

**PRETENSIÓN DE PLENA JURISDICCIÓN:**

**RAMÓN HUAPAYA TAPIA**

**“TRATADO DEL PROCESO  
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO”**

**RAMÓN A. HUAPAYA TAPIA**  
Profesor de Derecho Administrativo  
Pontificia Universidad Católica del Perú

# Tratado del Proceso Contencioso-Administrativo

PRÓLOGO  
Jorge DANÓS ORDÓÑEZ

ESTUDIO PRELIMINAR  
Eloy ESPINOSA-SALDAÑA



000046

Juez debería tener los mismos márgenes de apreciación para las nulidades que los que detentan las autoridades administrativas, las mismas que pueden decidir apartándose de lo solicitado por los particulares, en uso de sus potestades nulificantes de oficio. En tal sentido, el proyecto de la Comisión Danós, formuló unas sencillas reglas para determinar que, aún cuando el demandante hubiera formulado una pretensión de nulidad total, el Juez podría determinar nulidad parcial, y viceversa, si el demandado formulaba nulidad parcial, y el Juez estimaba que existía nulidad total, el Juez podría haberlo declarado así, previo cumplimiento de un procedimiento breve y expeditivo para que las partes se pronuncien previamente a la decisión del Juez. Al respecto, consideramos que esta regla de excepción a la regla general de congruencia, hubiera constituido un especial incentivo para determinar el poder del Juez a efectos de apreciar de acuerdo a sus conocimientos y a los datos aportados al proceso, la necesidad de no sujetarse a lo solicitado por las partes, al momento de realizar las apreciaciones del interés público que se estimen convenientes.

Sin embargo, en este específico aspecto, el proyecto de la Comisión Danós fue sustituido por la Comisión de Justicia del Congreso, la misma que estableció una regla de congruencia inalterable al estilo de los procesos civiles, olvidándose que en estos aspectos es donde realmente se nota la diferencia de los regímenes procesales civil y contencioso-administrativo en función a la distinta naturaleza de los intereses en juego en cada tipo de proceso. La regla contenida en el numeral 1) del artículo 38° de la LPCA, es la que señala que "*La sentencia que declare fundada la demanda podrá decidir, en función de la pretensión planteada, lo siguiente: 1) La nulidad, total o parcial, o ineficacia del acto administrativo impugnado, de acuerdo a lo demandado*".

Al respecto, sólo queda mostrar nuestro desacuerdo frente a la manera inadecuada en la cual intervino la Comisión de Justicia al eliminar una de las normas más innovadoras del proyecto de la Comisión Danós. Sin embargo, aun cuando exista esta disposición, creemos que no pueden limitarse los poderes del Juez a tal efectos, y que éstos deberían tratar de imponer sus deberes de tutela del interés público al examinar las nulidades planteadas sobre el acto administrativo, en la medida que esto sería expresión del genuino poder jurisdiccional de decidir en apreciación del interés público. Sin embargo, sólo las tendencias juris-

prudenciales nos dirán si es que efectivamente procede una actuación creativa e innovadora para el manejo de los instrumentos jurídicos novedosos como el actual proceso contencioso-administrativo.

### 6.1.9. Protección cautelar.

Las técnicas de protección cautelar aplicables para el contenido de la pretensión nulificante, son generalmente las denominadas medidas cautelares negativas, o medidas de no innovar, por la cual se solicita que el juez disponga que las cosas permanezcan inalteradas al momento de la admisión de la demanda, a fin de preservar una situación que se podría ver afectada de pretender ejecutarse el acto administrativo aparentemente afectado por el vicio de nulidad. Esto generalmente sucede en caso que el acto administrativo impugnado sea uno de contenido desfavorable o de gravamen.

Sin embargo, también puede suceder que se impugne un acto administrativo de contenido favorable (imaginamos un supuesto en el cual no se ha concedido el íntegro de las prestaciones solicitadas por el administrado, y el acto está aquejado de nulidad), motivo por el cual también procederían eventuales solicitudes cautelares de innovar o medidas cautelares positivas, dirigidas a que el Juez ordene la inmediata prestación de lo pedido por el demandante, a efectos de prevenir un daño cierto en caso no se le concedan determinadas prestaciones. Este tipo de medidas cautelares positivas, son especialmente procedentes en el proceso contencioso-administrativo, de acuerdo al mandato establecido en el artículo 37° de la LPCA.

### 6.2. Segunda pretensión: El reconocimiento o restablecimiento del derecho o interés jurídicamente tutelado y la adopción de las medidas o actos necesarios para tales fines.

Esta segunda pretensión, obedece a una realidad concreta: que el juzgador de lo contencioso-administrativo, en uso de sus plenos poderes, aparte del pronunciamiento nulificante de actos administrativos, tenga los mismos poderes que un juez ordinario o de derecho común, y dicte sentencias contra la Administración, disponiendo efectivamente, "*el reconocimiento o restablecimiento del derecho o interés jurídicamente tutelado y la adopción de las medidas o actos necesarios para tales fines*". Es una pretensión eminentemente resarcitoria, de tutela de derechos, de restablecimiento de la legalidad pero a favor de las posiciones jurídicas del

administrado que sufrió los efectos de una irregular actuación administrativa.

Vayamos por partes. En primer lugar, a diferencia de la pretensión nulificante, esta pretensión no tiene como presupuesto al acto administrativo. Esta pretensión bajo análisis, puede interponerse contra actuaciones materiales, como se verá a continuación. En segundo lugar, la tutela que se brinda aquí, es una tutela tanto declarativa, como de condena, puesto que en primer lugar, se *reconoce* o se dispone el *reestablecimiento* de un derecho o interés conculcado por la actuación administrativa (efecto declarativo), y en segundo lugar, se condena a la Administración para que adopte *todas las medidas o actos necesarios* para el fin de reconocer o restablecer los derechos conculcados (modelo condenatorio).

A nuestro entender, al estilo de la *Allgemeine Leistungslehre* (pretensión prestacional) alemana, esta debe ser nuestra pretensión modelica o general, que coexista junto a la pretensión nulificante, pero sin necesariamente supeditarse a su contenido. Esta *pretensión tutelar*, es tal, en la medida que tiene todos los efectos de tutela subjetiva a favor de la debida cautelar de los derechos o situaciones subjetivas a favor de un particular.

Para lograr esta interpretación, se debe partir de un presupuesto específico: al margen de las teorías de la abstracción del derecho de acción, lo concreto es que un particular solicita la tutela jurisdiccional porque tiene afirma la titularidad de un derecho o interés que proteger o resguardar, para lo cual se acoge a la protección procesal que le puede otorgar el juzgador, en orden a lograr la denominada "*tutela procesal de los derechos*".

En tal medida, la pretensión nulificante, se muestra manifiestamente insuficiente en su rol tutelar, en la medida que, al tener como único efecto, la eliminación del mundo jurídico de un acto aquejado de un vicio tasado como causal de nulidad, no tiene una funcionalidad subjetiva, en la medida en que colabora únicamente en la depuración del ordenamiento, y a lo máximo logra levantar una carga o gravamen que injustificadamente sobortaba el particular.

Sin embargo, ¿qué sucede en aquellos casos distintos de las situaciones de gravamen?, ¿qué sucede con el particular que cuenta con un

"acto presunto" aprobado por el "silencio positivo" y al cual la Administración se niega a otorgarle una certificación autorizante, a pesar de que ya tiene el derecho para ello?, ¿qué sucede con aquel particular al que le ha sido denegada la emisión de un acto administrativo, de modo arbitrario, bajo una forma legal, pero que encierra una auténtica arbitrariedad, bajo los moldes de la apreciación del "mérito, oportunidad o conveniencia"? ¿qué sucede con el particular que señala que la ejecución material ordenada contra los bienes de su propiedad, ha sido realizada de una manera desproporcionada, brutal?, ¿Cómo procede aquél contratista que desea interpretar los alcances de una cláusula contractual inserta en un contrato estatal?, ¿Cómo puede proteger sus derechos aquél particular que no tiene una vía específica para tutelar sus posiciones jurídicas frente a la Administración?. Precisamente, la vía de esta *pretensión tutelar*, como la denominaremos, es la adecuada para generalizar toda pretensión destinada a reconocer o restablecer un derecho o interés jurídicamente tutelado de los particulares, frente a una actuación desfavorable, ablatoria, gravosa o dañosa producida por la Administración.

De esta manera, la *pretensión tutelar* a la que aludiremos en el presente acápite de nuestra investigación, es un modelo de pretensión genérica, destinada a tutelar de la manera más amplia los derechos e intereses de los administrados frente a toda actuación administrativa. Precisamente, sirve para tutelar aquellas actuaciones que no tienen un cauce procesal específico, concretamente determinado en el artículo 5º de la LPCA, puesto que aquí lo que interesa es brindar efectiva tutela ante una apremiante necesidad de protección jurídica (*Rechtsbedürfnis*, en el derecho alemán). Por consiguiente, si queremos hacer un símil, esta pretensión tutelar, tiene un efecto similar a las pretensiones incoables en un proceso de amparo constitucional: procede para reconocer o restablecer un derecho afectado por cualquier tipo de actuación administrativa, y para que el juez adopte todo tipo de medidas destinadas a restablecer el derecho conculcado.

Otro aspecto de primer orden en torno a la pretensión tutelar, es que la misma no necesariamente es un complemento de la pretensión nulificante. Claramente, la pretensión tutelar puede formularse como una pretensión principal o autónoma en el caso de una acumulación de pretensiones. No acontece como en otros países (como en España), donde necesariamente es un complemento de la pretensión de nulidad

(cfr. por ejemplo, el artículo 31° de la LJCA '98 española). La pretensión tutelar es pues, una pretensión que se desliga de un determinado tipo de actuación, toda vez que es una pretensión genérica, o especie de "cajón de sastre", enteramente polifuncional en orden a brindar tutela a los derechos o intereses jurídicamente tutelados, frente a una actuación administrativa.

#### 6.2.1 Actuaciones impugnables contra las que procede.

La pretensión tutelar tiene un amplio contenido. No es posible relacionarla con un contenido específico de actuaciones administrativas, ni ligarla exclusivamente a alguna de las descritas en el artículo 4° de la LPCA. En consecuencia, corresponderá en último caso a la jurisprudencia, determinar cuáles serán las actuaciones administrativas contra las que procede la pretensión tutelar, al mejor estilo del derecho alemán, donde la riqueza tutelar de la *Allgemeine Leistungsklage*, ha sido generada por la jurisprudencia.

Sin embargo, nosotros consideramos que las siguientes actuaciones impugnables podrán servir de ejemplo para ser consideradas dentro del ámbito de acción de la pretensión tutelar:

- Como complemento de las pretensiones impugnatorias de actos administrativos cualesquiera sea su naturaleza.

En este caso, la pretensión tutelar opera como un complemento necesario de la pretensión nulificante de actos administrativos. En este caso, la pretensión tutelar está destinada a constituir un complemento del efecto nulificante: además de lograr la nulidad del acto administrativo desfavorable, el administrado tiene la oportunidad de que se declare el reconocimiento o el restablecimiento de un derecho o interés desconocido o conculcado por el acto administrativo dañoso y adicionalmente, solicitar que el juez disponga la emisión de un nuevo acto administrativo a través de la técnica de una sentencia directiva o condenatoria específica, la cual ordene a la Administración que cumpla el mandato judicial dentro de los términos establecidos por la propia sentencia.

Esta técnica de la pretensión tutelar es especialmente procedente en la impugnación de los actos administrativos de contenido desestimatorio o denegatorio: en estos casos, al igual que la *Verpflichtungsklage*

alemana, la sentencia puede declarar el derecho del particular, por ejemplo a una inscripción en un registro, a una autorización, a un permiso o una licencia, y puede ordenar en la sentencia la emisión de un acto administrativo favorable, o inclusive puede disponer la concesión efectiva del efecto favorable del acto administrativo.

- Reconocimiento de derechos derivados de la aplicación del silencio administrativo positivo.

En este caso, estamos frente a un supuesto *affipio* de tutela, o de funcionalidad de la pretensión tutelar. Sabido es que, el silencio administrativo constituye un verdadero acto presunto, en la medida en que el mero transcurso del tiempo comporta la adquisición de un derecho o de una facultad a favor del administrado, constituyendo una especie de "sanción" frente a la morosidad administrativa y un pretendido "remedio" a favor del administrado.

Sin embargo, ya hace casi 20 años, Juan Alfonso SANTAMARIA PASTOR, en un sesudo estudio crítico sobre el silencio positivo, denunció las falencias de este instituto jurídico, producto sin duda, de su asimilación con la teoría del acto administrativo, en concreto, las del "acto administrativo presunto"<sup>499</sup>. Señala el destacado catedrático español, que el silencio positivo, es una técnica inutilizada, tanto por la resistencia de la Administración a emplearlo (puesto que en la práctica, la "garantía" se convierte en un instrumento dócil y maleable, malamente tratado por la Administración en la medida que ésta última es la única que puede decidir si lo otorgado por silencio es "legal" o no), como por su incorrecta configuración dogmática y jurisprudencial.

De otro lado, para la profesora María CALVO CHARRO, siguiendo a la mayoría de la doctrina española, el silencio administrativo positivo, lejos de constituir una "garantía", resulta manifiestamente insuficiente, en concreto, por los siguientes aspectos: a) En primer lugar, el administrado que ha adquirido un derecho o facultad por la vía del silencio administrativo positivo, "...se hallará en una situación de

<sup>499</sup> Cfr. SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso: Silencio positivo: una primera reflexión sobre las posibilidades de revitalizar una técnica casi olvidada. En: Documentación Administrativa N° 208. Abril-diciembre 1986. INAP. Madrid, 1986. Páginas 107-119.

*incertidumbre o inseguridad, consciente de que si entiende otorgado lo pedido por silencio positivo, y desarrolla la actividad amparada en la "supuesta" autorización administrativa, lo hace a su riesgo, y bajo la amenaza de que la Administración entienda que su pretensión no es conforme con el ordenamiento jurídico y dicte un acto posterior en sentido contrario que prevalecerá sobre el "presunto" y frente al que el interesado no tendrá otra opción más que la de recurrir ante los Tribunales competentes. En definitiva el particular siempre tendrá el riesgo de que su petición, aunque él lo ignore, suponga una infracción de la legalidad y de que, en consecuencia, se considere que lo solicitado nunca llegó a ser otorgado"*<sup>460</sup>. Y, b) "Un segundo inconveniente que se deriva de esta técnica administrativa, es que el particular (al que se supone le ha sido otorgado lo pedido) encontrará serios obstáculos en sus relaciones con terceros, ya que aquél parte de un supuesto derecho "injustificable formalmente", lo que provocará una situación de inseguridad jurídica que hará que los terceros se retraigan a la hora de entablar una relación jurídica con el que se dice favorecido por el silencio administrativo"<sup>461</sup>.

En esta medida, como desarrollaremos más adelante, la pretensión tutelar, en su faz meramente declarativa, puede servir de modo de tutela para paliar la insegura situación en la cual se encuentra aquel "titular" de derechos o facultades "adquiridos" por la irónica (por emplear un término de GARCIA-TREVIJANO), "garantía" del silencio administrativo positivo. En ese sentido, la pretensión tutelar operaría específicamente para que el juzgador *declare efectivamente* la existencia del derecho o facultad adquirido por el actor y que efectivamente el transcurso del plazo exigido ha dado lugar al otorgamiento de lo solicitado por medio del silencio positivo<sup>462</sup>.

- El contencioso contra actuaciones materiales de ejecución de actos administrativos que contravengan principios o normas del ordenamiento jurídico.

En el caso de esta actuación impugnabile, consideramos que puede ser tratada por los amplios cauces de la pretensión tutelar, en virtud a que la misma se encuentra virtualmente excluida del ámbito de la

<sup>460</sup> Cfr. CALVO CHARRO, María: Silencio positivo y acciones declarativas. En: Revista de Administración Pública. Número 128. Mayo-agosto 1992. CEC. Madrid, 1992. Páginas 402-403.

<sup>461</sup> Cfr. CALVO CHARRO, María: Silencio... Op. cit. Página 403.

<sup>462</sup> Cfr. CALVO CHARRO, María: Silencio... Op. Cit. Página 404.

pretensión regulada en el numeral 3) del artículo 5º de la LPCA, y asimismo, debido a que esta actuación material supone la manifestación de una distorsión en la ejecución propia del mandato contenido en un acto administrativo, concretamente porque a través de la actuación material se han contravenido normas o principios del ordenamiento jurídico. En tal sentido, la pretensión tutelar contiene una petición de declaración de la existencia de derechos conculcados por la actuación material ilegítima, y asimismo, persigue que se dispongan todas las medidas necesarias para que el acto se ejecute correctamente, mediante el empleo de la técnica de la sentencia-directiva que deberá ser ordenada por el juzgador.

- El contencioso contractual de la Administración.

Los aspectos derivados al denominado "contencioso contractual" de la Administración, pueden ser tratados a partir del contenido de la pretensión tutelar. Precisamente, la actividad contractual de la administración resulta en la formación de acuerdos de voluntades denominados comúnmente como *contratos Estatales o contratos del Estado*. En esa medida, el contencioso contractual tiene por objeto las pretensiones que puedan sustanciarse con relación a las actuaciones contractuales de la Administración sometidas al ámbito propio de las leyes que regulan la actividad contractual del Estado.

En concreto, hacemos referencia al contenido del numeral 5) del artículo 4º de la LPCA, norma que hace mención a que son impugnables dentro del proceso contencioso administrativo, "...las actuaciones u omisiones de la Administración Pública respecto de la validez, eficacia, ejecución o interpretación de los contratos de la administración pública, con excepción de los casos en los que es obligatorio o se decida, conforme a ley, someter a conciliación o arbitraje la controversia". Con lo cual, fuera de los supuestos en los que es obligatorio o se decida conforme a ley someter las disputas o controversias contractuales de la administración pública a conciliación o arbitraje, es a través del proceso contencioso-administrativo (y específicamente por medio de la pretensión tutelar), que se podrán solucionar las controversias que se originen en actuaciones u omisiones respecto de los contratos estatales<sup>463</sup>.

<sup>463</sup> Lógicamente, es necesario puntualizar, tal como hemos señalado *supra*, que los procesos de contrataciones y adquisiciones del Estado tienen dos etapas claramente

• **El contencioso funcional o del personal vinculado a la Administración Pública:**

En los casos que los funcionarios públicos vean conculcados o desconocidos sus derechos por una actuación administrativa ilegítima, podrán solicitar la tutela de la plena jurisdicción para solicitar reposiciones, que se otorguen beneficios injustamente negados, que se reconozcan derechos a ascensos por concursos ganados, entre otras situaciones de ventaja (derechos o intereses legítimos) que han sido desconocidos o quitados, sin fundamentación jurídica alguna por parte de la Administración.

**6.2.2 Contenido de la pretensión.**

La pretensión tiene componentes declarativos y de condena. Es declarativa en la medida en que dispone que se pueda ordenar un reconocimiento de la situación jurídica individualizada. De otro lado, es de condena, porque se puede ordenar el restablecimiento de una situación conculcada, o también disponer todas las medidas para supeparar una situación dañosa para el administrado.

En tal sentido, la pretensión tiene por objeto una finalidad resarcitoria, una finalidad destinada a compensar el daño sufrido por la actuación administrativa, sea positiva (prestando un servicio) o negativa

te diferenciadas: una fase netamente procedimental, a través de la sustanciación de un *procedimiento licitatorio*, en el cual se forma la voluntad de la Administración, y otra fase eminentemente *contractual*, la misma que se inicia a partir de la formalización del contrato y el comienzo de su ejecución. Con relación a la primera fase, es decir, la procedimental, en la medida en que se trata de actos administrativos, las pretensiones incoables son la nulificante y la tutelar. En la segunda fase, es de aplicación únicamente la tutelar, puesto que este es el terreno estricto del contencioso contractual.

De otro lado, con relación al contencioso contractual, cabe hacer una necesaria precisión: actualmente, en virtud a las disposiciones de la Ley 26850 - Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, existe un sistema de arbitraje obligatorio para las controversias derivadas de la fase contractual en el ámbito de los contratos del Estado. En esa medida, el contencioso contractual está entregado por ley al sistema arbitral. Por ende, las controversias derivadas de aquellos contratos estatales celebrados con anterioridad a la Ley 26850 (y lógicamente, los acuerdos contractuales que se encuentren fuera del ámbito de dicha ley), serán conocidas en el ámbito del contencioso contractual que ofrece el contenido de la pretensión tutelar.

tivo. Es necesario enfatizar que esta pretensión es el complemento ideal de las demás pretensiones por su flexibilidad, y por su amplio espectro de tutela.

Así, son varios los contenidos que puede tener la pretensión "tutelar" en nuestro ordenamiento. Tales contenidos, derivados del numeral 2) del artículo 5º de la LPCA, serán los siguientes<sup>44</sup>:

- **Reconocimiento de una situación jurídica individualizada:** Mediante la pretensión tutelar se puede demandar el reconocimiento de una situación jurídica individualizada, situación desconocida en la actuación o acto frente al cual se deduce.

Las posibles situaciones jurídicas cuyo reconocimiento se pretende son tantas como las que pueden darse en el Derecho Administrativo, según las concretas manifestaciones administrativas de que sea manifestación el acto. Por ejemplo, frente a un acto de contenido denegatorio, se puede pedir el otorgamiento de dicho acto indicándose que se ha cumplido con los requisitos solicitados por el ordenamiento para su emisión, se puede pedir el reconocimiento de los derechos obtenidos por silencio positivo, se puede pedir que se reconozca la validez de un contrato estatal, o que se interpreten cláusulas o contenido del mismo, etc.

El tema central aquí es que el juez pueda reconocer la situación jurídica invocada y fundamentada por el demandante y que se le haya denegado en la vía administrativa. Precisamente, esta situación jurídica puede preexistir a la actuación administrativa que la lesiona o, por el contrario, ser procedente su nacimiento (nacimiento que el acto administrativo niega). En el primer caso, se pretenderá que se respete y mantenga la situación jurídica, en el segundo caso, el pretensor pedirá que se dé lugar al nacimiento de la situación jurídica (por ejemplo, el otorgamiento de una licencia).

<sup>44</sup> Cf. GONZALEZ PEREZ, Jesús: Comentarios... Vol. I. Op. Cit. Página 794.