

En el primer caso la sentencia es vinculante para el juez y se torna inmutable; en el segundo la administración sólo está parcialmente limitada<sup>49</sup> y puede en ciertos casos pedir judicialmente su anulación en la acción de lesividad.

<sup>44</sup> Así lo resolvió la CSJN *in re Gorordo, LL*, 1999-E, 186.

<sup>45</sup> Comp. COMADIRA, *Procedimiento administrativo y denuncia...*, *op. cit.*, pp. 16, 25 y ss.; *Procedimientos Administrativos. Ley Nacional...*, *op. cit.*, comentario al art. 1º, § 2.3, pp. 55-7; *Derecho Administrativo. Acto...*, *op. cit.*, cap. V, § 3.3, pp. 136-8.

<sup>46</sup> LANDIS, JAMES, "The Administrative Process," en SCHUCK, PETER, *Foundations of Administrative Law*, Nueva York y Oxford, Oxford University Press, 1994, p. 16: "Las facultades de la agencia para iniciar actuaciones existen porque satisfacen una antigua necesidad sentida en nuestro derecho [...] Otra distinción significativa entre procedimiento administrativo y judicial es el poder de investigación «independiente» que posee aquélla [...] Igualmente merece mención la facultad de la administración de llevar a cabo investigaciones independientes como preludeo [...] a la implementación de políticas, por vía de la resolución de casos."

<sup>47</sup> COMADIRA, *Procedimiento administrativo y denuncia...*, *op. cit.*, p. 23; *Procedimientos Administrativos, op. cit.*, § 2.2, pp. 53-5; *Derecho Administrativo*, cap. V, § 3.2, pp. 134-6.

<sup>48</sup> SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, 1ª ed., p. 471; p. 220 nota 3; 3ª ed., p. 464; ULE, CARL HERMANN, *Verwaltungsprozessrecht*, Munich y Berlín, 1961, 2ª ed., p. 14; CAMMEO, FEDERICO, *Corso di diritto amministrativo*, Padua, 1960, p. 669; BREWER CARÍAS, *Las instituciones fundamentales del derecho administrativo y la jurisprudencia venezolana*, Caracas, UCV, 1964, pp. 238-9.

<sup>49</sup> Entre nosotros, por la llamada "cosa juzgada administrativa" o estabilidad del acto administrativo. Ver *supra*, t. 3, cap. VI.

## 2.8. *Congruencia con los precedentes*

En todo el mundo se han ido acercando en la práctica los sistemas jurídicos, tanto sea el continental Europeo como el del *Common Law*.<sup>50</sup> Iguales razones militan para el principio de congruencia en materia administrativa, aunque esto no se respete siempre en la realidad de cada país concreto.<sup>51</sup>

## 2.9. *Recurribilidad de la decisión*

La decisión del recurso administrativo, que como dijimos constituye un acto administrativo, es a su vez impugnabile por nuevos recursos administrativos y acciones jurisdiccionales.<sup>52</sup> La decisión de la acción judicial, en cambio, sólo es susceptible de ser impugnada por otros recursos judiciales en el orden interno y luego por los remedios internacionales, tales como la Comisión IDH y la Corte IDH.

## 2.10. *Unidad de acción, pluralidad de recursos*

En el proceso administrativo argentino existen diferentes supuestos a considerar: a) sólo una acción, en principio para la defensa del derecho subjetivo; es la situación clásica en el orden nacional, a la que corresponde hoy agregar los derechos de incidencia colectiva;<sup>53</sup> b) dos o más acciones, defensa tanto del derecho subjetivo como del interés legítimo; es la situación de los códigos de la mayor parte de las provincias, a los que cabe agregar los derechos colectivos de la Constitución de 1994;<sup>54</sup> c) una sola acción para la defensa tanto del derecho subjetivo como del interés legítimo; es la situación en Formosa, Mendoza<sup>55</sup> y tanto en la Provincia

<sup>50</sup> Para una exposición sumaria del tema ver *supra* t. 1, cap. I, § 1.5, “*Common Law* y Derecho continental Europeo;” para un mayor desarrollo ver *An Introduction to Law*, prólogo de SPYRIDON FLOGAÏTIS, Londres, Esperia, 2003; versión francesa en *Une introduction au Droit*, Londres, Esperia, 2003; en castellano como *Introducción al derecho*, publicado como e-book en [www.gordillo.com](http://www.gordillo.com). Las tres versiones son libremente accesibles en dicho sitio de internet.

<sup>51</sup> Comparar, p. ej. GOODMAN, LEONARD S., *The Process of Ratemaking*, Vienna, Virginia, PUR, 1998, t. I, p. 133; SCHMIDT-ASSMANN, EBERHARD, *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, Madrid, INAP, Marcial Pons, 2003, esp. pp. 89-90.

<sup>52</sup> SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, 1ª ed., p. 471; 3ª ed. por DANIEL MARTINS, p. 464; ZANOBINI, GUIDO, *Corso di diritto amministrativo*, t. II, Milán, Giuffrè, 1958, p. 74. Si la ley permite la elección alternativa de la vía judicial o administrativa y determina expresamente que la elección de una implica la pérdida de la otra, entonces cuando el recurrente elige la vía administrativa debe entenderse que no habrá recurso judicial contra la decisión administrativa, salvo el recurso extraordinario. Ver CSJN, *Fallos*, 194:187, *Stocker y Cia*; Cámara Federal de la Capital, *JA*, 37: 918, año 1932, *Aduana de la Capital v. Agente y Capitán del Vapor “San Francisco.”*

<sup>53</sup> Que explicamos *supra*, t. 2, caps. II, “Derechos de incidencia colectiva” y III, “El derecho subjetivo en el derecho de incidencia colectiva.”

<sup>54</sup> Comp. BERÇAITZ, MIGUEL ÁNGEL, “Proceso y procedimiento contencioso administrativo,” en *RAP*, 44: 121, Madrid, 1964, especialmente pp. 138-9; DROMI, *Proceso...*, *op. cit.*, p. 116 y ss.

<sup>55</sup> Esta solución de la unidad de acción y pluralidad de pretensiones se encuentra esbozada en nuestro país primero en el Código de Santiago del Estero, como adelanta BERÇAITZ, *op. cit.*, p. 139 y luego más claramente formulada en los códigos de la Provincia de Buenos Aires, Formosa, Mendoza y otros.

como la Ciudad de Buenos Aires.<sup>56</sup> Esta última tendencia del derecho procesal administrativo se denomina “unidad de acción, pluralidad de pretensiones” y parece la orientación correcta. Cabe, como en los otros casos, agregar los derechos de incidencia colectiva incorporados por la reforma constitucional de 1994, con plena y directa e inmediata operatividad, que obligan por lo tanto a su necesaria tutela tanto en sede judicial como administrativa sea en el orden federal como en el provincial o municipal. En el procedimiento administrativo siempre se ha permitido la defensa del derecho subjetivo y del interés legítimo, pero en cambio se ha pecado por un exceso en los medios de impugnación disponibles. Ello puede advertirse en los cuadros sinópticos que realiza GÓMEZ SANCHÍS al efecto.<sup>57</sup>

No obstante, es preciso advertir que la reforma del reglamento de procedimientos administrativos realizada por el decr. 1883/91 ha suprimido los recursos denominados de apelación menor y mayor, que contemplaba el art. 87 del texto previo a la reforma. Estos recursos, aunque habían sido objeto de crítica por la doctrina<sup>58</sup> e incrementaban la complejidad del procedimiento, contaban a su favor con su carácter voluntario; empero, ello en definitiva no se traducía en un incremento de las posibilidades reales de defensa del particular.<sup>59</sup> En cualquier caso, la reforma ha simplificado el procedimiento, quedando como únicos recursos, en sentido estricto, los de reconsideración, jerárquico,alzada<sup>60</sup> y revisión. Como decimos al comienzo uno de los objetivos finales es también en esta materia llegar a la unidad del recurso administrativo.

### 2.11. *Onerosidad o gratuidad*

En el orden judicial impera el principio de las costas al vencido, con pocas excepciones,<sup>61</sup> mientras que el procedimiento administrativo es gratuito.<sup>62</sup> No

<sup>56</sup> En la primera lo anticipó HUTCHINSON, *Procedimiento administrativo de la provincia de Buenos Aires*, Buenos Aires, Astrea, 1995, p. 76 y ss., esp. p. 80 y lo confirmó la SCBA en *Rusconi, LL*, 1996-C, 20, año 1995 con nota de BOTASSI, “El proceso administrativo bonaerense con base en el interés legítimo.” El paso final lo dió el Código actual. Ver el art. 10 del decreto-ley 7647/70. Lo mismo vale, *mutatis mutandis*, para el Código de Santiago del Estero, art. 1°. En igual sentido, ver las leyes de la provincia de Buenos Aires 11.723, ley ambiental; 12.475, acceso a la información; 13.133, Código del Consumidor y el Usuario.

<sup>57</sup> GÓMEZ SANCHÍS, *op. cit.*, pp. 657-8.

<sup>58</sup> HUTCHINSON, t. II, *op. cit.*, pp. 410 y 422, LINARES, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1986, pp. 373-5. Comp. nuestro análisis previo de tales recursos, en la 3ª ed., 1980, cap. XIII, § 10 a 13, pp. 17-26.

<sup>59</sup> En contra, HUTCHINSON, *op. cit.*, p. 423; *Régimen de Procedimientos Administrativos – Ley 19.549*, Buenos Aires, Astrea, 1998, 4ª ed., p. 191, en que lamenta, con relación a la supresión de estos recursos voluntarios, que “Los reformadores continuaron con una costumbre que la sociedad ya ha abandonado: que el Estado decida qué es lo que le conviene o no al particular.”

<sup>60</sup> Con limitaciones y exclusiones que explicamos en el cap. XI, “Recurso de alzada.”

<sup>61</sup> En Formosa no se aplican costas al vencido en la pretensión de anulación (art. 72), para tratar de revertir la tradición argentina de no impugnar judicialmente los actos administrativos. En la Prov. de Buenos Aires, las costas son —en principio— en el orden causado, art. 51 de la ley 12.008, modif. por la ley 13.101.

<sup>62</sup> Bolivia, art. 4º, inc. o); Brasil, art. 2º, inc. XI); Costa Rica, art. 328; Chile, art. 6º y Perú, art. 47.2.

existe sellado, ni impuesto de actuación,<sup>63</sup> ni condena administrativa en costas.<sup>64</sup> Hacer un recurso administrativo puede no costar nada;<sup>65</sup> interponer una demanda generalmente no resultará gratuito.<sup>66</sup> Si la cuestión tiene monto determinable el 3% de tasa de justicia es implacable;<sup>67</sup> a lo que hay que agregarle las costas ajenas y las propias en caso de perder.

### 2.12. *Intervención profesional requerida*

En las acciones judiciales se exige el patrocinio letrado; en los recursos administrativos no es necesario,<sup>68</sup> aunque se lo puede exigir a título expreso.

La tradición en la materia era adversa al patrocinio letrado en asuntos de poca significación económica.<sup>69</sup> Es que existe una percepción generalizada de que la intervención letrada puede predisponer mal a los funcionarios;<sup>70</sup> ello no excluye que el escrito tenga todo el desarrollo jurídico que desee.

Sin embargo, en años recientes se ha vuelto cada vez más común utilizar el patrocinio letrado en las presentaciones administrativas para asegurar mayor

<sup>63</sup> Alguna que otra provincia se atiene todavía a la ya superada regla del sellado de actuación, como explican FERULLO, GUSTAVO CÉSAR y GRAU, CÉSAR ANTONIO, *Procedimiento y recursos administrativos en la Provincia de Santa Fe*, Rosario, Fas, 1997, cap. II, “De la reposición de sellados y otros gravámenes o tasas,” pp. 39-47.

<sup>64</sup> Salvo el derecho a demandarlo judicialmente: CNFed. CA, Sala I, *Copani, LL*, 1997-D, 694.

<sup>65</sup> Lamentablemente existen algunos ordenamientos como el Código Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que exige el pago de un derecho de timbre antes de cualquier presentación, ver BARBARÁN, JOSEFINA “El agotamiento del administrado,” *LL*, 2005-E, 1120.

<sup>66</sup> POSNER, RICHARD, *Economic Analysis of the Law*, Boston, Little, Brown & Co., 1992, 4<sup>a</sup> ed., p. 581, compara los efectos de limitar el acceso a una decisión judicial a través de dos sistemas, el de la legitimación (*standing*) y el de la onerosidad —proporcionada al servicio que se obtiene, según el mencionado autor, o “compensatoria”— del proceso judicial: “Las costas plenamente compensatorias posibilitarían la eliminación de la exigencia de la legitimación activa [...] Si los litigantes tuvieran que sufragar todos los costos de empleo del sistema judicial [...] la justicia no tendría ya que preocuparse por el interés, en el caso, de los litigantes. El litigante compararía el beneficio de demandar, con los plenos costos sociales de demandar y si el primero fuere superior a los segundos, demandaría [...] Así, las [actuales] reglas de legitimación se asemejan a los requisitos de monto mínimo para demandar; desde un punto de vista económico ambas son inferiores con respecto a las costas realistas como medio para racionar el acceso a los tribunales.”

<sup>67</sup> Ver nuestra obra *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, FDA, 1999, § 16, “La implacable tasa de justicia,” p. 63; § 63, “Hasta tanto una docente jubilada mejore su fortuna,” p. 143. Limitar la posibilidad de demandar al Estado al pago previo de una tasa de justicia resulta, en la práctica, violatorio de la garantía nacional y supranacional del libre y pleno acceso a la justicia.

<sup>68</sup> ABERASTURY (H.) y CILURZO, *op. cit.*, p. 39. La CSJN, en *Lewkowicz, LL*, 1993-B, 185 sostuvo que “en nuestro sistema no existen estructuras sacramentales para los reclamos efectuados por la vía administrativa sino que, por el contrario, se admite el principio del formalismo moderado en que el particular puede actuar sin patrocinio letrado, de tal modo que el propio ordenamiento jurídico es el que ofrece mecanismos de protección para garantizar la defensa en juicio y el debido proceso” (cons. 4°); *Fallos*: 315-2: 2762.

<sup>69</sup> Es ésta una regla consuetudinaria de la cual es muy difícil lograr una explicación racional. Para el régimen de procedimiento formal de dictado de actos de *adjudicación*, con intervención de letrado, y otros procedimientos informales, ampliar en STRAUSS, PETER, “An introduction to administrative justice in the United States,” en PIRAS, ALDO (ed.), MOTZO, GIOVANNI (coord.), *Administrative Law. The Problem of Justice*, Milano, Giuffré, 1991, t. I, pp. 657-66.

<sup>70</sup> CANOSA, “Los recursos,” *op. cit.*, pp. 101-2.

nivel de respeto mínimo a las garantías básicas del procedimiento administrativo y para mejor preconstituir la prueba en preparación para la eventual instancia judicial.

Lo que quizás sea más importante, en la justicia, la dirección del proceso está en manos de abogados,<sup>71</sup> en tanto que en la administración la dirección del procedimiento no está en manos letradas. La frecuente y hasta constante consulta a los departamentos legales de cada repartición no altera esta diferencia fundamental en el poder de decisión respecto de cada acto y etapa procedimental.<sup>72</sup> El trámite previsible de un recurso administrativo y de una acción son así sensiblemente diferentes.

### 2.13. Dirección del proceso y del procedimiento

No obstante que uno de los datos teóricamente caracterizadores de la actividad administrativa es la jerarquía, lo cual supondría una gran unidad de acción<sup>73</sup> y una al menos clara dirección del procedimiento, ello no ocurre así en la realidad. Nadie en verdad dirige centralizadamente el procedimiento, salvo quizás algunos pocos procedimientos especiales y se plantea con ello uno de los grandes problemas de la organización administrativa: La falta de coordinación, de dirección.<sup>74</sup>

En cambio, dado que el proceso está siempre en manos de autoridades judiciales autónomas que lo dirigen y no se renuevan con la periodicidad de la administración, existe una apreciable unidad en la conducción del proceso, incluso cuando prima más agudamente el principio de la impulsión o instrucción por las partes y no por el juez. Los profesionales que tramitan juicios en tribunales tienen generalmente en claro a quién corresponde pedir cada cosa y quién debe decidirla. Ello no siempre es así en el procedimiento administrativo, donde el problema es encontrar el funcionario adecuado que asuma la responsabilidad de adoptar tal o cual decisión procedimental. Esto influye en el recurrente al recurrir, en modo diferente de como lo hace el litigante al accionar.<sup>75</sup>

<sup>71</sup> Comparar el procedimiento ante los tribunales administrativos norteamericanos, que tiene mayor intervención de abogados y el procedimiento inglés, con menor intervención, en SCHWARTZ y WADE, *Legal Control of Government*, Oxford (UK), 1972, pp. 108 y ss., 134 y ss. POLLARD, ROBERT, *Administrative Tribunals at Work*, Londres, 1950, p. 6, compara el comportamiento de los profesionales ante la administración y la justicia. Un lúcido análisis de la actuación de legos y letrados en el procedimiento administrativo en BOSCH, JORGE TRISTÁN, *El procedimiento administrativo en los Estados Unidos de América*, Montevideo, 1953, pp. 134-6.

<sup>72</sup> SCHWARTZ y WADE, *op. cit.*, pp. 108-34.

<sup>73</sup> HAUTMANN, *op. cit.*, p. 85, § 44.

<sup>74</sup> BLANCO DE TELLA, LUIS y GONZÁLEZ NAVARRO, FRANCISCO, *Organización y procedimiento administrativo*, Madrid, 1975; BREWER CARÍAS, ALLAN RANDOLPH, *Introducción al estudio de la organización administrativa venezolana*, Caracas, 1978, p. 123 y ss. Cfr. VIRGA, PIETRO, *Diritto Amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1999, 5ª ed. act., t. 2, *Atti e ricorsi*, p. 59 y ss.

<sup>75</sup> Ver lo que decimos respecto a la delegación en sede judicial y en otros ámbitos del poder en NIETO y GORDILLO, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, *op. cit.*, comentario nº 17, "El sistema, la vida, los tribunales," pp. 86-91.

### 2.14. Otras diferencias de procedimiento

Cabe agregar la distinta regulación y principios del procedimiento administrativo y judicial.<sup>76</sup> Ese diferente contexto se traslada al medio analizado.<sup>77</sup>

### 3. Recurso, reclamación y denuncia

En un sentido más restringido puede distinguirse entre los distintos remedios administrativos para la defensa del administrado ante la administración, los “recursos” *stricto sensu* “impugnación de actos,” las “reclamaciones” y las “denuncias”<sup>78</sup> (todos en la actualidad incluyen también los derechos de incidencia colectiva.)<sup>79</sup> No nos parece necesario suprimir el empleo genérico del término y por ello hablaremos indistintamente de “recurso” en el sentido de “remedio administrativo” o en el más específico que la palabra tiene en doctrina, como medio de impugnación de actos o impugnación específica y concreta de alguno de ellos.<sup>80</sup> No parece todavía posible utilizarlo semánticamente en el sentido de carga del particular o privilegio de la administración, sin perjuicio de que suelen serlo.

#### 3.1. En la doctrina

La distinción conceptual doctrinaria entre recurso, reclamación y denuncia estriba en que:

3.1.1. En primer lugar, con el recurso se atacan sólo actos administrativos,<sup>81</sup> mientras que con la reclamación y la denuncia pueden impugnarse tanto actos como hechos u omisiones administrativas;

<sup>76</sup> A su vez, para ubicarse en nuestra visión del contexto práctico del procedimiento y del proceso, nos remitimos al t. 2, caps. X, “El procedimiento administrativo en la práctica,” XII, “La licitación pública,” XIII, “La tutela judicial,” XIV, “Problemas del acceso a la justicia” y XV, “Comparación del control administrativo y judicial;” ver también COMADIRA, *Procedimiento administrativo y denuncia...*, *op. cit.*, p. 13 y ss.

<sup>77</sup> P. ej., la tensión “publicidad-secreto” que analizan GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 486.

<sup>78</sup> El Decreto 229/00 estableció la obligación de la Administración de resolver las peticiones, solicitudes y denuncias. SOLER, ANALÍA, “Lineamientos Generales del sistema de impugnación en sede administrativa,” en TAWIL (dir.), *Procedimiento Administrativo*, *op. cit.*, p. 340.

<sup>79</sup> *Supra*, t. 2, caps. II, “Derechos de incidencia colectiva” y III, “El derecho subjetivo en el derecho de incidencia colectiva.”

<sup>80</sup> BIELSA, RAFAEL, *Conceptos jurídicos y su terminología*, Buenos Aires, Depalma, 1987, 3ª ed., pp. 58 y 60.

<sup>81</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *Manual de Procedimiento Administrativo*, Madrid, Civitas, 2000, 1ª ed., p. 535 y 2002, 2ª ed., p. 559; *Los recursos administrativos*, *op. cit.*, p. 36; GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS y GONZÁLEZ NAVARRO, FRANCISCO, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, t. II, Madrid, Civitas, 1997, pp. 1694 y ss. y 1705 y ss.; VILLAR y ROMERO, *Derecho procesal administrativo*, Madrid, 1948, 2ª ed., p. 124 y ss.; GARRIDO FALLA, FERNANDO, *Régimen de impugnación de los actos administrativos*, Madrid, 1956, p. 288; REAL, ALBERTO RAMÓN, “Recursos administrativos,” en *Revista del Colegio de Abogados del Uruguay*, t. 3, n° 1/4, p. 19, año 1962; LANDI, GUIDO y POTENZA, GIUSEPPE, *Manuale di diritto amministrativo*, Milán, 1978, 6ª ed., p. 648.

3.1.2. En segundo lugar, con el recurso y la reclamación pueden defenderse derechos subjetivos o intereses legítimos, mientras que con la denuncia pueden defenderse intereses simples;

3.1.3. Por último, si bien hay obligación de tramitar y resolver los recursos, no la hay —al menos en principio— para la simple denuncia.<sup>82</sup>

3.1.4. Cabe recordar como una nota diferencial entre los recursos y las reclamaciones que mientras los primeros tienen plazos de interposición —salvo la denuncia de ilegitimidad—,<sup>83</sup> las segundas carecen de plazos y pueden ser deducidas en cualquier momento, con la única salvedad de la prescripción.

### 3.2. *En la práctica argentina*

Sin embargo, no toda esa formulación teórica se adecua exactamente al actual estado del derecho y la práctica argentina.

Según dijimos ha imperado en ella, desde hace muchos años, una fuerte tendencia a la simplificación del procedimiento, quitándole un eventual carácter excesivamente formal, y en ello ha incidido el decreto 1883/91.<sup>84</sup> Ello ha contribuido a que se desdibujen parcialmente las diferencias conceptuales entre unos y otros medios de defensa de los derechos del particular.

3.2.1. En lo que hace a la primera caracterización, no tiene variante en la práctica administrativa. En cuanto a la *queja*, procede también contra los hechos irregulares cometidos por la administración en la tramitación del procedimiento.<sup>85</sup> Se ha seguido así la orientación del derecho español, que no lo llama ya “recurso de queja,” sino simplemente “queja,” asimilándolo a las reclamaciones y excluyéndolo de los recursos en cuanto a la denominación.<sup>86</sup> Otra doctrina considera a la queja como una reclamación<sup>87</sup> y señala que a diferencia de los recursos, que

<sup>82</sup>ZANOBINI, *op. cit.*, p. 71; FRÁGOLA, UMBERTO, *Manuale di diritto amministrativo*, Nápoles, 1948, p. 242; GUICCIARDI, ENRICO, *La giustizia amministrativa*, reimpresión, Padua, 1957, pp. 96-7; LANDI y POTENZA, *op. cit.*, p. 638; COMADIRA, *Procedimiento administrativo...*, *op. cit.*, p. 55; *Procedimientos Administrativos. Ley Nacional...*, *op. cit.*, comentario al art. 1º, § 3.2.2.1, p. 70; *Derecho Administrativo. Acto...*, *op. cit.*, cap. VIII, § 1, p. 200. La administración tiene la obligación de tramitar y resolver la denuncia “siempre que exista una base racional para admitir la veracidad de la misma,” como dice GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de Procedimiento...*, *op. cit.*, 1ª ed., pp. 284-5 y 2ª ed., pp. 292-3.

<sup>83</sup>Algunos autores lo llaman reclamación y no recurso: HUTCHINSON, t. II, *op. cit.*, p. 295 y ss.

<sup>84</sup>Texto ordenado del decreto-ley 1759/72, reglamentario del decreto-ley 19.549/72.

<sup>85</sup>Nuestro art. 71 expresa: “*Queja por defectos de tramitación e incumplimiento de plazos ajenos al trámite de los recursos*. Podrá ocurrirse en queja ante el inmediato superior jerárquico contra los defectos de tramitación e incumplimiento de los plazos legales o reglamentarios en que se incurriere durante el procedimiento y siempre que tales plazos no se refieran a los fijados para la resolución de recursos.” Como se advierte, la norma evita la denominación de “recurso” o la de “reclamo” y emplea el término genérico “ocurrir.”

<sup>86</sup>GONZÁLEZ PÉREZ, *Los recursos...*, *op. cit.*, p. 36; VIVANCOS, EDUARDO, *Comentarios a la ley de procedimiento administrativo*, Barcelona, 1959, pp. 128-83; BOQUERA OLIVER, JOSÉ MARÍA, “Del recurso de queja a la queja,” en *Revista de Administración Pública*, 27: 181, Madrid.

<sup>87</sup>HUTCHINSON, t. II, *op. cit.*, pp. 295-8.

proceden solamente contra actos administrativos, la queja procede contra “defectos de tramitación e incumplimiento de plazos,” es decir, contra actos, hechos u omisiones. Otros la denominan “reclamación en queja”<sup>88</sup> o sostienen que la queja, más que un recurso, es una vía “que da idea de camino, que lo es, para lograr la modificación de una conducta administrativa.”<sup>89</sup> También la Procuración del Tesoro de la Nación ha sostenido este criterio.<sup>90</sup>

3.2.2. En lo atinente a qué derechos o intereses cabe proteger mediante las defensas consideradas, existen incontables vaivenes en cuanto hace al derecho de los particulares a que se resuelvan en cuanto al fondo los recursos que hubiere interpuesto tardíamente.

La administración ha reconocido desde antaño un tipo especial de denuncia, la *denuncia de ilegitimidad*, mediante la cual es posible impugnar actos administrativos que afectan derechos subjetivos o intereses legítimos; *v.gr.*, cuando el término para recurrir ha expirado.<sup>91</sup> Con sentido más restrictivo, en cambio, se sustituye dicho criterio amplio por una norma expresa. El art. 1º, inc. e), ap. 6º, del decreto-ley 19.549/72 dice “*Interposición de recursos fuera de plazos*. Una vez vencidos los plazos establecidos para interponer recursos administrativos se perderá el derecho para articularlos; ello no obstará a que se considere la petición como denuncia de ilegitimidad por el órgano que hubiera debido resolver el recurso, salvo que éste dispusiere lo contrario por motivos de seguridad jurídica o que, por estar excedidas razonables pautas temporales, se entienda que medió abandono voluntario del derecho.”<sup>92</sup> Alguna doctrina y jurisprudencia han intentado, a contrapelo de la historia, tornar inútil la denuncia de legitimidad. Se ha discutido también la calificación que le correspondería a la *denuncia de ilegitimidad*, sea como un recurso administrativo autónomo,<sup>93</sup> un saneamiento

<sup>88</sup> DIEZ, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 497; DROMI, *El Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1996, p. 281.

<sup>89</sup> PEARSON, MARCELO M., *Manual de Procedimientos Administrativos*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1976, p. 145.

<sup>90</sup> PTN, *Dictámenes*, 209: 164.

<sup>91</sup> Esto ya lo admitía la doctrina (*v. gr.*, GUICCIARDI, *op. cit.*, p. 97), pero lo importante es que entre nosotros se la ha institucionalizado, transformándosela en un medio jurídico de defensa del administrado. Algunos autores han reaccionado contra esta innovación libertaria, bregando por su supresión. En algún caso la jurisprudencia les ha acompañado.

<sup>92</sup> Ver al respecto BALBÍN, CARLOS F., *Curso...*, *op. cit.*, p. 694-8.

<sup>93</sup> FIORINI, “Los recursos en la ley de procedimientos administrativos de la Nación,” *LL*, 147: 1278; ABAD HERNANDO, JESÚS LUIS, “La denuncia de ilegitimidad en el derecho administrativo argentino,” *DJ*, 1979-14, 3; DROMI, *op. cit.*, p. 290, quien señala que se trata de un recurso formalmente improcedente en su origen, el que, por imperativo legal, se transforma en recurso procedente. Era el antiguo criterio elaborado pretorianamente por la Procuración del Tesoro de la Nación, que explicáramos desde la 1ª ed., en 1964, de este tomo. En cambio, sostiene COMADIRA, *Procedimientos Administrativos...*, *op. cit.*, comentario al art. 1º, § 3.2.2.6.2, p. 86: “la denuncia de ilegitimidad es [...] un recurso *impropio*, pues si bien participa de alguna de las notas de los recursos carece, pese a ello, de idoneidad para agotar la vía administrativa y, por tanto, para habilitar el acceso a la Justicia. No es, por eso, un medio autónomo de impugnación equivalente al recurso.”

jurídico que beneficia a los recursos presentados fuera de término,<sup>94</sup> o un instrumento inútil, desprovisto de significado,<sup>95</sup> o incluso nocivo.<sup>96</sup> Lo que en tiempos no autoritarios nació como una forma más de controlar y evitar la eventual vigencia de actos ilegítimos de la administración pública por el mero transcurso del término para recurrirlos, se transformó, lenta pero seguramente en tiempos autoritarios, en una creciente animadversión a esta tolerancia temporal que a algunos parece resultarles intolerable.<sup>97</sup>

La justicia en dos cuestionables pronunciamientos ha resuelto que el particular pierde incluso la vía judicial si no interpone en término el recurso administrativo. Lejos están los buenos tiempos, previos al gobierno *de facto* que dictó el decreto-ley 19.549/72, en que la Procuración del Tesoro la creó pretorianamente como obligación administrativa emergente de su obligación de velar por la legalidad objetiva. Por eso, consideramos que resulta imprescindible el control judicial del acto administrativo, independientemente del momento en el que el administrado lo haya impugnado.<sup>98</sup> Pero la justicia se ha alejado de esos cauces. Sin embargo,

<sup>94</sup> ABAD HERNANDO, *op. loc. cit.*; HUTCHINSON, t. I, *op. cit.*, p. 45. Asimismo, se ha entendido que la tramitación y decisión de una denuncia de ilegitimidad presupone la pre-existencia de recursos no deducibles en forma o tiempo propios: SCBA, *Boldt Impresores S. A. c./ Provincia de Buenos Aires, LL*, 1980-D, 600.

<sup>95</sup> Se puede inferir de lo expuesto por MUÑOZ, GUILLERMO ANDRÉS, "Los plazos," en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Procedimiento administrativo, op. cit.*, pp. 41 y ss. y 44.

<sup>96</sup> Es ésta nuestra interpretación del problema, aunque varía la percepción acerca de cómo mejor se tutela el interés público: *supra*, nota 11.

<sup>97</sup> No solamente son reflejos autoritarios los que llevan a esas conclusiones. Otras veces, en efecto, se trata de los eternos dogmatismos de quienes, aún con las mejores intenciones se resisten a ver los matices y quisieran ver todo en blanco y negro. Ver así AMBROSINO, SILVANA, "Un plazo sin gracia," *LL, Suplemento administrativo*, septiembre de 2006, p. 57. Es no tener presente que el tiempo de los administrados es infinitamente breve frente al tiempo implacablemente eterno de la administración, tal como explicamos más abajo en el cap. VIII, "El tiempo en el procedimiento," § 1, § 1.4, "La relatividad de los diferentes términos en el procedimiento;" § 1.6, "La pérdida de todo derecho en quince días;" § 2.2, "Prorrogabilidad de los términos de los particulares;" § 2.4, "¿Obligatoriedad *stricto sensu* para los individuos?" Se trata, también, de la contraproducente búsqueda de reglas absolutas, sin matices, que son la negación misma de todo lo que el derecho pretende ser, tal como lo hemos explicado sumariamente en el cap I del t. 1 de este *Tratado* y, algo más detalladamente, en *Introducción al derecho*, en [www.gordillo.com](http://www.gordillo.com); *An Introduction to Law*, prólogo de SPYRIDON FLOGAÏTIS, Director del Centro Europeo de Derecho Público, Londres, Esperia Publications Ltd., 2003; *Une Introduction au Droit*, prólogo de SPYRIDON FLOGAÏTIS, Londres, Esperia Publications Ltd., 2003.

<sup>98</sup> BALBÍN, *Curso...*, *op. cit.*, p. 697-8, puntualiza sostiene que no debe negarse en ningún caso el control judicial; REJTMAN FARAH sostiene la posibilidad de la posterior revisión judicial de la decisión que resuelve una denuncia de ilegitimidad por tratarse de un acto administrativo. REJTMAN FARAH, MARIO, "La posibilidad de impugnar judicialmente el acto que resuelve la denuncia de ilegitimidad," *Supl. Der. Adm.*, 25 de Julio de 2007, Lexis Nexis. VILLOLA, LUIS MATÍAS, "La autolimitación de la justicia en el control del acto administrativo," *LL, Supl. adm.*, septiembre de 2006, p. 36, señala: "La función de la justicia es, precisamente, hacer justicia, y lo justo es que los actos válidos permanezcan vigentes mientras que los irregulares sean expulsados del plexo normativo. En consecuencia, es apropiado concluir que siempre que se someta a consideración de un juez un caso concreto donde se discuta la validez de un acto administrativo debe expedirse sobre el fondo, y proceder a la anulación del acto o no, según corresponda, independientemente de la actividad del particular en sede administrativa." MINORINI LIMA, IGNACIO J., "La denuncia de ilegitimidad" en TAWIL (dir.), *Procedimiento Administrativo, op. cit.*, p. 438.

el fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ha establecido la inconstitucionalidad del artículo 94 de la Ley de Procedimiento Administrativos local en cuanto dicha norma establece que la decisión que resuelve la denuncia de ilegitimidad será irrecurrible y no habilita la instancia judicial.<sup>99</sup> La Procuración del Tesoro también evidencia un avance al establecer que una vez abierta la vía recursiva, aún con relación a actos irrecurribles, corresponde resolver el recurso en trámite en virtud de que habiendo la Administración habilitado el procedimiento y estando firmes los actos que lo componen, no resulta admisible producir una retroacción que cambie su rumbo.<sup>100</sup>

Además, existen procedimientos especiales, *v. gr.* el previsto en materia de derechos del consumidor<sup>101</sup> o el aduanero, que establecen un tipo especial de denuncia que origina un derecho del denunciante a seguir el procedimiento.<sup>102</sup>

3.2.3. En igual sentido, tampoco se mantiene con sus caracteres conceptuales la diferenciación en lo que respecta a la obligación de tramitar y resolver el recurso. En efecto, la obligación de tramitar el recurso se ha hecho extensiva al reclamo administrativo instituido por el decreto-ley 19.549/72 en su art. 30 y lo mismo puede decirse de las meras reclamaciones y de la mencionada “denuncia de ilegitimidad.” La Procuración del Tesoro ha sostenido que la administración está obligada a tramitar las denuncias de ilegitimidad, salvo que se dieran los supuestos de excepción contemplados en el art. 1º, inc. e) ap. 6º del decreto-ley 19.549/72, modificado por su similar 21.686.<sup>103</sup> Aun en los supuestos de excepción indicados, ha primado en general un criterio amplio en cuanto a la tramitación de las denuncias de ilegitimidad, sosteniéndose así, que pese a que pudiera

<sup>99</sup> Cámara Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, Sala 2º, 26-XII-2006, *Fravega S.A. v. GCBAs/ impugnación de acto administrativo*.

<sup>100</sup> Procuración del Tesoro de la Nación, 24-VIII-2006 - Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios (ETOSS). Ver al respecto el comentario de VILLASUR GARCÍA, ALEJANDRA y FERRER, FRANCISCO “La denuncia de ilegitimidad como técnica de actuación administrativa. Avances en la doctrina de la PTN y en la jurisprudencia.” *Revista Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, N° 61, p. 951.

<sup>101</sup> La ley 26.361 al modificar la Ley de Defensa del Consumidor 24.240 ha incorporado al procedimiento administrativo el instituto del daño directo, de modo que ya no se limita a la mera denuncia y es posible obtener una compensación o reparación del daño en sede administrativa. Ampliar en ALETTI, DANIELA, “Avances y reformas en los derechos del consumidor desde el rol del daño,” *RAP*, 376: 61 (año 2010).

<sup>102</sup> Anteriormente la ley de aduanas reconocía al denunciante una participación en la multa que se aplicara al infractor; existen diversas normas regulando las formas y el procedimiento de las denuncias aduaneras (arts. 41 y ss. de la ley), e incluso se contempla la reserva de la persona del denunciante (art. 23), lo cual ha sido justamente criticado: DI FIORI, JORGE L., *Ley de aduana y sus normas complementarias*, Buenos Aires, 1977, p. 104; FERNÁNDEZ LALANNE, PEDRO, *Derecho aduanero*, t. II, Buenos Aires, 1966, p. 1078 y ss.; *Régimen procesal aduanero*, Buenos Aires, 1960, pp. 33-5; *Procedimientos penales aduaneros*, Buenos Aires, 1976, p. 127 y ss. La participación de los denunciantes fue suprimida en 1969, decreto-ley 18.221/69, pero ya a partir del decreto-ley 6.692/63 se estableció que el denunciante no podía interponer recursos en el procedimiento a que daba lugar la denuncia. La tendencia actual es a no considerarlos partes, sino “meros auxiliares.” FERNÁNDEZ LALANNE, *Procedimientos penales...*, *op. cit.*, p. 131.

<sup>103</sup> PTN, *Dictámenes*, 176: 155; 202: 151.

entenderse configurado abandono del derecho por haberse excedido razonables pautas temporales —más de cinco años— si la cuestión excedía el ámbito de los intereses patrimoniales del presentante por estar en juego una calificación de su conducta que incidía en su esfera personal, la administración debía reexaminar la cuestión en virtud del principio de legalidad objetiva que la rige y la obligación que pesa sobre ella de revocar sus actos irregulares.<sup>104</sup>

La solución actual del derecho argentino es que la administración tiene el deber jurídico de tramitar y resolver tanto los recursos como los reclamos y denuncias. Este deber se asegura por cuatro mecanismos:

a) la responsabilidad personal del funcionario, tanto administrativa como civil o patrimonial y también penal. Con todo ya vimos que esta responsabilidad del agente dista de ser una realidad del derecho argentino viviente. Si de hecho no es responsable por desobedecer una sentencia judicial, qué se puede esperar de esta obligación...<sup>105</sup>

b) En segundo lugar el efecto normativo de poder considerar producida una resolución denegatoria tácita, a opción del interesado, permitiéndole entonces seguir con otras etapas administrativas o judiciales de impugnación ulterior de la conducta lesiva a sus intereses.

c) A ello cabe agregar la posibilidad de instar el procedimiento mediante el amparo por mora de la administración, en sede judicial, reglado por el art. 28 del decreto-ley 19.549/72, modificado por el decreto-ley 21.686/77; su eficacia y flexibilidad han sido comprobadas en todo momento.<sup>106</sup>

d) Finalmente, es de tener presente la eventual responsabilidad patrimonial de la administración, no ya del funcionario, por el perjuicio ocasionado.<sup>107</sup>

#### 4. *El recurso como acto y como derecho*

##### 4.1. *El recurso es un derecho*

Nos referiremos ahora a determinados usos lingüísticos acerca de cómo calificar a los recursos, lo que para algunos autores se encuadra como la llamada “natu-

<sup>104</sup> PTN, *Dictámenes*, 163: 248.

<sup>105</sup> *Supra*, t. 2, cap. XIX, “La responsabilidad civil de los funcionarios.”

<sup>106</sup> Ver GONZÁLEZ, FLORENCIA, “Amparo por mora,” en DIEZ y otros, *Acto y procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1975, p. 190 y ss.; BARRA, “El amparo por mora de la Administración,” en AA.VV., *Estudios de derecho administrativo*, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1975, p. 9 y ss.; CREO BAY, HORACIO, “La reforma introducida al amparo por mora de la Administración. Necesidad de una regulación integral,” *LL*, 1978-D, 1202; PEARSON, “¿Es apelable o inapelable la sentencia final del amparo por mora de la Administración Pública Nacional?,” *LL*, 1979-B, 487; “El amparo por mora de la Administración Pública Nacional,” *LL*, 1975-B, 423. Ver art. 76 de la ley 12.008 modificada por la ley 13.101 y SCBA, *Verchick*, donde se remarca el carácter opcional frente al silencio, pues existe un derecho a obtener una decisión no sólo fundada sino también oportuna. Ver BOTASSI, *Procedimiento Administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, La Plata, Platense, 1988, pp. 264-5.

<sup>107</sup> Ampliar *supra*, t. 2, cap. XX, “La responsabilidad del Estado y de sus concesionarios y licenciatarios.”

raleza jurídica”<sup>108</sup> del recurso (en sentido lato: recurso, reclamación o denuncia.) Al respecto es de hacer notar que existen tres formas distintas de enfocar el problema, todas igualmente válidas, porque se refieren a distintas situaciones.<sup>109</sup>

En un primer sentido se dice que los individuos tienen tales y cuales recursos a su disposición y en tal caso cabe hablar de remedios o protecciones procesales a disposición del particular, es decir, de *derechos* que el individuo tiene y puede ejercer.<sup>110</sup> En este modo de expresión, pues, el recurso es un derecho de los individuos, que integra su garantía constitucional de la defensa.<sup>111</sup> Este enfoque no es en absoluto desdeñable, pues del derecho del particular a recurrir se sigue su derecho a obtener una decisión al respecto.<sup>112</sup>

#### 4.2. *El recurso es un acto*

En un segundo sentido se habla de recurso refiriéndose al ejercicio efectivo y concreto del derecho a recurrir: o sea, a la presentación de un escrito interponiendo el remedio procesal pertinente.

En tal situación cabe entonces hablar de *acto*, que es por lo demás el principal y más frecuente uso de la palabra. Normalmente, pues, con el término recurso denotamos la impugnación articulada por alguien contra un acto de la administración.

Así lo señala GONZÁLEZ PÉREZ,<sup>113</sup> aunque critica a ROYO VILLANOVA por conceptualizar al recurso como “derecho.” A nuestro parecer ambas nociones no son antitéticas y todo depende del sentido con que se emplea el término.

En diferentes sentidos, es correcto decir que el recurso es un derecho (como institución o remedio procesal que se tiene el derecho de ejercitar) o un acto (en cuanto interposición del remedio procesal, ejercicio del derecho precitado.)

<sup>108</sup> No existen “esencias” o “naturalezas” inmanentes y permanentes de los objetos (*supra*, t. 1, cap. I, “El método en derecho”) De lo único que trataremos bajo este acápite es de las *denominaciones* con las cuales se puede querer calificar a un recurso, a modo de explicación o de contribución terminológica a su definición.

<sup>109</sup> Conf. ARAUJO JUÁREZ, JOSÉ, *Tratado de derecho administrativo formal*, Valencia, Venezuela, Vadell, 1998, 3ª ed., pp. 398-400.

<sup>110</sup> ROYO VILLANOVA, A. y S. *Elementos de derecho administrativo*, t. II, Valladolid, 1955, p. 888; BREWER CARIÁS, *op. cit.*, pp. 231-2 y jurisprudencia venezolana que cita.

<sup>111</sup> *Supra*, t. 2, cap. IX, § 10, “Primer principio: debido proceso (garantía de la defensa.)”

<sup>112</sup> *Supra*, cap. II, § 20, “Decidir expresamente todas las peticiones.” Sostiene BARRA, *Principios...*, *op. cit.*, pp. 163-4: “es importante destacar el derecho de los administrados a impugnar el acto o reglamento administrativo en la propia sede administrativa, con la garantía de obtener una decisión acorde a derecho [...] Se trata [...] de un derecho mucho más riguroso que hace a la obligación de la Administración Pública a recibir la impugnación del administrado, tramitarla [...] y resolver conforme a derecho.”

<sup>113</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, *Los recursos...*, *op. cit.*, p. 35; *Manual de Procedimiento...*, *op. cit.*, 1ª ed., p. 535 y 2ª ed., p. 559; ENTRENA CUESTA, RAFAEL, *Curso de derecho administrativo*, t. I, Madrid, 1965, p. 608; Madrid, 1979, 6ª ed., p. 284 del t. I; t. I/1, Madrid, Tecnos, 1998, 12ª ed., p. 271. En igual sentido, con posterioridad a la sanción de la ley española del régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común nº 30/1992, GONZÁLEZ PÉREZ y GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentarios a la ley de Régimen Jurídico*, *op. cit.*, p. 1694.

Es necesario, además, destacar que la interposición del recurso no es en absoluto un hecho,<sup>114</sup> ya que, en cuanto manifestación de voluntad de un particular destinada a producir una modificación, etc. de derechos, configura estricta y necesariamente *un acto jurídico*.<sup>115</sup> A su vez, el acto de interposición del recurso implica un reclamo,<sup>116</sup> o una pretensión<sup>117</sup> o solicitud, etc., pero ello no significa sino que el reclamo o la pretensión son el *contenido* del acto de recurrir.<sup>118</sup>

#### 4.3. *El recurso es un medio de defensa*

Por último cabe reiterar el tercer empleo posible del término, como institución del procedimiento, de remedio procesal considerado objetivamente. Es un uso importante, para destacar la necesidad de insistir en la lucha contra el poder.<sup>119</sup> El recurso es así un medio<sup>120</sup> de defensa de los derechos del individuo ante las autoridades públicas.<sup>121</sup> Señala MARIENHOFF que los recursos administrativos “se dan principalmente a favor de los administrados.” “Del mismo modo que las garantías y derechos consagrados por la Constitución no se han establecido en favor de la Administración Pública, sino principalmente en beneficio de los administrados, así también los beneficios de la autolimitación de potestades realizada por el Poder Ejecutivo a través de las normas que instituyen y regulan «recursos» en el procedimiento o trámite administrativo, resultan establecidas

<sup>114</sup> Como se sostiene en la obra dirigida por CAPITANT, HENRI, *Vocabulario jurídico*, Buenos Aires, 1961, p. 466, voz “recurso” y p. 463, voz “reclamación.”

<sup>115</sup> Código Civil, art. 944. Ver DIEZ, *El acto administrativo*, Buenos Aires, TEA, 1961, 2ª ed., p. 95; *Derecho administrativo, op. cit.*, p. 324. Comp. FIX-ZAMUNDIO, HÉCTOR, “Introducción al estudio de los recursos administrativos,” en el libro de Homenaje a GABINO FRAGA, *Estudios de derecho público contemporáneo*, México, D.F., FCE, 1972, p. 60 y ss.

<sup>116</sup> Así REDENTI, ENRICO, *Diritto processuale civile*, t. II, Milán, 1953, p. 308.

<sup>117</sup> Así GUASP, JAIME, *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil*, t. I, Madrid, 1943, p. 1043.

<sup>118</sup> Comp. IBÁÑEZ FROCHAM, MANUEL, *Tratado de los recursos en el proceso civil*, Buenos Aires, 1963, 3ª ed.; 1970, 4ª ed., p. 95. En igual sentido GARRIDO FALLA, *Tratado de derecho administrativo*, t. III, Madrid, 1963, p. 23, al comparar el derecho de recurrir con el derecho por el cual se recurre, dice: “ha de afirmarse que se trata de un derecho subjetivo público y, desde luego, distinto del derecho sustantivo o material cuya protección se intenta.”

<sup>119</sup> Dice POUND, ROSCOE, “Administrative Procedure Legislation - For the «Minority Report»,” *American Bar Association Journal*, XXVI, 1941, p. 664, citado en HAYEK, FRIEDRICH A., *The Constitution of Liberty*, Chicago, The University of Chicago Press, 1960, p. 247: “la mayoría se está desplazando en la línea del absolutismo administrativo [...], subordinando los intereses del individuo a los del funcionario público y permitiendo al último identificar un lado de la controversia con el interés público y así darle un mayor valor e ignorar los otros [...] una teoría acerca de que el derecho es lo que se hace oficialmente.”

<sup>120</sup> ALSINA, HUGO, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, t. IV, Buenos Aires, 1961, p. 184; PODETTI, RAMIRO J., *Tratado de los recursos*, Buenos Aires, 1958, p. 11; CALAMANDREI, PIERO, *Estudios sobre el proceso civil*, Buenos Aires, 1945, p. 439; SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, p. 471; AMORTH, ANTONIO, “Ricorso gerarchico,” *Nuovo Digesto Italiano*, t. XI, Turín, 1939, p. 669: “medio de tutela;” ALESSI, *Principi...*, *op. cit.*, p. 811: “medio de reacción;” FIORINI, *Teoría jurídica del acto administrativo, op. cit.*, pp. 176-8: “vías de defensa;” BERÇAITZ, MIGUEL ANGEL, *Procedimiento administrativo municipal*, Buenos Aires, 1946, p. 13.

<sup>121</sup> BREWER CARÍAS, *op. cit.*, p. 229: “es un medio de impugnación [...] una vía abierta al administrado para atacar.”

principalmente en favor de los administrados y no precisamente en favor de la propia Administración. Todo esto constituye un corolario lógico del Estado de Derecho.”<sup>122</sup> El autor citado hace así referencia al principio establecido por la CSJN en cuanto que “Las disposiciones constitucionales establecidas en garantía de la vida, la libertad y la propiedad de los habitantes del país, constituyen restricciones establecidas principalmente contra las extralimitaciones de los poderes públicos.”<sup>123</sup> En igual sentido ya había dicho PUCHETTI del recurso jerárquico que es “un instituto jurídico querido y dispuesto para asegurar un remedio, *sui generis*, a favor del ciudadano contra los actos administrativos.”<sup>124</sup>

#### 4.4. *El recurso como medio de conciliación*

CANOSA analiza el recurso administrativo en un contexto de conciliación.<sup>125</sup> Si bien habitualmente la administración no va a aplicar el art. 5º del reglamento para tratar de acercar posiciones,<sup>126</sup> queda librado a la iniciativa y a la habilidad negociadora del particular, el encontrar con el funcionario puntos intermedios de eventual acuerdo transaccional.<sup>127</sup> El recurso puede resultar molesto al funcionario, es la naturaleza humana.<sup>128</sup> Pero precisamente por esto no es infrecuente que el recurso sea una prenda de cambio que se renuncia a cambio de algo.

#### 4.5. *Conclusiones*

En ésta como en tantas otras cuestiones terminológicas,<sup>129</sup> la elección no resuelve fundamentales problemas: como mucho, ordena la manera en que se emplearán los conceptos. Existe uso convencional del término “recurso” en los tres sentidos indicados y tales significados no son opuestos entre sí; cada una de las definiciones mencionadas se refiere a *un distinto momento* en la impugnación de los actos administrativos, o sea, cada una apunta a situaciones de hecho distintas

<sup>122</sup> MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1965, pp. 598 y 645; 5ª ed., pp. 649 y 699.

<sup>123</sup> CSJN, *Fallos*, 137: 252, *Salazar de Campo*, 1922; *Arce*, LL, 1997-F, 697, comentado en *Cien notas...*, *op. cit.*, § 76, “Los derechos humanos no son para, sino contra el Estado,” p. 165.

<sup>124</sup> PUCHETTI, ANTONIO CORRADO, *Il ricorso gerarchico*, Padua, 1938, p. 170. Este autor agrega que por su parte la administración “tiene otros medios, ordinarios de su organización, para controlar la actividad de los propios órganos” (*op. cit.*, p. 170, nota 1). Con todo, no debe olvidarse que el sistema de recursos proporciona a los superiores jerárquicos una información valiosa sobre el desempleo de sus subordinados, información que, por surgir de un proceso dinámico y conflictivo, puede ser más eficaz a veces que los medios ordinarios de autocontrol administrativo.

<sup>125</sup> CANOSA, “Los recursos,” *op. cit.*, pp. 102-3.

<sup>126</sup> CANOSA, *op. cit.*, p. 102.

<sup>127</sup> Es la misma cuestión que hemos explicado en su lugar respecto a la distinción entre que el procedimiento en teoría se impulsa de oficio, pero que en la práctica debe impulsarlo el particular: *supra*, t. 2, cap. X, “El procedimiento administrativo en la práctica,” § 6, “La impulsión personal de las actuaciones.” Aquí también el particular debe constantemente explorar alternativas de posibles soluciones conciliadoras. A la administración le interesa siempre encontrar vías alternativas para la solución de los diferendos que le plantean los particulares en los recursos administrativos.

<sup>128</sup> En sentido análogo CANOSA, *op. loc. cit.*

<sup>129</sup> Ver al respecto lo dicho *supra*, t. 1, cap. I, “El método en derecho.”

de las otras. Cuando el profesor explica a sus alumnos qué es un *recurso*, les está mostrando uno de los medios de defensa que los particulares tienen contra el Estado. Si un cliente le pregunta a su abogado qué recurso tiene, quiere saber qué derecho le asiste procedimentalmente para defender su derecho de fondo y si tiene derecho a interponer un recurso jerárquico o debe en cambio interponer primero el recurso de reconsideración. Cuando el abogado prepara el escrito del *recurso* jerárquico, lo firma y presenta, allí se está haciendo una manifestación de voluntad privada<sup>130</sup> en el sentido de obtener un nuevo pronunciamiento de la administración y estamos, en consecuencia, frente a un acto jurídico. Si el interesado quiere demandar a la administración, el recurso previo es un obstáculo, una carga.<sup>131</sup> También su breve plazo es un peligro, pues el particular puede perder su derecho si no reacciona con suficiente velocidad, en término.<sup>132</sup> En suma, en distintas situaciones de hecho y por lo tanto en distintos sentidos, el recurso es tanto un medio de defensa (“remedio” en traducción literal del inglés),<sup>133</sup> como un derecho de los individuos, como un acto jurídico de impugnación de un acto administrativo;<sup>134</sup> también, fuerza es admitirlo, una carga y un peligro para el interesado.<sup>135</sup>

## II. Requisitos formales

### 5. Los requisitos formales del decreto 1.759/72 (t.o. 1991 por decr. 1883/91)

Dentro de los requisitos formales exigidos por los arts. 15 y siguientes de la reglamentación nacional, podemos distinguir: *a)* los que deben reunir todos los escritos presentados ante la administración (art. 15); *b)* los que deben reunir los

<sup>130</sup> DIEZ, *El acto...*, *op. cit.*, p. 95, habla de los “actos de derecho público de los particulares,” entre los cuales se encontrarían los recursos, que estarían así alcanzados en cierta medida por el derecho público a pesar de ser inicialmente actos jurídicos privados. Esto no debe confundirse con el problema de si personas no estatales pueden dictar actos administrativos, lo que constituye una cuestión distinta; al respecto ver *supra*, t. 3, cap. I, § 10, “El acto administrativo como manifestación del ejercicio de la función administrativa” y ss.

<sup>131</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de Procedimiento...*, *op. cit.*, 1ª ed., p. 536 y 2ª ed., p. 560: “la configuración del recurso administrativo como presupuesto procesal carece de sentido. Bien está que se admita la posibilidad de acudir al recurso administrativo cuando exista alguna esperanza de que, a través de él, las Administraciones públicas abandonen su terquedad tradicional; pero no obligar en todo caso la interposición;” *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, Madrid, Civitas, 2001, 3ª ed., p. 242. Ver *supra*, nota 20.

<sup>132</sup> Otro peligro lo recordamos *infra*, nota 126.

<sup>133</sup> La lengua inglesa, en efecto, usa la palabra “remedios” para las defensas del particular. El *Black’s Law Dictionary*, p. 1294, define a un *remedy* en un sentido amplio, como “medio empleado para hacer valer un derecho o reparar un daño” (*Chelentis v. Luckenbach S. S. Co.*, 247 U.S. 372; *Daniels v. U.S.*, C.A. Cal., 372 F2nd 407, 414.)

<sup>134</sup> Algunos autores acumulan los tres usos más tradicionales en una sola definición: DELPIAZZO, CARLOS E., “Los recursos administrativos. Enfoque regional,” *Revista de administración pública uruguaya*, 27: 99, Montevideo, año 1999. Pero son tres significantes y objetos distintos.

<sup>135</sup> El concepto de carga o peligro no debería existir: *supra*, cap. II, “El administrador,” notas 99, 114, 124, 125 e *infra*, nota 210. Pero basta que se alce una voz anunciando lo que recordamos *supra*, nota 1.10, para que la intranquilidad se instale nuevamente en el espíritu.

escritos que inician una gestión ante la administración pública nacional (art. 16) y c) los específicos de los recursos, art. 77.<sup>136</sup>

### 5.1. *Requisitos generales de cualquier escrito*

Son los que deben reunir los escritos presentados ante la administración (art. 15): a) Estar escritos a máquina o “manuscritos en tinta en forma legible,”<sup>137</sup> “salvándose toda testadura, enmienda o palabras interlineadas;” b) estar redactados en idioma nacional; c) llevar en su parte superior un resumen de lo que se solicita; d) indicar en el encabezamiento el número de expediente a que corresponda, salvo que se inicie *un expediente*; e) si actúa en representación, efectuar una “indicación precisa” de la misma y, en su caso, acreditarla; f) la firma de los interesados, sus representantes legales o apoderados. Esos escritos pueden presentarse en la mesa de entradas, en la oficina donde se encuentra el expediente, enviarse por correo, etc. En tal sentido también se admite el empleo del medio telegráfico para interponer recursos, así como también para contestar vistas o traslados.

### 5.2. *Requisitos de los escritos que específicamente inician un trámite*

Por su parte, el art. 16 prevé los requisitos que deben reunir los escritos por los cuales se inicia una gestión ante la administración,<sup>138</sup> aplicables a los recursos: a) Indicación de nombre, apellido, documento de identidad,<sup>139</sup> domicilio real y domicilio constituido del interesado. Respecto del domicilio cabe considerar lo dispuesto en los arts. 19 a 22 y concordantes del reglamento;<sup>140</sup> b) Relación de los hechos. No se exige como requisito formal la sustentación en derecho, art. 16, inc. b, *in fine*; c) Ofrecimiento y/o acompañamiento de prueba. Tal como explicamos en su lugar, lo prudente es que el particular produzca privadamente

<sup>136</sup> Se ha señalado al respecto que “La interposición de los recursos administrativos se encuentra sometida a ciertos recaudos tendientes a que la Administración pueda ejercer adecuadamente sus poderes de control o fiscalización. En principio, resulta de aplicación a la presentación de un recurso administrativo el cumplimiento de todas aquellas formalidades requeridas para una presentación administrativa,” SOLER, ANALÍA, “Lineamientos Generales del sistema de impugnación en sede administrativa,” en TAWIL (Dir), *Procedimiento Administrativo*, op. cit., p. 342.

<sup>137</sup> Atento al avance de la informática e internet actualmente en diversos procedimientos la administración exige la presentación de formularios vía transferencia electrónica o, en su defecto, mediante soporte magnético, como, por ejemplo, lo dispone la A.F.I.P. a través de la res. gral. 693/99 y sus modif., p. ej. 788/0, con la obligación de usar el software (“programa aplicativo”) de la repartición, que se transfiere de [www.afip.gov.ar](http://www.afip.gov.ar). Todo ello, a los fines que las entidades financieras sometidas al régimen de la ley 21.526 y sus modif. cumplan con el régimen de información dispuesto por el último párrafo del art. 16 del decreto 692/98 y modif.

<sup>138</sup> Ver CAPLAN, ARIEL R. y SCHEIBLER, GUILLERMO M. (coords.), *Manual de Ciudadanía Activa*, Buenos Aires, Asociación Civil Carlos Sánchez Viamonte, 2005, cap. 4, “Aspectos básicos de los trámites ante la administración pública: el procedimiento administrativo,” pp. 41-2.

<sup>139</sup> Documento nacional de identidad, libreta de enrolamiento, cédula de identidad, etc.

<sup>140</sup> Con respecto a la falta de constitución de domicilio cuando el presentante es agente de la administración, Ver LLAPUR, SAID J., *Ley de procedimientos administrativos de la Provincia de Jujuy. Anotada y comentada*, Buenos Aires, Dunken, 2005, pp. 145 y ss.

su prueba y la acompañe al expediente, sin perjuicio desde luego de antes de haberla ofecido.<sup>141</sup>

### 5.3. *Requisitos propios del recurso*

El art. 77 incluye un requisito específico para los recursos: el de indicar, de manera concreta, “*la conducta o el acto que el recurrente estimare como legítima para sus derechos o intereses.*” Parece evidente, pese a la algo confusa redacción del art., que de lo que se trata es de poner de manifiesto la contradicción entre el acto que se recurre y el ordenamiento jurídico o al menos la voluntad de obtener un nuevo pronunciamiento de la administración, como antaño sostuvo la Procuración del Tesoro de la Nación. No se trata de un requisito indispensable, ineludible; una simple notificación en disconformidad ha sido considerada suficiente para que el órgano que debe resolver advierta cuál es “la conducta o acto” contra la cual se dirige el particular y estime válidamente interpuesto el recurso.

## 6. *Su exigibilidad en la práctica*

Esta enumeración no funciona en la práctica con un criterio estricto en lo formal. Es deseable que así sea, por las razones ya expuestas al tratar del informalismo.<sup>142</sup> Se ha considerado así en distintos casos, expresa o implícitamente, que la ausencia de la mención del número de documento de identidad, o la falta de alguno de los domicilios requeridos (el real o el legal) no afectaban la validez formal del recurso.<sup>143</sup> La solución es lógica, si se atiende a la ínfima o ninguna importancia de esos requisitos.<sup>144</sup> La falta de calificación del recurso, o su calificación errónea, no afectan su validez<sup>145</sup> y que tampoco el que se haya omitido mencionar, o se haya errado, respecto a cuál funcionario u organismo se dirige el recurso,<sup>146</sup> que en definitiva, no es necesario “el cumplimiento estricto de formalidades para

<sup>141</sup> BALBÍN, señala que “El escrito de presentación de los recursos debe cumplir con los mismos requisitos que cualquier otro escrito presentado ante la Administración y —en particular en ese contexto— debe consignarse cuál es el acto estatal que es objeto de impugnación y, a su vez, cuál es la conducta que el recurrente pretende en relación con sus derechos.” BALBÍN, CARLOS F., *Curso...*, op. cit., t. II, p. 678.

<sup>142</sup> T. 2, cap. IX, § 11, “Principio del informalismo en favor del usuario y del administrado.”

<sup>143</sup> El art. 20 del reglamento nacional, el 25 de la Provincia de Buenos Aires, el 126 de Mendoza, etc., prevén que en caso de omisión de constituirlo adecuadamente, “se intimará a la parte interesada en su domicilio real para que se constituya domicilio en debida forma,” o sea que es un defecto subsanable.

<sup>144</sup> Comparar al respecto el criterio de apreciación de las nulidades del acto administrativo, *supra*, t. 3, cap. XI, § 15, “La pretendida solución del decreto-ley,” a 17, “Crítica de la valoración usual de los vicios del acto administrativo.”

<sup>145</sup> Dice el art. 81 del reglamento nacional: “*Despacho y decisión de los recursos.* Los recursos deberán proveerse y resolverse cualquiera sea la denominación que el interesado les dé, cuando resulte indudable la impugnación del acto administrativo.” Ciudad de Buenos Aires, art. 100; Provincia de Buenos Aires, 88; Córdoba, 76; Tucumán, 40 y 62; PTN, *Dictámenes*, 59: 156; 60: 112; 67: 95; 73: 86; 83: 72; 238: 503.

<sup>146</sup> PTN, *Dictámenes*, 60: 34; 66: 210; 64: 176; 73: 69; etc. Estos dictámenes, anteriores a la actual reglamentación, mantienen toda su vigencia teórica y práctica.

manifestar esa voluntad.”<sup>147</sup> Tampoco se requiere la fundamentación en derecho del recurso.<sup>148</sup> En suma, rige el principio *legal* del informalismo, conforme al cual corresponde excusar “la inobservancia por los interesados de exigencias formales no esenciales y que puedan ser cumplidas posteriormente.”<sup>149</sup> Esta solución del derecho nacional ha sido igualmente consagrada en el derecho administrativo provincial, en similares términos.<sup>150</sup>

### 7. *Requisitos mínimos exigibles*

Se puede concluir que los recaudos formales son: 1º) que el recurso esté por escrito y firmado; 2º) que indique el nombre, apellido y domicilio del recurrente; 3º) que esté presentado en término, para poder acceder luego a la vía judicial.

### 8. *El recurso debe ser escrito. La cuestión de la oralidad.*

#### 8.1. *La hipótesis de oralidad.*

El recurso, en principio, debe ser escrito.<sup>151</sup> Pero cabe consignar que también puede, en determinadas circunstancias, ser oral: en la relación de función pública, en cursos de enseñanza y aprendizaje, etc. Allí nada impide, a título excepcional, que el recurso —y la decisión— sean orales. En cualquier caso, también en otras hipótesis excepcionales (p. ej., imposibilidad material), se podría admitir un recurso verbal interpuesto por sí<sup>152</sup> o por tercero.<sup>153</sup> En los procedimientos orales el

<sup>147</sup> PTN, *Dictámenes*, 64: 208; 64: 176, etc. Estos precedentes siguen vigentes con la actual reglamentación, pues el decreto-ley y la jurisprudencia ya han consagrado el informalismo como un principio interpretativo básico del procedimiento.

<sup>148</sup> *Infra*, § 11, “La clara manifestación de voluntad.”

<sup>149</sup> Art. 1º, inc. c) del decreto-ley 19.549/72; art. 22 inc. c) de la Ciudad de Buenos Aires; art. 3º, inc. b) de Tucumán; art. 4º inc. l, Bolivia; art. 2º inc. IX, Brasil; art. IV inc. 1 ap. 6, Perú. El precedente es nuestro Proyecto de 1964 (arts. 246 a 249.)

<sup>150</sup> Chaco, art. 60; Chubut, 99 inc. f) y 26 inc. 12; La Pampa, 8º y 9º; Salta, 143. La regla puede considerarse prácticamente universal, aunque no exenta de excepciones, según veremos.

<sup>151</sup> BIELSA, RAFAEL, *El recurso jerárquico*, Buenos Aires, Depalma, 1958, p. 114; GARRIDO FALLA, *op. cit.*, p. 293. La escritura es la regla, podemos citar a modo de ejemplo: Argentina, arts. 15 y 77 del reglamento nacional; Colombia, art. 52; Perú, art. 211; Uruguay, art. 154; Venezuela, art. 86.

<sup>152</sup> Ver VILLAR y ROMERO, *op. cit.*, p. 128, nota 3; HELBLING, ERNST C., *Kommentar zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen*, t. I, Viena, 1953, p. 384; ADAMOVICH, LUDWIG, *Handbuch des österreichischen Verwaltungsrechts*, t. I, Viena, 1954, 5ª ed., p. 223; en esos casos queda bajo la responsabilidad administrativa registrarlo en forma actuada, en el mismo acto si es posible, o si no posteriormente. En España, un reglamento de 1924 admitía que el recurso de reposición se interpusiera en forma verbal, de lo cual se dejaba constancia escrita: GARRIDO FALLA, *Tratado...*, t. III, *op. cit.*, p. 124, nota I. Respecto a presentaciones verbales, por télex o telefónicas, ver *infra*, notas 166 a 168.

<sup>153</sup> Ver *infra*, nota 167: amparo verbal interpuesto por terceros. Si la forma verbal puede ser suficiente en el ámbito judicial, cuánto más habrá de serlo, necesariamente, en el procedimiento administrativo. Sobre la legitimación de terceros sin poder, lo que exponemos en el texto es también la regla que ya admite desde antaño la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, como explicamos *supra*, t. 1, *Parte general*, cap. VI, “Fuentes supranacionales del derecho administrativo,” nota 5. El razonamiento del derecho supranacional se repite con mayor fuerza en el ámbito del derecho local: si puede obrarse del modo expuesto en el procedimiento supranacional, parece absurdo pretender denegarlo en el derecho interno.

interesado puede expresarse en su propia lengua, asistido por intérprete en su caso.<sup>154</sup> En nuestro derecho, en las actuaciones verbales, no vemos inconveniente alguno en que el extranjero se manifieste en su propia lengua asistido por un intérprete. Los indígenas, por razonable derivación del nuevo derecho constitucional, tendrían el derecho a expresarse en su lengua, *v. gr.* con el alcance expresado por la Constitución peruana.<sup>155</sup>

El art. 12 de la ley húngara dice que “La falta de conocimiento de la lengua húngara no podrá perjudicar a nadie en las actuaciones administrativas del Estado. En el curso de las actuaciones, todo el mundo podrá servirse, sea por escrito, sea de viva voz, de su lengua materna.”<sup>156</sup> Desde luego, en caso de utilizarse una lengua extranjera y a menos que el funcionario encargado del procedimiento la comprenda y haga las veces de intérprete bajo su exclusiva responsabilidad, corresponderá la designación de un intérprete oficial.

### 8.2. *La regla de escritoriidad*

Respecto a este requisito no hay en el procedimiento administrativo normas que exijan, como en la justicia, el empleo de tinta de determinado color, ni papel de determinado tipo; ni cabe exigir, en ausencia de norma expresa, formalismo alguno en tal sentido.

Como regla general, pues, es libre la elección de los medios físicos de interposición escrita del recurso, siempre que se respete, a nuestro criterio, un requisito fundamental: el medio elegido debe reunir condiciones elementales de seriedad.

Ello deberá apreciarse de acuerdo con las condiciones personales del recurrente, según que ellas (posibilidades materiales e intelectuales) hagan o no razonable, en *su* caso, el medio empleado. Con ese criterio, las principales hipótesis son las que siguen.

### 8.3. *Papel*

Cualquier tipo de papel es admisible para la presentación del recurso,<sup>157</sup> e incluso cualquier color de papel; también es admisible el empleo de papel con membrete. No habría tampoco objeción contra el empleo de materiales similares, sujeto a

<sup>154</sup> GONZÁLEZ NAVARRO, en ENAP, *Procedimientos administrativos especiales*, Madrid, 1969, pp. 66-7. Igual solución en el derecho yugoslavo, art. 157 de la Constitución y 14 de la ley: STJEPANOVIC, NIKOLA, “Principi fondamentali della procedura amministrativa in Jugoslavia,” en el LIBRO DE HOMENAJE A ENRIQUE SAYAGUÉS LASO, *Perspectivas del Derecho Público en la Segunda Mitad del Siglo XX*, t. V, Madrid, 1969, pp. 621 y ss., 636-7.

<sup>155</sup> La Constitución del Perú de 1979, en su art. 233 inc. 15, garantizaba “El derecho de toda persona para hacer uso de su propio idioma. Si es necesario el Juez o Tribunal asegurará la presencia de intérprete;” la ley peruana del procedimiento administrativo general 27.444 no contiene previsión expresa al respecto, lo cual no es óbice a la aplicación directa del principio superior. Chubut, art. 26 inc. 11.

<sup>156</sup> GONZÁLEZ NAVARRO, *op. loc. cit.*

<sup>157</sup> En Uruguay se exige “formato oficio que no podrá contener más de 27 líneas por página y no más de 55 letras en cada línea” (art. 152), lo que no parece adecuado al informalismo del procedimiento.

que el medio elegido reúna condiciones de seriedad, de acuerdo con la persona del recurrente.

Así p.ej, el empleo de un pedazo roto de papel, o demasiado pequeño (una hoja de agenda de bolsillo); o de un papel de ínfima calidad (p.ej, papel de empaquetar, o el tipo común de papel de diario); o manifiestamente inapropiado para la finalidad que se lo emplea (papel acartonado, papel de calcar, celofán, etc.), sería en principio improcedente y sólo podría llegar a ser aceptado en caso de que las condiciones personales del recurrente y de la interposición del recurso puedan ofrecer alguna justificación plausible para tal hecho. De no haber tal especial y plausible justificación, tales medios carecerían de seriedad y serían inadmisibles.

#### 8.4. *Escritura*

El recurso debe ser redactado en idioma nacional<sup>158</sup> y puede presentarse tanto a máquina como manuscrito “en tinta en forma legible.”<sup>159</sup>

El color de la cinta de máquina, o de la tinta, puede ser cualquiera; en cuanto a la escritura a mano, si bien la norma se refiere como giro de lenguaje al empleo de “tinta,” pensamos que ello es una formalidad totalmente prescindible: entendemos que ha de interpretarse, por el principio de informalismo consagrado en el art. 1º del decreto-ley, que puede emplearse también cualquier medio más o menos normal de escritura: lapicera, bolígrafo, marcador fino, etc. El empleo de otros materiales de escritura (lápiz, carbonilla, etc.) haría ya perder seriedad al escrito y entendemos que salvo casos excepcionales en que las circunstancias lo justifiquen (urgencia, estado de necesidad, guerra, catástrofe, etc.) el recurso sería improcedente. Cabe aquí reproducir las consideraciones hechas respecto al papel, en el sentido de admitir mayor flexibilidad a menor cultura o educación del recurrente. Cuando el escrito consta de más de una página, es suficiente con firmar la última, no exigiéndose unión especial entre las diferentes fojas ni tampoco identificación especial: al igual que en el proceso, la foliación que acto seguido procede a efectuar la administración es suficiente garantía para ella de que el escrito presentado es efectivamente ése.

En materia de raspaduras, enmiendas, interlíneas, testaciones, etc., debe adoptarse un criterio razonable, conforme a la práctica cotidiana; las meras correcciones de errores de máquina, por ejemplo, no requieren por supuesto ser salvadas; tampoco las correcciones efectuadas utilizando materiales que implican tapar con pintura blanca el texto original y escribir encima un texto nuevo, a menos que se trate de una parte sustancial del escrito. El mismo criterio ha de aplicarse para las interlíneas, únicas en verdad que pueden requerir salvedad, sobre todo cuando son efectuadas en distinta máquina y modifican de manera

<sup>158</sup> Art. 15 del reglamento nacional. En España el idioma del escrito puede ser tanto el castellano como, en su caso, otra lengua que se haya establecido como oficial de la Comunidad de que se trate: GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de práctica forense administrativa*, Madrid, Civitas, 2001, 6ª ed, p. 98.

<sup>159</sup> Art. 29 de la Prov. de Buenos Aires; 128 de Mendoza; Tucumán, 26.

importante el texto de lo escrito originalmente. Esto se refiere a la actitud que el propio recurrente puede adoptar en la preparación de su escrito, sin perjuicio de que el funcionario que lo recibe puede, si lo desea y las circunstancias del caso lo justifican, requerir al presentante que salve las correcciones al pie del escrito: es en tal sentido que cabe interpretar la disposición del art. 15.

La custodia del expediente por el Estado es garantía de que su contenido no ha sido adulterado. Esta norma general, puede dejarse de lado en el caso del precio en una oferta presentada a una licitación pública: pero en tal hipótesis no estamos ya, obviamente, hablando de recursos administrativos.

### 8.5. *Firma*

La firma es un elemento natural en el recurso ya que sin ella no habría en verdad manifestación de voluntad del interesado. En los escritos presentados por carta o personalmente la firma va consignada en el propio papel presentado y no requiere autenticación alguna a menos que se trate de un poder, como dijimos ya al tratar de la representación en el procedimiento.<sup>160</sup> La interposición misma del recurso, pues, no necesita de certificación de la firma del interesado. “En caso de duda sobre la autenticidad de una firma, podrá la autoridad administrativa llamar al interesado para que en su presencia y previa justificación de su identidad, ratifique la firma o el contenido del escrito. Si el citado negare la firma o el escrito, se rehusare a contestar o no compareciere, se tendrá al escrito por no presentado.”<sup>161</sup>

Si el interesado no sabe o no puede firmar, se admite la firma a ruego<sup>162</sup> y demás variantes y modalidades del caso. También, por aplicación del principio del informalismo a favor del particular,<sup>163</sup> la Procuración del Tesoro de la Nación se pronunció en el sentido de la procedencia formal de una presentación efectuada mediante una fotocopia del escrito original, hallándose firmado únicamente el “otrosí,” pese a la exigencia que imponía el art. 6º del decr. 7520/44, de que tales presentaciones fueran suscriptas por el recurrente. Se entendió que interpretar literalmente la aludida exigencia, en el caso, implicaría “requerir el cumplimiento de un rito que sería caprichoso en virtud del exceso de formalismo.”<sup>164</sup>

<sup>160</sup> *Supra*, cap. I, “Las partes,” § 13.1, “Admisibilidad,” 13.2, “Quiénes pueden ser representantes” y 13.3, “Formas de la representación.”

<sup>161</sup> Reglamento nacional, art. 18; Ciudad de Buenos Aires, 38; Córdoba, 27; Mendoza, 131; Costa Rica, 286.

<sup>162</sup> Art. 17 del reglamento: “Cuando un escrito fuere suscripto a ruego por no poder o no saber hacerlo el interesado, la autoridad administrativa lo hará constar, así como el nombre del firmante y también que fue autorizado en su presencia o se ratificó ante él la autorización, exigiéndole la acreditación de la identidad personal de los que intervinieren. Si no hubiere quien pueda firmar a ruego del interesado, el funcionario procederá a darle lectura y certificará que éste conoce el texto del escrito y ha estampado la impresión digital en su presencia.” En igual sentido Ciudad de Buenos Aires, art. 37; Provincia de Buenos Aires, 31; Mendoza, 130; Tucumán, 28.

<sup>163</sup> Ver *supra*, t. 2, cap. IX, “El procedimiento administrativo. Concepto y principios generales,” § 11, “Principio del informalismo en favor del usuario y del administrado.”

<sup>164</sup> PTN, *Dictámenes*, 121: 116.

Según el Tribunal Supremo español, en caso que se encuentre una omisión involuntaria de firmar el escrito, ello no determina la improcedencia del recurso si la personalidad del recurrente se desprende de otras actuaciones.<sup>165</sup> La solución española es correcta pues suele ser olvido frecuente<sup>166</sup> que el informalismo del procedimiento administrativo de ningún modo encuentra justificación en castigar con la no presentación del escrito, rigorismo que nos resulta totalmente inconsistente con la situación debilitada del administrado.

También es interesante el derecho costarricense, en que la posibilidad de requerir la ratificación de la firma se refiere sólo a los escritos no presentados personalmente; el inc. 2º del art. 286 de la ley del régimen jurídico de la administración pública expresa: “Se tendrán por auténticas las presentaciones hechas personalmente.” A mayor abundamiento, el inc. 1º del mismo art. señala: “La petición será válida sin autenticaciones aunque no la presente la parte, salvo la facultad de la Administración de exigir la verificación de la autenticidad por los medios que estime pertinentes.”<sup>167</sup> La aclaración de la firma no es necesaria si ella es legible o si del escrito surge quién lo suscribe: típicamente, del exordio.<sup>168</sup>

### 9. Presentación por telegrama o carta documento

Las consideraciones precedentes son aplicables a los medios de presentación escrita del recurso, pero cabe señalar que ellos no son los únicos admisibles. En efecto, las posibilidades corrientes son: *a*) presentación personal del escrito, si es el que inicia el trámite o interpone un recurso, en la mesa de entradas u oficina o funcionario equivalente;<sup>169</sup> *b*) si es un escrito posterior, puede presentarse o remitirse igualmente a la oficina en que se encuentra el expediente;<sup>170</sup> *c*) envío del escrito por carta (simple, certificada, etc.)<sup>171</sup> a la mesa de entradas o a la oficina en que se encuentra el expediente, si no es el escrito inicial; *d*) envío de

<sup>165</sup> En este sentido GARRIDO FALLA, t. III, *op. cit.*, p. 125.

<sup>166</sup> Que fueron, por lo demás, explicados y demostrados por FREUD en su *Psicopatología de la vida cotidiana*, o WILLIAM JAMES en su *Psychology* del siglo XIX, libros que no por antiguos y “superados” son menos exactos y útiles en este tipo de cuestión.

<sup>167</sup> Costa Rica, art. 286.2.

<sup>168</sup> Uruguay, art. 154. La aclaración de la firma puede efectuarse por cualquier modo idóneo al efecto: DELPIAZZO, CARLOS E. y GUARIGLIA, CARLOS, *Los recursos administrativos y el acto institucional* n.º 8, Montevideo, 1979, p. 46.

<sup>169</sup> Art. 25 del reglamento nacional; Ciudad de Buenos Aires, 45; Provincia de Buenos Aires, 34; Córdoba, 28.

<sup>170</sup> Art. 25 del reglamento nacional; Ciudad de Buenos Aires, 45, Provincia de Buenos Aires, 34; Córdoba, 28; Mendoza, 132; Tucumán, 31.

<sup>171</sup> Dice el art. 25, párrf. 3º a 5º: “Los escritos recibidos por correo se considerarán presentados en la fecha de su imposición en la oficina de correos, a cuyo efecto se agregará el sobre sin destruir el sello fechador; o bien en la que conste en el mismo escrito y que surja del sello fechador impreso por el agente postal habilitado a quien se hubiera exhibido el escrito en sobre abierto en el momento de ser despachado por expreso o certificado. A pedido del interesado el referido agente postal deberá sellarle una copia para su constancia. En caso de duda deberá estarse a la fecha enunciada en el escrito y en su defecto, se considerará que la presentación se hizo en término.” Similar disposición en la CABA, art. 45; Provincia de Buenos Aires, 34; Mendoza, 132; Tucumán, 31; Costa Rica, 288.

telegrama (simple, con o sin copia, colacionado, recomendado, con o sin aviso de entrega, todo ello indistintamente) o carta-documento.

Algunos fallos en sede civil han negado valor probatorio a las “cartas documento” de concesionarios o permisionarios del correo oficial, o de otros servicios privados, cada vez más importantes y confiables, aunque a veces sensiblemente onerosos, admitiéndolos sólo del correo oficial argentino, otrora dado en concesión.<sup>172</sup> Esta distinción entre el concesionario y los licenciatarios pareció hilar demasiado fino, máxime cuando parte de la doctrina sostiene que no debiera existir diferencia entre ambas figuras.

A todo evento, la actual reestatización temporaria del servicio ha mutado el distingo: Hoy se trata del correo oficial de propiedad estatal, y de las múltiples licenciatarias privadas. El telegrama ha sido admitido en la práctica administrativa<sup>173</sup> y en las normas,<sup>174</sup> y parece razonable hacer igual extensión a la carta-documento. Por extensión, también el fax, cablegrama, télex y formas similares que el tiempo pueda originar, siempre que haya certeza en cuanto a la identidad del recurrente y a la recepción del documento. El crecimiento y constante transformación de Internet en aspectos que requieren tanta certeza como la compra a distancia utilizando tarjetas de crédito; la aparición de “certificados” o “firmas” electrónicas,<sup>175</sup> el desarrollo adquirido por el correo electrónico —*e-mail*— como medio de comunicación, todo ello permite prever el empleo creciente de estas vías

<sup>172</sup> Comp. GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de práctica...*, *op. cit.*, p. 116; *Manual de Procedimientos...*, *op. cit.*, 1ª ed., pp. 276-7 y 2ª ed., pp. 284-5. Recordemos que, privatizado en 1997 (véase decr. 262/97), Correo Argentino fue reestatizado por decr. 1075/03 de rescisión de la respectiva concesión; luego por decr. 721/04 se formó la sociedad Correo Oficial de la República Argentina S.A. (CORASA), cuyas acciones son propiedad del Estado nacional. La página web continúa llamándose [www.correoargentino.com.ar](http://www.correoargentino.com.ar). Ver BALBÍN, CARLOS F., “Régimen jurídico de las actividades empresariales del Estado. La empresas absorbidas por el Estado,” en AA.VV., *Organización Administrativa, Función Pública y Dominio Público*, Buenos Aires, Rap, 2005, pp. 625-38.

<sup>173</sup> PTN, *Dictámenes*, 68: 257; en igual sentido ley austríaca, art. 63, inc. 5º; HELBLING, *op. cit.*, p. 367 y ss.; ADAMOVICH, *op. cit.*, p. 222. Entre Ríos pide que el telegrama sea colacionado (art. 80), lo que es una exigencia innecesaria tanto desde el punto de vista de la administración como del recurrente. Una copia simple de un telegrama común, autenticada por la oficina expedidora, es más que suficiente para acreditar el envío del telegrama.

<sup>174</sup> Lo admite el último párrafo del art. 25: “Cuando se empleare el medio telegráfico para contestar traslados o vistas o interponer recursos, se entenderá presentando en la fecha de su imposición en la oficina postal.” En igual sentido el art. 45 *in fine* de la Ciudad de Buenos Aires; 26 de Córdoba; 29 *in fine* de Mendoza; 26 de Tucumán; 288 inc. 2º de Costa Rica.

<sup>175</sup> Nuestro país ha dictado la “Ley de firma digital” (ley 25.506, *B.O.*, 14-XII-01), estableciendo en su art. 2º que “Se entiende por firma digital al resultado de aplicar a un documento digital un procedimiento matemático que requiere información de exclusivo conocimiento del firmante, encontrándose ésta en su absoluto control. La firma digital debe ser susceptible de verificación por terceras partes, tal que dicha verificación simultáneamente permita identificar al firmante y detectar cualquier alteración del documento digital posterior a su firma.” Explicamos someramente el tema en el t. 3, cap. VII, “Los actos administrativos como instrumentos públicos,” § 9, “Los instrumentos públicos en la era digital” y cap. X, “Formalidades,” § 8, “La firma del acto.” Ver también FARRÉS, PABLO “La resolución general IGJ, 4/2006: un avance parcial hacia el expediente digital en la Administración Pública Nacional,” *JA*, 2006-3, fas. 12, 20-IX-2006, pp. 49-52, y las referencias de sus notas 1, 4, 6 y 7.

para la presentación de recursos y realización de trámites.<sup>176</sup> Ya hemos dicho que en algunas hipótesis cabe admitir un recurso verbal,<sup>177</sup> como ha ocurrido en materia judicial.<sup>178</sup> Con el perfeccionamiento y standarización de los medios tecnológicos, puede ser admisible un recurso interpuesto telefónicamente,<sup>179</sup> y con mayor razón por *e-mail*. En lo que respecta a la firma, ella existe también en el caso de los telegramas y cablegramas, sólo que queda acreditada en el formulario presentado ante la oficina de correos respectiva, o ante la agencia de telecomunicaciones. Desde luego, el telegrama o cable no contiene ya firma, pero a pesar de ello constituye, por la circunstancia indicada, válida interposición del recurso.<sup>180</sup>

#### 10. *El recurso debe indicar el nombre, apellido y domicilio del recurrente*

En lo que hace a los requisitos de nombre y domicilio, su exigencia es lógica, al efecto de identificar al recurrente. Su finalidad única es esa, identificar el recurrente a los efectos del recurso, por lo que si existen defectos formales en su enunciación, ellos afectarán al recurso sólo en la medida en que impidan dicha identificación. Entonces, si el domicilio del recurrente no ha sido especificado,

<sup>176</sup> Algunos supuestos en que se ha admitido la utilización del facsímil, correo electrónico e Internet, en GORDILLO (dir.), *Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, LexisNexis-Depalma, 2003, comentario al art. 15 del rn, secc. III, p. 359, nota 26; GORDILLO y DANIELE (dirs.), *op. cit.*, p. 361. Una novedad se encuentra en la opción del administrado de constituir, en el marco de la relación fisco-contribuyente, un domicilio fiscal electrónico el cual, de acuerdo a las previsiones del artículo incorporado por la ley 26.044 a continuación del art. 3 de la ley 11.683 (t.o. en 1998 y sus modif.) “producirá en el ámbito administrativo los efectos del domicilio fiscal constituido, siendo válidas y plenamente eficaces todas las notificaciones, emplazamientos y comunicaciones que allí se practiquen...” Concretamente, una vez constituido a dicho domicilio podrán notificarse, mediante el trámite previsto por el art. 100 inc. g) de la misma ley (comunicación electrónica), los actos administrativos a que se refiere la res. gral. (A.F.I.P.) 1995/06: liquidaciones de impuesto, citaciones, notificaciones, emplazamientos e intimaciones.

<sup>177</sup> En Francia el recurso administrativo puede ser interpuesto bajo “forma verbal:” AUBY, JEAN MARIE y FROMONT, MICHEL, *Les recours contre les actes administratifs dans les pays de la Communauté Economique Européenne*, París, 1971, p. 217. Ver también GUAITA, AURELIO, “Evolución del procedimiento económico-administrativo en España,” en *Revista de Derecho Financiero y de la Hacienda Pública*, vol. XXVII, n° 128, p. 599 y ss., 616 (Madrid, 1977); *supra*, notas 141 y 142.

<sup>178</sup> En el caso del amparo verbal expuesto por el enfermo en su cama hospitalaria y trasmitido correctamente por los médicos al Juez para evitar un juicio de *mala praxis*, ni siquiera se da esta cualidad de presentación personal pero la solución fue creativa, justa, sabia. Ver nuestro libro *Después de la Reforma del Estado*, Buenos Aires, FDA, 1998, 2ª ed, cap. XI, “Los grandes fallos de la actualidad.”

<sup>179</sup> HELBLING, *op. cit.*, p. 384; FORSTHOFF, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958, p. 707, admiten el telegrama encargado por teléfono. Ello encuentra explicación en la circunstancia de que el número telefónico del abonado permite por lo general constatar la identidad de la persona que interpone el recurso, con lo cual se suple entonces el requisito de la firma. Lo mismo ocurre con el télex y con el *e-mail*, cuando administración y administrado hayan establecido ese vínculo. Si existe un *voice-mail*, nada impide admitir el recurso grabado telefónicamente.

<sup>180</sup> Ver la nota anterior, respecto a la firma de los telegramas interpuestos por teléfono: dado que la empresa telefónica al admitir el telefonograma efectúa el control de que el sea impuesto desde la línea telefónica registrada a nombre del emisor, corresponde admitirlo como manifestación válida de la voluntad de recurrir. Lo mismo es aplicable al télex.

pero la administración lo tiene en sus registros por alguna circunstancia relacionada o no con la cuestión que motiva el recurso, esa omisión no puede afectar al recurso ya que la administración puede suplir esa deficiencia haciendo las averiguaciones pertinentes. Así ocurre en el caso de los agentes públicos que recurran con motivo de su función; de los contratistas y proveedores del Estado, que figuran en registros especiales, por cualquier cuestión referente a sus contrataciones; de los usuarios de ciertos servicios públicos, que están registrados y fichados por las respectivas administraciones (empresas de agua y cloacas, distribuidoras eléctricas, licenciatarias telefónicas, etc.), por todo lo referente a tales servicios, etc. En última instancia, el padrón electoral provee, entre otros datos, el domicilio<sup>181</sup> de los ciudadanos, lo que cubre una parte apreciable de los administrados. También puede ocurrirse al Registro Nacional de las Personas y la Policía Federal Argentina, cuyos registros son bien amplios. De todas maneras, si la administración quiere formalizar la constitución del domicilio especial con mayor rigorismo, puede intimar al presentante al efecto, como la autoriza en tal sentido el art. 20.<sup>182</sup> Pero no parece sensato ni con sustento fáctico ya que no lo notificarán por cédula.

### III. Requisitos sustanciales

#### 11. *La clara manifestación de voluntad*

En cuanto a los requisitos sustanciales, de acuerdo con una reiterada doctrina y práctica administrativa, ellos se reducen a que exista *una clara manifestación de voluntad* del interesado de *obtener un nuevo pronunciamiento* de la administración,<sup>183</sup> en el caso de que se impugne un acto administrativo preexistente, o una expresión concreta de lo que se solicita, no habiendo impugnación de acto: “la petición concreta en términos claros y precisos.”<sup>184</sup>

<sup>181</sup> Además de proveer la filiación partidaria: El decreto 292/05, en su parte pertinente, dice: “Art. 2º: Los juzgados federales con competencia electoral en cada distrito elaborarán los padrones electorales especiales que se utilizarán en las elecciones internas abiertas y simultáneas [...] el padrón especial a utilizar en las citadas elecciones internas será el padrón general [...], al que se incorporará una columna que indique la condición de afiliado y a qué partido político pertenece. El padrón especial provisorio será provisto en soporte magnético [...] al Ministerio del Interior para su publicación en su portal de Internet. Art. 4º: El Ministerio del Interior habilitará un sitio en Internet para que los ciudadanos puedan consultar los padrones especiales provisorios y definitivos.”

<sup>182</sup> El cual dispone: “Si no se constituyere domicilio, no se lo hiciera de acuerdo a lo dispuesto por el artículo anterior, o si el que se constituyere no existiera o desapareciera el local o edificio elegido o la numeración indicada, se intimará a la parte interesada en su domicilio real para que se constituya domicilio en debida forma, bajo apercibimiento de continuar el trámite sin intervención suya o de un apoderado o representante legal, o disponer la caducidad[...], según corresponda.” Conf. CABA, art. 40; Prov. de Buenos Aires, 26; Mendoza, 126; Tucumán, 23.

<sup>183</sup> PTN, *Dictámenes*, op. cit., 39: 115; 62: 112; 64: 208; 66: 225; 68: 22; 70: 210 y otros.

<sup>184</sup> RN, art. 16, inc. e); Ciudad de Buenos Aires, art. 36, inc. e); art. 33, inc. d), Prov. de Buenos Aires; 25, inc. d), Córdoba; 129, inc. d), Mendoza. Si un escrito contiene en forma clara la pretensión —más allá del error al calificarlo— la administración debe dar respuesta a dicha petición incluso si ésta fuera improcedente. CNFed. CA, Sala II, *Rodríguez Fuchs, LL*, 1997-A, 81, año 1996, con nuestra nota “Informalismo y amparo por mora,” reproducido en *Cien notas...*, op. cit., § 49, p. 129.

Sin embargo, “no se podrá exigir una claridad absoluta, sin lugar a duda alguna, en la expresión de voluntad del autor, sin situar en una condición de inferioridad sensible a ciudadanos que no escriban con soltura o que no estén acostumbrados al trato con las autoridades. Tiene que bastar, pues, que el recurrente exprese que no está conforme con el acto administrativo y que insiste en su derecho.”<sup>185</sup> La manifestación de voluntad puede ser expresa o razonablemente implícita; pero parece exagerado decir que “No es necesario que el recurso sea planteado por el administrado. La administración activa, por sí misma, puede, de oficio darlo por planteado y modificar las resoluciones de sus organismos dependientes.”<sup>186</sup> Ello confunde el control de oficio con el recurso: en esa hipótesis, hay control de oficio pero no recurso. No existen fórmulas sacramentales para interponer el recurso,<sup>187</sup> siendo suficiente una notificación en disconformidad,<sup>188</sup> o un escrito en el cual se insiste en su derecho luego de emitido el acto.<sup>189</sup> A pesar de la claridad del derecho nacional y comparado, en nuestro país siempre se han alzado voces que procuran contradecir o retrotraer este informalismo a favor del administrado que, en el caso, se manifiesta de la forma que acabamos de exponer.<sup>190</sup>

## 12. *Fundamentación del recurso*

No se requiere que el recurso esté fundado en derecho<sup>191</sup> ni que tenga una fundamentación de hecho, siempre que ello no atente contra la claridad de la pretensión:

<sup>185</sup> FORSTHOFF, *op. cit.*, p. 708.

<sup>186</sup> ANDREOZZI, MANUEL, *La materia contenciosoadministrativa*, Tucumán, 1947, p. 153. Distinto es el caso del recurso llamado *ex officio*, en que el funcionario está obligado a recurrir contra un acto, en determinadas situaciones que indica la ley, como ocurre en Brasil; LOPES MEIRELLES, *Direito administrativo brasileiro*, San Pablo, 1966, 2ª ed., p. 81.

<sup>187</sup> HUTCHINSON, t. II, *op. cit.*, p. 264: “Hay que erradicar el dogma de la regla formal del derecho por el de la conducta debida. Este principio prima en la aplicación de las normas de los distintos recursos y reclamos administrativos; una tesis contraria, o sea limitativa, provocaría desaciertos frustratorios en desmedro de la discusión de la cuestión de fondo.”

<sup>188</sup> Así decr. 7523/68, haciendo lugar a un recurso jerárquico interpuesto por tal medio: PTN, 5-IX-68; HUTCHINSON, *Régimen...*, *op. cit.*, p. 337. La doctrina de la Procuración es, desde luego, obligatoria para todos los abogados de la administración; algunos de ellos, sin desobedecerla en sus dictámenes, propugnan en cambio en publicaciones independientes el retroceso de esa doctrina.

<sup>189</sup> Como señala FORSTHOFF, *op. loc. cit.*

<sup>190</sup> Propicia en cambio una interpretación rigurosa de la norma reglamentaria, contraviniendo los principios generales del decreto-ley TORRES, ISMAEL F., “La firma en disconformidad en el ámbito de la Ley N° 19.549 y su reglamentación, ¿importa la interposición de un recurso?”, *RAP*, 266: 17, Buenos Aires, 2000. Sin embargo y como ha dicho la misma Procuración del Tesoro de la Nación, no cabe desconocer las múltiples y firmes reglas hermenéuticas superadoras de la literalidad: *RAP*, 266: 66-67, esp. p. 65. Ver *supra*, t. 2, cap. IX, “El procedimiento administrativo. Concepto y principios generales,” § 11.4, “Aplicación del principio en materia de denominación de los recursos” y 11.5, “Otras aplicaciones del principio.” En el mismo sentido, el art. 348 de la ley de Costa Rica expresa que “Los recursos no requieren una redacción ni una pretensión especiales y bastará para su correcta formulación que de su texto se infiera claramente la petición de revisión.”

<sup>191</sup> Art. 16, inc. b) del reglamento nacional; Ciudad de Buenos Aires, arts. 96 y 36, inc. b); art. 33, inc. c) de la Prov. de Buenos Aires; 25, inc. c), Córdoba; 129 inc. b) de Mendoza.

debe tener, entonces, solamente una descripción o “relación de los hechos.”<sup>192</sup> Una vez impugnado el acto por una motivación, se puede ampliar posteriormente la motivación o los motivos de impugnación.<sup>193</sup> Así, p.ej, un escrito pidiendo el pago del sueldo o la jubilación parecería no requerir aclaración alguna ya que está implícito que se trata del sueldo o la jubilación del recurrente y que le sea adeudado; en cambio, un reclamo por daños y perjuicios producidos por un accidente exige precisar de qué accidente se trata. Lo único exigible es la claridad y concreción de la petición formulada. Por excepción, en algunos ordenamientos se exige la “fundamentación,”<sup>194</sup> lo que también puede interpretarse razonablemente del modo ya expuesto; es decir, que basta con que permita precisar la pretensión.

#### IV. Omisión de requisitos formales o sustanciales

##### 13. *Criterio a seguir*

La omisión de cumplir con alguno de los requisitos formales o sustanciales indicados no implica que deba rechazarse el recurso. Hay un principio básico de saneamiento instructorio del recurso, como carga procesal de la administración.<sup>195</sup> A nuestro juicio, siempre que surja en forma clara la voluntad de recurrir o reclamar, debe considerarse interrumpido el término y a lo sumo, en su caso, es intimarse al recurrente a subsanar los defectos encontrados. El principio del saneamiento, que ya se ha extendido en los regímenes de todos los tribunales administrativos internacionales,<sup>196</sup> debe a nuestro juicio, con mayor razón, ser parte esencial del tratamiento de las presentaciones de cualquier índole en sede administrativa. De igual manera, si la oscuridad del escrito ofrece dudas respecto a qué es lo que reclama o recurre el interesado (pero no hay controversia acerca de que su voluntad es reclamar o recurrir), la solución pertinente no es que la administración pueda dar cualquier interpretación al escrito, sino que debe también pedir al recurrente la aclaración de su voluntad.<sup>197</sup>

<sup>192</sup> Art. 16, inc. b) del reglamento nacional; Ciudad de Buenos Aires, art. 36, inc. b); 33, inc. c) de la Prov. de Buenos Aires; 25, inc. c) de Córdoba; 129, inc. b) de Mendoza.

<sup>193</sup> CNFed. CA, Sala III, *Edesur S.A., LL*, 1999-E, 233.

<sup>194</sup> Prov. de Buenos Aires, arts. 89 y 90, para la revocatoria y 92 para el jerárquico; Córdoba, arts. 77 y 79 para la reconsideración y jerárquico. En Costa Rica, art. 285, inc. 1º, ap. d), se requieren “Los motivos o fundamentos de hecho,” pero su omisión no es un vicio formal (inc. 2º, *a contrario sensu*.)

<sup>195</sup> Art. 5, inc. d) del reglamento nacional; Colombia, art. 11; Honduras, art. 115; Perú, arts. 125 y 126; Venezuela, art. 45.

<sup>196</sup> A los que nos referimos en el t. 2, cap. XVI, “La justicia administrativa internacional.”

<sup>197</sup> ADAMOVICH, *op. cit.*, p. 223. En sentido similar, también puede resolverse dar al recurso la tramitación que corresponda siempre que ello se deduzca del escrito no obstante los eventuales errores en que se hubiere incurrido respecto a la calificación: Perú, art. 213: “*Error en la calificación*. El error en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación siempre que del escrito se deduzca su verdadero carácter;” Bolivia, art. 42: “El órgano administrativo calificará y determinará el procedimiento que corresponda a la naturaleza de la cuestión planteada, si las partes incurrieran en error en su aplicación o designación;” menos enfática es la solución recogida por Brasil, art. 63.

Otro criterio, más riguroso que el de considerar interrumpido el término, es el de intimar al peticionario a subsanar el defecto en un término perentorio, bajo apercibimiento de darle por decaído el derecho;<sup>198</sup> pero no lo creemos aconsejable ni admisible en ausencia de norma expresa.

En el derecho positivo argentino actual es frecuente encontrar normas que facultan, en caso de falencias formales o sustanciales del escrito, a intimar al presentante a subsanarlas bajo apercibimiento de *archivar* las actuaciones.<sup>199</sup> Esto no es lo mismo que dar por decaído el derecho ni el recurso, sino que es simplemente *paralizar* su trámite hasta que el impulso procesal de la parte supla las deficiencias de su escrito y logre sacar del archivo las actuaciones. El riesgo, claro está, es que una no muy eficiente organización del archivo pueda luego dificultar o imposibilitar su recuperación en tiempo útil.

Por lo expuesto, que se refuerza sustancialmente con el principio de la impulsión e instrucción de oficio, no somos partidarios de este tipo de procedimiento. Tampoco parece adecuado lo previsto en Mendoza en su art. 126,<sup>200</sup> de que el apercibimiento puede serlo de continuar el trámite “sin su intervención.” Nada perjudica a la administración hacer las comunicaciones postales al interesado en su domicilio real si no lo constituyó legal en el radio urbano exigido. En la práctica la administración nacional efectúa las notificaciones en *cualquier* domicilio que el interesado indique, sea éste real o legal, dentro o fuera del radio urbano, etc. En verdad, existiendo un sistema real de notificaciones por *correo* y no por cédula, este comportamiento es el más ajustado a los principios del procedimiento administrativo. La exigencia del domicilio legal en el radio urbano sólo tiene sentido cuando se trata de notificaciones por cédula: existiendo en cambio servicio de correos<sup>201</sup> y siendo admisible la notificación postal, es obvio que cualquier domicilio es exactamente igual a los demás a estos efectos. La única excepción que podría concebirse a este criterio sería en aquellos supuestos excepcionales en que se trata de una comunidad a la cual no llega el servicio de correos. Pero incluso en tales casos un sano principio de igualdad ante la ley e instrucción de oficio justifica que se practique la notificación por cédula por intermedio de la policía

<sup>198</sup> ADAMOVICH, *op. cit.*, p. 223.

<sup>199</sup> Reglamento nacional, art. 20, respecto al domicilio; art. 40, Ciudad de Buenos Aires; art. 26, Provincia de Buenos Aires; 126 de Mendoza; 23 de Tucumán; art. 43, Bolivia: “la Administración Pública requerirá al interesado para que en un plazo de cinco días subsane la deficiencia o acompañe los documentos necesarios, con indicación de que, si así no lo hiciera, se dictará resolución teniendo por desistida su solicitud;” en la misma orientación, Brasil, art. 6° *in fine*; Perú, art. 125 incs. 1 y 2. La falta de presentación a ratificar la firma, en cambio, cuando hubiere duda sobre su autenticidad y se lo haya intimado fehacientemente al efecto, hace que el escrito se tenga “por no presentado.” art. 18 del reglamento nacional; 38 de la Ciudad de Buenos Aires; 32 de la Provincia de Buenos Aires; 259 de Corrientes; 25 de La Pampa; 431 de Mendoza.

<sup>200</sup> En igual sentido el reglamento nacional, art. 20.

<sup>201</sup> Respecto de las notificaciones efectuadas a través de las permisionarias de la ex Empresa Nacional de Correos y Telégrafos, ver HALPERIN, DAVID ANDRÉS y GAMBIER, BELTRÁN, *La notificación en el procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1989, p. 34. FARRANDO (H.), ISMAEL, “La notificación administrativa irregular,” en *Revista del Foro de Cuyo*, 2: 33-47, Mendoza, Diké, 1991.

local. En tal sentido Córdoba dispone en su art. 53 *in fine* que “Cuando en la localidad donde se domicilia la persona a notificarse no hubiera oficina de correos, la diligencia respectiva se encomendará a la autoridad policial que corresponda.” Es la solución que estimamos correcta. En suma, el requerimiento normativo de constituir domicilio en el radio urbano de la autoridad sólo tiene razón de ser en el ámbito judicial y no debería haber sido trasladado desde allí al procedimiento administrativo. Ya hemos mentado<sup>202</sup> que en tales urbanizaciones el correo no llega habitualmente hasta el domicilio mismo del interesado, sino que es dejado en la guardia, la cual efectúa su entrega física a la persona. También las notificaciones internas de decisiones de la administración respecto de los co-proprietarios suelen notificarse del mismo modo. Como se advierte fácilmente, es igual a la solución aplicada a veces en el radio urbano, en que los tribunales civiles toman por válida la entrega de la pieza a notificar en la portería del edificio y no en el piso y departamento que corresponda. A nuestro juicio la solución es errónea en radios urbanos, pero admisible en zonas rurales, y en barrios cerrados o clubes de campo donde no se ha dado a conocer, previamente, el número de lote, etc.

La notificación por “correo electrónico” —*e-mail*—<sup>203</sup> ya implementada con carácter voluntario en algún organismo público y que hemos utilizado para el procedimiento de audiencia pública<sup>204</sup> y utilizamos en los cursos de post-grado,<sup>205</sup> plantea la necesidad de la constitución de un *domicilio electrónico*, en una “casilla de correo” virtual. La existencia actual de múltiples *webmail* gratuitos y la creciente difusión de alternativas gratuitas o accesorias a otros servicios de Internet, así como la difusión en la administración pública y en las empresas de computación con acceso a Internet, etc., han cambiado el contexto fáctico del problema. Básicamente, este modo de notificación está cada vez al alcance de un mayor número de personas, presentando por su rapidez y economía enormes ventajas respecto de otros procedimientos. Su creciente utilización por la administración y los administrados es un hecho positivo que el derecho debe apoyar.

#### 14. *La complementación de un recurso con otro*

Como caso particular puede también recordarse el escrito que no llene por sí mismo los requisitos de un recurso válido, pero cuyas deficiencias pueden ser salvadas apreciando como complemento de éste a otro escrito que tampoco independientemente fuera válido. En tal situación se ha resuelto, acertadamente, que puede no obstante considerarse al conjunto de los dos como un recurso formalmente válido. Ha dicho así la Procuración del Tesoro de la Nación que “Aunque la solicitud de fs. [...] no llena los requisitos de un recurso jerárquico independiente, ni tampoco la de fs. [...] representa un recurso jerárquico válido,

<sup>202</sup> En el t. 3, cap. I, § 13, “Clubes de campo y barrios cerrados.”

<sup>203</sup> Ver *infra*, cap. V, “Notificación y publicación,” § 6.10, “Notificación por fax y por *e-mail*.”

<sup>204</sup> Ver *supra*, t. 2, cap. XI, “El procedimiento de audiencia pública.”

<sup>205</sup> Ver *supra*, t. 3, cap. X, “Formalidades,” § 8.6, “El correo electrónico sin firma.”

ambas en conjunto forman un solo cuerpo de recurso conforme a los requisitos legales. Procede, por lo tanto, entrar al examen del fondo de la causa.”<sup>206</sup> Parece una solución justa, correcta y práctica. En particular, es creativa en cuanto toma distintos elementos para interpretar, en función del principio *pro actione*, que el recurso ha sido válidamente interpuesto.

## V. Efectos de la interposición del recurso

### 15. *La suspensión o no del acto*

Hemos tratado *in extenso* en otro lugar lo relativo a si la interposición del recurso administrativo suspende o no la ejecución del acto impugnado.<sup>207</sup>

### 16. *Interrumpe el término*

La interrupción del término<sup>208</sup> es el primer efecto de la interposición oportuna del recurso, aunque debe recordarse que la *prescripción* se rige por otros principios que luego veremos. A pesar de los defectos que el recurso tenga, ellos pueden ser salvados, ya que no afectan la posibilidad de continuar la controversia. Pero si el recurso no se presentó en término, aun como notificación en disconformidad o expresión de voluntad de obtener un nuevo pronunciamiento, todo puede estar perdido si los tribunales desoyen el decr. 229/00 y persisten en el absurdo de *Gorordo y Romero*.<sup>209</sup> Puede ampliarse la fundamentación de hecho o de derecho del recurso, los motivos de impugnación, los aspectos objetados del acto, etc.<sup>210</sup>

<sup>206</sup> PTN, *Dictámenes*, 56: 69, 73; 70: 210.

<sup>207</sup> Ver *supra*, t. 3, cap. V, “Presunción de legitimidad, exigibilidad y ejecutoriedad.”

<sup>208</sup> Ampliar en GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la ley de procedimiento administrativo*, Madrid, Civitas, 1991, 4ª ed., pp. 1024, 1041; CAZORLA PRIETO, LUIS M. y ALCUBILLA, ENRIQUE A., *Temas de Derecho Constitucional y Administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 1988, p. 858, agregan que “una vez iniciado el procedimiento, surgen para el interesado los derechos para participar activamente en su tramitación y desarrollo y para el órgano competente el deber de impulsarlo hasta llegar hasta su resolución;” GONZÁLEZ PÉREZ y GONZÁLEZ NAVARRO, *op. cit.*, p. 1744 y ss.

<sup>209</sup> *Infra*, cap. VIII, § 10, “Interrupción de los términos.” En Tucumán, art. 40: “la interposición de recursos administrativos interrumpirá el curso de los plazos, aunque aquellos hubieren sido mal calificados, adolecieren de defectos formales insustanciales o fueren deducidos ante órganos incompetentes;” Buenos Aires, 75; Mendoza, 186, inc. a). Sin embargo, los recursos administrativos extemporáneos no siempre tienen efecto interruptivo: CSJN, *Gorordo*, LL, 1999-E, 186; COMADIRA, JULIO RODOLFO, “El caso «Gorordo»: nueva jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de habilitación de la instancia y revisión judicial de la denuncia de ilegitimidad,” en *Derecho Administrativo. Acto...*, *op. cit.*, cap. XVIII, p. 469 y ss.; JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, MARÍA, “La habilitación de la instancia judicial en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación [...],” *RDA*, 27-9: 73, 1998; REJTMAN FARAH, MARIO, “Un importante giro jurisprudencial en la revisión de oficio de la llamada «Habilitación de la instancia»,” LL, 1999-E, 185; TORANZO, ALEJO, “Declaración de «oficio» de la caducidad de la acción contenciosoadministrativa. La Corte Suprema se aparta de sus precedentes menguando su autoridad vertical,” LL, 1999-E, 757; MÁNTARAS, PABLO, “¿Corresponde verificar de oficio la habilitación de instancia en el proceso contenciosoadministrativo?,” LL, 2000-C, 131, § VI-3, nota 16 y texto.

<sup>210</sup> Ampliar *infra*, § 17, *supra*, § 12, “Fundamentación del recurso” y nota 182.

### 17. *No interrumpe la prescripción de la acción*

En las acciones judiciales su interposición interrumpe la prescripción de la acción,<sup>211</sup> pero en materia de recursos administrativos la solución no ha sido siempre igualmente clara. La jurisprudencia de la CSJN, p. ej., se negó tradicionalmente a reconocer carácter interruptivo de la prescripción a las tramitaciones administrativas iniciadas por el particular, incluso la “reclamación administrativa previa,” cuya presentación era un requisito para poder luego acudir a la instancia judicial.<sup>212</sup> La solución era criticable y obligaba al interesado a presentar la demanda al sólo efecto de interrumpir la prescripción, para continuar entonces con la tramitación administrativa hasta su terminación o hasta el transcurso del término de denegación tácita, para recién entonces continuar con la acción judicial.

El problema ha quedado salvado de dos maneras: primero, con la modificación al art. 3986 del Código Civil, que admite desde 1968 la suspensión de la prescripción; segundo, con el decreto-ley 19.549/72 en el orden nacional, que consagra expresamente *la remisión* de la prescripción.<sup>213</sup>

Sin embargo, esta norma ha sido interpretada restrictivamente por la CSJN, que exige que la presentación se haya realizado específicamente ante el órgano competente,<sup>214</sup> lo cual puede obligar a presentarlo por las dudas a diversas posibles autoridades, para no quedar sometido a eventuales nuevas interpretaciones acerca de dónde debería haberse presentado el escrito. Una vez más, es preferible pecar por exceso que por omisión. Así como el buen conductor debe adivinar qué harán los otros conductores al volante, el buen abogado debe adivinar en qué algún próximo fallo futuro empeorará su situación jurídica actual, con carácter retroactivo.<sup>215</sup>

### 18. *Suspende la prescripción de la acción*

#### 18.1. *Suspensión por un año, una sola vez*

El art. 3986 del Código Civil dice que “La prescripción liberatoria se suspende, por una sola vez, por la constitución en mora del deudor, efectuada en forma au-

<sup>211</sup> BODDA, PIETRO, *Giustizia amministrativa*, Turín, 1963, p. 87; Código Civil, art. 3986.

<sup>212</sup> CSJN, *Fallos*, 103: 155, *Banco Constructor de La Plata*, 1905; 111: 65; 113: 194; 115: 395 y otros. Ver BIANCHI, *op. loc. cit.* en nota 2.

<sup>213</sup> Con respecto al efecto interruptivo de los recursos administrativos sobre el plazo del art. 25, la Sala II sostuvo que, si de los actos impugnativos se infiere la voluntad del actor de proseguir la causa, el Estado no puede invocar “órbices formales a la procedencia de la vía judicial dado que no se ha configurado inactividad del interesado,” Díaz, *LL*, 1995-E, 525.

<sup>214</sup> CSJN, *Compañía Azucarera Concepción S.A.*, *LL*, 1999-E, 216, aunque el caso tenía particularidades de hecho en que la solución se justificaba por la doctrina de los actos propios: el propio peticionante reconoce en sus escritos que la presentación la hizo, a sabiendas, ante órgano incompetente, cons. 20-22.

<sup>215</sup> Uno de tantos ejemplos fue CSJN, *Horvath*, *LL*, 1995-D, 721, con nuestra nota “Ninguna clase de hombres,” *LL*, 1995-D, 718, reproducida en *Cien notas...*, *op. cit.*, § 11, pp. 51-6. Ver también nuestros comentarios en el libro de NIETO y GORDILLO, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, *op. cit.*, comentario n° 9: “Mejor abogado, mejor derecho,” p. 81.

téntica. Esta suspensión sólo tendrá efecto durante un año o el menor término que pudiere corresponder a la prescripción de la acción.”

En virtud de esta norma, un recurso o reclamación que solicite concretamente un derecho sujeto a prescripción liberatoria, o que impugne un acto que lo denegara, produce el efecto de suspender el curso de la prescripción durante un año. No se requiere formalidad alguna expresa ya que la “constitución en mora del deudor” resulta tácita e inequívocamente de la reclamación o recurso. En cuanto al requisito de que ella se efectúe “en forma auténtica,” es suficiente autenticidad su recepción administrativa, a los fines de esta norma;<sup>216</sup> a los efectos probatorios será suficiente acompañar copia del escrito, firmada o sellada por la oficina respectiva, o el expediente administrativo mismo en el cual el escrito esté incluido, o copia certificada del telegrama enviado.

Claro está, la intimación efectuada mediante escribano público reúne siempre las máximas garantías de certeza en cuanto a la prueba y suficiencia de la suspensión así producida. A la administración no le proporciona particular entusiasmo este procedimiento, por temor a lo desconocido, pero el impacto y las consecuencias no deseadas son menores si se lo hace por ante la Mesa de Entradas.

### 18.2. *Caducidad de la instancia. Remisión*

Otro efecto importante que produce la interposición de un recurso administrativo es que “Las actuaciones practicadas con intervención de órgano competente producirán la suspensión de plazos legales [...] inclusive los relativos a la prescripción,” en tanto el procedimiento no sea declarado en caducidad imputable al recurrente y en todo caso por lo menos hasta la fecha en que quede firme el acto administrativo que declare tal caducidad.<sup>217</sup>

La diferencia entre esta norma y la recién explicada<sup>218</sup> reside en el ámbito de aplicación: el decreto-ley de procedimiento administrativo nacional permite tener por suspendidos, de la manera indicada, los plazos de prescripción contra la Nación y entes descentralizados nacionales. En las Provincias, a falta de normas similares, sólo cabe tener presente la suspensión por un año que autoriza el art. 3986 del Código Civil y ello siempre que no haya, lo que es frecuente, algún plazo de caducidad más breve para la iniciación de acciones procesales administrativas.

Veremos más adelante al explicar los términos en el procedimiento, que se ha interpretado incluso que los términos quedan remitidos por virtud de esta norma y que en caso de producirse la caducidad de la instancia no sigue corriendo el término ya empezado, sino que empieza a correr de nuevo.<sup>219</sup>

<sup>216</sup> Sobre el carácter de instrumento público del expedientes administrativos: t. 3, cap. VII, “Los actos administrativos como instrumentos públicos.”

<sup>217</sup> Decreto-ley 19.549/72, art. 1º, inc. e), ap. 9º.

<sup>218</sup> *Supra*, § 18.1, “Suspensión por un año, una sola vez.”

<sup>219</sup> *Infra*, cap. VIII, “El tiempo en el procedimiento,” § 11, “La remisión de los términos.”

18.3. *El plazo del art. 25: sus problemas empiezan en sede administrativa*<sup>220</sup>

Hacia el fin del milenio se tornó inevitable volver sobre los efectos y la interpretación de lo resuelto por la CSJN *in re Gorordo*.<sup>221</sup> En dicha oportunidad la Corte Suprema de la Justicia de la Nación modificó su posición de *Construcciones Taddia S.A.*<sup>222</sup> y *Cohen*.<sup>223</sup> En esta ocasión sostuvo la facultad del juez de examinar liminarmente y de oficio a) el cumplimiento de los presupuestos procesales para que el órgano judicial pueda examinar la pretensión en cuanto al fondo y b) el no vencimiento del plazo del art. 25, c) no tratarse de la impugnación de una resolución desestimatoria de una denuncia de ilegitimidad. Esto último pretende echar por tierra con la denuncia de ilegitimidad. La doctrina nacional que se levantó en otras épocas contra este medio de vigencia del principio de legalidad en la administración, rindió así una vez más sus frutos.<sup>224</sup> El decr. 229/00 resuelve lo contrario, pero ¿quién puede confiar en una solución justa en este marasmo?

Aquella tesitura jurisprudencial del siglo XX fue limitada en un fallo posterior, *Tajes*.<sup>225</sup> Allí, la Corte revocó un fallo de Cámara que había revocado otro que a) desestimaba las excepciones de caducidad y prescripción planteadas por el Estado y b) habilitaba la instancia judicial. La 2ª instancia dió como fundamento el tratarse de la impugnación de un acto desestimatorio de una denuncia de ilegitimidad —aspecto no planteado por la demandada— y haber transcurrido el plazo del art. 25, todo ello conforme a *Gorordo* de la CSJN. Pero no habría de ser así: la Corte resolvió conforme lo decidido en el anterior caso *Cohen* —de cuya doctrina se había apartado en *Gorordo*— en el sentido que el pronunciamiento judicial que desconoce o acuerda derechos no debatidos en la causa es incompatible con las garantías constitucionales. Así, la CSJN resolvió no admitir que la Cámara constatará de oficio precisamente la inexistencia de uno de los *presupuestos procesales* señalados en *Gorordo*. En los votos minoritarios de *Tajes* se explicó la manifiesta inconsecuencia del voto mayoritario, sosteniéndose que el *examen* de los presupuestos en cuestión sólo podía ser efectuado por el juez de primera instancia, en una etapa preliminar al traslado de la demanda. Es ésta pues una época de transición harto peligrosa, en la cual los derechos de los particulares quedan sacrificados a los vaivenes de la jurisprudencia.<sup>226</sup> Toca a los administrados estar muy atentos a la defensa de sus derechos, tanto frente a la

<sup>220</sup> Ver JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, COMADIRA, REJTMAN FARAH, TORANZO Y MANTARAS, *supra*, nota 197; también COMADIRA, *Procedimientos Administrativos...*, *op. cit.*, comentario al art. 25, § 7, p. 473 y ss; RUIZ, SERGIO RAÚL, “Exigencia supletoria de presupuestos procesales,” *LL, Suplemento administrativo*, septiembre de 2006, p. 29.

<sup>221</sup> CSJN, *LL*, 1999-E, 186; en igual sentido, CNFed. CA en pleno, *LL*, 1999-E, 140, *Romero*.

<sup>222</sup> CSJN, *Fallos*, 315-3: 2217, año 1992.

<sup>223</sup> CSJN, *Fallos*, 313-1: 228, año 1990.

<sup>224</sup> Ver t. 3, “Introducción,” § 2, “El modelo autoritario de acto administrativo,” nota 44.

<sup>225</sup> CSJN, 31 de marzo de 1999, *Fallos*, 322-1: 551. Para otra postura ver COMADIRA, *Procedimientos Administrativos...*, *op. cit.*, título IV, § 3.4, pp. 417-8: “no existe discordancia entre lo fallado por la Corte en «Gorordo», primero, y «Tajes», después.”

<sup>226</sup> Ver RUIZ, *op. loc. cit.*

administración como la justicia. Y en todo caso deberán recurrir a los remedios supranacionales para terminar con esta absurda y contradictoria<sup>227</sup> denegación permanente de justicia.

### 19. *No implica trabar la litis en forma inmutable*

En el procedimiento administrativo no se aplica el principio procesal que impide a las partes modificar los términos de una contienda una vez trabada la *litiscontestatio*;<sup>228</sup> por ello, con posterioridad a la presentación del recurso puede ampliarse la petición efectuada. Este principio se encontraba ya reconocido en el art. 8° del decr. 7520/44, donde se disponía que luego de sustanciado el recurso y antes de decidir, se diera vista de lo actuado al recurrente y a la autoridad administrativa interesada para que presenten memorial y “aduzcan nuevos motivos.” Ello fue entendido en el sentido de que podían aducirse no sólo nuevas razones en sustento del recurso, sino también nuevos y distintos motivos o puntos de reclamación,<sup>229</sup> lo que constituye una importante diferenciación con la acción civil. Ello se explica por el carácter objetivo de estos recursos, que persiguen la defensa de la legalidad de la marcha administrativa. También por la vigencia en el procedimiento administrativo del principio de la instrucción de oficio y de la verdad material, de acuerdo con los cuales la administración no está ligada exclusivamente a los hechos aducidos por las partes. Ella debe investigar, independientemente, la verdad real de la situación de hecho en que debe decidir.<sup>230</sup>

También contribuye a fundar esta solución el hecho de que la ampliación del recurso no hace sino suscitar el poder general que tiene el superior para controlar la legitimidad de los actos impugnados<sup>231</sup> y que la administración puede de todos modos decidir puntos no propuestos por las partes,<sup>232</sup> todo lo cual indica que la alteración de los términos originales en que se planteara el recurso no atenta

<sup>227</sup> Estos permanentes *voltefaces* no inspiran precisamente otro de los principios que enuncia la Corte y que expusiera COVIELLO, PEDRO J. J., “La confianza legítima,” *ED*, 177: 894 y el más completo desarrollo de su libro “La protección de la confianza del administrado,” Buenos Aires, Abeledo-Perrot/LexisNexis, 2004.

<sup>228</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, *Los recursos...*, *op. cit.*, p. 129. Con posterioridad a la reforma de 1992 ver GONZÁLEZ PÉREZ y GONZÁLEZ NAVARRO, *op. cit.*, pp. 1740-1: “Los interesados podrán formular alegaciones en cualquier momento, en aplicación del art. 79, LRJPA;” igual solución en nuestro país.

<sup>229</sup> Doctrina nacional y extranjera uniforme.

<sup>230</sup> Ver *supra*, t. 2, cap. IX, “El procedimiento administrativo. Concepto y principios generales,” § 15.6, “Principio de la verdad material.”

<sup>231</sup> FLEINER, *op. cit.*, p. 147.

<sup>232</sup> Ver *supra*, cap. II, § 15, “Decisión del recurso. Inadmisibilidad de la *reformatio in pejus*.” Dice PUCHETTI, *op. cit.*, pp. 188-189, “una vez presentado el recurso jerárquico, el acto administrativo al cual se refiere, está impugnado en toda su extensión,” por lo que a su juicio no podría admitirse “para los motivos no aducidos y adjuntados dentro del término, una presunción absoluta de legitimidad.” Pero ello tiene como límites generales el principio de la estabilidad de los actos administrativos (*supra*, t. 3, cap. VI, § 4, “Acto administrativo” y ss.) y el de la inadmisibilidad de la *reformatio in pejus*. *Supra*, cap. II, § 15, notas 99, 114, 124, 125; GONZÁLEZ PÉREZ y GONZÁLEZ NAVARRO, *op. cit.*, p. 1744: art. 113, inc. 3°: “el órgano que resuelva el recurso decidirá cuantas cuestiones [...] plantee el procedimiento, hayan sido o no alegadas por los interesados.” Ver nota 10.

contra los principios básicos del procedimiento administrativo sino que por el contrario los complementa.<sup>233</sup>

Es que el individuo tiene un derecho al recurso, que no puede limitársele ni conculcársele. No puede negarse al recurrente la posibilidad de aducir nuevos motivos, mientras el recurso no haya sido resuelto;<sup>234</sup> nada impide nuestro juicio, que los introduzca posteriormente a los fines de ulteriores decisiones administrativas o en su caso judiciales. Es en tal sentido que entendemos el art. 77 del reglamento nacional cuando dice por ello que “Podrá ampliarse la fundamentación de los recursos [...] en cualquier momento antes de la resolución.” Con mayor claridad aun, el art. 290 de la ley de Costa Rica determina que “La parte promotora podrá cambiar o sustituir la petición en el curso del procedimiento sin necesidad de instaurar otro, siempre que lo haga invocando la misma causa, por la que se entenderá el interés legítimo o el derecho subjetivo y los hechos invocados.” Es la solución que debemos extender a los derechos de incidencia colectiva.

## 20. *No afecta las facultades del inferior para revocar el acto impugnado*

Si bien la cuestión no es resuelta uniformemente por la doctrina, la orientación administrativa argentina<sup>235</sup> se ha inclinado por considerar que “interpuesto un recurso jerárquico y mientras se halla pendiente de decisión, él no suspende, restringe ni limita, las atribuciones ordinarias del órgano que ha emanado el acto administrativo impugnado, para revocarlo o reformarlo de la misma manera que podría hacerlo con relación a un acto administrativo no recurrido.”<sup>236</sup>

## 21. *Efectos de la interposición conjunta de más de un recurso*

### 21.1. *Recursos improcedentes*

Cuando en un mismo escrito se plantea más de un recurso, debe tomarse en cuenta sólo el que resulte ser el principal procedente, dejando de lado los improcedentes

<sup>233</sup> Señala SCHWARTZ, BERNARD, *Lions Over the Throne – The Judicial Revolution in English Administrative Law*, Nueva York, New York University Press, 1987, p. 13, el derecho a que se resuelvan los recursos “con un espíritu judicial,” de acuerdo con los principios de la justicia sustantiva. Pero ello solo puede hacerlo una agencia independiente de la administración, para resolver conflictos de los que sea un tercero desinteresado de la controversia, con control judicial. Si es la administración misma, “siempre faltará un elemento decisivo [...]: la neutralidad e independencia del órgano llamado a decidir la controversia,” como dicen GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, t. II, *op. cit.*, XXIII, § I, 1, p. 527. Por eso hemos propuesto, en el estilo canadiense, sustituir la administración pública por un sistema de tribunales administrativos imparciales e independientes: “Los tribunales administrativos como alternativa a la organización administrativa”, en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Organización administrativa, función pública y dominio público*, Buenos Aires, RAP, 2005, pp. 955-962. Ver también las demás referencias efectuadas *supra*, notas 23 y 31.

<sup>234</sup> GIANNINI, *op. cit.*, p. 53.

<sup>235</sup> En esta solución PTN, *Dictámenes*, *op. cit.*, 36: 317, 53: 257, 280 y otros.

<sup>236</sup> Ver *supra*, cap. II, “El administrador,” § 12, “Revocación de su propio acto, impugnado jerárquicamente” y ss.

y aclarándose que el interponer recursos innecesarios, previa o conjuntamente con el principal y procedente, no afecta el normal ejercicio de éste.<sup>237</sup>

### 21.2. *Recursos en subsidio*

En la práctica nacional se había rechazado antiguamente la posibilidad de interponer un recurso —p. ej, el jerárquico—, en subsidio de otro para el caso de que lo denegaran. La interpretación se basaba en que no habría un interés actual para recurrir.<sup>238</sup> La legislación actual permite expresamente interponer recursos en subsidio de otros<sup>239</sup> y los considera como norma general *interpuestos de pleno derecho*, sin necesidad de manifestación expresa en tal sentido.<sup>240</sup> Si bien no se dá el caso, que recordamos más arriba, de que un recurso pudiera ser interpuesto de oficio por la administración, sí tenemos de este modo recursos interpuestos *ex lege*.

Con esta solución, basta la presentación por el particular de un escrito en el cual recurre o manifiesta su discontinuidad en relación a determinado acto, para que el orden jurídico estime que está suficientemente manifestada su voluntad de impugnar administrativamente el acto por las subsiguientes vías de recurso, pues resulta obvio que el interés entre la administración coincide con el interés público de facilitar el cuestionamiento y consecuente revisión de eventuales actos ilegítimos y no la callada supervivencia de ilegitimidades por las meras triquiñuelas del procedimiento, cuando ellas son en perjuicio del particular y de tales superiores principios del derecho.

### 22. *Hacia la unidad del recurso administrativo*<sup>241</sup>

De lo expuesto precedentemente se sigue que están dadas las condiciones para avanzar un paso en la regulación y práctica del procedimiento administrativo, tendiéndose a la unidad del recurso administrativo. La situación actual no aparece como excesivamente lejana de este objetivo. En efecto, la aparente complejidad del régimen establecido en el reglamento no impide advertir, en un primer criterio, que *es posible agotar la vía administrativa con un sólo recurso, el jerárquico* ya sea éste deducido contra un acto administrativo definitivo o asimilable a tal de un órgano de la administración central (arts. 89 y 90 del reglamento) o bien, según sea el caso, de un órgano inferior de un ente descentralizado (art. 93 del reglamento.) Es posible hacer un segundo análisis, de igual resultado, con otro

<sup>237</sup> PTN, *Dictámenes*, 71: 89; solución uniforme.

<sup>238</sup> Para una crítica del punto, ver *supra*, t. 2, caps. II a IV.

<sup>239</sup> RN, art. 88; Ciudad de Buenos Aires, 107; Prov. de Buenos Aires, 91; Córdoba, 79.

<sup>240</sup> RN, art. 88: “El recurso de reconsideración contra actos definitivos o asimilables a ellos, lleva implícito el recurso jerárquico en subsidio.” Prov. Buenos Aires, 91; Tucumán, 65 *in fine*.

<sup>241</sup> La doctrina y legislación españolas vienen avanzando, en la “unificación de los recursos ordinarios,” como recuerda ENTRENA CUESTA, *Curso...*, *op. cit.*, p. 273. Además es imprescindible para resolver algunos enredos normativos: ver nuestro art. “El inmigrante irregular en la ley 25.871. Otra modificación transversal al derecho argentino,” *LL*, 4-II-2004, § 7, p. 4.

recurso. En efecto, la asignación al recurso de reconsideración del carácter de recurso jerárquico implícito en subsidio, que efectúa el art. 88 del reglamento, cabe ser unida a otro punto. Es la extensión que efectúa el art. 93, “salvo norma expresa en contrario” (no existente), de la aplicación de las disposiciones generales relativas a los recursos jerárquicos. Ambos aspectos, tomados conjuntamente,<sup>242</sup> implican que es posible agotar la vía con un recurso de reconsideración, sin carga alguna adicional y con la facultad de mejorar o ampliar los fundamentos del recurso en la oportunidad establecida en la última parte del art. 88.<sup>243</sup> Claro que para esto hay que reaccionar en diez días hábiles, dos semanas en total.

En definitiva, o se presenta dentro de los diez días un recurso de reconsideración, o dentro de los quince un recurso jerárquico en su caso y con ello se satisfacen las dificultades de *Gorordo*. A los efectos expuestos y salvo la absurda diferencia de plazos, da lo mismo la reconsideración que el jerárquico cuando es necesario agotar la vía. Cabe entonces preguntarse cuál es el sentido de diferenciarlos. Después habrá tiempo de ampliarlo y mejorarlo, siempre que algún innovador *pro administratione*<sup>244</sup> no tenga éxito en resucitar la fenecida *reformatio in pejus*,<sup>245</sup> luego de haber herido a la denuncia de ilegitimidad.<sup>246</sup> Presentar el recurso administrativo en término, se ha transformado ahora —anómalamente— en cuestión de vida o muerte de los derechos, si los tribunales persisten en aquella tesitura pese al decr. 229/00, lo que está por verse. Todas las garantías constitucionales pierden tutela judicial en diez o quince días hábiles, el tiempo de unas vacaciones de verano como observaron hace tiempo GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ.<sup>247</sup>

De todos modos, podría avanzarse en el camino hacia la simplificación de los procedimientos y asegurar al particular adecuadas oportunidades de defensa.<sup>248</sup>

a) Estableciendo que el recurso administrativo, único e innominado, puede llevar también implícito los recursos que preveían los apartados a) y b) del texto del art. 87 anterior a la reforma efectuada por decr. 1883/91, por simple manifestación en tal sentido del particular, que podrá efectuarse en el mismo

<sup>242</sup> Sea a los recursos jerárquicos (“jerárquico menor”) deducidos en el ámbito de los entes autárquicos —en suma descentralizados— HUTCHINSON, *Régimen...*, *op. cit.*, p. 355.

<sup>243</sup> La supresión de los recursos de apelación menor y mayor por parte del decr. n° 1883/91 ha contribuido a simplificar el trámite. Aunque dichos recursos tenían carácter facultativo, su desaparición no ha significado restar posibilidades reales al particular. Comp. HUTCHINSON, *Régimen...*, *op. cit.*, p. 191.

<sup>244</sup> Aunque los defensores del poder se han fracturado en dos campos: *pro administratione* y *pro privilegium*. O sea los defensores del poder político y los defensores del poder económico; sus intereses a veces divergen y a veces coinciden, pero siempre suelen estar opuestos a los del individuo, el administrado o la parte más débil de la relación jurídica.

<sup>245</sup> *Supra*, nota 211 y 10; cap. II, “El administrador,” notas 99, 114, 124, 125.

<sup>246</sup> Que, casi como el ave Fénix, agita todavía sus alas en el decr. 229/00, art. 3°.

<sup>247</sup> La reforma española ha mejorado pero no resuelto las cosas: ver GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *Curso...*, *op. cit.*, t. I, 2006, 12ª ed., 1ª ed. argentina, con notas de AGUSTÍN GORDILLO, § III, I, p. 624; t. II, *op. cit.*, cap. XXIII, § I, 2, p. 529.

<sup>248</sup> Ampliar en CANOSA, “Propuestas de reformas al régimen de impugnación de actos administrativos,” en AA.VV., *Cuestiones de procedimiento administrativo*, *op. cit.*, pp. 715-24.

recurso o en cualquier momento previo a la elevación de las actuaciones para la resolución del jerárquico implícito. O sea, puede dirigirse a la autoridad que el recurrente quiera, en la línea jerárquica.

b) Estableciendo que ese único recurso lleva también implícito, de pleno derecho, los voluntarios posteriores a aquellos requeridos para el agotamiento de la vía administrativa —*v. gr.*, art. 100 del reglamento— salvo manifestación expresa en contrario, que podrá efectuarse en cualquier momento anterior al tratamiento de los expresados recursos. Más la posibilidad de desistirlo en cualquier momento.

c) Eliminación lisa y llana del recurso de alzada.

d) Establecer que la impugnación administrativa, bien o mal hecha pero *dentro del plazo para acceder a la justicia*, interrumpe definitivamente dicho plazo, sin que pueda ya ponerse obstáculo a la apertura de la instancia judicial para los actos expresos que rechacen la pretensión, o sin otro plazo que el de la prescripción en caso de silencio de la administración.

En tal sentido cabe destacar la coherencia de las ideas en boga en España, donde se concebía posible otorgar un mes para la reposición, “transcurrido el cual únicamente podrá interponerse recurso contencioso—administrativo.”<sup>249</sup> Nuestra jurisprudencia resuelve la pérdida de la vía judicial por no haber recurrido en término ante la administración; en España en cambio no hay óbice a que perdido el plazo del recurso administrativo quede, de allí en más, expedita la vía judicial.

La unidad del sistema recursivo no habría de consistir sólo en la admisión del efecto subsidiario de toda impugnación, sino también en la unificación de los términos:<sup>250</sup> impugnación, tipo de actos impugnables, plazo para su resolución,<sup>251</sup> legitimación que se requiere en cada caso, etc.<sup>252</sup> Teóricamente, podría llegarse a una situación en la cual sólo cupiera distinguir qué autoridad resuelve en cada instancia y nada más. Ciertamente, podrán hacerse distinciones según el nivel jerárquico ante quien se recurra, pero ello no alterará el recurso mismo.

De poder obtenerse el progreso del orden jurídico administrativo en el sentido indicado se lo aproximaría también a los principios modernos en materia de unidad de la acción procesal administrativa y pluralidad de pretensiones.

<sup>249</sup> ENTRENA CUESTA, *op. cit.*, p. 274, nota 3.

<sup>250</sup> Señala ENTRENA CUESTA, *op. cit.*, p. 243, que los “plazos distintos sin aparente justificación” denotan “una auténtica *balcanización*” del procedimiento.

<sup>251</sup> En este sentido, algo se ha avanzado en la reforma del reglamento por el decr. n° 1883/91, unificando los términos de resolución de los recursos de reconsideración y jerárquico, aunque también puede argumentarse que difícilmente se advierta en la práctica administrativa el caso de un recurso jerárquico resuelto en el plazo correspondiente de treinta días.

<sup>252</sup> La Constitución de 1994 ha resuelto este punto y la jurisprudencia de grado lo ha admitido, como explicamos en los caps. II y III del t. 2.

Es posible avanzar a partir del estado actual del derecho viviente. Su actual interpretación es inconstitucional. Tiene, el que lo interprete y aplique, la salida decorosa de invocar el decr. 229/00.