



UNIVERSIDAD NACIONAL
“SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO”

ESCUELA DE POSTGRADO

**APLICABILIDAD DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL
PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO POR LOS
MAGISTRADOS DE LOS JUZGADOS MIXTOS Y CIVILES
EN EL DISTRITO JUDICIAL DE ANCASH, PERIODO 2008 -
2009**

Tesis para optar el grado de maestro

en Derecho

Mención en Derecho Civil y Comercial

CÉSAR ANTONIO DEXTRE PADILLA

ASESOR: Dr. JOSÉ ANTONIO BECERRA RUIZ

Huaraz – Perú

2016

Nº. Registro: T0488

MIEMBROS DEL JURADO

Doctor Luis Wilfredo Robles Trejo

Presidente

Magíster Víctor Efraín Flores Leiva

Secretario

Doctor José Antonio Becerra Ruíz

Vocal

ASESOR

Doctor José Antonio Becerra Ruiz

AGRADECIMIENTO

Quiero agradecer sinceramente a aquellas personas que compartieron sus conocimientos conmigo para hacer posible la conclusión de esta tesis.

A todos aquellos docentes de la Escuela de Postgrado que compartieron sus experiencias y que contribuyeron en mi formación profesional.

DEDICATORIA

A Dios, por ser mi guía y otorgarme
fortaleza para culminar
satisfactoriamente mis estudios;

A mis padres y hermanos por su apoyo
y comprensión en esta ardua tarea de
superarme día a día.

ÍNDICE

| | Pág. |
|--|-------------|
| Resumen..... | viii |
| Abstract..... | ix |
| I. INTRODUCCIÓN..... | 1 |
| 1.1. Objetivos..... | 6 |
| 1.2. Hipótesis..... | 7 |
| 1.3. Variables..... | 8 |
| II. MARCO TEÓRICO..... | 9 |
| 2.1. Antecedentes de la investigación..... | 9 |
| 2.2. Bases teóricas..... | 13 |
| 2.2.1. El proceso contencioso administrativo en el Perú..... | 13 |
| 2.2.2. La tutela cautelar como manifestación de la tutela judicial efectiva..... | 50 |
| 2.3. Definición de términos..... | 91 |
| III. METODOLOGÍA..... | 93 |
| 3.1. Tipo y diseño de Investigación..... | 93 |
| 3.2. Plan de recolección de la información y/o diseño estadístico..... | 94 |
| 3.3. Instrumentos de recolección de la información..... | 96 |
| 3.4. Plan de procesamiento y análisis de la información..... | 97 |

| | |
|--|-----|
| IV. RESULTADOS | 98 |
| 4.1. Encuesta realizada a los Jueces Civiles y/o Mixtos del Distrito Judicial de Ancash | 98 |
| 4.2. Encuesta realizada a los abogados litigantes adscritos al Colegio de Abogados de Ancash | 118 |
| V. DISCUSIÓN | 138 |
| 5.1. Discusión teórica: Estado situacional del Proceso Contencioso Administrativo en el Perú..... | 138 |
| 5.2. Discusión jurisprudencial | 173 |
| 5.3. Corroboración de la hipótesis..... | 199 |
| VI. CONCLUSIONES | 204 |
| VII. RECOMENDACIONES | 208 |
| VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... | 210 |
| ANEXOS | |

RESUMEN

La presente investigación tuvo por finalidad determinar y analizar cuán idóneo ha sido la aplicación de las medidas cautelares por los magistrados de los Juzgados Mixtos, y Juzgados Especializados en lo Civil del Distrito Judicial de Ancash, en el periodo 2008 - 2009, establecidas en la Ley N° 27584; para lo cual se realizó una investigación jurídica de tipo mixta: dogmática y empírica- y su nivel fue descriptivo-explicativo; empleándose la técnica documental para la elaboración del marco teórico; el análisis de contenido y encuesta para los resultados y la discusión; la técnica del análisis cualitativo y cuantitativo; y para el análisis de la información la argumentación jurídica; y se empleó el diseño correlacional como diseño metodológico para contrastar la hipótesis. La investigación demostró que la ley N° 27584, que precisa las medidas cautelares en los Procesos Contenciosos Administrativos, que no fueron aplicados correctamente por los magistrados de los Juzgados Mixtos, y Juzgados Especializados en lo Civil del Distrito Judicial de Ancash, en el periodo 2008 – 2009, debido a un inadecuado tratamiento jurisdiccional de este instituto -medidas cautelares. Así mismo explicar las deficiencias del marco normativo sobre de las medidas cautelares en los procesos contenciosos-administrativos y los problemas que genera en la jurisdicción contenciosa administrativa, e identificar los problemas de la institución procesal de las medidas cautelares en los juzgados mixtos del distrito Judicial de Ancash.

Palabras Claves: Proceso Contencioso-Administrativo, Medidas cautelares, Resoluciones judiciales, Magistrados, Tratamiento jurídico; Ley N° 27584.

ABSTRACT

This research was aimed at identifying and analyzing how perfect was the implementation of precautionary measures by the judges the Mixed Courts, Specialized Courts and Judicial Civil District of Ancash, established by Law N° 27584 of the Administrative Process Act, influencing the decisions of the judges to issue a court order; for which a mixed legal research was undertaken: dogmatic and empirical level and was descriptive-explanatory; documentary technique being used for the development of the theoretical framework; content analysis and survey results and discussion; the technique of qualitative and quantitative analysis; and for the analysis of legal argumentation information; and correlational design was used as a methodological design to test the hypothesis. The investigation showed that Law N° 27584, which requires precautionary measures in the administrative proceedings, which were not correctly applied by the judges of the Mixed Courts and Specialized Courts Civil Judicial District of Ancash, in the period 2008 - 2009 due to inadequate judicial treatment of this institute , precautionary measures, and I have doubts and contradictions in many of the resolved precautionary processes, demonstrating a poor grasp of the theory of interim measures, as applied to the adversarial process administrative.

Keywords: Process contentious-administrative, Precautionary measures, Judgments, Magistrates, Legal treatment; Law N° 27584.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación, denominado “APLICABILIDAD DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO POR LOS MAGISTRADOS DE LOS JUZGADOS MIXTOS Y CIVILES, EN EL DISTRITO JUDICIAL DE ANCASH, PERIODO 2008-2009”, tuvo por finalidad hacer un estudio dogmático y casuístico de la Ley 27584, Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, específicamente la institución de las Medidas Cautelares que pueden ser aplicadas; la cual constituye una providencia jurisdiccional dictada con la finalidad de garantizar la eficacia de la sentencia que se puede dictar en un proceso, evitando con ello que el tiempo que indefectiblemente tarda en obtenerse una resolución jurisdiccional, no perjudique los fines que el proceso mismo quiere realizar.

Precisamente, las medidas cautelares son los instrumentos a través de los cuales se busca evitar que los derechos e intereses, cuya tutela se pretende en el proceso, puedan verse lesionados por la inevitable duración del mismo, de ahí que su finalidad sea la de lograr la eficacia de la sentencia. Las medidas cautelares especialmente procedentes son las medidas de innovar y de no innovar. La investigación va a ser enfocada y/o estudiada dentro del Distrito Judicial de Ancash – Corte Superior de Justicia de Ancash (Juzgados Mixtos y Civiles). Así mismo se va establecer si los magistrados, abogados, y litigantes conocen y aplican el instituto de las Medidas Cautelares; y si fueron aplicadas cual fue el grado de satisfacción que repercutió entre los justiciables.

Se ha considerado como objetivo general, el determinar cuan idóneo es la aplicación de las medidas cautelares por los magistrados de los juzgados mixtos y especializados en lo civil del Distrito Judicial de Ancash, establecidas en la Ley N° 27584 Ley del Proceso Contencioso Administrativo, incidiendo en las decisiones de los jueces al emitir una resolución judicial. Y como objetivos específicos, establecer si los magistrados y litigantes del distrito judicial de Ancash, conocen el instituto de las medidas cautelares, y su aplicación en un proceso contencioso-administrativo; e identificar las medidas cautelares más idóneas, hacer aplicadas en el proceso contencioso-administrativo.

En el Perú el antecedente del Proceso Contencioso Administrativo puede ser ubicado en la constitución de 1867, cuyo artículo 130 establecía que: “La ley determinará la organización de los tribunales contenciosos – administrativos, y lo relativo al nombramiento de sus miembros”.

Posteriormente, el anteproyecto de Constitución elaborado por la Comisión Villarán propuso asignarle al Poder Judicial la resolución de los “recursos contencioso administrativos” para lo cual se hacía necesario agotar la vía administrativa. Como vemos, con dicho Proyecto se apostaba por una jurisdiccionalización del control de la Administración Pública. Sin embargo, dicha propuesta no fue recogida en la Constitución de 1933.

Hubo que esperar varios años para que recién se consagre, al menos a nivel legislativo, el proceso contencioso administrativo. Y fue recién la ley Orgánica del Poder Judicial de 1963 la que, en su artículo 12, consagró con carácter general, la posibilidad de cuestionar ante el Poder Judicial los actos de la Administración

Pública. Sin embargo, el hito más importante dentro del desarrollo del proceso contencioso administrativo se encuentra constituido por la Constitución de 1979 la que, en su artículo 240 estableció que “las acciones contencioso administrativas “ podían interponerse” contra cualquier acto o resolución que cause estado”.

Paradójicamente, existiendo un marco constitucional que facilitaba el desarrollo a nivel legislativo del Proceso Contencioso Administrativo éste se dio casi 15 años después. Y paradójicamente tuvo que ser el propio Poder Ejecutivo, ante dicha omisión legislativa, quien dicte una regulación sobre el Proceso Contencioso Administrativo (D.S. 037-90 – TR). Es decir, el propio ente controlado tuvo que dictar las normas que regulen su forma de control, pues el Parlamento no lo hizo.

Posteriormente, se dictó la Ley Orgánica Del Poder Judicial de 1991, la misma que reguló el Proceso Contencioso Administrativo. Sin embargo, dicha norma tuvo una efímera existencia pues, dicho capítulo fue prontamente derogado por el decreto Legislativo 767.

Luego, fue el Código Procesal Civil de 1993 el que reguló el proceso contencioso administrativo, bajo la designación “impugnación de acto o resolución administrativa”. Sin embargo, aunque el avance fue sustancial, dicha regulación tenía, a nuestro modo de ver, dos problemas. El primero de ellos era regular dentro de un cuerpo que regulaba el proceso civil, un proceso de distinta naturaleza, cual es el proceso contencioso administrativo. El segundo de ellos era que el Código Procesal Civil , al momento de regular el proceso contencioso, dispuso en su artículo 540 que la demanda tenía por finalidad que se declare la

invalidez o ineficacia de un acto administrativo, lo que determinó que en muchos casos se pensara que en el Proceso Contencioso Administrativo solo era posible un control de legalidad del acto como en el viejo sistema francés, y que la labor del Poder Judicial se veía restringida a ello, sin que pudiera pronunciarse sobre el fondo de la decisión administrativa, limitándose con ello la efectividad de la tutela jurisdiccional de los particulares que acudían a dicho proceso.

Dicha interpretación, si bien era correcta para algunos, creemos que no era la constitucionalmente aceptada, pues era evidente que, si la constitución de 1993 consagraba el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, el Proceso Contencioso Administrativo no solo debía brindar una efectiva tutela a las situaciones jurídicas de los particulares. Cabe precisar que, además del régimen general del proceso contencioso administrativo contenido en el Código Procesal civil, se dieron diversas normas especiales dependiendo de la entidad que expedía el acto impugnado.

Finalmente, mediante R. M. 174-2000-JUS se creó una Comisión a la que se le encargó elaborar un proyecto de ley que regule el Proceso Contencioso Administrativo. Dicha Comisión concluyó su labor, y el 05 de Julio de 2001 fue prepublicado el proyecto de ley del Proceso Contencioso Administrativo. Posteriormente, dicho Proyecto fue adoptado por la Comisión de Justicia del Congreso de la República y luego aprobado, con algunas modificaciones, por el pleno del Congreso de la República. Luego de su promulgación, La ley del Proceso Contencioso Administrativo (Ley 27584) fue publicada en el diario Oficial el Peruano, el 7 de Diciembre del 2001. Podemos decir que la ley, aunque

con algunas normas cuya crítica elaboraremos en la presente investigación, tiene cuatro notas caracterizadoras:

- Tiene al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva como el eje central de su contenido.
- Propicia un Proceso Contencioso Administrativo a favor de los particulares.
- Establece un Proceso Contencioso Administrativo de “plena jurisdicción” o “subjetivo”; pues predica un control jurisdiccional plena de los actos administrativos que no se restringe a su solo control de legalidad, sino a un control que se supone brindar una efectiva tutela a los derechos e intereses de los administrados.
- Concibe al Proceso Contencioso Administrativo como un proceso distinto y autónomo respecto del proceso civil, pues la naturaleza de los conflictos que está llamado a resolver es absolutamente distinta a la naturaleza de los conflictos que está llamado a resolver el proceso civil.

Por otro lado, el proceso contencioso administrativo es un proceso pues es un instrumento por medio del cual se despliega la función jurisdiccional del Estado. De esta manera, cuando un ciudadano acude al Poder Judicial planteando una demanda contenciosa administrativa, formula una pretensión ante el órgano jurisdiccional para que éste brinde una efectiva tutela a una situación jurídica subjetiva que ha sido lesionada o que viene siendo amenazada por una actuación ilegal o inconstitucional de la administración realizada en ejercicio de la función administrativa. Ante ello, el Poder Judicial notificará a la Administración Pública

para que ejerza su defensa, posteriormente se actuarán las pruebas, luego de lo cual se expedirá una resolución imparcial que adquirirá la calidad de cosa juzgada.

El contencioso administrativo es pues, un proceso, y como tal su estudio corresponde al derecho procesal. Siendo ello así, al proceso contencioso administrativo le son aplicables todos los principios comunes que rigen a los procesos en general. Ello porque, como hemos dicho, el proceso contencioso administrativo supone la instauración de una relación jurídica que se constituye a consecuencia del ejercicio del derecho de acción de un sujeto de derecho a través del cual solicita al Estado que, en ejercicio de su función jurisdiccional, se pronuncie sobre un conflicto de intereses o una incertidumbre jurídica, los mismos que tendrán como una base común una actuación de la administración.

1.1. Objetivos de la investigación

Objetivo general

Determinar cuán idóneo es la aplicación de las medidas cautelares por los magistrados los Juzgados Mixtos, y Juzgados Especializados en lo Civil del Distrito Judicial de Ancash, establecidas en la Ley N° 27584 – Ley del Proceso Contencioso Administrativo, incidiendo en las decisiones de los jueces al emitir una resolución judicial.

Objetivos específicos

- a) Explicar el tratamiento judicial de las medidas cautelares en los procesos contenciosos-administrativos en los juzgados mixtos del distrito Judicial de Ancash.

- b) Explicar las deficiencias del marco normativo sobre de las medidas cautelares en los procesos contenciosos-administrativos y los problemas que genera en la jurisdicción contenciosa administrativa.
- c) Identificar y explicar los problemas de la institución procesal de las medidas cautelares en los procesos contenciosos-administrativos en los juzgados mixtos del distrito Judicial de Ancash.

1.2. Formulación de hipótesis

Hipótesis principal:

No existe eficacia en la aplicación de las medidas cautelares por los magistrados los Juzgados Mixtos, y Juzgados Especializados en lo Civil del Distrito Judicial de Ancash, establecidas en la Ley N° 27584 Ley del Proceso Contencioso Administrativo, debido a que no es aplicada adecuadamente por los magistrados de los Juzgados Mixtos y Juzgados Especializados en lo Civil del Distrito Judicial de Ancash, en el periodo 2008 – 2009.

Hipótesis secundaria:

- a) Existe un tratamiento judicial deficiente de las medidas cautelares en los procesos contenciosos-administrativos en los juzgados mixtos del distrito Judicial de Ancash, debido a la aplicación de criterios subjetivos, arbitrarios y falta de razonabilidad en sus decisiones por parte del juez.

- b) Existen deficiencias en el marco normativo sobre de las medidas cautelares en los procesos contenciosos-administrativos, lo cual genera problemas en la jurisdicción contenciosa administrativa.
- c) La inejecución de la medidas cautelares por parte de la administración constituye el principal problema de la institución procesal de las medidas cautelares en los procesos contenciosos-administrativos en los juzgados mixtos del distrito Judicial de Ancash.

1.3. Variables

A.- VARIABLE INDPENDIENTE (X):

Aplicación de las medidas cautelares

B.- VARIABLES DEPENDIENTE (Y):

Proceso contencioso administrativo

C.- VARIABLE INTERVINIENTE (Z):

Jueces de los Juzgados Mixtos y Juzgados Especializados

II. MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes de la investigación

Revisado las tesis sustentadas en la EPG – UNASAM y de otras universidades de nuestra región; no se ha podido encontrar algún trabajo de investigación similar o parecida a la presente por lo que podemos manifestar que la presente investigación será un aporte al entendimiento de la problemática jurídica respecto aplicación de las medidas cautelares por los magistrados los Juzgados Mixtos, y Juzgados Especializados en lo Civil del Distrito Judicial de Ancash, establecidas en la Ley N° 27584 Ley del Proceso Contencioso Administrativo, incidiendo en las decisiones de los jueces al emitir una resolución judicial.

En cuanto a investigaciones en el ámbito nacional se ha podido ubicar las siguientes investigaciones:

GALLARDO MIRAVAL Juvenal: “Cautela y Contracautela en el proceso civil”, Tesis para la obtención del grado de Magister, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, en la Escuela de Post-Grado, 1998, donde el autor concluye que: a) Las medidas cautelares postuladas por los demandantes por lo general son modificadas por el Órgano Jurisdiccional, específicamente en el extremo referido al monto de la medida cautelar; el porcentaje de demandas cautelares modificadas equivalen al 48% del total muestral, en tanto que el 35% corresponde a las medidas cautelares admitidas sin modificación alguna y el 17% representa a las medidas cautelares rechazadas. b) Que Otra importante conclusión

es aquella que nos permite afirmar que el 83% de medidas cautelares fueron postuladas con su correspondiente contracautela. El 17% representa a las medidas cautelares postuladas y admitidas sin contracautela, la mayoría de éstas por poseer sentencia favorable (14%) y el porcentaje minoritario por tratarse de una institución pública (3%). c) Se ha podido advertir un insuficiente conocimiento de esta institución procesal (cautela y contracautela) de parte de los jueces y los propios abogados y partes. Se ha podido notar que confunden con frecuencia embargo con secuestro; a tal extremo que en no pocos casos se han presentado solicitudes de “embargo en forma de secuestro” siendo que uno y otro son independientes. En algunos casos se ordenó medida de embargo “en forma de inmueble de inscrito” siendo que debió ordenarse “embargo en forma de depósito sobre inmueble no inscrito”

MARTEL CHANG Rolando: “Acerca de la necesidad de legislar sobre las medidas autosatisfactivas en el proceso civil”, Tesis para la obtención del grado de Magister, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, en la Escuela de Post Grado, 2002, donde concluye que: a) Las medidas autosatisfactivas son procesos urgentes y autónomos, que requieren de la fuerte probabilidad del derecho que se invoca e impostergable necesidad de recibir tutela inmediata, y son despachables *inaudita pars*, o, excepcionalmente, oyendo a la parte contraria. b) Es pertinente, dada la naturaleza de la medida autosatisfactiva, así como la urgencia de tutela que reclama el actor, que la apelación contra el auto que ampara una petición autosatisfactiva, sea sin efecto suspensivo y sin la calidad de diferida, pues en caso contrario, de concederse con efecto suspensivo, se desnaturalizaría la medida y seguramente se frustraría la tutela solicitada.

Más allá de la diferente terminología empleada en la doctrina para denominar a esta figura jurídica, consideramos adecuado y conveniente emplear la denominación de proceso autosatisfactivo, porque con la expresión proceso queda claro no solo su carácter autónomo y principal, sino que en él se resolverán de manera definitiva conflictos de intereses o incertidumbres jurídicas, acorde con lo establecido en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil. Además, obviando la expresión “medida”, dejamos atrás la idea de asociarla a la medida cautelar, evitando de esta forma que se piense en su accesoriedad. Finalmente, la conveniencia del término autosatisfactiva, fluye de su mayor divulgación práctica y doctrinaria. Por lo demás, dicha denominación la define por sí misma, siendo innecesario acudir a mayor explicación. Y c) La doctrina cautelar clásica y los tipos cautelares previstos en nuestro C.P.C., son insuficientes para solucionar todos los casos urgentes, siendo su principal falencia que necesaria e ineludiblemente debe instaurarse o sostenerse un proceso principal a fin de mantener vigente la medida cautelar concedida, proceso principal que muchas veces no es deseada ni querida por los justiciables.

ÁLVAREZ HERNÁNDEZ, Víctor Humberto: “Las Medidas Cautelares en el Proceso Contencioso Administrativo”, Trabajo De Investigación para obtener el Grado de: Licenciado (A) En Ciencias Jurídicas Universidad de el Salvador, Facultad De Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Escuela de Ciencias Jurídicas, 2010, donde se plantea que: El punto de partida de este trabajo de investigación ha sido la consideración de que la Tutela Cautelar Judicial como manifestación de la Tutela Judicial Efectiva, es un instrumento que sirve para evitar el peligro de que la justicia deje en el camino su eficacia, de

manera que la sentencia estimatoria, pueda ser ejecutada eficaz e íntegramente, de manera que al obtener por este camino la eficacia de la administración de justicia, los derechos cuya existencia y protección es declarada por el ordenamiento jurídico, puedan hacerse efectivos y de esta forma se preserven los derechos de los administrados. Y que La tutela cautelar permite garantizar que el órgano jurisdiccional, cuando llegue la ocasión, pueda hacer ejecutar lo juzgado. Siendo ello así, el juez tiene la obligación de decretar una tutela cautelar pertinente, adecuada y eficaz, y para ello debe basarse en los instrumentos procesales que el ordenamiento jurídico establezca, o bien en amplios criterios jurisprudenciales desarrollados por la SCA, criterios que, como se ha establecido, son altamente limitados y sus fundamentos son de absoluta negación a una efectiva tutela cautelar, al considerar que la única medida a aplicar es la suspensión de la ejecución de los efectos del acto.

A nivel de publicaciones, existen varios libros, los mimos que han servido para elaborar el marco teórico, entre ellos podemos destacar:

- a. LEDESMA NARVAEZ, Marianella. Las medidas cautelares en el proceso civil, Editorial Gaceta Juridica, Lima, 2013.
- b. ARMANDO RIVAS, Adolfo. Las medidas cautelares en el derecho peruano. Juristas Editores, Lima, 2005.

- c. MONROY GALVEZ, Juan. Introducción al proceso civil. Temis – De Belaunde & Monroy Abogados, Santa Fe de Bogotá, 1996.
- d. MORÓN URBINA, Juan. Comentarios a la Nueva Ley del Procedimiento Administrativo General. Lima: Gaceta Jurídica, 2001, pp. 64-66.
- e. PELÁEZ BARDALES, Mariano. El proceso cautelar, 2º edición. Grijley, Lima – Perú, 2007.
- f. PRIORI POSADA, Giovanni F. Comentarios a la ley del proceso contencioso administrativo, 4º edición, Lima – Perú, 2009.

2.2. Bases teóricas

2.2.1. El proceso contencioso administrativo en el Perú

2.2.1.1. Evolución histórica del proceso contencioso administrativo en el Perú

En el Perú los constituyentes del Siglo XIX no tuvieron entre sus preocupaciones la creación de una magistratura especializada en resolver controversias sobre materias administrativas ni tampoco consagraron o hicieron alusión a un proceso especial para tal efecto. Las veces que las Constituciones de esa centuria hacían referencia a las controversias que podían suscitarse derivadas de los contratos que suscribía el Estado o de lo que denominaban “contenciosos de hacienda pública” e incluso de minería y “comisos” asignaban la resolución de las mismas a los tribunales ordinarios que conformaban el Poder Judicial.

Las Constituciones de 1834, 1839 y 1855 consagraron a un órgano que denominaron “Consejo de Estado” pero sin vinculación alguna con el conocido antecedente francés, porque se trataba de un cuerpo que tenía exclusivamente por objeto auxiliar al Congreso en la defensa de la Constitución mediante la detección de infracciones constitucionales y el correspondiente emplazamiento a los infractores, pero carecía de toda capacidad resolutoria la que estaba reservada al Congreso¹.

Iniciado el Siglo XX la Carta de 1920, que rigió solo durante dicha década, consagró un “Consejo de Estado” compuesto de siete miembros nombrados con el voto del Consejo de Ministros y con aprobación del Senado que debía cumplir funciones de cuerpo consultivo del Gobierno y del cual incluso se aprobó su ley de organización N° 4024 con fecha 31 de enero de 1920 pero que nunca llegó a funcionar por falta de designación de sus integrantes.

Probablemente la primera norma legal que con carácter general estableció la posibilidad de cuestionar ante el Poder Judicial los actos de la administración pública fue el artículo 94° de la Ley N° 1510 Orgánica del Poder Judicial de 1912 con el siguiente tenor:

LOPJ, 1912, artículo 94°.- Corresponde a los jueces de primera instancia de Lima, conocer, en primera instancia, de los despojos que infiera el Gobierno y de las demandas que contra él se interpongan sobre derechos que hubiese violado o desconocido ejerciendo funciones administrativas.

¹ Sobre el rol del Consejo de Estado en las Constituciones mencionadas ver: SORIA LUJAN, Daniel (1988). Los mecanismos iniciales de defensa de la Constitución en el Perú: El poder conservador y en consejo de Estado (1839-1855). En: Pensamiento Constitucional. Revista de la Maestría con mención en derecho constitucional. PUCP. Lima, pp. 355 y ss.

Otro dato importante en la evolución del contencioso – administrativo en el Perú pero que no llegó a concretarse normativamente es el anteproyecto de Constitución preparado en 1931 por la Comisión de juristas más conocida en nuestro medio como “Comisión Villarán” por el ilustre jurista que la presidió don Manuel Vicente Villarán, que propuso asignarle a la Corte Suprema o a la Corte Superior, según los casos, la resolución de los denominados “recursos contencioso – administrativos”, condicionado al previo agotamiento de la vía administrativa.

Lamentablemente, la referida propuesta no fue recogida por los constituyentes que elaboraron lo que sería conocida como la Constitución de 1933, que sin embargo sí consagró un proceso ad hoc, especial, para el control judicial de las normas reglamentarias denominado “acción popular”, el que ha subsistido hasta nuestros días con carácter de proceso constitucional para el control jurisdiccional en vía directa de las disposiciones de carácter general de rango subordinadas a la ley, lo que importa una importante diferencia con la mayor parte de países con un régimen administrativo semejante al nuestro, en los que el control judicial de la legalidad de los reglamentos generalmente es materia de los procesos contencioso – administrativos.

La ley orgánica del Poder Judicial que fuera dictada en 1963 mediante el Decreto Ley N° 14605 estableció también la posibilidad de cuestionar ante el Poder Judicial las actuaciones administrativas, aunque sin configurar un proceso específico al respecto: LOPJ, 1963, artículo 12°.- Hay acción ante el Poder Judicial contra todos los actos de la administración pública, departamental y

municipal que constituyan despojo, desconocimiento o violación de los derechos que reconocen la Constitución y las leyes.

Otro dato histórico importante en la evolución del proceso administrativo en el Perú, aunque vinculado a la organización de la administración de justicia en atención a la resolución de controversias contra la administración pública lo constituyó el Decreto Ley N° 18060 y su posterior modificación por el Decreto Ley N° 18202, que crearon en la Corte Suprema de Justicia una nueva Sala de “asuntos contencioso – administrativos, laboral y derecho público en general”, junto a las tradicionales salas del más alto tribunal dedicadas a las clásicas materias civil y penal.

Sin embargo, la etapa más importante en la evolución de la institucionalización del proceso administrativo en el Perú lo constituye la consagración por la Constitución de 1979 en su artículo 240° de las por primera vez denominadas “acciones contencioso – administrativas” con el siguiente tenor:

Constitución de 1979, artículo 240°.- Las acciones contencioso – administrativas se interponen contra cualquier acto o resolución de la administración que causa estado.

La ley regula su ejercicio. Precisa los casos en que las cortes superiores conocen en primera instancia, y la Corte Suprema en primera y segunda y última instancia. No se tendría un panorama completo de los mecanismos para el control jurisdiccional de la administración en el Perú si no hacemos hincapié que dicha Carta de 1979 consagró también por primera vez al proceso de amparo,

diferenciándolo del habeas corpus dedicado exclusivamente a la protección de la libertad personal, como un proceso destinado a la tutela de los derechos fundamentales cuando “sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad, funcionario o persona”, de modo que el amparo se ofrecía como otro mecanismo, alternativo al proceso contencioso – administrativo, para el control de la actuación de los poderes públicos pero exclusivamente cuando estuviera en juego la protección de los derechos constitucionales.

Asimismo, la Constitución de 1979 recogió también el proceso de acción popular antes citado para el control judicial de la legalidad y constitucionalidad de los reglamentos y de toda otra norma de carácter general con rango inferior a la ley. Lamentablemente, no obstante su proclamación constitucional, el proceso administrativo careció durante muchos años de una ley especial que estableciera su trámite, a diferencia de los procesos constitucionales como el amparo y habeas corpus que fueron regulados por la Ley N° 23506 desde 1982 y la denominada acción popular para el control judicial de los reglamentos desarrollada mediante la ley N° 24968 desde finales de 1988, en nuestro país durante muchos años no existió una ley que desarrollara específicamente el cauce procesal del contencioso – administrativo.

Precisamente debido a la ausencia de una ley reguladora del proceso administrativo se llegó al extremo que el propio Poder Ejecutivo, es decir el poder del Estado cuyos actos administrativos podían ser sometidas a control judicial, reguló mediante una norma reglamentaria, el Decreto Supremo N° 037-90-TR, publicado el 13 de junio de 1990, diversos aspectos procesales “de las acciones

contencioso – administrativas que se interpongan contra resoluciones de la administración que causen estado en materia laboral” ante los Tribunales especializados en materia laboral de Lima.

Es recién en 1991, a propósito de la expedición de una nueva Ley Orgánica del Poder Judicial, que se establece por primera vez en el Perú reglas procesales específicas para los denominados procesos contencioso – administrativos, en un Capítulo ubicado en las disposiciones finales de dicha ley, que sin embargo lamentablemente tuvo efímera existencia porque fue prontamente derogado mediante el Decreto Legislativo N° 767 que aprobó el nuevo Código Procesal Civil en 1993.

Dicho Código adjetivo sustituyó el vetusto Código de Procedimientos Civiles de 1911, por una regulación moderna del proceso civil, en la que sin embargo se decidió sumar la regulación del proceso contencioso - administrativo entre los artículos 540° a 545° con el título de “impugnación de acto o resolución administrativa”, como una modalidad de los denominados procesos abreviados.

Por dicha razón en el Perú hasta antes de la entrada en vigencia de la reciente Ley N° 27584 reguladora del proceso contencioso administrativo, las reglas de dicho proceso estaban contenidas en el Código Procesal Civil de 1993, no obstante lo inapropiado de regular el proceso administrativo en un cuerpo legal que regula procesos de naturaleza civil y a diferencia de otros países que tienen una ley procesal específica que regula el proceso contencioso – administrativo, aunque no es posible negar que ello se debe a que en la mayoría de tales

ordenamientos existe una jurisdicción especializada en la materia administrativa de la cual carece el ordenamiento peruano.

Posteriormente, la Constitución de 1993 actualmente vigente consagró a su vez en el artículo 148° la denominada “acción contenciosa – administrativa” en el Capítulo dedicado al Poder Judicial con un texto no idéntico pero sí semejante al de la Constitución precedente: Constitución de 1993, artículo 148°.- Las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contenciosa – administrativa.

A fin de completar la descripción de los mecanismos de control jurisdiccional de la actuación de la administración pública en el Perú conviene tener presente que la Constitución de 1993 vigente aparte de consagrar el antes citado proceso de amparo para la protección de los derechos constitucionales distintos a la libertad individual, tutelados estos últimos más bien por el proceso de habeas corpus, y de haber recogido asimismo el proceso de acción popular para el control judicial de la legalidad de las disposiciones reglamentarias, ha consagrado dos nuevos procesos constitucionales destinados en gran parte para el control jurídico de la administración pública: es el caso del proceso de “habeas data” mediante el cual los ciudadanos pueden impugnar ante el juez la negativa de la administración pública a sus solicitudes de acceso a la información que obra en su poder o para la protección de los datos personales respecto de los servicios informáticos, públicos o privados y es también el caso del proceso denominado “acción de cumplimiento” mediante el cual los ciudadanos pueden acudir ante el juez para solicitarle requiera a cualquier autoridad o funcionario de la

administración pública renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo para que cumpla con sus obligaciones.

Como se puede apreciar en el Perú ha sido una constante histórica la opción por el sistema judicialista en el diseño de los mecanismos de control jurisdiccional de la actuación de la administración pública, por tanto no se ha considerado justificado crear una organización diferente a la jurisdicción ordinaria similar al Consejo de Estado de Francia. Más aún, solo en una oportunidad, durante el gobierno militar que gobernó nuestro país entre 1968 y 1980, se crearon dos organizaciones paralelas a la judicial ordinaria denominados “fueros privativos”, compuesto cada uno de ellos de jueces de primera instancia y salas de nivel superior con competencia para decidir con carácter de cosa juzgada, dedicados a tramitar procesos en los que se ventilaban conflictos de Derecho Laboral y de Derecho Agrario, respectivamente, con el deliberado propósito del Gobierno de entonces de que el tratamiento de los citados conflictos no fuera resuelto por los jueces o tribunales ordinarios que consideraba conservadores y escasamente conocedores de los temas. Sin embargo, la citada experiencia recibió numerosas críticas por lo que terminado el régimen militar, por mandato de la Constitución de 1979 dichos “fueros privativos” fueron obligatoriamente integrados a la jurisdicción ordinaria y con los años incluso la especialización de los jueces en la materia agraria fue suprimida.

La decidida opción por el sistema judicialista para el control jurisdiccional de la administración pública es ratificada por el Proyecto de Bases para la futura reforma de la Constitución Peruana elaborada en julio del año 2001 por una

Comisión de juristas designada por el Gobierno de Transición presidido por el doctor Valentín Paniagua que sucedió al régimen de Fujimori, y que tuvo la satisfacción de integrar, porque en el Capítulo dedicado a la Administración Pública se consignó una propuesta con el siguiente tenor:

Bases para la Reforma Constitucional del Perú, Capítulo XV De la Administración Pública, 2. Control de la constitucionalidad y legalidad de la actuación administrativa.- Corresponde al Poder Judicial, controlar la constitucionalidad y legalidad de toda la actuación u omisión administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican mediante el proceso contencioso - administrativo que será regulado mediante ley.

En el Anteproyecto de Ley de Reforma de la Constitución vigente elaborado por la Comisión de Constitución del Congreso de la República y que se encuentra actualmente en debate público se han proyectado las siguientes normas: Anteproyecto de Ley de Reforma de la Constitución, Capítulo IV De la Administración Pública, artículo 107°.- Control Jurisdiccional de la Administración Pública.-

Toda actuación de la administración pública es susceptible de control por el Poder Judicial a través del proceso contencioso administrativo, conforme a la ley de la materia.

Artículo 217°.- Funciones de los órganos jurisdiccionales

Corresponde a los órganos jurisdiccionales: ...

4) El control de la legalidad de la actuación administrativa

El último tramo de la evolución histórica del proceso contencioso - administrativo en el Perú lo constituye la Ley N° 27584 al cual hice referencia al comenzar esta ponencia y que ha generado un marco legal específico para dicho proceso atendiendo a la singularidad de las situaciones o controversias que se ventilan en dicha vía y que reside precisamente en estar regidas por el Derecho Administrativo. En la Exposición de Motivos del Proyecto² que dio origen a la referida Ley N° 27584 se expresa que no obstante el notable avance que significó el establecimiento por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico de normas procesales especiales para el proceso contencioso -administrativo, aunque en un cuerpo legal adjetivo ajeno a la materia administrativa (el Código Procesal Civil), la experiencia acumulada sobre el contencioso - administrativo en los últimos años evidencia la necesidad de una “profunda revisión de las reglas de tramitación del proceso a fin de precisar aspectos esenciales del mismo e incorporar reglas adicionales que regulen los nuevos cometidos del referido proceso en consonancia con su finalidad y objeto”.

En lo que se refiere a los aspectos organizativos la citada Ley N° 27584 en su artículo 9° hace referencia a los Jueces Especializados en lo Contencioso - Administrativo que constituirían normalmente la primera instancia y a las Salas Especializadas en lo Contencioso - Administrativo en el ámbito de Corte Superior, porque considera que los asuntos que podrían ser ventilados mediante el contencioso - administrativo por su diversidad y carácter complejo componen un

² El denominado “Proyecto de Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo”, con su respectiva Exposición de Motivos fue publicado en una separata especial del Diario Oficial El Peruano con fecha jueves 5 de julio de 2001.

conjunto muy amplio y heterogéneo de materias que requieren de magistrados con suficiente especialización porque la técnica y los principios propios del Derecho Administrativo y del Derecho Público en general son muy diferentes a los del Derecho Privado y no es fácil acertar en su interpretación y aplicación por quienes no tienen especialización en esa rama del derecho. Sin embargo, conforme al ordenamiento constitucional peruano la tarea de formalizar la creación de las citadas instancias judiciales especializadas en lo contencioso administrativo corresponde a la Ley Orgánica del Poder Judicial en cuya reforma se ha estado trabajando por una comisión designada por el Congreso en coordinación con la Corte Suprema de Justicia, encargada de elaborar el proyecto de nueva ley y en el que tengo entendido existe consenso acerca de la necesidad de crear las mencionadas instancias judiciales especializadas en lo contencioso administrativo con magistrados titulares dotados de formación profesional en Derecho Público.

2.2.1.2. Régimen de la Ley N° 27584 reguladora del Proceso Contencioso Administrativo

Conforme a lo anunciado en esta parte final de la ponencia pretendo reseñar los principales aspectos de la nueva ley del proceso contencioso administrativo en el Perú.

La Ley N° 27584 titulada “Ley que regula el Proceso Contencioso - Administrativo”, fue publicada en el Diario Oficial El Peruano con fecha 7 de diciembre de 2001. Dicha norma fue aprobada por el Congreso sobre la base de un Anteproyecto preparado por una Comisión designada para dicho propósito

mediante Resolución del Ministerio de Justicia N° 174-2000-JUS³ y que estuvo integrada por distinguidos profesionales con experiencia en la gestión administrativa, en la función jurisdiccional y en la actividad académica⁴.

La mencionada comisión trabajó sosteniendo reuniones semanales durante cerca de 7 meses desde su instalación formal en octubre de 2000. Puesto que varios de sus integrantes formaron parte de la Comisión que elaboró el anteproyecto que luego sería aprobado por la Ley N° 27444 como la nueva Ley del Procedimiento Administrativo General, se aprovechó de la experiencia anterior para adoptar un plan de trabajo que priorizó la aprobación de un esquema del contenido del futuro Anteproyecto, con el objeto de que sirviera de pauta para las deliberaciones de la Comisión, cuyas ideas matrices fueron las siguientes:

- La nueva ley debería potenciar el rol del proceso contencioso - administrativo en atención a su doble objeto de control judicial de la legalidad de las decisiones de la Administración Pública y garantía de los derechos e intereses de los particulares.
- El proceso contencioso - administrativo debería configurarse como un proceso de plena jurisdicción a fin de desterrar la lamentablemente muy difundida creencia de que los jueces están restringidos a constatar la invalidez o nulidad del acto administrativo, o su posible ineficacia, es decir, la mera carencia de efectos legales, sin entrar al fondo del asunto. La

³ De fecha 21 de junio de 2000.

⁴ La Comisión estuvo conformada por los doctores Orestes Zegarra Zevallos, Juan Carlos Morón Urbina, Ricardo Salazar Chávez, Juan Francisco Rojas Leo, Richard Martín Tirado, Javier Gonzalo Luna García, Elizabeth Maisch Molina, Diego Zegarra Valdivia y por el autor de esta ponencia quien la presidió. En su oportunidad renunciaron las doctoras Nelly Calderón Navarro y Milagros Maraví Summar. El doctor Giovanni Priori Posada fue designado oficialmente como asesor de la Comisión. Actuó como secretaria letrada la doctora Ana María Valencia.

nueva regulación debería poner énfasis en la necesidad de que mediante el contencioso administrativo se controle a plenitud la actuación de la administración pública en ejercicio de potestades reguladas por el derecho administrativo, de modo que el juez asuma que su rol es la protección y satisfacción de los derechos e intereses de los particulares afectados por actuaciones administrativas.

- La nueva regulación del proceso contencioso - administrativo debería consagrar la universalidad del control jurisdiccional de las actuaciones administrativas realizadas en ejercicio de potestades públicas, no reconociéndose la existencia de ámbitos de la actividad administrativa que puedan considerarse exentos o inmunes al control jurisdiccional.
- La nueva ley debería regular específicamente los aspectos que diferencian al proceso contencioso - administrativo respecto del proceso civil, en materias tales como: principios, actuaciones administrativas impugnables, pretensiones, instancias competentes, sujetos, cuestiones procedimentales (especialmente los requisitos de admisibilidad y procedencia), régimen de las pruebas, así como efectos y ejecución de las sentencias. En los demás aspectos era obvio que por tratarse de materias predominantemente del ámbito del derecho procesal la disciplina de las mismas debería remitirse a la regulación del Código Procesal Civil.
- La nueva ley debería unificar la regulación del proceso contencioso - administrativo a fin de evitar la dispersión legislativa existente en diversos cuerpos legales como el Código Tributario y la Ley Procesal del Trabajo, entre otros, que rompe innecesariamente la homogeneidad que debería

existir en el tratamiento legislativo de la materia mediante el establecimiento de reglas comunes en materia de plazos de interposición de la demanda, de trámite del proceso, ejecución de sentencias, etc.

- La nueva ley debería crear las condiciones para asegurar la eficacia del proceso contencioso - administrativo, a fin de que se convierta en un medio ágil y efectivo para la resolución de las controversias de los particulares con la Administración Pública, evitando que se recurra innecesariamente al proceso constitucional de amparo para la impugnación de decisiones administrativas que podrían ser cuestionadas mediante el contencioso administrativo.
- En atención a la reciente modificación del marco legal del procedimiento administrativo en nuestro país mediante la Ley N° 27444, se estimó que una nueva ley del proceso contencioso administrativo debería establecer cauces para que tal como ha sucedido en otros países la jurisprudencia generase criterios y doctrina que consoliden las instituciones propias del derecho administrativo, creando las bases para una especialización en la materia que debería determinar la futura exigencia de jueces y salas especializadas en lo contencioso - administrativo, requisito esencial para asegurar que la actuación administrativa actúe sometida al derecho.

Terminado sus trabajos la Comisión entregó al Ministerio de Justicia el respectivo Anteproyecto acompañado de una prolija Exposición de Motivos que tuvo el deliberado propósito de explicitar la orientación y los objetivos de la propuesta y la explicación puntual de cada uno de los preceptos proyectados, teniendo en cuenta que en varios de los principales aspectos del proceso

contencioso - administrativo se proponía una ruptura radical con la regulación precedente. El texto del citado Anteproyecto y su respectiva Exposición de Motivos fue pre publicado en una separata especial del Diario Oficial El Peruano, con fecha jueves 5 de julio de 2001, con el objeto de recibir opiniones y sugerencias que permitieron el perfeccionamiento del documento.

Se ha podido constatar que durante el trámite parlamentario del Proyecto de ley se introdujeron algunas modificaciones que si bien no alteran lo sustancial de la propuesta de la Comisión que formuló el respectivo Anteproyecto, no parecen sintonizar con el espíritu que animó su elaboración.

El impacto en nuestro ordenamiento jurídico de la promulgación de una nueva Ley reguladora del Proceso Contencioso - Administrativo, pocos meses después de la aprobación de un nuevo marco legal del Procedimiento Administrativo General, deberá incidir en la recuperación de la institucionalidad democrática de nuestro país, porque al potenciar las posibilidades de actuación judicial en orden al control jurisdiccional de la administración pública, el proceso contencioso - administrativo permitirá mejorar sustancialmente la defensa de los derechos e intereses de los ciudadanos, garantizando que la actividad administrativa se sujete plenamente a la legalidad.

A continuación pasaré revista a las principales novedades consagradas en la nueva ley del Proceso Contencioso - Administrativo⁵:

(a) El marco legal del Proceso

⁵ Cfr. SAGASTEGUI URTEAGA Pedro (2000). "El proceso contencioso administrativo. ¿Qué es?, ¿Cómo es?, ¿Para qué sirve?". Gaceta Jurídica. Lima, p. 202.

La nueva ley unifica el marco legal del proceso contencioso - administrativo, porque deroga los artículos del Código Procesal Civil que regularon dicho proceso y las normas que establecen regímenes especiales del contencioso - administrativo, con el propósito de establecer una regulación homogénea, sin perjuicio de la aplicación supletoria del Código Procesal Civil en lo que fuere pertinente. (Primera disposición final y primera disposición derogatoria).

(b) Los principios del Proceso

Entre las novedades más destacables de la nueva ley se encuentra la consagración de principios específicos del proceso contencioso - administrativo, atendiendo a la singularidad de la materia administrativa que es objeto de controversia, sin perjuicio de los demás principios del derecho procesal en general, y de los principios que establece el Título Preliminar del Código Procesal Civil.

Entre los principios consagrados se encuentra el “principio de integración” conforme al cual los jueces por mandato Constitucional no pueden dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tales situaciones la nueva ley establece que si durante la tramitación de los procesos contencioso - administrativos se determina la existencia de defecto o deficiencia de la ley sustantiva aplicable al caso que es objeto del proceso, los jueces deberán integrar los vacíos o lagunas utilizando los principios propios del Derecho Administrativo. A tal efecto conviene tener presente, que en la nueva Ley N° 27444 del Procedimiento Administrativo General se consagra una extensa relación de

“Principios del Procedimiento Administrativo” en el artículo IV de su Título Preliminar⁶, los que han sido puntualmente definidos con el deliberado propósito de facilitar su aplicación.

Otro principio consagrado es el de “igualdad procesal”, conforme al cual las partes durante la tramitación del proceso deberán ser tratadas igualdad.

El “principio de favorecimiento del proceso” está vinculado al principio más conocido como “in dubio pro actione” y según la Exposición de Motivos del Proyecto que dio origen a la Ley N° 27584, en caso que los jueces encargados de tramitar el proceso tengan duda razonable acerca de la procedencia de la demanda, deberán preferir darle trámite sin perjuicio de poder verificar el cumplimiento o no de los requisitos de procedibilidad a lo largo del proceso”. El objetivo es facilitar el acceso a los ciudadanos a la tutela judicial efectiva, a fin de evitar que interpretaciones en exceso formalistas menoscaben su derecho constitucional a cuestionar judicialmente actuaciones administrativas que consideren ilegales⁷.

Finalmente, se establece el principio de “suplencia de oficio” por el cual los jueces del contencioso administrativo deben suplir las deficiencias formales de las partes, así como disponer la subsanación de las mismas en un plazo razonable. (Artículo 2°).

(c) Objeto del Proceso

⁶ Se consagran y definen los principios de: legalidad, debido procedimiento, impulso de oficio, razonabilidad, imparcialidad, informalismo, presunción de veracidad, conducta procedimental, celeridad, eficacia, verdad material, participación, simplicidad, uniformidad, predictibilidad y privilegio de controles posteriores, sin perjuicio de la vigencia de otros posibles principios generales del Derecho Administrativo.

⁷ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús (1985). Derecho Procesal Administrativo Hispanoamericano. Editorial Temis, Madrid, p. 157.

La nueva ley diseña al proceso contencioso - administrativo como un proceso de “plena jurisdicción”, o “de carácter subjetivo”, de modo que los jueces no están restringidos a sólo verificar la validez o nulidad del acto administrativo, o su posible ineficacia, sin entrar al fondo del asunto, porque tienen encomendado la protección y la satisfacción a plenitud de los derechos e intereses de los demandantes afectados por actuaciones administrativas.

Entre las pretensiones que los demandantes pueden formular en el proceso se encuentra: La declaración de la nulidad, total o parcial, o la ineficacia del acto administrativo cuestionado, el reconocimiento o restablecimiento del derecho o interés jurídicamente tutelado y la adopción de las medidas o actos necesarios para tales fines; la declaración de contrario a derecho y el cese de toda actuación material que no se sustente en un acto administrativo y que se ordene a la administración pública la realización de una determinada actuación a la que se encuentre obligada por mandato de la ley o en virtud de acto administrativo (Artículos 5º y 38º).

(d) Actuaciones Impugnables

La ley a la vez que proclama la universalidad del control jurisdiccional de toda actuación administrativa en ejercicio de potestades reguladas por el derecho administrativo establece con fines meramente ilustrativos una relación de actuaciones impugnables que comprende obviamente en primer lugar a los actos administrativos, al silencio, la inercia o cualquier otra omisión formal de la administración pública, a la simple actuación material de la administración sin cobertura formal, a las actividades de ejecución de actos administrativos que

transgredan el marco legal (Ejemplo: excesos en el procedimiento de cobranza coactiva), a las actuaciones sobre el personal dependiente de la administración pública ya sea bajo el régimen de la carrera administrativa o el régimen laboral privado y a las controversias sobre la ejecución de los contratos suscritos por la administración pública cuando no sea obligatorio el sometimiento a la vía arbitral, como es el caso de casi todos los contratos administrativos suscritos al amparo de la ley de contrataciones y adquisiciones (Artículo 4°).

(e) La Competencia

La nueva ley consagra la creación de juzgados de primera instancia y de salas de la Corte Superior, especializados en lo Contencioso - Administrativo, lo cual garantizará mayor efectividad en las técnicas de control jurisdiccional de la administración pública. Se establece que el proceso deberá iniciarse en todos los casos ante el juez especializado en la materia y sus resoluciones pueden apelarse ante la respectiva sala especializada de la Corte Superior. La Corte Suprema cumple un rol exclusivamente casatorio (Artículo 8° y 9°).

Recientemente mediante Ley N° 27709 se ha modificado el texto del artículo 9° para establecer que respecto de actuaciones realizadas por tribunales administrativos y algunos organismos constitucionales, el proceso se inicia por excepción ante la sala especializada de la Corte Superior respectiva cuya resolución puede apelarse ante la Corte Suprema, la cual curiosamente resuelve también en vía de casación.

En tal sentido, aparte del error consistente en referirse únicamente a “resoluciones”, en lugar del término genérico “actuaciones” administrativas en sintonía con el artículo 4° de la ley, se constata que los legisladores han desnaturalizado la casación al permitir que proceda respecto de resoluciones dictadas por una sala de la propia Corte Suprema, olvidando que su propósito es la unificación de la jurisprudencia y que ello sólo se justifica respecto de sentencias dictadas por instancias judiciales inferiores a la del más alto tribunal de justicia nacional. Dicho error ha motivado que de manera incoherente se haya otorgado la competencia para resolver la apelación de las sentencias de las salas especializadas en lo contencioso - administrativo de la Corte Superior nada menos que a la Sala Civil de la Corte Suprema, en lugar de la respectiva sala especializada en materia administrativa de dicho alto tribunal, a la que se le ha relegado a resolver precisamente los recursos de casación.

(f) Partes.-

El artículo 11° de la Ley N° 27584 distingue entre dos tipos de legitimidad para obrar de carácter activo, dependiendo del sujeto interviniente: a) El administrado; b) La entidad de la Administración Pública.

Por lo que respecta al administrado, se le reconoce la legitimidad activa en tanto que afirme ser titular de la situación jurídica sustancial protegida que haya

sido o esté siendo afectada por la actuación administrativa impugnada sobre la cual versa el proceso⁸.

De otro lado, por primera vez se establece de manera expresa en nuestro ordenamiento procesal que el contencioso - administrativo es el cauce procesal para aquellos supuestos excepcionales en que las leyes administrativas (Ejemplo: artículo 202º.4 de la Ley N° 27444 de Procedimiento Administrativo General) facultan a la administración pública para solicitar al Poder Judicial la declaración de nulidad de sus propios actos declarativos de derechos a favor de un particular, cuando se ha vencido el plazo para declarar su nulidad de oficio en sede administrativa. La ley exige que la administración pública para hacer uso de dicha facultad emita previamente una resolución motivada en la que se identifique el vicio de legalidad en que incurre el acto administrativo en cuestión y el agravio que produce al interés público (Artículo 11º). En tal caso tendrá la calidad de demandado el particular que podría ser perjudicado por la eventual declaración judicial de nulidad del acto administrativo que le reconoce derechos (Artículo 13º).

El artículo 12º de la Ley N° 27584 contiene otra novedad consistente en contemplar el otorgamiento de legitimación activa en la tutela de intereses difusos afectados por actuaciones administrativas, considerando para tales efectos como titulares de la misma a organismos constitucionales autónomos como el Ministerio Público, la Defensoría del Pueblo, así como cualquier persona natural o jurídica.

⁸ MORA OSEJO, Humberto (1980). La acción en el proceso administrativo. Ediciones Rosaristas, Bogotá, pp. 121 y ss.

Por lo que respecta a la legitimación pasiva en el proceso contencioso-administrativo, resulta pertinente destacar los siguientes supuestos recogidos en el artículo 13º:

- El numeral 4, referido al caso de los procedimientos administrativos trilaterales, es decir, aquellos que se siguen entre dos o más particulares ante las entidades de la Administración Pública⁹. En tal supuesto, tienen legitimidad para obrar pasiva tanto la entidad administrativa que realizó la actuación que es objeto de cuestionamiento como el otro administrado que participó en el respectivo procedimiento.
- El numeral 5, que otorga legitimidad a los particulares titulares de los derechos cuya nulidad sea pretendida en sede judicial por la entidad administrativa demandante que lo expidió.
- El numeral 6, en virtud del cual se otorga legitimidad a la entidad que expidió el acto administrativo impugnado en los supuestos excepcionales en los que una norma legal faculta a otra entidad para ser la titular de la pretensión de la declaración de nulidad en sede judicial.

Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 12º con relación al rol del Ministerio Público, el artículo 14º recoge de modo general el papel que le asigna el ordenamiento vigente como dictaminador (emisión de opinión previa a la sentencia y en casación), así como calidad de parte cuando asume el rol de actor en tutela de intereses difusos.

⁹ El régimen general aplicable a dichos procedimientos administrativos se encuentra regulado, con carácter general, en los artículos 219º a 238º de la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General.

Finalmente, el artículo 15° de la Ley N° 27584 establece como regla general que la representación y defensa judicial de las entidades administrativas está a cargo de la respectiva Procuraduría (regidas por lo establecido en el Decreto Ley N° 17537 de Defensa Judicial del Estado), salvo aquellos casos en que una norma legal regule con carácter especial el mecanismo a través del cual se verificará dicha representación judicial, como ocurre en los siguientes casos: Municipalidades (la representación es ejercida por los Alcaldes), entidades del Gobierno Central que se encuentran facultadas por ley expresa para ello, como es el caso de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT) y el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (INDECOPI).

(e) Plazos.-

La nueva ley restablece el plazo de tres meses como regla general para interponer la demanda. En los procedimientos administrativos en que media silencio administrativo u otras formas de inactividad formal de la administración pública el plazo para formular la demanda es de seis meses, contados a partir de la fecha en que vence el plazo establecido para que la administración se pronuncie (Artículo 17°).

Nosotros consideramos que constituye un error de la nueva ley el establecimiento de un plazo de seis meses para interponer la demanda cuando se produzca silencio administrativo negativo, a contar desde la fecha en que vence para la administración pública el plazo legal para expedir la resolución o producir el acto administrativo solicitado (numeral 3 del artículo 17°), porque el citado tipo

de silencio administrativo constituye una técnica de garantía del particular y no una carga para el mismo quien puede utilizarlo para dar por denegada su petición o recurso y acudir ante los órganos jurisdiccionales para promover su control jurisdiccional, o puede legítimamente esperar el pronunciamiento expreso de la administración sin que corran plazos en su contra. Sobre la base de dichas consideraciones el anteproyecto establecía de manera expresa que en caso de silencio administrativo no se debería computar plazo para interponer demanda alguna, lo cual es coherente con el régimen previsto en el artículo 188.5 de la nueva Ley N° 27444 de Procedimiento Administrativo General conforme al cual “el silencio administrativo no inicia el cómputo de plazos ni términos para su impugnación”.

(f) Agotamiento de la vía administrativa

La exigencia para el particular de agotar la interposición de los recursos administrativos previo al inicio del proceso contencioso-administrativo, viene impuesta por lo establecido en el artículo 148° de la Constitución Política, que ha previsto que la procedencia de la impugnación judicial de las actuaciones administrativas únicamente se verificará respecto de aquellas que causen estado.

Al respecto, y para efectos de determinar la procedencia de la demanda contencioso-administrativa, el artículo 18° de la Ley N° 27584 remite al cumplimiento de las reglas en materia de actuaciones administrativas que causan estado previstas con precisión en el artículo 218° la actualmente vigente Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General.

Lamentablemente, en nuestro sistema los órganos jurisdiccionales han optado por un criterio interpretativo excesivamente formalista respecto de las disposiciones citadas en aras de una cautela de su cumplimiento estricto, lo que deviene en detrimento del principio de favorecimiento del proceso (recogido en forma expresa en el artículo 2º, inciso 3 de la Ley N° 27584), en virtud del cual se exige al Juez la admisión de la demanda en caso de duda razonable sobre la procedencia de la demanda o falta de precisión del marco legal respecto del agotamiento de la vía previa.

Frente a lo expuesto, el artículo 19º de la Ley N° 27584 ha previsto diversas excepciones a la exigencia de agotamiento de la vía previa en casos puntuales que cuentan con la respectiva justificación:

- 1) La vía administrativa es inexistente por cuanto que es la propia Administración la que interpone la demanda contra los actos por ella emitidos.
- 2) Se cuestionen omisiones en la actuación material o cumplimiento del ordenamiento por la Administración Pública, para los cuales se ha previsto un trámite previo especial semejante al contemplado para el caso del proceso de cumplimiento.
- 3) Se trate de terceros ajenos al procedimiento administrativo que afecta sus derechos o intereses, por cuanto que el agotamiento de la vía administrativa les sería imposible al no haber formado parte del procedimiento.

(g) Vía procedimental

En cuanto al cauce procesal la regla general es que el proceso contencioso administrativo se trámite por la vía del proceso abreviado y que sea de aplicación supletoria el Código Procesal Civil (Artículo 25° y 1era. D.F.). Únicamente cuando se formule como pretensión que el juez ordene a la administración pública el cese de cualquier actuación material que no se sustente en un acto administrativo previo o que enmiende su inercia cuando está obligada realizar una actuación, se tramita por la vía del proceso sumarísimo (Artículo 22°).

(h) Pruebas

Aunque pareciera que la ley, contracorriente a las modernas tendencias doctrinales en la materia, restringe la actividad probatoria en el contencioso administrativo exclusivamente a las actuaciones recogidas en el procedimiento administrativo, por la vía de prohibir la incorporación al proceso la probanza de hechos nuevos o no alegados en la etapa prejudicial (Artículo 28°), los demás dispositivos que regulan el régimen de los medios probatorios en la ley no responden a dicha óptica porque han sido reproducidos textualmente del proyecto original que partía de una premisa diametralmente distinta que proclamaba el carácter amplio y abierto de la actividad probatoria en el proceso contencioso - administrativo¹⁰.

Hoy en día en la doctrina predominan las tesis que defienden la plena actuación de pruebas en el proceso contencioso - administrativo. La posición

¹⁰ Proyecto de Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, artículo 27° Actividad Probatoria.- En el proceso contencioso administrativo la actividad probatoria no se restringe a las actuaciones recogidas en el procedimiento administrativo, pudiendo incorporarse al proceso la probanza de cualquier hecho que tuviera relevancia para la identificación de los aspectos subyacentes al conflicto de intereses de las partes”.

contraria la sostienen quienes, a decir de BORRAJO INIESTA¹¹ adoptan un rígido concepto del contencioso – administrativo como proceso meramente revisor del procedimiento seguido en vía administrativa, “que sólo admite como relevante la legalidad del acto impugnado en el momento en que fue dictado, tomando en consideración sólo los hechos que entonces constaban como ciertos”¹². Para esta posición el proceso contencioso – administrativo es una mera continuación de lo actuado en vía administrativa debiendo el juzgador aceptar la visión de los hechos a que se hubiese llegado en el procedimiento administrativo.

La tesis correcta en nuestra opinión, es la que sostiene que en el contencioso – administrativos los jueces deben “enjuiciar el litigio con plenitud de jurisdicción resolviendo las pretensiones de las partes a la vista de los hechos acreditados en el momento de dictar sentencias, hayan sido probados en el proceso o fuera de él”. En opinión de BORRAJO INIESTA debe tenerse en cuenta que las “normas sobre prueba (que) se aplican en el seno de un procedimiento administrativo, son utilizadas con una finalidad diferente a la de las pruebas judiciales. No son ya practicadas por un juez que debe dirimir un conflicto para mantener la paz jurídica; son aplicadas por un Administrador, que debe realizar determinados fines materiales en satisfacción de concretos intereses generales.

La finalidad institucional de las normas probatorias en el seno de un proceso judicial es sustentar una sentencia: una decisión definitiva en derecho, que entre otras cosas, declara los hechos que ocurrieron, narra la versión jurídicamente veraz. En cambio, la finalidad institucional de las normas probatorias en el seno

¹¹ BORRAJO INIESTA, Ignacio (1989). Prueba y Jurisdicción Revisora. Editorial Civitas, Madrid, p. 61.

¹² *Ibíd.*

de un procedimiento administrativo es posibilitar la eficacia de la actuación administrativa, que sus decisiones sean lícitas, acertadas y oportunas. Con ello, entre otras cosas, se consigue minimizar los conflictos con los afectados por las medidas administrativas; pero no impedirlos y menos sustituirlos por una solución contenciosa – administrativa¹³.

Según RIVERO ORTEGA¹⁴ la consideración igualitaria de las partes en el proceso contencioso – administrativo “obliga a cuestionar por ejemplo, el valor hasta ahora atribuido al expediente administrativo, partiendo de la base de que la prueba posee un carácter exclusivamente jurisdiccional, pero desde el momento en que (el proceso administrativo) admite la existencia de pruebas preconstituidas, cuyo valor probatorio reconocen las leyes, se enfrenta a la realidad de que en muchos casos la Administración se encuentra en una posición de ventaja a la hora de lograr el reconocimiento del órgano judicial con respecto a su versión de los hechos – de la que queda constancia en el expediente- mientras que el particular recurrente debe desmontar esta versión a posteriori con notables dificultades probatorias”.

Similar es la opinión de GONZÁLEZ – CUELLAR¹⁵ para quien el valor probatorio desmedido que en muchas ocasiones otorgan los jueces a los expedientes administrativos demostrando excesivo apego a las apreciaciones fácticas de la administración pública, “privilegiada incluso en ocasiones por

¹³ RONDON DE SANZO, Hildegard (1993). Medios de proceder por la vía contenciosa – administrativa. En el colectivo “Contencioso Administrativo en Venezuela”. Editorial jurídica Venezolana Caracas, p. 112.

¹⁴ RIVERO ORTEGA, Ricardo (2000). El Estado vigilante. Editorial Tecnos, Madrid, p. 216.

¹⁵ ZONGÁLEZ CUÉLLAR SERRANO, Nicolás (1992). La prueba en el proceso administrativo (objeto, carga y valoración). Editorial Colex, Madrid, p. 10.

presunciones de veracidad difícilmente destruibles por los particulares, mermaron considerablemente la efectividad de su derecho a la prueba”.

Para SARMIENTO GARCÍA¹⁶ la plenitud jurisdiccional del proceso contencioso – administrativo implica: “La posibilidad de admisión de toda clase de pruebas, aunque no se hayan presentado y diligenciado en el procedimiento administrativo previo, y de decretar de oficio la que el tribunal estime conveniente para la mejor solución de la contienda...”.

De otro lado, consideramos pertinente resaltar lo establecido en el artículo 22° de la Ley N° 27584, en virtud del cual, admitir a trámite la demanda, los jueces deberán ordenar a la entidad administrativa demandada que remita el expediente relacionado con la actuación impugnatoria. Ante el eventual incumplimiento, se otorga a los jueces la posibilidad de optar por cualquiera de las siguientes alternativas, sin que en momento alguno se suspenda la tramitación del proceso contencioso-administrativo:

- 1) prescindir del expediente administrativo;
- 2) reiterar el pedido bajo apercibimiento de poner los hechos en conocimiento del Ministerio Público para el inicio del proceso penal correspondiente.

Sin perjuicio de lo indicado, cabe señalar que el artículo 20°, inciso 2 de la Ley establece que la remisión del expediente administrativo que dio origen al acto que se impugna constituye un requisito especial de admisibilidad de la demanda,

¹⁶ SARMIENTO GARCÍA, Jorge (1996). “Introducción al Procedimiento y al Proceso Administrativo, Editorial Heliosta, Buenos Aires, p. 37.

en caso la misma sea interpuesta por las entidades administrativas para impugnar judicialmente sus propios actos administrativos.

Finalmente, en los casos en que se pretenda impugnar la aplicación de una sanción administrativa, la nueva ley establece que en virtud del principio de presunción de inocencia la carga de probar los hechos que configuran la infracción corresponde a la entidad administrativa demandada (Artículo 30°).

(i) Medios Impugnatorios

Los medios impugnatorios previstos en el artículo 33° de la Ley N° 27584, son los mismos que regula nuestro Código Procesal Civil actualmente vigente (reposición, apelación, casación y queja).

No obstante lo indicado con anterioridad, resulta criticable lo establecido (en la versión final elaborada por el Congreso de la República) en el inciso 3 del citado precepto con relación a los requisitos de admisibilidad del recurso de casación, por cuanto se introduce un elemento desnaturalizador del objeto del mismo. En palabras de PRIORI POSADA¹⁷: “la Ley (a diferencia del Proyecto) ha incluido un requisito de admisibilidad adicional al recurso de casación cual es que, sólo procede dicho medio impugnatorio, cuando la cuantía del acto impugnatorio sea superior a 70 Unidades de Referencia Procesal. No creemos que en muchos casos sea fácil la determinación de la cuantía del acto impugnado, sin embargo; la Ley no ha sido clara en establecer qué ocurre en aquellos casos de

¹⁷ PRIORI POSADA, Giovanni (2002). Comentarios a la Ley del Proceso Contencioso Administrativo. Ara Editores, Lima, p. 177.

actos administrativos de cuantía indeterminable. Creemos que en ese caso de duda, se debe preferir por darle trámite al recurso”.

Finalmente, conviene agregar que el artículo 34° de la Ley otorga una mayor trascendencia a las resoluciones emitidas por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, al establecer que las mismas constituirán doctrina jurisprudencial en materia contencioso-administrativa. En ese sentido, lo decidido por dicha Sala vinculará a todos los órganos jurisdiccionales, salvo que éstos últimos en decisión especialmente motivada señalen las razones por las cuales se apartan del caso, exigencia de especial motivación que implica exponer las razones por las cuales se produce el apartamiento de la doctrina jurisprudencial vinculante, señalando entre otras qué particularidades tiene el caso que se conoce para que en él no sea de aplicación lo establecido por la jurisprudencia suprema.

Esta apuesta por una jurisprudencia uniforme en el proceso contencioso - administrativa, guiada por la participación de la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema (ya sea como segunda instancia o en vía de casación), tiene por finalidad adicional crear una cierta predictibilidad en la materia.

No obstante lo indicado con anterioridad, resulta criticable la modificación introducida por la Ley N° 27709 en el artículo 9° de la Ley N° 27584 (que regula la competencia funcional de los órganos jurisdiccionales), que ha establecido la competencia en segunda instancia de la Sala Civil de la Corte Suprema, en la impugnación de resoluciones emitidas por el Banco Central de Reserva, Superintendencia de Banca y Seguros, Tribunal Fiscal, Tribunal de INDECOPI, Tribunal de CONSUCODE, Consejo de Minería, Tribunal Registral y Tribunales

de los Organismos Reguladores, correspondiendo a la Sala Constitucional y Social conocer de la eventual interposición del recurso de casación contra la Sentencia expedida por ésta.

En efecto, tal como fuera señalado con anterioridad, la modificación introducida desnaturaliza la casación al permitir que la misma proceda respecto de resoluciones emitidas por una sala de la propia Corte Suprema, eliminando así la posibilidad de consecución del objeto de la casación, cual es la unificación de la jurisprudencia respecto de sentencias emitidas por instancias judiciales inferiores; al tiempo que elimina la posibilidad que la Sala especializada en la materia conozca del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia emitida en primera instancia.

(j) Medidas cautelares

La Ley N° 27584 incide particularmente en propender a la real vigencia y respeto del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Atendiendo, a ello, la Ley parte de concebir que el proceso es un medio que el ordenamiento jurídico concede a las partes para la solución de un conflicto de intereses. Siendo ello así, el proceso adquiere sentido sólo en la medida en que se dé una real y efectiva solución al conflicto de intereses.

Desde este punto de vista, consideramos conveniente tener presente que una de las manifestaciones del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva estriba en procurar la efectividad de las resoluciones judiciales, lo que en más de una oportunidad ha sido proclamado por nuestro Tribunal Constitucional, y que

implica la exigencia del diseño de una serie de instrumentos que garanticen la real vigencia y efectividad de la tutela jurisdiccional, dentro de lo cual constituye una parte importante la regulación correspondiente a las medidas cautelares.

Las medidas cautelares son admitidas con amplitud en la nueva ley del proceso contencioso - administrativo, pueden solicitarse antes de iniciado o dentro del proceso de conformidad con las normas del Código Procesal Civil (Artículo 35°). Se establece que son especialmente procedentes las medidas de innovar y de no innovar (Artículo 37°).

Aparte de los requisitos típicos que se requiere para su otorgamiento (peligro en la demora y verosimilitud del derecho) se exige adicionalmente que exista adecuación entre la medida cautelar solicitada con la pretensión que esta llamada a asegurar (Artículo 36°). Con ello se pretende que los jueces realicen una revisión de la pertinencia de la medida cautelar solicitada, con relación a la finalidad práctica que se quiere lograr en el proceso. En tal sentido, somos de la opinión, que si el Juez no considera que la medida cautelar específicamente solicitada sirve para garantizar la eficacia de la pretensión, puede ordenar se trabaje otra medida cautelar, siempre que ésta se adecue a la finalidad práctica que se quería lograr con la solicitada.

Finalmente, conviene destacar que la Ley N° 27584 no ha establecido la necesidad de otorgar la correspondiente contracautela como requisito para solicitar la medida cautelar.

(k) Sentencias

La nueva ley fortalece las potestades de los jueces para velar porque los funcionarios de la administración pública cumplan las sentencias recaídas en los procesos contenciosos administrativos (Artículo 40° y 41°) y establece por primera vez en nuestro ordenamiento pautas específicas para el cumplimiento y posible ejecución forzosa de sentencias que imponen obligaciones pecuniarias a la administración (Artículo 42°).

El artículo 40° atribuye a los jueces y Salas que conocieron del proceso contencioso - administrativo en primera instancia, la potestad de hacer ejecutar las sentencias y las demás resoluciones judiciales emitidas al interior del mismo. De éste modo, se afirma de manera enfática que constituye función jurisdiccional juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, correspondiendo a la Administración Pública el deber de cumplir la resolución jurisdiccional.

De otro lado, el dispositivo citado con anterioridad establece a su vez que los conflictos derivados de actuaciones administrativas expedidas en ejecución de la sentencia serán resueltos en el propio proceso de ejecución de la misma. De conformidad con lo establecido en el artículo 44° de la Ley, entendemos que en dicho proceso el órgano jurisdiccional podrá declarar la nulidad de tales actos y disposiciones.

Sin perjuicio de lo indicado con anterioridad, se establece la posibilidad, para el administrado, de solicitar en la vía administrativa la reconsideración de la actuación que originó el conflicto, la misma que, entendemos, deberá dirigirse ante la propia autoridad administrativa que incurre en ello.

El artículo 38° de la Ley N° 27584 regula los efectos de las sentencias estimatorias, en concordancia con el carácter subjetivo o de plena jurisdicción del proceso contencioso - administrativo. El contenido de los supuestos regulados guarda correspondencia con el artículo 5°, referido a los diferentes tipos de pretensiones que se pueden formular que se pueden formular en el proceso, relacionados con la impugnación de actos administrativos ilícitos:

- El numeral 1) establece que el Juez puede determinar la nulidad total o parcial del acto administrativo impugnado.
- El numeral 2) regula las sentencias que se dicten como respuesta a la pretensión de plena jurisdicción prevista por el numeral 2) del artículo 5° de la Ley N° 27584, disponiéndose el reconocimiento o restablecimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas necesarias para el pleno restablecimiento de la misma. Estas sentencias pueden ser declarativas (reconocimiento de una situación jurídica individualizada) o de condena (constituyen título ejecutivo que permite la ejecución forzada).
- El numeral 3) está referido a las actuaciones materiales que constituyen vías de hecho y que por tanto carecen de la necesaria cobertura jurídica que les sirva de fundamento. Las sentencias estimatorias que declaran la disconformidad con el ordenamiento jurídico de la actuación material impugnada, emiten una condena u orden de cesación de dicha actuación material, además de disponer el restablecimiento de la situación ilegalmente alterada por la actuación material impugnada.

En adición a lo indicado con anterioridad, cabe tener presente, que de acuerdo a lo establecido en el artículo 43º, el retraso en la ejecución de la sentencia conlleva la obligación de la entidad al pago de los correspondientes intereses.

La ley N° 27684 que si bien tuvo la virtud de precisar la entrada en vigencia de la Ley 27584 desde el 17 de abril de 2002, modificó íntegramente el texto del artículo 42º de la ley que regula el procedimiento para la ejecución de sentencias que condenen al Estado al pago de sumas de dinero, introduciendo el siguiente esquema de operación: 1) El cumplimiento de lo establecido en las sentencias única y exclusivamente por el Pliego Presupuestario en donde se generó la deuda; 2) La Oficina General de Administración o la que haga sus veces en el Pliego requerido deberá proceder conforme al mandato judicial y dentro del marco de las leyes anuales del presupuesto; 3) Si el financiamiento con que cuenta el Pliego fuera insuficiente, el Titular del mismo podrá realizar las modificaciones presupuestarias que estime conveniente, hecho que pondrá en conocimiento del órgano jurisdiccional; 4) Si los requerimientos superan las fuentes de financiamiento anteriormente previstas, se comunicará al Juez el compromiso de atender el cumplimiento de la sentencia en el ejercicio presupuestario del año siguiente, obligándose a destinar hasta el 3% de su asignación presupuestal a la fuente de Recursos Ordinarios.

De otro lado, el numeral 42.4 del precepto citado establece que sólo en el supuesto en que hubieran transcurrido 6 meses de la notificación judicial, sin que

la entidad haya “iniciado” el pago se podrá dar inicio al proceso de ejecución de resoluciones judiciales.

Entendemos que las citadas con anterioridad, constituyen reglas que relajan el cumplimiento de las citadas sentencias por parte de la administración pública, mediante el establecimiento de topes presupuestales, de plazos dilatados para cumplir los compromisos y resucitando normas que como lo ha señalado en dos sentencias el Tribunal Constitucional son incompatibles con los derechos constitucionales a la tutela judicial efectiva y a la igualdad, circunstancias que a mi entender determinarán que los jueces competentes en los proceso contencioso - administrativos deban ejercer el control difuso o realizar una interpretación de las citadas normas legales de conformidad con los indicados derechos constitucionales.

De otro lado, el numeral 41.1 de la Ley N° 27584 establece que el personal al servicio de la Administración Pública, cualquiera fuera el régimen de su vinculación con la misma, se encuentra sujeto a la obligación de cumplir la sentencia emitida en el proceso, actuando como parte sometida plenamente al control del Poder Judicial; en virtud de lo cual se indica que el mismo se encuentra prohibido de calificar el contenido de la sentencia o sus fundamentos, restringir sus efectos o interpretar sus alcances, quedando obligados a realizar todos los actos necesarios para la completa ejecución de la resolución judicial. Conviene precisar, que en el cumplimiento del deber de ejecutar las sentencias estimatorias recaídas en los procesos contencioso - administrativos, el personal al servicio de la Administración no actúa en ejercicio de potestades administrativas,

sino como parte vencida en juicio, en igualdad de condiciones respecto del demandante y sometida a la potestad jurisdiccional de dictar sentencia e imponer su contenido.

2.2.2. La tutela cautelar como manifestación de la tutela judicial efectiva

2.2.2.1. Función de la tutela cautelar

El proceso, según su función, puede ser de conocimiento (en el que se procura alcanzar una declaración de certeza respecto de una situación jurídica), de ejecución (que parte de un título de ejecución, que presupone certeza del derecho que se pretende ejecutar), y cautelar (busca asegurar tanto el resultado del proceso como su decurso ordenado y pacífico). Como se sabe, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva constituye la base del proceso en general, y la razón de ser del proceso cautelar en particular. La tutela jurisdiccional efectiva sostiene todo el sistema de justicia y, por ende, a la sociedad en su conjunto, lo que comprende inclusive el sistema democrático.

Se encuentra plasmada en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución Política peruana, así como en el tenor de los artículos I (“Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso”) y III (“El Juez deberá atender a que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo

efectivos los derechos sustanciales, y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia”) del Título Preliminar del Código Procesal Civil.

Como señala MARTEL CHANG: “El soporte de la tutela jurisdiccional está en el Derecho Natural, cuyas normas tienen validez moral y jurídica, al margen de su recepción en norma alguna. Por ello, y acorde con la dignidad humana, al ser la persona un fin en sí mismo, es titular de derechos que le son o innatos, anteriores al propio Estado y que por tanto son inalienables”¹⁸.

Debe recordarse siempre que el proceso no es un fin en sí mismo, sino un instrumento para que los derechos sustantivos tengan auténtica vigencia social y no sean meras declaraciones hermosas pero inútiles. En efecto, sin efectividad un sistema de garantías deviene en un lirismo, por cuanto se trata precisamente de la protección concreta de la situación subjetiva que la norma busca proteger.

Ahora bien, el proceso, como formato ordenado de debate, necesariamente ha de tener una duración, pues las garantías del debido proceso se despliegan a lo largo del mismo, en sucesivas etapas, en las que no pueden faltar plazos legales –y cuando los plazos se encuentran supeditados a la discrecionalidad del juez, éstos deben ser razonables-, ni la posibilidad de contradecir -que permite llevar la disputa en igualdad de condiciones para ambas partes-, como tampoco en ocasiones la participación de terceros, entre otros.

¹⁸ MARTEL CHANG, Rolando Alfonzo (2002). Acerca de la necesidad de legislar sobre las medidas autosatisfactivas en el proceso civil. Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho Civil y Comercial, Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima.

Así, la duración del proceso, el tiempo que ocupa el desarrollo del proceso, cumple un rol muy importante, pero juega también en contra de sus propios fines, por cuanto puede boicotear su aspiración central: la efectividad.

Como tan notablemente lo expresó CALAMANDREI, la necesidad de hacer las cosas pronto choca con la necesidad de hacerlas bien y, así, la duración indispensable para el cumplimiento del ordinario iter procesal acarrea el paradójal riesgo de convertir en ineficaz la providencia definitiva, como la medicina largamente elaborada para un enfermo ya muerto¹⁹.

Por ello, el instrumento que es el proceso, a su vez requiere de determinadas herramientas para alcanzar sus fines. Una de ellas, acaso la más eficiente, es la tutela cautelar, pues confiere al proceso un terreno firme para que avance con seguridad hacia su meta, que es la decisión final, sin el temor de que ésta, siendo correcta, no pueda concretizarse, con lo que los fines del proceso no se alcanzarían, la parte vencedora quedaría frustrada y el fantasma de la autotutela reaparecería, más vigoroso y amenazante que antes.

No puede ser más acertado el principio chiovendano relativo a que la necesidad del proceso para obtener la razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón. Ciertamente, si los procesos judiciales fueran inútiles, no habría confianza social en el servicio de justicia, deslegitimándose éste y surgiendo peligrosas e indeseadas formas de autotutela.

¹⁹ CALAMANDREI, Piero (1996). Introducción al estudio sistemático de las medidas cautelares, El Foro, Buenos Aires, p. 43.

De ese modo, la jurisdicción cautelar es una modalidad de la actividad judicial que ha de encontrarse al alcance del justiciable cuando deban resguardarse bienes o situaciones extraprocesales con trascendencia jurídica, pues de lo contrario se frustraría la eficacia de la función dirimente. Dicho resguardo se logra por la existencia de un género cautelar dentro del que se insertan medidas específicas²⁰. Por eso, con agudo acierto se ha dicho que la jurisdicción cautelar es el instrumento del instrumento.

2.2.2.2. Presupuestos para la concesión de la medida cautelar: verosimilitud del derecho y peligro en la demora

La solicitud de medida cautelar se atiende en un proceso autónomo, de modo reservado, sin contradictorio (el derecho de contradicción se reserva para luego de haberse ejecutado la medida) y en forma inmediata. Por ello, resulta indispensable que el Juez verifique el cumplimiento de determinados presupuestos, además de los que son propios de todo proceso (competencia, interés para obrar, legitimidad para o obrar, voluntad de la ley, requisitos de la demanda) y, en caso se trate de un pedido de afectación de bienes de terceros, debe también constatar que éstos hayan sido citados con la demanda²¹.

Los presupuestos exigidos de modo básico para la concesión de las medidas cautelares en general son la verosimilitud del derecho o apariencia de buen derecho y el peligro en la demora. La razonabilidad de la medida para garantizar la eficacia de la pretensión es un requisito relacionado con la adecuación a fin,

²⁰ RIVAS, Adolfo A. (2000). Teoría General de las Medidas Cautelares, Rodhas, Trujillo, p. 27.

²¹ Ver: art. 623 Código Procesal Civil. En estos casos la medida cautelar debe ser dentro del proceso.

esto es, que la medida sea congruente y proporcional con el objeto de su aseguramiento. En cuanto a la contracautela (caución o garantía), ésta se requiere para la ejecución de la medida cautelar.

El solicitante debe persuadir al Juez que la medida cautelar que solicita se basa en la apariencia de buen derecho que invoca, que la demora en cautelar ese derecho acarrea un riesgo de alta probabilidad de sufrir un daño, y que la medida que pide es razonable para garantizar la eficacia de la pretensión (aunque este último requisito puede ser objeto de adecuación por parte del Juez).

i. La verosimilitud del derecho invocado.

Si la medida cautelar se otorga para conjurar el peligro de perjuicio por la demora del proceso, no cabe que se analice la fundabilidad de la pretensión con el mismo rigor del proceso principal, por lo que en lugar de un juicio de certeza el Juez realizará un análisis de la probabilidad de que la pretensión sea amparada.

Al respecto, CALAMANDREI señala “Declarar la certeza de la existencia del derecho es función de la providencia principal; en sede cautelar basta que la existencia del derecho aparezca verosímil, o sea, para decirlo con mayor claridad, basta que, según un cálculo de probabilidades, se pueda prever que la providencia principal declarará el derecho en sentido favorable a aquél que solicita la medida cautelar”²².

Lo verosímil es considerado como lo que tiene forma exterior o apariencia de verdadero. En el caso del presupuesto de verosimilitud del derecho para la

²² CALAMANDREI, Piero. Ob. Cit., p. 77.

concesión de la medida cautelar, éste implica que la pretensión tenga un sustento jurídico que la haga discutible, pues lo que se requiere es un “humo” de la existencia del derecho en debate (o a debatir, tratándose de medida cautelar fuera del proceso), debiendo ser probable que se pueda demostrar mediante la comprobación de los hechos.

En ese sentido, MONROY PALACIOS ha indicado: “El solicitante de la medida cautelar deberá demostrar al juez que la pretensión principal –que se intenta garantizar– tiene una posibilidad razonable de ser declarada fundada al pronunciarse la sentencia. Por tratarse de un mecanismo solicitado durante el transcurso del proceso resulta humanamente imposible que el juez pueda tener certeza de que la medida solicitada garantizará el futuro derecho a ser considerado por la sentencia. Adicionalmente, la propia estructura del pedido cautelar, al buscarse con urgencia un mecanismo que acabe con la situación de peligro, impide un análisis detallado de la fundabilidad de la pretensión llevada al proceso. Tengamos en cuenta que, precisamente, por aquella situación de urgencia, el actor tan sólo se limita a presentar una información sumaria respecto de las posibilidades de su posición frente al proceso”²³.

Por ende, la configuración de la verosimilitud o apariencia de buen derecho no requiere la prueba plena y terminante del derecho, sino la posibilidad razonable de que ese derecho exista (en una cognición sumaria y breve) y que, por tanto, la demanda sobre el fondo del litigio prospere, pues la certeza -o la falta de ella- se irá obteniendo en el decurso del proceso, plasmándose en la sentencia. Empero,

²³ MONROY PALACIOS, Juan José (2002). Bases para la formación de una Teoría Cautelar, Editorial Comunidad, Lima, p. 170.

tampoco debe creerse que la sola alegación del solicitante de la medida cautelar es suficiente para configurar este presupuesto, por cuanto, como se ha indicado, el juicio de probabilidad que se realiza debe encontrar que la pretensión puede ser estimada, por lo que existirá una sumaria actividad probatoria.

Como señala PRIORI, la verosimilitud “no es un juicio emitido al azar ni sobre la base de intuiciones del Juzgador, sino que es un juicio que, sin llegar a basarse en la certeza, es pasible de ser corroborado con los medios de prueba que se haya ofrecido en el pedido cautelar”²⁴.

En suma, corresponde al solicitante demostrar, con su alegación y los medios probatorios que para tal fin adjunta al pedido cautelar, que la pretensión principal que pretende garantizar con la medida que pide tiene posibilidades razonables de ser declarada fundada al pronunciarse la sentencia. En otras palabras, debe persuadir al Juez que el cálculo de probabilidades que le ha planteado es tan consistente que la balanza se presenta, de momento, a su favor.

Ahora bien, existen supuestos en que la obligación del solicitante de acreditar la apariencia de buen derecho que invoca se aligera, como cuando el demandado es declarado rebelde en el proceso, o cuando se está en un proceso en el que la parte demandada tiene la carga de probar (por ejemplo, si la pretensión se sustenta en el alegado incumplimiento del deudor) y aún no se ha llegado en el proceso a la etapa de contestación de la demanda, o se trata de una medida cautelar fuera de proceso. En estos casos, como se ha señalado, la obligación del

²⁴ PRIORI POSADA, Giovanni F. (2006). La Tutela Cautelar. Su configuración como derecho fundamental. ARA Editores, Lima, p. 74.

solicitante de demostrar la verosimilitud del derecho se alivia, pero en modo alguno se le releva de ella.

ii. Peligro en la demora

El presupuesto de peligro en la demora se encuentra vinculado a la posibilidad razonable de que lo solicitado en la pretensión sufra un perjuicio, irreparable o no, en el transcurso del proceso, es decir, que exista el peligro objetivo de ocurrencia de un evento –que puede ser natural o voluntario- que haga imposible o limite la realización de los intereses cuya satisfacción se ha solicitado vía pretensión.

En otras palabras, cuando la efectividad de la futura sentencia (que importa la efectividad de los derechos sustanciales, lo que constituye el fin mayor del proceso) se encuentre en riesgo, es decir, cuando se pueda vislumbrar la posibilidad de que se tramite el proceso sin alcanzar el resultado que motivó su postulación, se configura el peligro en la demora. El peligro es, en buena cuenta, que todo el esfuerzo desplegado en los actos pre-procesales y procesales devenga en inútil, dejando sin tutela jurisdiccional efectiva al demandante.

Al respecto, BARONA²⁵ señala que la necesidad de tutela cautelar se presenta cuando hay un riesgo que amenaza la efectividad del proceso y de la sentencia, que puede traducirse en:

²⁵ BARONA VILAR, Silvia. Las Medidas Cautelares. Citada por: HURTADO REYES, Martín (2006). Tutela Jurisdiccional Diferenciada. Palestra Editores, Lima, pp. 252 y 253.

- (a) la insolvencia del demandado como supuesto que afecta la efectividad de la sentencia en sentido genérico;
- (b) la desaparición de un bien cuando éste se debe entregar, lo que afecta la sentencia en un supuesto de ejecución específica,
- (c) amenaza de la efectividad de la ejecución por no haber adoptado las medidas cautelares correspondientes, y
- (d) el riesgo de que pierdan utilidad práctica los efectos no ejecutivos de la sentencia -sentencias declarativas o constitutivas- como en el caso de declaración de derecho de propiedad de un bien y el demandado lo enajenó durante el proceso.

MONROY PALACIOS incide en que este presupuesto se fundamenta en el riesgo de que el proceso se torne ineficaz impidiendo que el demandante obtenga la tutela efectiva que pretende: “El periculum in mora está referido a la amenaza de que el proceso se torne ineficaz durante el tiempo transcurrido desde el inicio de la relación procesal hasta el pronunciamiento de la Sentencia definitiva. Su existencia no está sustentada necesariamente en la posibilidad de que actos maliciosos del demandado impidan el cumplimiento de lo pretendido por el demandante sino también en que el solo transcurso del tiempo constituye de por sí una amenaza que merece una tutela excepcional. No se trata de proteger al afectado del daño genérico que implica un conflicto de intereses, pues éste es tutelado, precisamente, por un proceso judicial. El periculum in mora está destinado, específicamente, a proteger que lo pedido al momento de demandar

(petitorio) sea pasible de obtener una tutela efectiva en caso de que la sentencia declare fundada la demanda”²⁶.

Así pues, este requisito es lo que en realidad sustenta la finalidad y función de la medida cautelar, lo que justifica que, sin contar con certeza del derecho invocado, se proceda a modificar la esfera jurídica de la contraparte.

Por eso aquí el órgano jurisdiccional debe considerar que, de no actuar ya, existen probabilidades de que nunca más pueda hacerlo con eficacia. Esto implica que el peligro debe tener la característica de inminente, pues se está ante un pedido de tutela de urgencia, por lo que el solicitante debe demostrar su necesidad impostergable de tutela, lo que configura su interés para obrar.

2.2.2.3. Requisito para la concesión de la medida cautelar: la razonabilidad de la medida para garantizar la eficacia de la pretensión

Debe existir una correlación entre la situación jurídica que se pretende garantizar y la medida cautelar que se pide para garantizarla. En efecto, es menester que la medida sea coherente, congruente y proporcional con lo que se desea asegurar, lo que exige que el Juez realice un ejercicio de ponderación de la medida cautelar solicitada frente al objeto de su aseguramiento (la pretensión principal), lo que configura el requisito de razonabilidad de la medida, el cual importa que con ella se pueda asegurar de mejor manera la pretensión principal del proceso²⁷.

²⁶ MONROY PALACIOS, Juan José. Ob. Cit., p.176.

²⁷ La exposición de motivos de la norma señala que la exigencia de la razonabilidad de la medida determinará que sea necesaria la adecuación real entre el pedido cautelar y la pretensión procesal

De igual modo, como la medida cautelar va a alterar la relación material, al momento de concederla el Juez debe regirse por el principio de mínima injerencia para no afectar más de lo estrictamente necesario los intereses del afectado con la medida, tanto en el tipo de medida como en el quantum de la misma (de ser el caso).

Por ello, debe resaltarse la importancia de este requisito (razón por la que fue incorporado en la última modificación legislativa el año 2009), pues incide en la prevención de medidas cautelares ilícitas, por cuanto su inobservancia “distorsiona la finalidad de las medidas, convirtiéndolas, en muchas ocasiones, en mecanismos de presión psicológica o medios para obtener una tutela satisfactoria.”²⁸

Finalmente, no considero que la razonabilidad sea un presupuesto de concesión de la medida cautelar, dado que el Juez tiene la facultad de adecuar la medida cautelar empleando estos criterios -considerando la naturaleza de la pretensión principal y a fin de lograr la eficacia de la decisión definitiva evitando perjuicios innecesarios-, por lo que más propiamente constituye un requisito (condición necesaria) para definir su concesión.

2.2.2.4. La medida cautelar no debe afectar bienes y derechos de terceros

garantizada con dicho pedido, teniendo como sustento la instrumentalidad (la medida debe tener un fin determinado y ser adecuada para el logro del mismo) y el principio de proporcionalidad (la medida que se adopte debe afectar en menor medida la esfera jurídica ajena).

²⁸ MONROY PALACIOS, Juan José. Ob. Cit., p. 364.

En cuanto al espectro de afectación de la medida, la norma establece (en realidad, reitera la regla que rige en todo el sistema) que la medida cautelar solo puede afectar bienes y derechos de las partes vinculadas por la relación material o de sus sucesores, en su caso, proscribiendo invadir la esfera jurídica de terceros ajenos al conflicto (*res inter alios acta*), siendo aplicables los mismos principios de congruencia subjetiva que rigen a la sentencia y, en general, a las decisiones judiciales.

Esta norma debe ser concordada con la regulada en el artículo 623 del mismo cuerpo normativo, que establece la posibilidad de que la medida cautelar recaiga sobre los bienes de un tercero, siempre que se haya acreditado la relación o interés de éste con la pretensión principal, y además que hubiese sido previamente citado con la demanda.

En los demás casos la afectación de bienes y derechos de terceros es una irregularidad que debe corregir el Juez, ya sea de oficio, a pedido de una de las partes del proceso o por intervención del tercero en el proceso (principal o cautelar) a fin de que se reconozca su derecho de propiedad y logre la desafectación de sus bienes, o mediante la instauración de un proceso de tercería.

2.2.2.5. La contracautela o caución como requisito para la ejecución de la medida cautelar

La contracautela o caución es la garantía que debe otorgar el solicitante de la medida cautelar, para asegurar al afectado el resarcimiento de los daños y perjuicios que pudiera producirle la ejecución indebida de la medida cautelar. Por

ello, el ofrecimiento de caución no es un requisito para la procedibilidad de la medida (como lo son la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora y la razonabilidad de la medida), sino para la ejecución de la misma.

La caución responde al principio de igualdad, contrarrestando la falta de contradicción al momento de concederse y ejecutarse la medida cautelar. Por ello, la resolución cautelar debe contener medidas precautorias para ambas partes, para asegurar objetos diversos, por lo que se trata de cautelas mutuas, dada la incertidumbre de la solución a la controversia suscitada en la relación jurídica en debate. Por ello, el riesgo que entraña la falta de certeza debe ser asumido por quien se beneficia con la medida, y no ser trasladado a la parte demandada.

Es preciso tener en cuenta que a efecto de la responsabilidad del solicitante de la medida, para la que se exige la caución, la medida debe haber sido ejecutada (no solo pedido y obtenida), así como que tal ejecución ha de haber sido indebida²⁹, ya sea por haber sido obtenidas y ejecutadas sin derecho (formal o sustancial) o logradas mediante un ejercicio antifuncional de la pretensión (abuso o exceso, que causa un daño innecesario al demandado).

En este punto es preciso señalar lo siguiente: existe una discusión acerca de la relación entre la caución y la verosimilitud del derecho. Para algunos, a mayor verosimilitud menor caución y viceversa. Para otros, esta relación es errónea (PRIORI POSADA) y hasta absurda (MONROY PALACIOS).

²⁹ Por cuanto toda o casi toda medida cautelar, en sí misma, es susceptible de producir daño a la contraparte. Por ejemplo, un embargo en forma de inscripción puede desincentivar a terceros a arrendar el inmueble, o hacerlos aceptar pagar un monto por concepto de renta inferior al de mercado, y si el proceso dura varios años hasta que la sentencia definitiva declare fundada la demanda, el demandado que perdió –y por ende la sentencia fue justa y la medida cautelar cumplió su finalidad- habrá sufrido daños, mas no serán resarcibles.

La base de la crítica radica, ente otros aspectos, en que no pueden mezclarse presupuestos de concesión (procedibilidad) con presupuestos para ejecución (caución), por encontrarse en momentos de análisis totalmente diferentes.

En mi opinión, el que para determinar si se concede o no la medida cautelar solo se requiera haber aprobado el análisis de la apariencia de buen derecho, el peligro en la demora y la razonabilidad de la medida, sin tomar en cuenta la caución, y después de ello, se exija la caución en la forma y monto que el Juez estime conveniente, no significa que en este último momento se deje de considerar las razones que se tuvo para haber otorgado la medida (presupuestos para su concesión).

En otras palabras, establecida la existencia de la apariencia de buen derecho invocada y reunidos los presupuestos y el requisito para la concesión de la medida cautelar, al ingresar a evaluar lo relativo a la caución se puede y debe tomar en cuenta la verosimilitud dentro de las variables para su determinación. El riesgo siempre es un factor a considerar, más aun cuando se analizan, precisamente, probabilidades (probabilidad de ganar el juicio en caso de la medida cautelar y que se genere un daño ante la demora, probabilidad de que se pierda el juicio y que la cautelar indebidamente ejecutada cause un daño a la contraparte).

El riesgo siempre tiene un costo; la aversión al riesgo hace que los bienes incrementen o disminuyan su valor en función directa del mayor o menor riesgo; así, por ejemplo, el crédito requerirá menos garantías si el riesgo es menor y viceversa. En lo relativo a la caución, creo que no debe descartarse incluir en el

análisis tal factor, si bien ciertamente también sería un error reducir simplistamente la operación a dos únicas variables.

MONROY PALACIOS³⁰ refuta la incidencia de la verosimilitud del derecho en el establecimiento de la caución, señala que resulta forzoso hacer alusión a uno de los más fantasiosos recursos interpretativos de los que se ha valido la doctrina y la jurisprudencia en sede cautelar y que, precisamente, subyace a la pretendida correlación que venimos criticando. Se trata de aquel intento por conectar los grados de intensidad de la verosimilitud, con consecuencias objetivamente determinadas.

En virtud de ello, se suele razonar en el siguiente sentido: dado que la verosimilitud tiene distintos niveles de intensidad en función de cada caso concreto, es claro que mientras que aquélla sea mayor, serán menores las posibilidades de que la medida cautelar devenga innecesaria, es decir, disminuye el riesgo de que del demandado nazca el derecho al resarcimiento por los daños producidos por una medida que no debió ser concedida. De estas dos premisas, cuya validez no podría negarse, se colige que la caución a establecerse deberá ser menor. Con lo que, cuando la cadena de premisas se invierte, el resultado del silogismo deberá ser el opuesto: a menor intensidad de verosimilitud, mayor riesgo, por tanto, mayor caución.

Sin embargo, la coherencia de este razonamiento es tan engañosa como el canto de sirenas. Si así no fuera, pocos abogados y jueces lo habrían aceptado y

³⁰ MONROY PALACIOS, Juan José. Apuntes críticos sobre los presupuestos para el otorgamiento y para la ejecución de la medida cautelar. En: http://www.estudiomonroy.com/articulos/der_proc_apuntes_crit.htm Consultado el 12 de Abril del 2014.

este artículo no hubiera sido escrito. Ciertamente, el silogismo es perfecto, lo que fracasa es la forma cómo se conecta el contenido de sus premisas. Después de todo, la lógica formal sólo nos sirve para desarrollar criterios de validez, no de verdad.

Pero, ¿dónde radica el error? Una vez descubierto, es fácil entenderlo. Cuando se dice “menor riesgo, menor caución” o “a mayor riesgo, mayor caución” no se repara en que la caución no tiene por finalidad “garantizar el riesgo”, sino los perjuicios provocados en el momento en que ese riesgo se transforma en daño, es decir, cuando la medida cautelar deviene innecesaria. Pongamos como ejemplo dos procesos, con distintos objetos y partes, donde se solicitan sendas medidas cautelares cuya magnitud de afectación patrimonial es la misma: 90. La diferencia radica en que mientras en el proceso A la verosimilitud con que se otorga la cautela es intensa, en el B es simplemente la razonable. Entonces, siguiendo la interpretación criticada, cabría suponer que mientras la caución en este último proceso deberá ser de 90, en el primero, como producto de la mayor la intensidad de la verosimilitud, deberá ser menor, 50, por colocar una cifra. Inclusive, reconocemos que los grados de riesgo son diferentes, pues precisamente la intensidad de la verosimilitud da lugar a que existan mayores probabilidades que en el proceso A resulte el vencedor el demandante. Sin embargo, no es menos cierto que, más o menos verosimilitud, no existe certeza, por lo que sigue siendo una posibilidad concreta que en A y B los demandados obtengan una sentencia favorable y que, por tanto, la medida cautelar devenga innecesaria. Así, en virtud de lo dicho, ¿cabe señalar que en el proceso A el derecho al resarcimiento surgido de la medida cautelar innecesaria será menor

respecto del proceso B? No. El monto será el mismo: 90, más los intereses que se devenguen. Y es que, repetimos, la caución en ningún caso se determina en función del riesgo, sino en función del daño que la medida cautelar pueda producir ante la verificación de su carácter innecesario.”

En mi opinión, al considerar el factor riesgo en la fórmula para determinar la caución, no se pretende garantizar el riesgo, sino el daño, en caso éste se verifique, lo que no es lo mismo. Ahora bien, el daño se calcula/cuantifica de modo objetivo (ahí no entran a tallar consideraciones sobre la verosimilitud), pero al fijar el tipo de caución creo que sí puede pensarse en el riesgo.

De ese modo, comparto el ejemplo del autor citado en cuanto a la valorización: si el daño se estima en 90, siempre se tendrá que fijar una caución de 90, al margen del grado de verosimilitud del derecho que haya acreditado el solicitante de la medida cautelar. El derecho al resarcimiento surgido de la medida cautelar innecesaria es el mismo en todos los casos: todo aquel que se vea afectado con la medida cautelar indebida deberá ser reparado, lo que por lo demás es regla general de responsabilidad civil.

Si, contra el pronóstico del Juez que concedió la medida cautelar, el proceso culmina con sentencia final que desestima la pretensión –pues el superior jerárquico tiene un criterio jurídico distinto, valora los medios probatorios en sentido diferente, etc.-, los daños que sufra el demandado a quien se afectó con la medida cautelar deberán ser resarcidos en su dimensión real, por lo que el monto de la caución, que es estimatorio, solo es referencial, pues al final en todos los

casos en que se verifique que la medida fue innecesaria, se deberá proceder a la liquidación de los daños.

Pero –y aquí mi respetuosa discrepancia- si la verosimilitud del derecho es muy elevada (en algunos casos ésta linda con la certeza), el riesgo de dañar al demandado/afectado con la medida cautelar es proporcionalmente reducido, por lo que podría no ser necesario fijar un tipo de caución que resulte muy gravoso o difícil/costoso de obtener para el demandante, como por ejemplo una caución de naturaleza real; al revés, si la intensidad de la verosimilitud es mínima entonces el riesgo de causar un perjuicio al afectado con la medida cautelar es elevado, por lo que se requerirá asegurarlo de la forma más sólida posible, con una garantía de naturaleza real o fianza solidaria, o la que el Juez considere adecuada. Y dependiendo de las circunstancias, el Juez podrá establecer una caución combinada.

Visto en forma sistemática, el Código Procesal Civil contiene una serie de normas en el acápite de medidas cautelares que llevan a considerar que este razonamiento es consistente:

“Artículo 615.- Caso especial de procedencia.- Es procedente el pedido de medida cautelar de quien ha obtenido sentencia favorable, aunque fuera impugnada. El pedido cautelar se solicita y ejecuta en cuerda separada ante el Juez de la demanda, con copia certificada de los actuados pertinentes, sin que sea preciso cumplir los requisitos exigidos en los incisos 1 y 4 del Artículo 610”.

Esta medida cautelar especial se encuentra a medio camino entre la tutela cautelar propiamente dicha y la ejecución cierta de la sentencia, cuya ejecución se encuentra suspendida por la garantía de la impugnación.

Se exige al solicitante de fundamentar la apariencia del derecho y el peligro en la demora, así como de ofrecer caución, precisamente por encontrarse el proceso en un momento y estado particular, que extrae a la petición cautelar de la incertidumbre para la que fue concebida -y por la cual debe sustentarse la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora-, para ubicarla en una situación en que el juez ya analizó el tema de fondo, ya evaluó los medios probatorios y ya se pronunció, emitiendo un juicio de certeza, pero que todavía no es firme.

Sin embargo, recuérdese que, no siendo firme, existen posibilidades de que el órgano revisor revoque la decisión, desestimando la pretensión; empero, lo idóneo es que el derecho sea predecible, que los criterios se encuentren unificados, y que por ende las sentencias se confirmen, por lo que el legislador ha optado por considerar que la fuerza de la verosimilitud, ya convertida en certeza para el Juez, es suficiente para asegurar la eficacia de esta sentencia sin necesidad de gravámenes para el demandante.

Otro artículo del Código Procesal Civil que lleva esa lógica, es el que exige mejor caución en caso se reduzca o desaparezca la verosimilitud:

“Artículo 630.- Cancelación de la medida

Si la sentencia en primera instancia declara infundada la demanda, la medida cautelar queda cancelada, aunque aquella hubiere sido impugnada. Sin embargo, a pedido del solicitante el Juez podrá mantener la vigencia de la medida hasta su revisión por la instancia superior, siempre que se ofrezca contracautela de naturaleza real o fianza solidaria.”

Aquí el propio código procesal civil establece otro supuesto de medida cautelar cuando precisamente no se cuenta con sentencia favorable (cuando se obtuvo medida cautelar y luego la sentencia desestima la demanda), estableciendo en tales casos el requisito de ofrecimiento de caución de naturaleza real o fianza solidaria, por cuanto existe un juicio de certeza vigente que ha eliminado la apariencia de derecho, por lo que el riesgo de afectar a la parte demandada con la medida cautelar resulta mayor, debiéndose por tanto elevar su protección o, al menos, garantizarla de modo proporcional.

En los demás casos –cuando no exista juicio de certeza, ni favorable ni desfavorable al demandante-, el solicitante deberá cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 610, y la admisión de la caución ofrecida quedará a la decisión del juez, quien deberá evaluarla, pudiendo aceptarla, graduarla, modificarla, e inclusive cambiarla por la que considere necesaria y suficiente para proteger a la parte demandada de los posibles daños que le pudiera ocasionar la ejecución de la medida cautelar.

Es así que puede considerarse que existe una relación de inversa proporcionalidad entre la verosimilitud del derecho y la caución. En efecto, a mayor verosimilitud/apariencia del derecho, esto es, cuanto más cerca se esté de la

certeza del derecho alegado, existen evidentemente mayores probabilidades de obtener un fallo favorable, por lo que la medida cautelar que se hubiese obtenido eventualmente se convertirá en una de ejecución.

En cambio, cuanto menor sea la verosimilitud del derecho, existe mayor incertidumbre respecto del sentido de la decisión definitiva a recaer en el proceso principal, por lo que las probabilidades de que se pueda causar un daño a la parte demandada por la concesión de la medida cautelar se incrementan.

En consecuencia, la normatividad ha debido ponderar la necesidad de mantener la tutela de la parte demandante para que su derecho no se convierta en ilusorio, derecho que no se puede esfumar en tanto el proceso se mantenga pendiente y, al mismo tiempo, proveer a la parte demandada, en tales casos, de una garantía para cubrirla del riesgo de ser afectada por una medida cautelar, riesgo que se aprecia de modo más claro cuando la apariencia del derecho alegado por la parte demandante se difumina.

Debe aclararse que lo señalado es uno de los aspectos a considerar para evaluar los posibles daños a la parte demandada, debiéndose tomar en cuenta también otros, como por ejemplo el tipo de medida cautelar que se solicita (no es igual una anotación de demanda respecto de bienes de una empresa inmobiliaria que de una personal natural que no se dedica al comercio de los mismos, como tampoco es igual una anotación de demanda que un secuestro, que un embargo en forma de administración, etc.).

En suma, atendiendo a estas nociones, el Juez evaluará los daños posibles al afectado con la medida cautelar para establecer un quantum aproximado, y estudiará las probabilidades de ocurrencia del perjuicio para decidir la forma, naturaleza y alcances de la caución, entre otros aspectos.

Todo ello debe estar precisado con toda claridad en la resolución, a efecto de poder ejecutarse.

Es importante recordar que la caución no constituye un tope indemnizatorio. En efecto, hay quienes parecen equipararla a una cláusula penal. Nada más erróneo que ello; la caución es una garantía para cubrir los daños que pudieran infringirse al afectado con una medida cautelar innecesaria o indebida, es decir, para facilitar la reparación de los daños, y en modo alguno es sinónimo de limitación de éstos.

Por ello, la determinación excesiva o diminuta de caución, o su ausencia (supuesto, por ejemplo, del art. 615), no obsta para liquidar los daños causados si se verifica que la medida cautelar fue indebida –como por ejemplo si el proceso culmina con sentencia final desestimatoria-.

2.2.2.4. La fórmula de Posner

En toda evaluación cautelar debería estimarse el efecto que la verosimilitud tiene en los intereses económicos de las partes, es decir, en el balance de daños

(de ambas partes)³¹, debiendo analizarse estos factores integrados y en relación de uno con el otro.

Este principio fue enunciado por RICHARD POSNER³², en el que propuso la siguiente fórmula para evaluar la procedencia de una medida cautelar:

$$P \times Ds > (1-P) \times Dd$$

- P es la posibilidad de que la pretensión pueda ser declarada fundada (la verosimilitud o apariencia de buen derecho).
- Ds es el daño estimado que sufriría el solicitante de la medida cautelar si no se concediera la medida.
- Dd es el daño estimado que sufriría el demandado de dictarse la medida.

La fórmula de Posner puede entenderse de esta manera: si la probabilidad de que la pretensión sea declarada fundada multiplicada por el daño que sufriría el solicitante si no se concede la medida es mayor que la probabilidad de que la demanda sea declarada infundada³³ multiplicada por el daño que sufriría el afectado por la medida cautelar, entonces corresponde dictar la cautelar.

Se aprecia que esta fórmula relaciona los factores relevantes (apariencia de buen derecho o verosimilitud, peligro en la demora, peligro en el dictado de la

³¹ Peligro para la parte demandante de sufrir daños por la no concesión de medida cautelar (peligro en la demora), y peligro para la parte demandada de ser afectada por la ejecución de la medida cautelar.

³² Caso Hospital Supply Co, 780 F. 2d, p. 598.

³³ Que es la inversa de la probabilidad de que sea fundada.

cautelar), lo que resulta una inteligente integración de los conceptos que se han venido definiendo.

Ahora bien, la aproximación a las instituciones a través del análisis económico de derecho (AED) es eso: una aproximación, una metodología que aplica, a problemas de carácter jurídico, principios y conceptos de orden económico. Su objetivo es la utilización de categorías, métodos y técnicas de la economía en la tarea de explicar e interpretar el Derecho. Así, proporciona un enfoque que permite apreciar ciertas aristas del problema que, de otra forma, podrían no vislumbrarse, lo que de por sí ya es bastante importante y vale la pena ensayar.

Por ello, no compartimos la posición de quienes, buscando alguna falencia, aunque sea mínima, descartan el AED de plano, satanizándolo, sin comprender que esta metodología puede emplearse en adición a otras, a efecto de efectuar un análisis integral del problema bajo estudio.

Un problema tan complejo como la concesión de cautelas mutuas sin certeza de derechos, sin la garantía del contradictorio (*inaudita pars*) y con la posibilidad de generar daños a alguna de las partes (e inclusive a ambas, si la cautelar es inadecuada y la caución excesiva), requiere ser estudiado desde diversos ángulos, y la fórmula descrita aporta una perspectiva que ciertamente complementa la aproximación tradicional.

2.2.2.5. Motivación de la resolución que ampara o rechaza la medida cautelar

El artículo 611 CPC dispone que la decisión que ampara o rechaza la medida cautelar es debidamente motivada, bajo sanción de nulidad.

En realidad, este numeral no hace más que reiterar la obligación constitucional y legal de motivar las resoluciones judiciales. La decisión que ampara o deniega un pedido de medida cautelar es una resolución de gran trascendencia, pues contiene la concesión o rechazo de la tutela de urgencia que el solicitante ha pedido, por lo que la falta de motivación de la misma conlleva el ejercicio arbitrario del poder. El que el artículo señale que la resolución debe estar motivada, bajo sanción de nulidad, es solo marcar el énfasis de la importancia de la tutela cautelar, lo que no debe dejar de tenerse presente.

El artículo 139 de la Constitución Política del Estado establece que son principios y derechos de la función jurisdiccional:

“5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan”.

El Tribunal Constitucional ha señalado de modo reiterado que el derecho a la motivación de resoluciones judiciales es un componente esencial del derecho al debido proceso, precisando que:

“es el derecho de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en cualquier clase de procesos. La exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas en proporción a los términos del inciso 5) del artículo

139° de la Norma Fundamental, garantiza que los jueces, cualquiera que sea la instancia a la que pertenezcan, justifiquen sus decisiones, asegurando que la potestad de administrar justicia se ejerza con sujeción a la Constitución y a la ley; pero también, con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables. La Constitución no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto y, por sí misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si ésta es breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión”. (STC. 1313-2005-HC/TC. FF.JJ. 10,11).

Existen numerosas formas de vulnerar este derecho (o incumplir con la obligación de motivar), siendo las más comunes la no motivación (inexistencia de motivación) y la llamada motivación aparente (que puede considerarse una forma de no motivación, puesto que se la cubre bajo un manto de palabras y frases inconducentes).

Así, se viola el derecho a una decisión debidamente motivada cuando la motivación es inexistente o cuando hay solo una apariencia de motivación, en el sentido que no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión, o que no responde a las alegaciones de las partes del proceso, y/o porque –y ésta es la forma más generalizada de aparentar motivación- solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin sustento fáctico o jurídico, es decir, hay motivación pero no sirve, pues se ha basado en hechos inexistentes y/o pruebas no actuadas o únicamente se relatan los hechos o se

describe el proceso (p.e. cuando el Juez describe los hechos alegados sin analizarlos y los da por ciertos).

En suma, motivar equivale a justificar razonablemente. La motivación otorga legitimidad a la decisión de los jueces; reviste la mayor importancia porque evita el ejercicio arbitrario de un poder. Y si esta obligación no se cumple, la resolución debe ser declarada nula.

2.2.2.6. Supuesto especial de procedencia del pedido cautelar

Como se ha mencionado anteriormente, el artículo 615 del Código Procesal Civil prevé un supuesto especial de procedencia del pedido de medida cautelar, que se configura cuando el solicitante cuenta con sentencia favorable que aún no está firme (pues si lo estuviese ya no se requeriría de medida cautelar alguna, dado que se estaría en etapa de ejecución), la misma que puede haber sido impugnada y por tanto el efecto de la sentencia se encuentra suspendido hasta que se resuelva en definitiva el conflicto.

Dicho de otro modo, para la obtención de medida cautelar bajo los parámetros del artículo 615, se requiere contar con sentencia favorable no consentida pero vigente.

En el supuesto especial del artículo 615 se exime al solicitante de los requisitos 1 y 4 del artículo 610³⁴, que son la exposición de los fundamentos de la

³⁴ El artículo 610 del Código Procesal Civil establece como requisitos de la solicitud cautelar, lo siguiente:

“610.- Requisitos de la solicitud.- El que pide la medida debe:
1. Exponer los fundamentos de su pretensión cautelar;
2. Señalar la forma de ésta;

pretensión cautelar (que son la apariencia de buen derecho y peligro en la demora, pues la razonabilidad de la medida para garantizar la eficacia de la pretensión no debe dejar de sustentarse), así como el ofrecimiento de caución, precisamente por encontrarse el proceso en un momento y estado particular, que extrae a la petición cautelar de la incertidumbre para la que fue concebida -y por la cual debe sustentarse la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora-, para ubicarla en una situación en que el juez ya analizó el tema de fondo, ya evaluó los medios probatorios y ya se pronunció, emitiendo un juicio de certeza, pero que todavía no es firme.

Para la aplicación del artículo 615 es menester lo siguiente:

- i. Debe el solicitante contar con sentencia fundada o, al menos, fundada en parte.
- ii. El proceso debe encontrarse en trámite aún, es decir, no estar consentida la sentencia (pues de ser así no cabe tutela cautelar sino medida de ejecución de la sentencia firme).
- iii. La sentencia que favorece al solicitante/demandante puede haber sido impugnada. Ello no modifica la situación de tener sentencia favorable, pues ésta se encuentra vigente pero suspendida en sus efectos.

3. Indicar, si fuera el caso, los bienes sobre los que debe recaer la medida y el monto de su afectación;

4. Ofrecer contracautela; y

5. Designar el órgano de auxilio judicial correspondiente, si fuera el caso. Cuando se trate de persona natural, se acreditará su identificación anexando copia legalizada de su documento de identidad personal.”

- iv. El solicitante, al contar con juicio de certeza, ya no requiere sustentar la verosimilitud ni apariencia de su derecho, y se le exonera de sustentar el peligro en la demora.
- v. El solicitante debe señalar la forma de la medida cautelar (medida para futura ejecución forzada, anotación de la demanda, medida innovativa, de no innovar, etc.) y describirla de acuerdo al caso concreto.
- vi. El solicitante debe indicar, de ser el caso, los bienes sobre los que debe recaer la medida y el monto de su afectación.
- vii. El solicitante debe designar el órgano de auxilio judicial correspondiente (que pueden ser instituciones y funcionarios administrativos –Banco de la Nación, Registrador Público, entre otros-, los litigantes –en caso se designe como depositario a alguno de ellos-, o terceros –custodio o interventor-), si fuera el caso. Cuando el órgano de auxilio judicial sea una persona natural, se acreditará su identificación anexando copia legalizada de su documento de identidad personal.

El juez solo debe verificar la concurrencia de lo anterior, además de constatar que la medida cautelar solicitada sea adecuada para lograr la eficacia de la decisión que se ha emitido -y que aún no se encuentra firme- y, de esa manera, no devenga en ilusorio el derecho subjetivo que se pretende hacer efectivo a través del proceso.

2.2.2.7. Jurisdiccionalidad de la medida cautelar

El dictado y ejecución de medidas cautelares es jurisdiccional porque es consustancial al ejercicio de la potestad jurisdiccional –es una prolongación del

poder-deber del Estado de impartir justicia-, el cual depende de la Constitución y no de la ley.

2.2.2.8. Prejuzgamiento en la tutela cautelar

Toda medida cautelar importa, según el artículo 612 del CPC, un prejuzgamiento³⁵. Con prejuzgamiento el Código se refiere en realidad a un juicio hipotético, producto de una evaluación o cognición sumaria, que ciertamente no obliga al Juez a resolver en la decisión final en el mismo sentido que en aquél.

2.2.2.9. Naturaleza de la caución: real o personal.

Según su naturaleza, la caución puede ser real o personal.

La caución real puede expresarse en bienes o derechos -considerándose el dinero un tipo de bien (fungible por excelencia)- de titularidad del solicitante o de terceros (quienes deben prestar su conformidad, como es obvio).

La norma establece que la caución de naturaleza real se constituye a partir del mandato judicial que la admite, por lo que el registro cumple función de publicidad frente a terceros. Esta precisión implica que, considerándose constituida la caución de naturaleza real con la resolución que la admite, se puede proceder a ejecutar la medida cautelar, mientras también se inscribe la caución.

La caución personal, por su parte, consiste en la fianza, pero se permite la “fianza” del propio solicitante de la medida cautelar, denominada “caución

³⁵ Artículo 612.- Características de la medida cautelar.- Toda medida cautelar importa un prejuzgamiento y es provisoria, instrumental y variable.

juratoria”, que consiste en el juramento de éste de responder por el perjuicio que pudiera causar la ejecución de la medida cautelar.

En realidad, si el deber y el derecho al resarcimiento en caso de causar daño se encuentran sobreentendidos, el propósito de la caución juratoria no resulta convincente, equiparándose al crédito quirografario (que es el crédito sin garantía específica). Una solución al problema de la falta de garantía específica para el demandado (caución) podría ser el seguro de caución judicial, por el que el responsable directo del daño y la compañía aseguradora respondan de modo solidario frente al afectado/perjudicado con la medida cautelar innecesaria.³⁶

Es pertinente señalar que no siempre el beneficiario de la caución es el demandado, por cuanto podría darse que se afecte por error el bien de un tercero; de ahí que la norma indique que la contracautela tiene por objeto asegurar al afectado con una medida cautelar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pudiese causarle su ejecución.

2.2.2.10. Caución sometida a plazo

El artículo 613 CPC establece que cuando se admite la contracautela sometida a plazo, ésta queda sin efecto, al igual que la medida cautelar, si el peticionante no la prorroga u ofrece otra de la misma naturaleza o eficacia, sin necesidad de requerimiento y dentro del tercer día de vencido el plazo. El fundamento de esta norma es el principio de igualdad. Si la garantía para el demandado es la caución, si ésta decae, la medida cautelar también.

³⁶ Cfr. LEDESMA NARVAEZ, Marianella (2008). La póliza judicial en el proceso cautelar. Pontificia Universidad Católica del Perú. Departamento de Derecho. Cuaderno de Trabajo N° 7, Lima.

Por ello, si se ofrece, por ejemplo, una caución consistente en fianza, si ésta tiene un plazo específico, el beneficiario de la medida cautelar debe tener presente que no puede dejar desprotegida a la contraparte, por lo que se le concede un término de 3 días luego de vencido el plazo señalado para que la prorrogue u ofrezca otra que a criterio del Juez resulte tan eficaz como aquélla, esto es, que asegure el resarcimiento del afectado con la medida cautelar al menos de la misma manera que antes.

2.2.2.11. Indemnización al afectado por la medida cautelar

Hay ciertos casos en que el debate jurídico es altamente controvertido; más aun, en determinadas circunstancias el Juez no puede imponer la condena de costos y costas totalmente en cabeza del perdedor (por cuanto la respuesta judicial pudo haber sido inclinada en su favor casi en igual proporción de probabilidades), por lo que decide que ambas partes asuman las propias.

En tales casos, cuando el derecho en disputa ha sido objeto de largo y profundo debate, si ha habido una medida cautelar, ¿en cabeza de quién debe quedar el daño producido por ésta? ¿debería repartirse entre ambas partes, de modo similar a esos supuestos de costas y costos? ¿la solicitud y obtención de una medida cautelar no es el ejercicio regular de un derecho (aquí no puede hablarse del ejercicio abusivo de un derecho)?.

Los instrumentos procesales que concede el ordenamiento jurídico están previstos para conseguir determinados fines. Por ello, “en los términos de una relación de instrumentalidad remedio-fin, el abuso puede ser definido como el

empleo de un remedio procesal para conseguir un fin que no es propio de aquel remedio, puesto que no entra en el ámbito de los objetivos para los que el remedio ha sido previsto. Hay abuso, en otros términos, cuando se verifica una distorsión en el empleo de un instrumento procesal, que viene destinado a conseguir objetivos diversos de aquellos que le son propios”³⁷.

Es así que, si a través de una medida cautelar se persigue lograr efectos perjudiciales para la contraparte o un tercero no admitidos por el ordenamiento, se ingresa al ámbito del abuso del derecho a la tutela cautelar. No sancionar al litigante que abusa de su derecho a la tutela preventiva, es alentar la malicia procesal.

Así, sobre el abuso del derecho a la tutela cautelar se ha señalado: “Un campo fértil para las conductas abusivas es el de las medidas cautelares. Y ello es así atento a que resulta muy delgada la línea que separa su uso por cuestiones estrictamente relacionadas con el “peligro en la demora” y aquel que persigue fines extorsivos.

Es plenamente aplicable en este supuesto la totalidad de los conceptos vertidos en relación a los magistrados en cuanto a su compromiso con el proceso; también es cierto que, pese a su diligencia en tratar de delimitar los abusos, muchas veces son imposibles de evitar, siendo sus consecuencias muy disvaliosas y hasta irreversibles.

³⁷ Traducción libre de TARUFFO, Michele (“Elementi per una definizione di ‘abuso del processo’”), citado por PRIORI POSADA, Giovanni . Ob. Cit., p. 177.

El artículo 208 del Código Procesal de Buenos Aires se enrola en el criterio subjetivo en orden a juzgar la responsabilidad del peticionante de la medida, de modo que para que nazca la obligación de reparar debe probarse que el solicitante actuó con culpa o dolo, que ponga de manifiesto la utilización de la medida con propósitos extorsivos o para obtener beneficios indebidos y ocasionar molestias inútiles a la otra partes (...) La jurisprudencia ha hecho referencia al ejercicio abusivo de las prerrogativas a obtener medidas cautelares, pero surgiendo la existencia de dolo o culpa del agente (...) y también se exigió la demostración de los perjuicios irrogados (...).”³⁸

Asimismo, sobre las diversas modalidades de abuso de medidas cautelares:

“¿Qué pasa cuando no solo se traba sin derecho, sino que se abusa de las medidas cautelares? El sentido común refiere que esa conducta debe ser sancionada. La pregunta que sigue es: ¿por qué vía vamos a juzgar entonces la responsabilidad de quien así actúa? (...) ¿Cuáles pueden ser los supuestos?: abusos cuantitativos del embargo (art. 281 CPC), o cualitativos (bienes inembargables, art. 469 CPC), embargos preventivos de cuentas corrientes bancarias, de fondos diarios de las recaudaciones de caja sin acreditar que no se conocen otros bienes “sólidos” para embargar, o la irrazonabilidad temporal del mantenimiento de cualquier medida cautelar sobre bienes registrables sin que se entere de hecho el propietario; si se peticionó una medida cautelar previa a la demanda y aquella caducó, para algunos tal extremo revela por sí mismo que la medida fue pedida abusivamente, como también si una entidad bancaria trabó un

³⁸ BILESIO, Juliana y GASPARINO, Marisa G. (2001). Reflexiones sobre el abuso en materia procesal. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos aires, p. 25.

embargo incorrecto por promover en forma errónea un juicio ejecutivo, entre otros muchos supuestos”³⁹.

Este autor propone que para configurar el abuso procesal en materia de ejecución de medidas cautelares, “basta probar que las mismas se trabaron con sentido ajeno a su funcionalidad, que es asegurar el resultado práctico de la sentencia.”⁴⁰

Si bien el propio Poder Judicial es el que ha otorgado la medida (previo análisis y evaluación de los posibles daños a ambas partes –al solicitante por la no concesión de la medida y a la parte demandada por la ejecución de la misma- a efecto de conceder la que sea razonable y fijar la caución), y el pedirla es un derecho legítimo, se ha dicho que lo que se sanciona es la distorsión de su finalidad (o su anormalidad):

“El otorgamiento de medidas cautelares es facultad judicial reunidos que fueren los requisitos exigidos por la ley procesal. Bien o mal trabadas tienen una característica muy especial: en su traba interviene el Estado, a través del Poder Judicial, y es el mismo Código de Procedimientos quien regula el modo para lograr la medida, cumpliendo ciertos requisitos. No se configura un hecho ilícito al solicitar la medida, como ocurre en un accidente de tránsito, donde el hecho ilícito se genera al momento del choque o de la lesión a la víctima.

³⁹ CARBONE, Carlos A. (2001). Abuso del proceso en las medidas cautelares y en los procesos diferenciados: sentencia anticipada y autosatisfactiva, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos aires, pp. 353 y 354.

⁴⁰ *Ibíd.*, p. 368.

El hecho ilícito recién aparecerá cuando se demuestre que la medida se ha pedido sin razón o sin derecho. Mientras tanto, el demandado presuntamente perjudicado deberá esperar pacientemente que se dilucide la cuestión para demostrar los daños y perjuicios irrogados por la medida. (...) Las normas de nuestro proceso han sido creadas para su uso normal, y ocurre que –en el caso que nos ocupa- las medidas cautelares se traban “usando normalmente” esas mismas normas del proceso. Sin embargo su fin es “anormal”. O por lo menos excesivo. Y ese uso anormal o excesivo es el que puede generar daños y perjuicios que deberán ser indemnizados”⁴¹.

El artículo 621 (incluyendo la sumilla)⁴² del CPC establece que el Juez fija la reparación indemnizatoria si la medida cautelar deviene en innecesaria o maliciosa por haberse declarado infundada la demanda y dispone la condena de costas y costos del proceso cautelar y el pago de una multa, constituyendo una norma explícita sobre el ejercicio abusivo del derecho a la tutela cautelar. Debe advertirse que en la sumilla del artículo citado se menciona el carácter malicioso de la medida cautelar, más al interior del mismo no se encuentra referencia alguna a factores subjetivos de atribución de responsabilidad, lo que ha traído no pocas elucubraciones, posiciones y debate.

⁴¹ FLUCK, Anna Inés (2001). La medida cautelar trabada abusivamente y los daños y perjuicios. ¿Preclusión o prescripción?, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, p. 385.

⁴² Artículo 621.- Sanciones por medida cautelar innecesaria o maliciosa.-

Si se declara infundada una demanda cuya pretensión estuvo asegurada con medida cautelar, el titular de ésta pagará las costas y costos del proceso cautelar, una multa no mayor de diez Unidades de Referencia Procesal y, a pedido de parte, podrá ser condenado también a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados.

La indemnización será fijada por el Juez de la demanda dentro del mismo proceso, previo traslado por tres días.

La resolución que decida la fijación de costas, costos y multa es apelable sin efecto suspensivo; la que establece la reparación indemnizatoria lo es con efecto suspensivo.

El mismo artículo indica que la sanción es por medida maliciosa o innecesaria, lo que lleva a considerar que incluye tanto los supuestos subjetivos como objetivos (es decir, en todos los casos en que se declare infundada la demanda se procederá a multar al demandante, a condenarlo al pago de costas y costos y se podrá fijar –a pedido de parte- una indemnización para el demandado).

La ley o la jurisprudencia vinculante deberían dejar claramente establecida la naturaleza de la responsabilidad (objetiva, subjetiva o mixta), o acaso, como sugiere Ramírez Jiménez, optar por un método propio. En efecto, como se verá, a pesar de que todo indicaría que se apunta a que se trata de responsabilidad objetiva, quedan algunos “cabos sueltos” que llevan a confusión.

MONROY PALACIOS considera que, en principio, se trata de responsabilidad objetiva, similar a la condena de costas y costos (menciona el principio de sucumbencia, empleado en el sistema brasileño, por el que se atribuye a la parte vencida en un proceso judicial el pago de los gastos provenientes de la actividad procesal), pero agrega que ello es sin perjuicio de que en caso se estuviese ante un supuesto de medida cautelar ilícita -en la que se haya superado el ámbito de la simple aseguración- el afectado puede optar por plantear una demanda (iniciando así un proceso judicial) de indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad subjetiva:

“Al igual de lo que sucede modernamente con la responsabilidad en sede civil, el concepto de culpa ha sido relegado a un segundo plano en múltiples situaciones jurídicas procesales. En el ámbito estrictamente cautelar la opción ha sido similar, es decir, ha operado un privilegio por la responsabilidad objetiva

según la cual, el deber de resarcimiento nace del “principio de sucumbencia”. En otras palabras, en todos los supuestos en los cuales el proceso termine sin una sentencia que ampare el derecho pretendido por el demandante, nace la obligación procesal de que éste restituya los derechos afectados al sujeto que soportó la medida.

Lo cierto es que la verificación de esta responsabilidad objetiva por medida cautelar innecesaria, no excluye la posibilidad de iniciar un proceso judicial donde se demande la indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad subjetiva. Es decir, cuando el demandado –en el proceso primigenio- advierta que el sujeto favorecido con aquella ha actuado de mala fe, con participación o no del juzgador. Un caso típico de esta situación se encuentra en el otorgamiento de lo que hemos convenido en denominar medida cautelar ilícita. Es decir, aquellas medidas que superan el ámbito de la simple aseguración y que constituyen en realidad auténticas resoluciones judiciales con carácter satisfactivo.

A través del estudio casuístico de aquellas resoluciones podemos apreciar que, en la gran mayoría de supuestos, lejos de solicitarse como remedios destinados a neutralizar la eficacia del proceso, vienen a constituir medidas de presión psicológica y material o mecanismos para la obtención de una tutela procesal satisfactiva, a costa del derecho de defensa del demandado”⁴³.

Puede concluirse que la obligación de indemnizar surge por el riesgo en su expedición, el cual fue asumido por el solicitante cuando pidió la medida cautelar, y no por la mala fe de aquél o por la injusticia de la medida; es por ello que se

⁴³ MONROY PALACIOS, Juan José. Ob. Cit., pp. 330 y 331.

dice que la medida cautelar “es un instrumento peligroso para el contrario y para quien lo usa. Es como un arma rápida y celosa que debe ser manejada con suma prudencia. Por eso se otorga por cuenta y riesgo de quien la pide”⁴⁴.

El citado artículo 621 CPC contiene tres imposiciones para el demandante:

- El pago de una sanción en apariencia objetiva, que es la multa establecida, con un tope de 10 Unidades de Referencia Procesal; empero, al no fijar la norma el monto de la multa hace que el Juez la fije, ¿en atención a qué? ¿al valor de la pretensión, de la cautelar, de la caución? ¿a las posibilidades económicas del sancionado? ¿al grado de culpa o al dolo del demandante? (es decir, si la medida solo fue innecesaria, o si además fue maliciosa).

Ciertamente no parece justo ni sensato que si el solicitante de la medida cautelar no actuó de mala fe, y la decisión final del proceso fue objeto de sentencias contradictorias (por ser el derecho discutido altamente controvertido), sea sancionado por haber pretendido asegurar la eficacia de su pretensión. Si, en cambio, actuó con dolo, a sabiendas de que su pretensión no tenía futuro, no puede dejar de imponérsele una multa por la mala fe procesal, pero para ello existen las reglas generales del Código Procesal Civil. Todo indicaría que el legislador busca con esta norma desincentivar a los demandantes de pedir medidas cautelares

⁴⁴ CONDORELLI, José Luis (1985). Del abuso y la mala fe dentro del proceso. Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 145. Citado por LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008). Comentarios al Código Procesal Civil. T. III. Lima, Gaceta Jurídica, Lima, p. 84.

maliciosas e innecesarias, lo cual es correcto. Es así que la regla contenida en este extremo resulta conveniente.

Para algunos el tope no es saludable, pues debería el Juez tener libertad para fijar multas mayores en caso el dolo o la mala fe sean manifiestos, pues en ciertos casos 10 URP de multa, en contraste con el beneficio obtenido con la medida cautelar maliciosa, no sirven en absoluto para alcanzar los incentivos que se aspiran.

- La condena de costos y costas del proceso. Cabe preguntarse si esta sanción puede contener (como en la multa) la posibilidad de graduación por el Juez en atención a las circunstancias (lo que llevaría a considerar la diferencia entre medida solo innecesaria y medida maliciosa), o inclusive la posibilidad de exoneración, con lo cual se asimilaría a las reglas de los artículos 412 y siguientes del CPC.

Por la redacción del art. 621, no se confiere la posibilidad de exoneración ni siquiera parcial de costas y costos, como tampoco de dejar de asumir una multa, al demandante. No parece, pues, que el demandado/afectado con la medida cautelar asuma, en ningún caso, sus costas y costos del proceso cautelar, y la regla del art. 621, al ser especial, prima sobre la general. Es así que podría darse que en el proceso principal (y demás incidentes) el Juez exonere a la parte vencida (demandante) del pago de costas y costos del proceso, pero no así en el cautelar.

- La indemnización de daños y perjuicios al afectado con la medida cautelar. A diferencia de los anteriores, aquí solo opera a pedido de parte, dado que ésta tendrá la carga probatoria respecto de los daños sufridos.

El procedimiento es bastante expeditivo, pues luego de recibir el pedido por parte del afectado con la medida, el Juez correrá traslado al demandante por 3 días, al cabo de los cuales resolverá lo que corresponda. Ello se realizará en el proceso principal, en el cual nada impide que de ser el caso se convoque a audiencia de pruebas.

Finalmente, para muchos (me incluyo) esta norma debió contemplar de modo expreso todos los supuestos de medidas cautelares maliciosas o innecesarias, y no solo los casos en que el proceso termina con sentencia desestimatoria, sobre todo lo relativo a la indemnización.

Por ejemplo, cuando el proceso culmina con sentencia que declara improcedente la demanda, cuando al declararse fundada una excepción se ponga fin al proceso, en el acto de saneamiento, o inclusive al calificar la demanda (si hay medida cautelar fuera de proceso) y se declara improcedente, o se ha declarado inadmisibile y no subsana, acarreando el rechazo; o cuando se concede medida cautelar fuera de proceso y no se presenta la demanda, propiciando la caducidad de la medida.

El legislador ha debido incluir todos estos supuestos –a pesar de que su no inclusión no importa imposibilidad de obtener resarcimiento por daños y perjuicios- en la regla contenida en este artículo, o brindar una norma abierta para que puedan encajar.

2.3.- DEFINICIÓN DE TERMINOS:

PROCESO.- Un proceso es el conjunto de pasos o etapas necesarias para llevar a cabo una actividad.

LEY.- La ley es una norma jurídica dictada por el legislador. Es decir, un precepto establecido por la autoridad competente, en que se manda o prohíbe algo en consonancia con la justicia. Su incumplimiento trae aparejada una sanción. La ley es una "norma dictada por una autoridad pública que a todos ordena, prohíbe o permite, y a la cual todos deben obediencia.

MEDIDA CAUTELAR.- Son las dictadas mediante providencias judiciales, con el fin de asegurar que cierto derecho podrá ser hecho efectivo en el caso de un litigio en el que se reconozca la existencia y legitimidad de tal derecho. Las medidas cautelares no implican una sentencia respecto de la existencia de un derecho, pero sí la adopción de medidas judiciales tendentes a hacer efectivo el derecho que eventualmente sea reconocido.

JUSTICIA ADMINISTRATIVA.- comprende el estudio de las garantías de la Administración para ser eficaz, justa y también las garantías que debe tener el administrado para asegurar la legalidad y moralidad administrativas y el respeto por sus derechos y sus intereses. No trata solamente el estudio de

los recursos del procedimiento, formas de actuaciones, órganos con competencias especiales y el proceso posterior ante los órganos judiciales.

RECURSOS ADMINISTRATIVOS.- Los recursos son pues, una forma especial de impugnación de los actos administrativos que provocan una controversia que resuelve finalmente una de las partes: la administración pública.

LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS.- Integran el proceso de la Administración pública con el fin de seguridad, orden y eficacia de todo su quehacer. El procedimiento administrativo de la justicia administrativa tiene esos mismo fines pero además tiende a garantizar las relaciones jurídicas del administrado.

ADMINISTRACION PÚBLICA.- Es el contenido esencial de la actividad de correspondiente al Poder Ejecutivo, y se refiere a las actividades de gestión, que el titular de la misma desempeña sobre los bienes del Estado para suministrarlos de forma inmediata y permanente, a la satisfacción de las necesidades públicas y lograr con ello el bien general, dicha atribución tiende a la realización de un servicio público, y se somete al marco jurídico especializado que norma su ejercicio y se concretiza mediante la emisión y realización del contenido de actos administrativos emitidos expreso.

III. METODOLOGÍA

3.1. Tipo y diseño de investigación

La naturaleza de la presente investigación correspondió al tipo de investigación jurídico mixta: dogmática y empírica⁴⁵, debido a que el análisis y datos empleados fueron teóricos, tomados de la doctrina relacionados al problema de investigación, es en base a la doctrina cautelar y contencioso administrativo contemporánea, y datos que se obtuvieron de la realidad jurídica determinado por la delimitación de la muestra de estudio de la investigación; lo que permitió elaborar las bases teóricas para justificar el problema de investigación y realizar la discusión. También afín de tener mayor objetividad en la investigación se tomó la opinión de los operadores jurídicos para conocer su apreciación al respecto al problema de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo.

3.1.1. Diseño de investigación

A. Tipo de diseño

Correspondió a la denominada **No Experimental**⁴⁶, debido a que careció de manipulación intencional de la variable independiente, además no poseerá grupo de control ni experimental; su finalidad será estudiar el hecho jurídico identificado en el problema después de su ocurrencia.

⁴⁵ SOLÍS ESPINOZA, Alejandro (1991). Metodología de la Investigación Jurídico Social, Editorial Edigraf, Lima, pp. 54 y ss.

⁴⁶ ROBLES TREJO, Luis y otros (2012). Fundamentos de la investigación científica y Jurídica, Editorial Fecatt, Lima, p. 34.

B. Diseño General

Se empleó el diseño **Transversal**⁴⁷, toda vez que se realizó el estudio del hecho jurídico en un momento determinado de tiempo, es decir, está delimitado temporalmente para el periodo 2008-2009, periodo en el cual se recogieron los datos y la información en base a las técnicas e instrumentos diseñados para la investigación.

C. Diseño específico

Se empleó el diseño **Descriptivo-explicativo**⁴⁸, toda vez que se estudió los factores que generan situaciones problemáticas dentro de un determinado contexto y poder explicar el comportamiento de las variables de estudio.

3.2. Plan de recolección de la información y/o diseño estadístico

Durante el proceso de investigación se aplicaron los siguientes métodos:

- Dogmático: análisis de las teorías jurídicas;
- Exegético: análisis de las normas legales; y
- Hermenéutico: correcta interpretación de los textos legales.
- Argumentación jurídica: exposición de razonamientos fundados.
- Matemático y estadístico: para cuantificar y representar los datos empíricos.

⁴⁷ HERNANDEZ SAMPIERI, Roberto y otros (2010). Metodología de la investigación, Editorial McGrawHill, México, p. 151.

⁴⁸ *Ibíd.* p. 155

- Fenomenológico: Para conocer las actitudes de los magistrados y justiciables.

Las estrategias o procedimientos de recogida de información, se realizó de la siguiente manera:

- Para recoger la información teórica para alcanzar los objetivos de la investigación se empleó la Técnica Documental, cuyos instrumentos serán la fichas Textuales y de Resumen. Para los datos empíricos se utilizó la técnica del análisis de contenido y la encuesta.
- Para recoger información empírica se empleó la técnica de la Encuesta y Análisis de contenido, para conocer la apreciación de los operadores jurídicos y análisis de la jurisprudencia.
- Además, para el análisis de la información de la investigación se realizó a través del método de la Argumentación Jurídica.

Análisis e interpretación de la información:

Cuyos pasos a seguir fueron:

- Selección de la información que fue estudiada;
- Selección de las categorías que se utilizaron;
- Selección de las unidades de análisis, y

Criterios:

Los criterios seguidos en el presente proceso de investigación fueron:

- Identificación del lugar donde se buscó la información.
- Identificación y registro de las fuentes de información.
- Recojo de información de la información en función a los objetivos de investigación, empleando técnicas e instrumentos de investigación pertinentes.
- Sistematización de la información.
- Análisis y evaluación de la información.

3.3. Instrumentos de recolección de la información

El recojo de información del trabajo de campo se realizó a través de la Técnica documental, empleándose como su instrumento las fichas, especialmente las literales y de resumen, en base al cual se recogieron la información suficiente sobre nuestro problema de estudio.

También se aplicó la ficha de análisis de contenido para realizar el estudio de las resoluciones, doctrina y jurisprudencias sobre nuestro problema de estudio y poder determinar cuáles son los criterios jurídicos y el tratamiento que existe en el Derecho Administrativo y Procesal.

También se aplicó la encuesta para conocer la opinión de los operadores de nuestra ciudad, a fin de recoger datos sobre sus apreciaciones sobre nuestro problema de estudio.

Para el estudio de la normatividad se realizó a través de los métodos exegético y hermenéutico, para tener una visión sistemática nuestro problema de estudio.

Finalmente para la validación de las hipótesis, se confrontó el logro de los objetivos propuestos en la investigación; para lo cual se confrontó con la información encontrada en las diversas fuentes, las mismas que fueron procesadas o interpretadas y fundamentadas con la técnica de la argumentación jurídica, la que permitió validar nuestra hipótesis, con fundamentos teóricos y empíricos, es decir se empleó la técnica de análisis cualitativo (datos teóricos) y cuantitativo (datos empíricos).

3.4. Plan de procesamiento y análisis estadístico de la información

Primero.- Se tabularon los datos de acuerdo a un parámetro elaborado en función de los propósitos de la investigación. Para cada variable se elaboró un parámetro que consiste en una escala de valoración de los datos recogidos.

Segundo.- En base de los datos ordenados se elaboraron los cuadros de distribución porcentual así como los gráficos estadísticos para su representación.

Tercero.- Se procedió a la discusión doctrinaria y de jurisprudencia encontrada para poder justiciar los problemas de estudio, en base a la argumentación jurídica.

3.4.1. Plan de análisis estadístico de la información

- Presentación de los cuadros estadísticos, y análisis de los cuadros estadísticos, resaltándose los datos más importantes.
- Interpretación de los datos que presentan los cuadros de acuerdo al marco teórico que apoya la hipótesis.
- Discusión de la doctrina y jurisprudencia.

IV. RESULTADOS

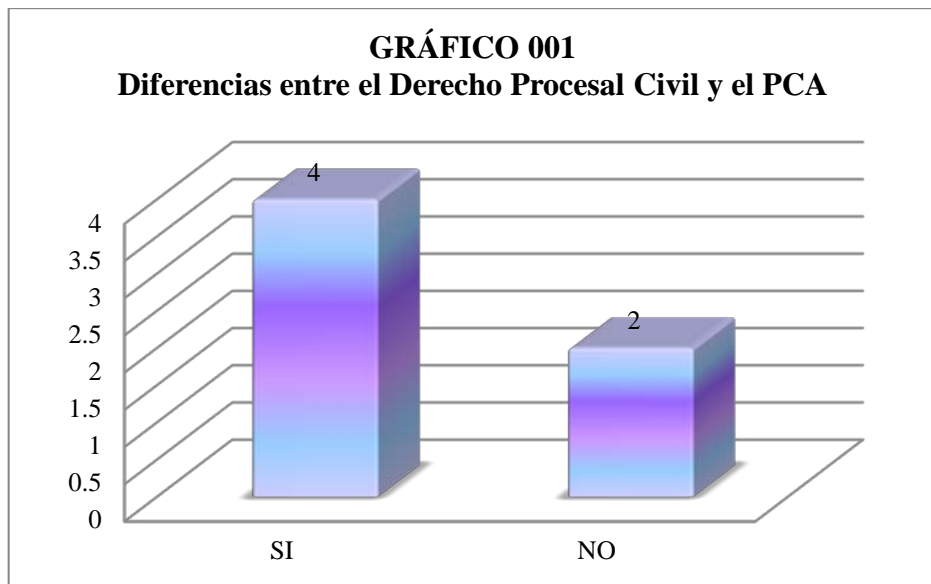
4.1. Encuesta realizada a los Jueces Civiles y/o Mixtos del Distrito Judicial de Ancash

1. ¿Cree usted que existe diferencias entre el Derecho Procesal Civil y el Proceso Contencioso Administrativo?

CUADRO N° 01

| | f | % |
|-------|---|-----|
| SI | 4 | 67 |
| NO | 2 | 33 |
| TOTAL | 6 | 100 |

Fuente: Encuesta



INTERPRETACIÓN

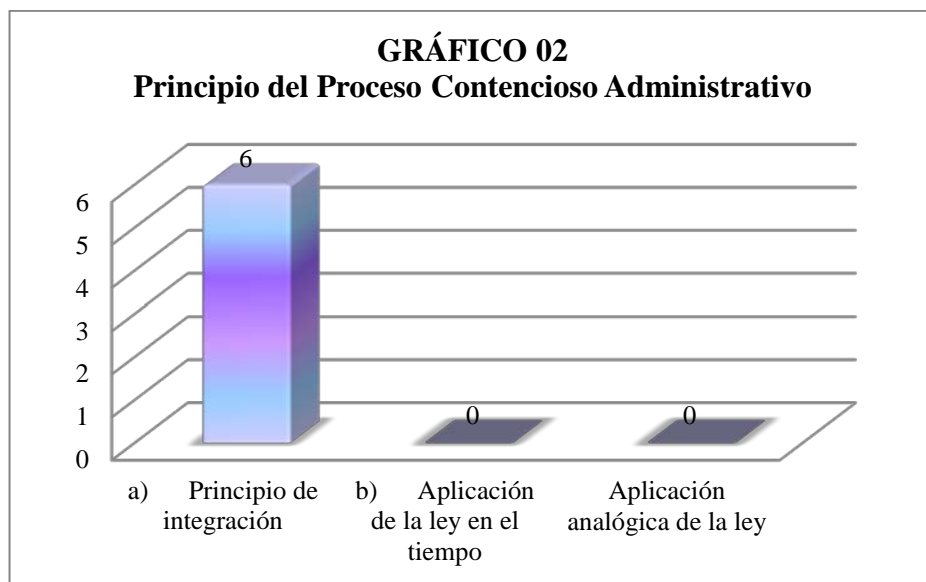
Como observamos en el presente gráfico, a la pregunta ¿Cree usted que existe diferencias entre el Derecho Procesal Civil y el Proceso Contencioso Administrativo?; la mayoría de los encuestados es decir el 67% afirma que existen diferencias entre el Derecho Procesal Civil y el Proceso Contencioso Administrativo. Mientras tanto 2 encuestados que representan el 33% manifiesta que no existe diferencias entre el Derecho Procesal Civil y el Proceso Contencioso Administrativo.

2. *Constituye principio del proceso contencioso administrativo*

CUADRO N° 02

| | f | % |
|--------------------------------------|----------|------------|
| a) Principio de integración | 6 | 100 |
| b) Aplicación de la ley en el tiempo | 0 | 0 |
| c) Aplicación analógica de la ley | 0 | 0 |
| TOTAL | 6 | 100 |

Fuente: Encuesta



INTERPRETACIÓN

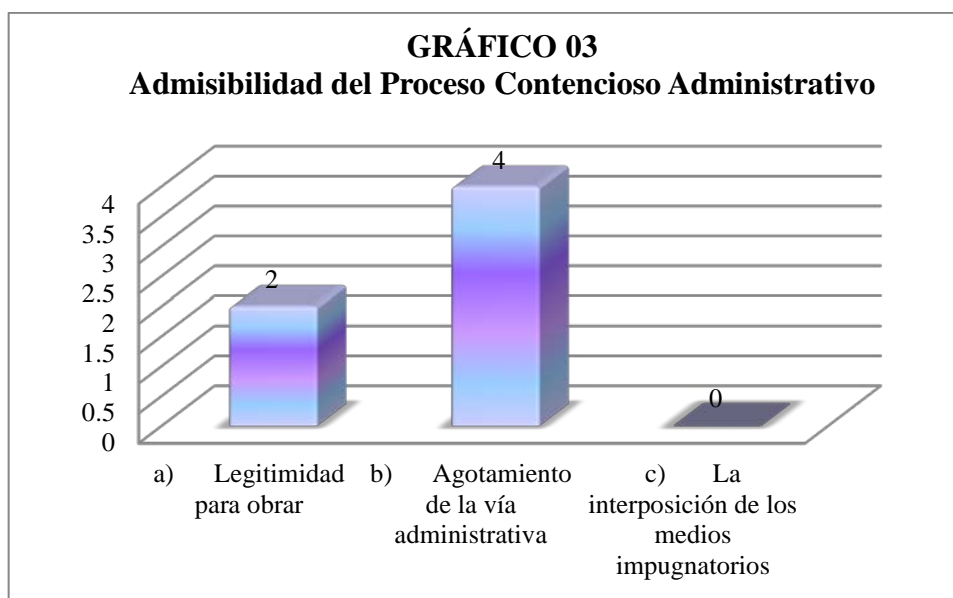
El presente gráfico no muestra que para el total de encuestados, es decir el 100%, el Principio de Integración constituye el principio del proceso contencioso administrativo; ninguno de los encuestados manifiesta que la aplicación de la ley en el tiempo y la aplicación analógica de la ley es el principio del proceso contencioso administrativo.

3. *Constituye requisito de admisibilidad del proceso contencioso administrativo:*

CUADRO N° 03

| | f | % |
|---|----------|------------|
| a) Legitimidad para obrar | 2 | 33 |
| b) Agotamiento de la vía administrativa | 4 | 67 |
| c) La interposición de los medios impugnatorios | 0 | 0 |
| TOTAL | 6 | 100 |

Fuente: Encuesta



INTERPRETACIÓN

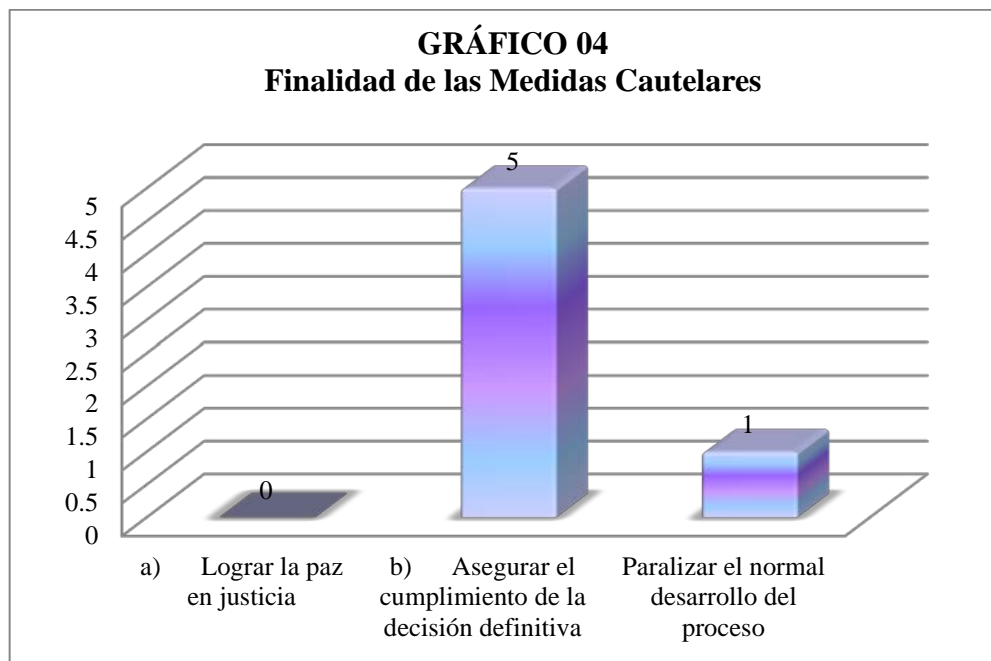
Según este gráfico observamos que la mayoría de los encuestados afirman que el agotamiento de la vía administrativa, constituye el requisito de admisibilidad del proceso contencioso administrativo, como así lo refieren 4 encuestados que representan el 67%; una relativa minoría es decir el 33% de los encuestados que son 2, manifiestan que la legitimidad para obrar es la que constituye el requisito de admisibilidad del proceso contencioso administrativo; ningún encuestado opta por la interposición de los medios impugnatorios como requisito de admisibilidad del proceso contencioso administrativo.

4. *La finalidad de las Medidas Cautelares es:*

CUADRO N° 04

| | f | % |
|---|----------|------------|
| a) Lograr la paz en justicia | 0 | 0 |
| b) Asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva | 5 | 83 |
| c) Paralizar el normal desarrollo del proceso | 1 | 17 |
| TOTAL | 6 | 100 |

Fuente: Encuesta



INTERPRETACIÓN

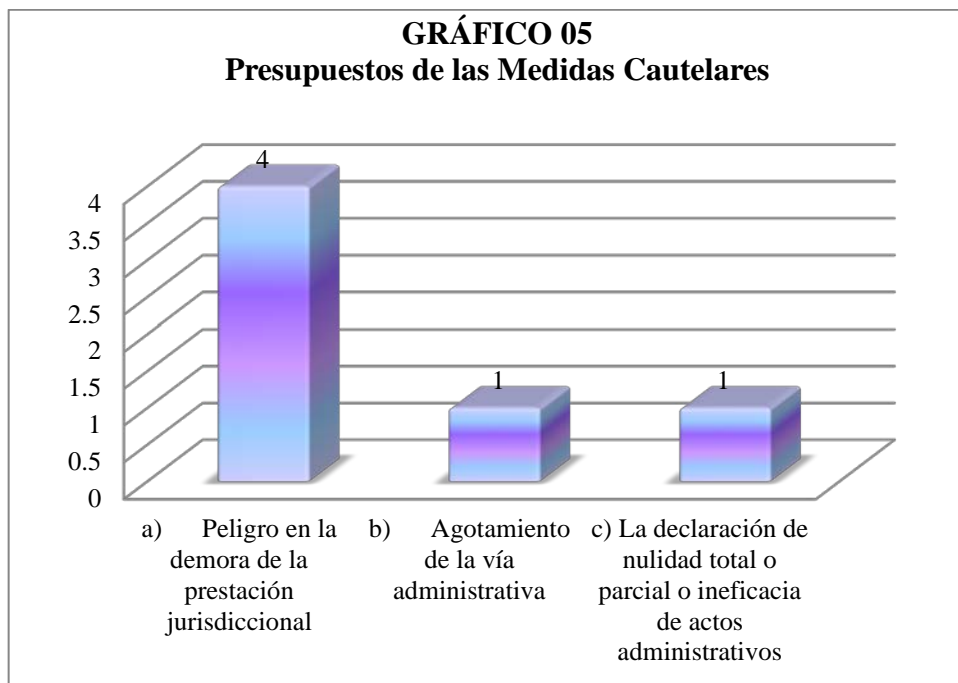
Como se observa en el presente gráfico la gran mayoría de los encuestados, es decir 5 que representa el 83% afirman que la finalidad de las medidas cautelares es asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva; mientras que una minoría de los encuestados es decir el 17% manifiesta que la finalidad de las medidas cautelares es paralizar el normal desarrollo del proceso; para ningún encuestado el lograr la paz en justicia es la finalidad de las medidas cautelares.

5. *Constituye presupuesto de las Medidas Cautelares:*

CUADRO N° 05

| | f | % |
|--|----------|------------|
| a) Peligro en la demora de la prestación jurisdiccional | 4 | 67 |
| b) Agotamiento de la vía administrativa | 1 | 17 |
| c) La declaración de nulidad total o parcial o ineficacia de actos administrativos | 1 | 17 |
| TOTAL | 6 | 100 |

Fuente: Encuesta



INTERPRETACIÓN

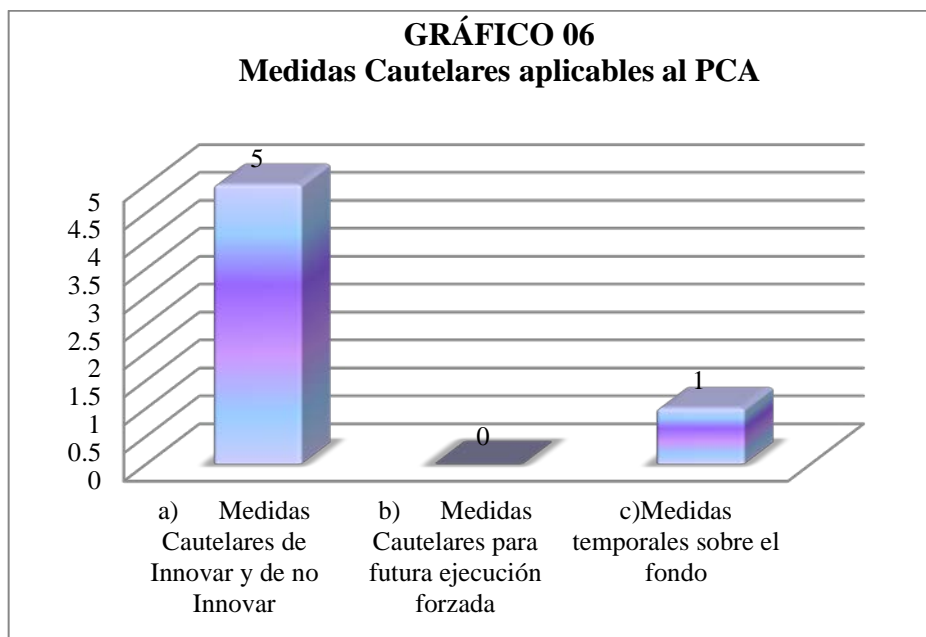
En el presente gráfico observamos que la mayoría de los encuestados, es decir el 67%, afirman que el peligro en la demora de la prestación jurisdiccional es quien constituye el presupuesto de las medidas cautelares; mientras que para un 17% de los encuestados tanto el agotamiento de la vía administrativa como la declaración de la nulidad total o parcial o ineficiencia.

6. *Qué medidas cautelares se aplican en el proceso contencioso administrativo?*

CUADRO N° 06

| | f | % |
|---|----------|------------|
| a) Medidas Cautelares de Innovar y de no Innovar | 5 | 83 |
| b) Medidas Cautelares para futura ejecución forzada | 0 | 0 |
| c) Medidas temporales sobre el fondo | 1 | 17 |
| TOTAL | 6 | 100 |

Fuente: Encuesta



INTERPRETACIÓN

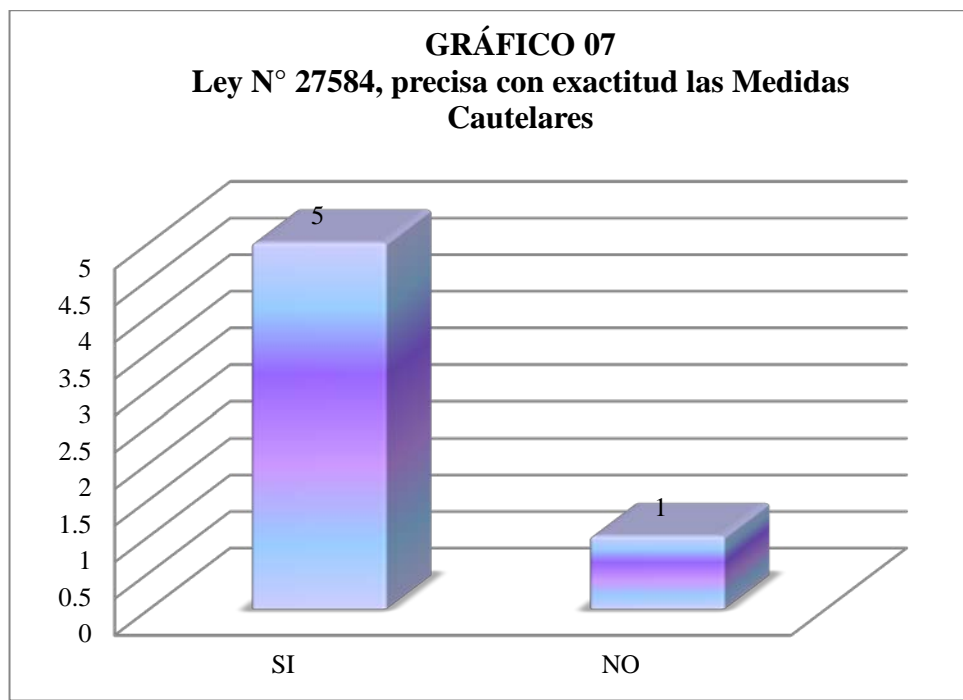
Para la mayoría de los encuestados las medidas cautelares de innovar y de no innovar, se aplican en el proceso contencioso administrativo, ya que así lo afirman el 83% de los encuestados, es decir 5; mientras que para un encuestado, quien representa el 17%, las medidas temporales sobre el fondo, son las que se aplican en el proceso contencioso administrativo; para ningún encuestado las medidas cautelares para futura ejecución forzada es las que se aplican en el proceso contencioso administrativo.

7. *La Ley N° 27584 Ley del proceso contencioso administrativo, precisa con exactitud las Medidas Cautelares?*

CUADRO N° 07

| | f | % |
|--------------|----------|------------|
| SI | 5 | 83 |
| NO | 1 | 17 |
| TOTAL | 6 | 100 |

Fuente: Encuesta



INTERPRETACIÓN

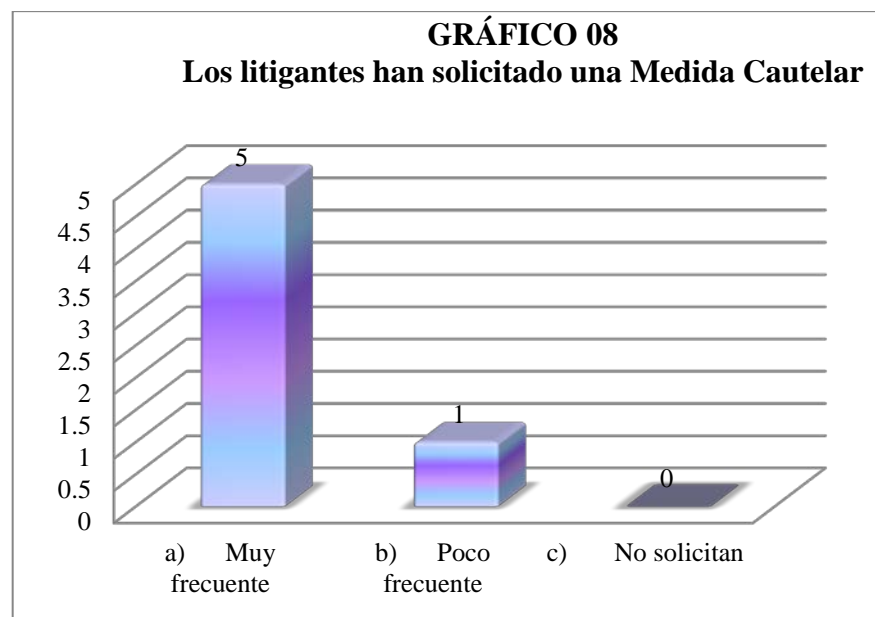
Como observamos en el presente gráfico, la gran mayoría de los encuestados, es decir 5 que representan el 83%, afirman que la Ley N° 27584 Ley del proceso contencioso administrativo, precisa con exactitud las Medidas Cautelares; mientras que el 17% de los encuestados niegan que la Ley N° 27584 Ley del proceso contencioso administrativo, precisa con exactitud las Medidas Cautelares.

8. *En su actuación como magistrado con qué frecuencia, los litigantes han solicitado una Medida Cautelar?*

CUADRO N° 08

| | f | % |
|-------------------|----------|------------|
| a) Muy frecuente | 5 | 83 |
| b) Poco frecuente | 1 | 17 |
| c) No solicitan | 0 | 0 |
| TOTAL | 6 | 100 |

Fuente: Encuesta



INTERPRETACIÓN

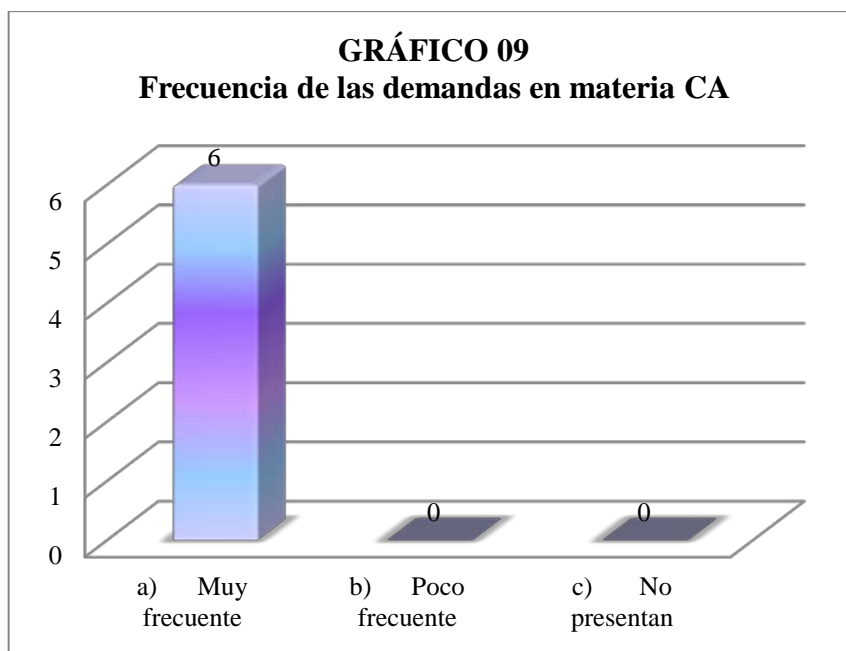
En el presente gráfico observamos que muy frecuentemente, los litigantes han solicitado una medida cautelar a la mayoría de los encuestados, ya que 5 encuestados que representan el 83% lo afirman; para un solo encuestado que representa el 17% son poco frecuentes los litigantes que han solicitado una medida cautelar; en ningún caso los encuestados manifiestan que los litigantes no solicitan una medida cautelar.

9. *En su juzgado a la fecha con qué frecuencia se presentan demandas en materia contencioso administrativo.*

CUADRO N° 09

| | f | % |
|-------------------|----------|------------|
| a) Muy frecuente | 6 | 100 |
| b) Poco frecuente | 0 | 0 |
| c) No presentan | 0 | 0 |
| TOTAL | 6 | 100 |

Fuente: Encuesta



INTERPRETACIÓN

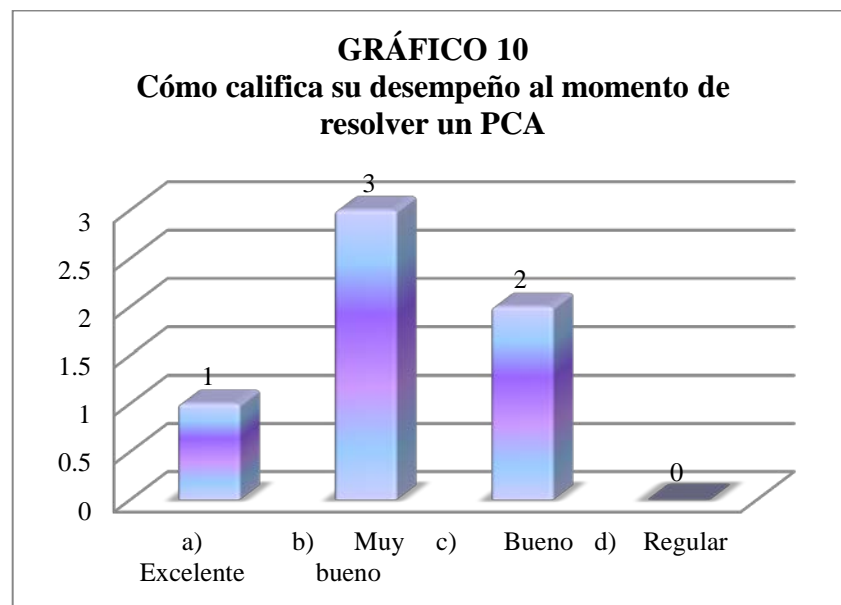
Como observamos en este gráfico la mayoría absoluta de los encuestados, es decir el 100%, manifiestan que en su juzgado, a la fecha se presentan muy frecuentemente demandas en materia contencioso administrativo; en tal sentido ninguno de los encuestados manifiestan que es poco frecuente o no presentan demandas en materia contencioso administrativo dentro de su juzgado.

10. En su actuación como magistrado, cómo califica su desempeño, al momento de Resolver (sentenciar) un proceso administrativo.

CUADRO N° 10

| | f | % |
|--------------|----------|------------|
| a) Excelente | 1 | 17 |
| b) Muy bueno | 3 | 50 |
| c) Bueno | 2 | 33 |
| d) Regular | 0 | 0 |
| TOTAL | 6 | 100 |

Fuente: Encuesta



INTERPRETACIÓN

El presente grafico nos muestra que el 50% de los encuestados, es decir 3, califica su desempeño al momento de resolver un proceso administrativo como muy bueno; 2 encuestados que representan el 33% califican a su actuación como magistrado en el desempeño al momento de resolver un proceso administrativo como bueno; mientras que para un solo encuestado que representa el 17%, califica como excelente a su desempeño al momento de resolver un proceso administrativo.

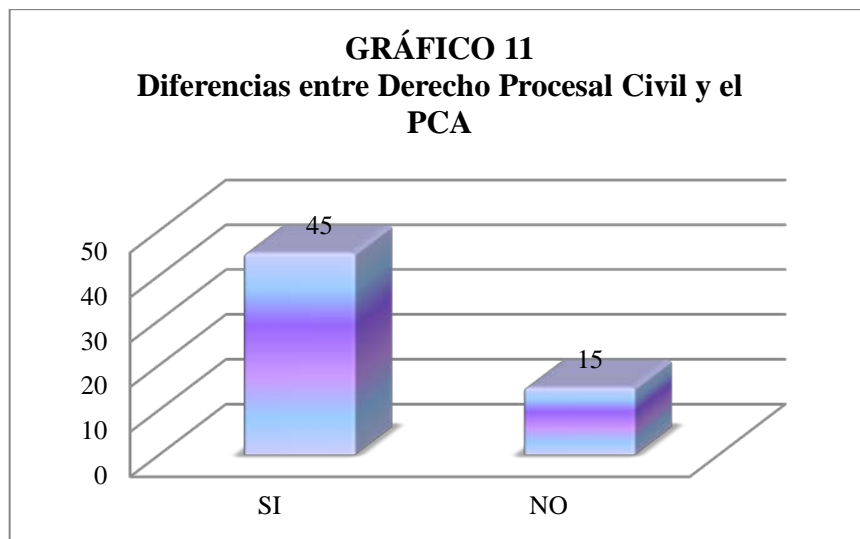
4.2. Encuesta realizada a los abogados litigantes adscritos al Colegio de Abogados de Ancash.

11. Cree usted que existen diferencias entre el Derecho Procesal Civil y el Proceso Contencioso Administrativo?

CUADRO N° 11

| | f | % |
|--------------|-----------|------------|
| SI | 45 | 75 |
| NO | 15 | 25 |
| TOTAL | 60 | 100 |

Fuente: Encuesta



INTERPRETACIÓN

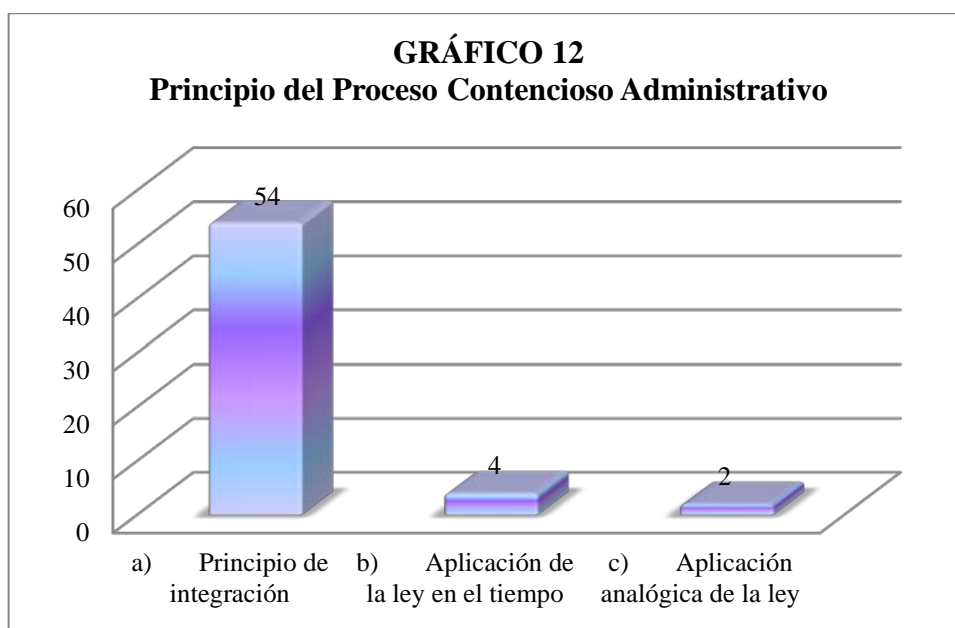
En el presente gráfico observamos que la mayoría de los encuestados, es decir 45 quienes representan el 75% afirman que existen diferencias entre el Derecho Procesal Civil y el Proceso Contencioso Administrativo; mientras que para el 25% no existen diferencias entre el Derecho Procesal Civil y el Proceso Contencioso Administrativo.

12. Constituye principio del proceso contencioso administrativo

CUADRO N° 12

| | f | % |
|--------------------------------------|-----------|------------|
| a) Principio de integración | 54 | 90 |
| b) Aplicación de la ley en el tiempo | 4 | 7 |
| c) Aplicación analógica de la ley | 2 | 3 |
| TOTAL | 60 | 100 |

Fuente: Encuesta



INTERPRETACIÓN

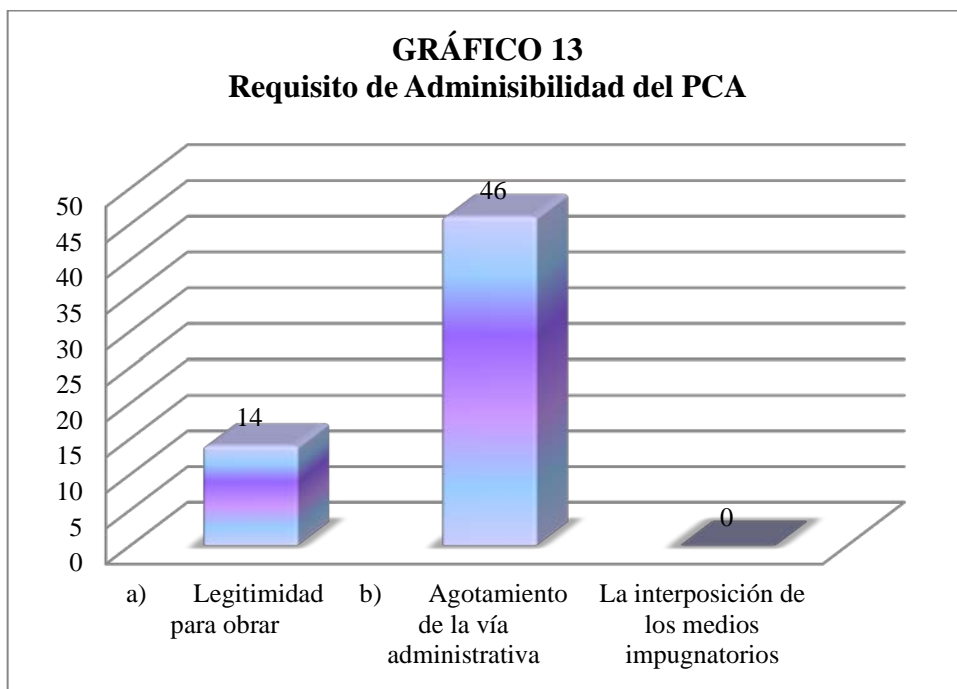
El presente gráfico nos muestra que para la mayoría de los encuestados es decir 54 que representan el 90%, el principio de integración es el que constituye principio del proceso contencioso administrativo; para un 7% de los encuestados la aplicación de la ley en el tiempo constituye el principio del proceso contencioso administrativo; mientras que para una minoría, es decir 2 encuestados que representan el 3%, manifiesta que la aplicación analógica de la ley es la que constituye el principio del proceso contencioso administrativo.

13. *Constituye requisito de admisibilidad del proceso contencioso administrativo:*

CUADRO N° 13

| | f | % |
|---|-----------|------------|
| a) Legitimidad para obrar | 14 | 23 |
| b) Agotamiento de la vía administrativa | 46 | 77 |
| c) La interposición de los medios impugnatorios | 0 | 0 |
| TOTAL | 60 | 100 |

Fuente: Encuesta



INTERPRETACIÓN

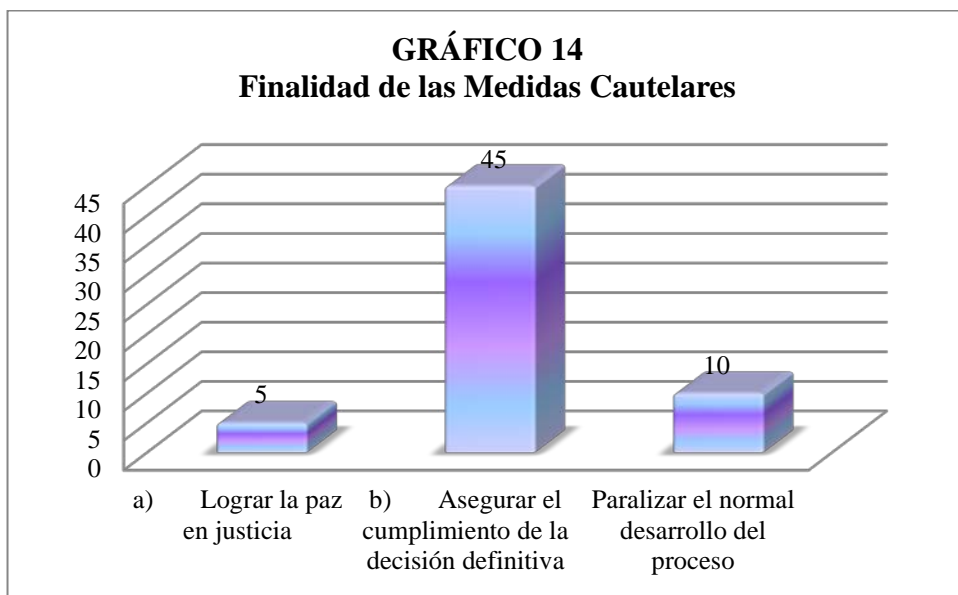
El presente gráfico nos muestra que para la mayoría de los encuestados, es decir 46 que representan el 77%, el agotamiento de la vía administrativa es lo que constituye el requisito de admisibilidad del proceso contencioso administrativo; para un 23% de los encuestados, la legitimidad para obrar es la que constituye el requisito de admisibilidad del proceso contencioso administrativo; ninguno de los encuestados manifiesta que la interposición de los medios impugnatorios son las que constituyen requisito de admisibilidad del proceso contencioso administrativo.

14. La finalidad de las Medidas Cautelares es:

CUADRO N° 14

| | f | % |
|---|-----------|------------|
| a) Lograr la paz en justicia | 5 | 8 |
| b) Asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva | 45 | 75 |
| c) Paralizar el normal desarrollo del proceso | 10 | 17 |
| TOTAL | 60 | 100 |

Fuente: Encuesta



INTERPRETACIÓN

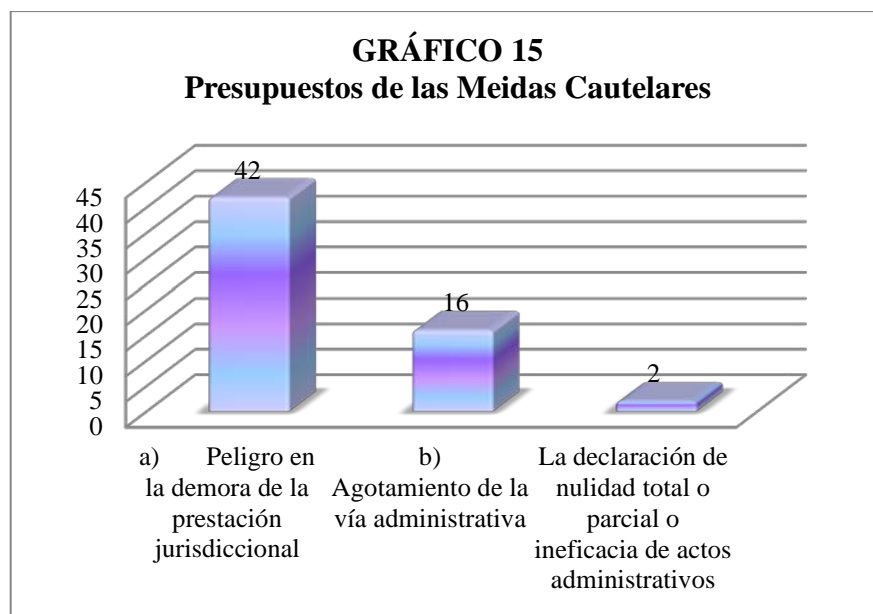
El presente gráfico nos muestra que para el 75% de los encuestados, es decir 45, el asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva, vendría a ser la finalidad de las medidas cautelares; para 10 encuestados que representan el 17%, el paralizar el normal desarrollo del proceso sería la finalidad de las medidas cautelares; sólo 5 encuestados, es decir el 8%, manifiestan que lograr la paz en justicia es la finalidad de las medidas cautelares.

15. Constituye presupuesto de las Medidas Cautelares:

CUADRO N° 15

| | f | % |
|--|-----------|------------|
| a) Peligro en la demora de la prestación jurisdiccional | 42 | 70 |
| b) Agotamiento de la vía administrativa | 16 | 27 |
| c) La declaración de nulidad total o parcial o ineficacia de actos administrativos | 2 | 3 |
| TOTAL | 60 | 100 |

Fuente: Encuesta



INTERPRETACIÓN

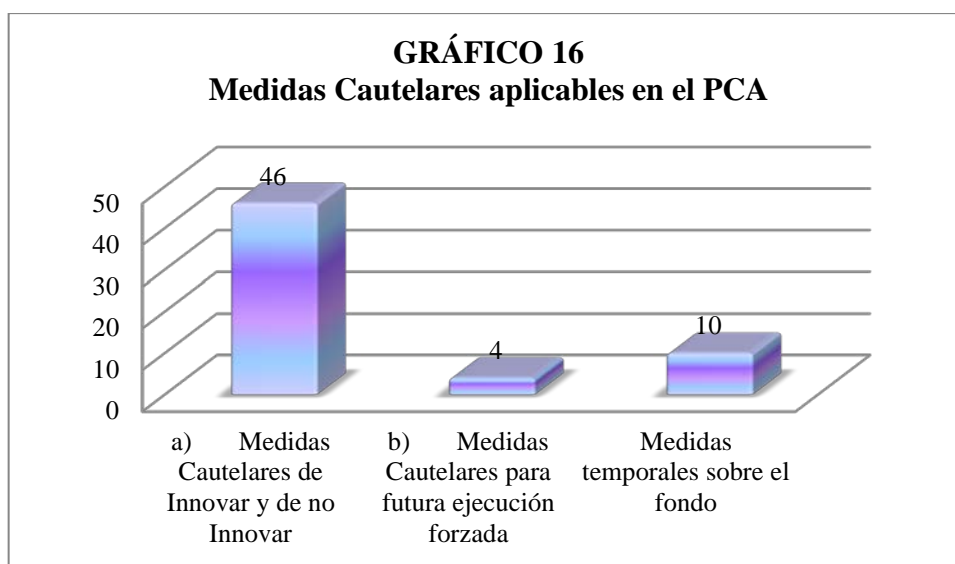
En el presente gráfico observamos que la mayoría de los encuestados, es decir el 70%, afirman que el peligro en la demora de la prestación jurisdiccional es quien constituye el presupuesto de las medidas cautelares; mientras que para un 27% de los encuestados tanto el agotamiento de la vía administrativa como la declaración de la nulidad total o parcial o ineficiencia; para 2 encuestados que representan el 3% la declaración de nulidad total o parcial o ineficacia de actos administrativos, constituye el presupuesto de las medidas cautelares.

16. Qué medidas cautelares se aplican en el proceso contencioso administrativo?

CUADRO N° 16

| | f | % |
|---|-----------|------------|
| a) Medidas Cautelares de Innovar y de no Innovar | 46 | 77 |
| b) Medidas Cautelares para futura ejecución forzada | 4 | 7 |
| c) Medidas temporales sobre el fondo | 10 | 17 |
| TOTAL | 60 | 100 |

Fuente: Encuesta



INTERPRETACIÓN

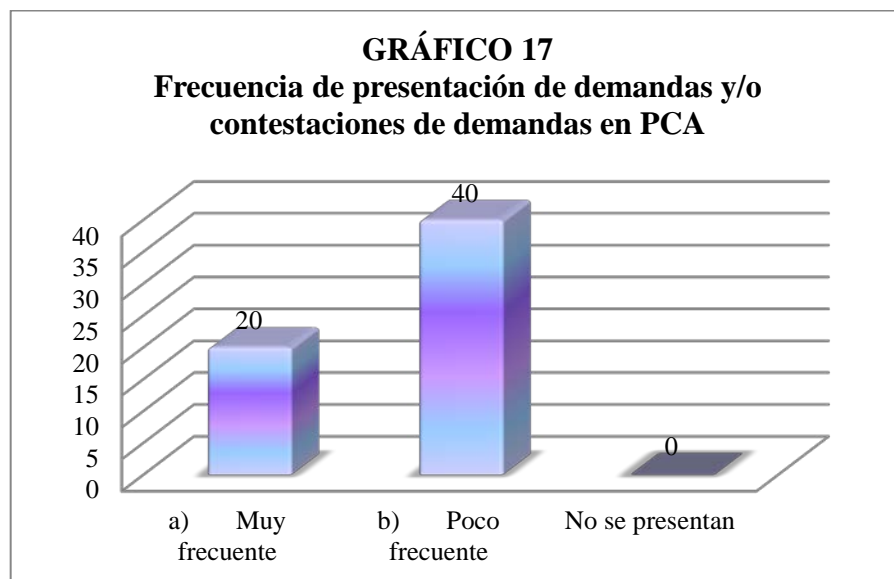
Para la mayoría de los encuestados las medidas cautelares de innovar y de no innovar, se aplican en el proceso contencioso administrativo, ya que así lo afirman el 77% de los encuestados, es decir 46; mientras que para 10 encuestados, quien representa el 17%, las medidas temporales sobre el fondo, son las que se aplican el proceso contencioso administrativo; para un 7% de encuestado, las medidas cautelares para futura ejecución forzada es las que se aplican en el proceso contencioso administrativo

17. En su actuación como abogado litigante, con qué frecuencia se le presentan demandas y/o contestaciones de demandas en procesos contenciosos administrativos.

CUADRO N° 17

| | f | % |
|--------------------|-----------|------------|
| a) Muy frecuente | 20 | 33 |
| b) Poco frecuente | 40 | 67 |
| c) No se presentan | 0 | 0 |
| TOTAL | 60 | 100 |

Fuente: Encuesta



INTERPRETACIÓN

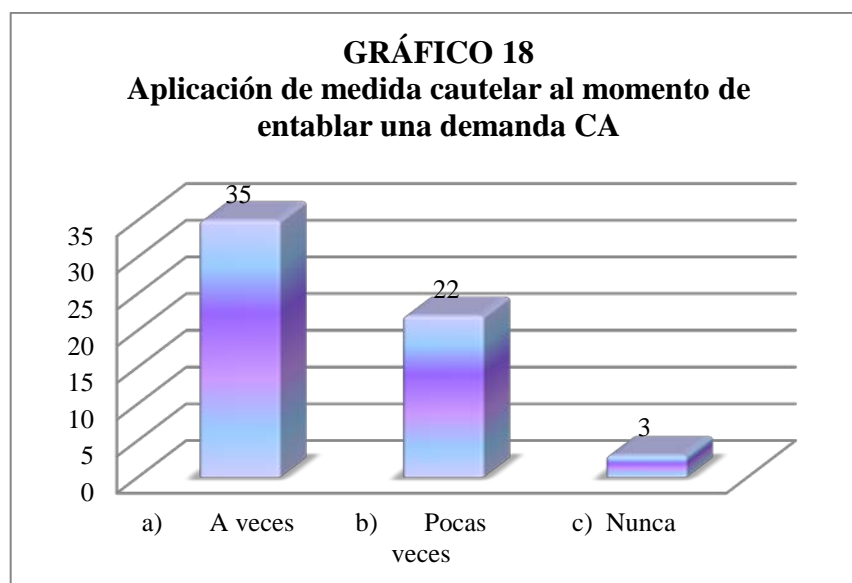
En el presente gráfico observamos que es poco frecuente, que los litigantes han solicitado una medida cautelar a la mayoría de los encuestados, ya que 40 encuestados que representan el 67% lo afirman; para 20 encuestados, quienes representa el 33% es muy frecuente, que los litigantes han solicitado una medida cautelar; en ningún caso los encuestados manifiestan que los litigantes no solicitan una medida cautelar.

18. *Usted ha aplicado alguna medida cautelar al momento de entablar una demanda contenciosa administrativa.*

CUADRO N° 18

| | f | % |
|----------------|-----------|------------|
| a) A veces | 35 | 58 |
| b) Pocas veces | 22 | 37 |
| c) Nunca | 3 | 5 |
| TOTAL | 60 | 100 |

Fuente: Encuesta



INTERPRETACIÓN

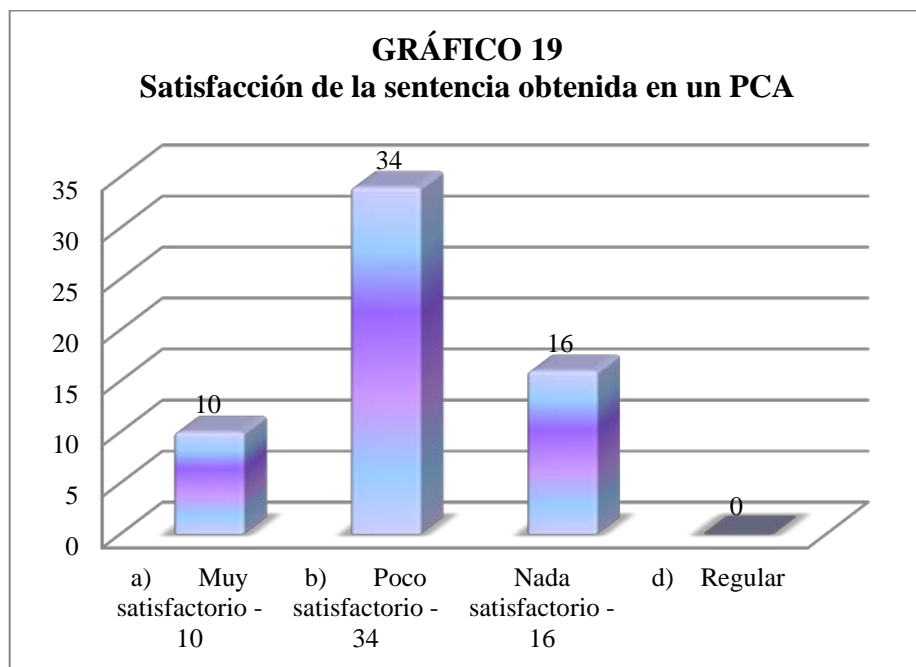
El presente gráfico nos muestra que los abogados encuestados, en su mayoría, es decir el 58% manifiestan que a veces se han aplicado alguna medida cautelar; mientras que para el 37%, es decir 22 encuestados son pocas las veces que se ha aplicado alguna medida cautelar al momento de entablar una demanda contenciosa administrativa; mientras que para sólo 3 encuestados que representan el 5% nunca ha aplicado alguna medida cautelar al momento de entablar una demanda contenciosa administrativa.

19. Cuan satisfactorio ha sido para usted, la sentencia obtenida en un proceso contencioso administrativo

CUADRO N° 19

| | f | % |
|-----------------------|-----------|------------|
| a) Muy satisfactorio | 10 | 17 |
| b) Poco satisfactorio | 34 | 57 |
| c) Nada satisfactorio | 16 | 27 |
| d) Regular | 0 | 0 |
| TOTAL | 60 | 100 |

Fuente: Encuesta



INTERPRETACIÓN

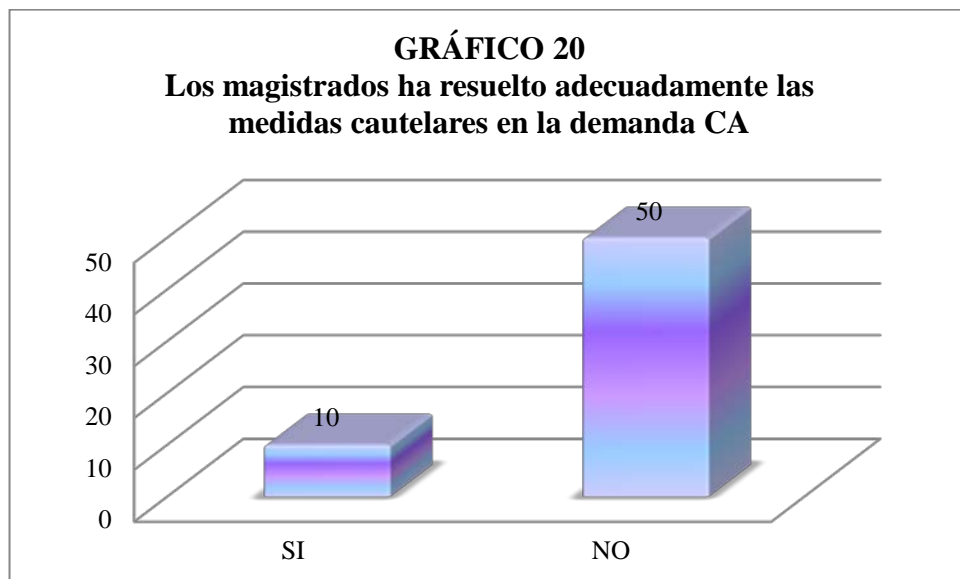
El presente gráfico nos muestra que para la mayoría de los encuestados, es decir 34, que representan el 57% es poco satisfactorio la sentencia obtenida en un proceso contencioso administrativo; para 16 encuestados que representan el 27%, ha sido nada satisfactorio la sentencia obtenida en un proceso contencioso administrativo; sólo para 10 encuestados que representan el 17% ha sido muy satisfactorio la sentencia obtenida en un proceso contencioso administrativo; ninguno de los encuestados manifiestan que la satisfacción ante la sentencia obtenida en un proceso contencioso administrativo.

20. *Los magistrados han resuelto adecuadamente las medidas cautelares solicitadas en la demanda contenciosa administrativa.*

CUADRO N° 20

| | f | % |
|--------------|-----------|------------|
| SI | 10 | 17 |
| NO | 50 | 83 |
| TOTAL | 60 | 100 |

Fuente: Encuesta



INTERPRETACIÓN

El presente gráfico nos muestra que para la mayoría de los encuestados, es decir el 83%, niega que los magistrados han resuelto adecuadamente las medidas cautelares solicitadas en la demanda contenciosa administrativa; mientras que para el 17% de los encuestados es decir 10, los magistrados han resuelto adecuadamente las medidas cautelares solicitadas en la demanda contenciosa administrativa.

V. DISCUSIÓN

5.1. Discusión teórica: Estado situacional del Proceso Contencioso – Administrativo en el Perú

5.1.1. Problema de su naturaleza

El profesor SAGÁSTEGUI ARTEAGA⁴⁹ publicó un libro titulado “El proceso Contencioso Administrativo”, en el que proponía ya la tesis de un proceso típico, que derivaba de la Hibridación entre lo civil, lo administrativo y lo constitucional -El Vocablo “Híbrido”, aunque se refiere más a la Botánica y Zoología en materia de fecundación, se puede trasvolar al Derecho para sostener que no era un proceso netamente civil, así como es también propiamente administrativo, señalando desde entonces que se ubicaba indebidamente como Proceso Civil regulado por el Código Procesal Civil de 1993 así como tampoco podía ser un Proceso Administrativo en su nivel primario sino secundario, pues los funcionarios administrativos en sus actos finales y causantes de causar estado para el administrado, resultan ser los objetivos de la pretensión, cuestionamiento y juzgamiento por quien tiene el “*ius Imperium*” que es Únicamente el Juez Competente.

Resulta esto porque el Contencioso – Administrativo, como lo entendía ya el jurista Cabanellas, conocido de todos nosotros, puso en el tapete en su Diccionario Jurídico al calificar como “Híbrido” a este proceso y a la materia contencioso administrativa. En el prólogo del libros antes citado se precisa que en

⁴⁹ SAGÁSTEGUI ARTEAGA, Pedro (2000). El Proceso Contencioso Administrativo. Gaceta Jurídica, Lima.

el Perú lo contencioso administrativo no había llegado a ser un problema de “jurisdicción” si no solo de “Competencia” por no contar con una verdadera ley que desarrolla a la norma constitucional, sea en el Art. 240 de la Constitución de 1979 o en el Art. 148 de la Constitución vigente de 1993.

La hibridez del proceso Contencioso – Administrativo en nuestro país no sólo se justificaba en el 2000, porque se regulaba como un Proceso Civil Abreviado mas, pero no era en este Código donde debía desarrollarse a la norma Constitucional pertinente, sino en otro código o leyes especiales.

Era regulador inconvenientemente como su proceso más en especial materia civil. Tampoco podía ser un proceso constitucional vía Amparo pues no tiene características y el deslinde se produjo sólo a raíz del nuevo Código Procesal Constitucional vigente desde Diciembre del 2004, en que empieza a regir en nuestro país tal Código Procesal Constitucional que fija ya los casos de improcedencia del amparo, tan desnaturalizado para los temas Contenciosos Administrativo.

5.1.2. Ha sido un Proceso Atípico en el Perú como Proceso Civil Abreviado

Indudablemente no es proceso civil y así se corrige en el Perú con la Ley 27584 (Por ley 27584 y Ley 27684 de 21-03-2002) y en la republicación del Proyecto de modificatoria de esta ley en el portal Web del Ministerio de Justicia del Perú a partir de agosto 2006 (El Peruano.- Normas legales de 29 de Julio de 2006 Pág. 32, 54, 84).

Sin embargo el Código Procesal Civil se reguló sólo como Proceso Civil Abreviado y tuvo plena vigencia hasta que por la citada ley N° 275584 derogó los Artículos pertinentes que para mayor énfasis transcribimos:

Art. 540 – Procedencia de las impugnaciones de actos o Resoluciones Administrativas

Art. 541 – sobre requisitos de admisibilidad de la demanda.

CPC Art. 542.- Competencia

CPC Art. 543.- Representación especial

CPC Art. 544.- Intervención del Ministerio Público

CPC Art. 545.- Acumulación

Debemos anotar al respecto que en el Congreso Internacional del Derecho Civil y Procesal Civil que llevó a cabo la Universidad de Lima, en Setiembre de 1997, presentamos la ponencia sobre “Sujetos y Actos en la Jurisdicción Contenciosos Administrativo postulando por un Código o ley especial para la materia Contencioso – Administrativo con alcances para todo el país y que no se considere dentro del Código Procesal Civil por los fundamentos que ampliamente aparecieron en tal ponencia aprobada en el referido Congreso Internacional de Derecho Civil y Procesal Civil que como decimos organizó y llevó a cabo la Universidad de Lima hace 10 años.

Dentro de los principios procesales para la Especialidad Contenciosa Administrativa en el Perú, también propusimos en 1997, en otro trabajo publicado

por Gaceta Jurídica aquellos que son distintos a los principios del Título preliminar del vigente Código Procesal de nuestro país.

Se sostiene que lamentablemente la situación de entonces que describimos en el tema final de la ponencia se debía según nuestra opinión a la falta de tradición de lo Contencioso – Administrativo a diferencia de España, Francia y Colombia⁵⁰ que contaban con un proceso especializado, siendo este último país vecino, modelo que ha seguido el nuestro, sin tener que referirnos a países del Comon Law como Estados Unidos de América⁵¹

Advertimos en relación a haberse incorporado al Contencioso – Administrativo como si fuere un Proceso Civil que era solo de carácter transitorio y coyuntural que tales normas y aun con la generalización, no se resuelve ni trata seriamente en el control y el juzgamiento de los actos de la Administración Pública en el Perú en la actualidad. Las razones de que no podía ser un Proceso Civil, son las siguientes:

1. Porque se trata de materia distintas, conforme a sus fines, ya que el Contencioso – Administrativo se distancia del Art. III del Título Preliminar del CPC al tener como fin juzgar a uno de los Poderes del Estado, o sea, a la Administración Pública que es el mismo Poder Ejecutivo y no el previsto en el Proceso Civil.

⁵⁰ Respecto a España su constitución de 1978 – Francia que desde 1972 cuenta con su consejo de Estado para lo Contencioso – Administrativo, y de Colombia desde 1856) que contaban con un proceso especializado, siendo este último país vecino, modelo que ho ha seguido el nuestro, sin tener que referirnos a países del Comon Law como Estados Unidos de América

⁵¹ Good now H. Frank J. Principal' s of the Administrative Laws of the United Status New York - 1998

2. Porque la admisión y procedencia de toda demanda Contencioso – Administrativa que causa estado y que la vía administrativa en el reclamo concreto hubiese terminado, de modo previo.
3. Que aun cuando exista el silencio administrativo sin existir Resolución expedida por el reclamo administrativo por ley ⁵² presume la conclusión del Procedimiento Administrativo, causando estado.
4. Según el procesalista DEVIS ECHANDIA en lo Civil, la jurisdicción es de índole privada, en tanto que en la Contenciosa – Administrativo se tutela el mismo ordenamiento jurídico frente a la Administración en cuanto a su actuación funcional no importando la forma que haya adoptado el acto, o sea si se trata de una ordenanza, una resolución un decreto, un acuerdo o una liquidación de impuestos incluso en procesos coactivos⁵³.

De otro lado en el Perú no se han precisado a pesar que constitucionalmente el primer artículo señala que el fin principal es la persona humana, cuales son las protecciones jurisdiccionales de los derechos fundamentales de la persona como garantía jurisdiccional penal, garantía jurisdiccional civil y garantía Contencioso – Administrativo que permita una precisión en las tres áreas más importantes para toda persona.

La necesidad de una ley, al haber evolucionado cada una de estas áreas del Derecho es obvia, pues largo tiempo en el país se ha confundido con el proceso civil - Así mismo se ha confundido el Contencioso – Administrativo con el

⁵² Ley N° 29060 que tendrá vigencia sólo a partir del 1° de Enero de 2008

⁵³ ECHANDIA H., Devis (1994). Compendio de Derecho Procesal Civil. Tomo I, 14° Edición, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, pp. 94 y 955.

proceso de amparo y las otras garantías constitucionales una vez que ha empezado a regir el Código Procesal Constitucional pero no es suficiente para la carga procesal que sólo se piensa en aumentar juzgados civiles y convertir a muchos pasen a ser juzgados en lo Contencioso – Administrativo como ocurre en Lima en el año 2007.

Tampoco es suficiente que la afirmación que es proceso “hibrido” en vez de proceso judicial civil, subsane la carencia de una Ley que precise a cada una de estas jurisdicciones a las que nos referimos, no siendo cabal la actual Ley 27584.

5.1.3. Interesaba solo como Procedimiento Administrativo General

Para los efectos de nuestra tesis pese a tener su origen en un acto administrativo, el proceso Contencioso – Administrativo tiene un nivel adjetivo al procedimiento primario que finalizado expresa o fictamente, puede ser cuestionado y planteado ante el organismo judicial permanente jurisdiccionalmente.

Por otro lado Procedimiento General de la Ley 27444, cuenta con un título preliminar en su Art. I pues precisa cuales son las entidades de la Administración Pública cuyo accionar estará bajo el control del Poder Judicial, esto es según la legislación especial del “Proceso Contencioso Administrativo” de las leyes 27584 y 27684. Estas instituciones son:

- El Poder Ejecutivo, incluyendo Ministerios y Organismos Públicos descentralizadas
- Los poderes Legislativos y Judiciales en sus actos administrativos finales

- Así mismo los Gobiernos Regionales y Locales
- Los organismos constitucionales autónomos
- Las demás entidades, organismos proyectos y programas del estado cuyas actividades se realizan en virtud de potestades administrativas
- Las personas jurídicas bajo los regímenes privados que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa en virtud o ejercen función administrativa en virtud de concesión, delegación o autorización del estado conforme a la normativa de la materia.

Esta última precisión según nuestra opinión constituye un avance por la importancia de los servicios públicos a cargo concesionarios y órganos regulares.

En relación al proceso Contencioso – Administrativo que se instaure sea para impugnar judicialmente un acto administrativo que cause estado como “Proceso” y no como “Acción Contenciosa – Administrativa” como lo denomina la Constitución del Estado, primera y fundamental soporte del Contencioso – Administrativo en nuestro país, precisándose cuales son las actuaciones administrativas impugnables de plena jurisdicción. Sin embargo la legislación vigente, a pesar de destacar la necesidad de que así como el proceso administrativo general de la ley 27444 tiene su respectivo Título Preliminar, para el proceso contencioso administrativo no se cuenta con tal Título Preliminar, acorde con importancia y haberse derogado las anteriores disposiciones del CPC que han regido desde 1993 hasta el 2002 vista ya como Rama del Derecho Público.

Las propuestas de un Título Preliminar para el proceso Contencioso – Administrativo se ha presentado en esta obra del 2002 y también con las modificaciones y actualizaciones en la Comisión Técnica encargada de la Revisión de la ley 27584 por el Ministerio de Justicia de la formó parte el ponente y a cuyas Actas nos remitimos para un mejor entendimiento que constituyó las comisiones técnicas para la Revisión de la ley 27444; 27584 y para elaborar las bases de ley de la administración pública.

5.1.4. Ha sido excluido el Proceso Contencioso – Administrativo como Proceso Constitucional y es un Proceso Típico

En nuestro país podría ser proceso constitucional si nos atenemos al soporte constitucional⁵⁴ y también las confusiones y han sido el proceso laboral. La aplicación de un proceso considerado como de puro derecho, para los procesos contenciosos, administrativos en materia de Derecho Laboral individual y colectivo, también agregan en el panorama del proceso Contencioso – Administrativo de larga vigencia en el ordenamiento jurídico nacional como lo detallamos en obra anterior por el autos de esta ponencia.

Precisamente el proceso Constitucional laboral, aunque en época anterior al reconocimiento del Contencioso – Administrativo de las constituciones de 1979 y 1993, nos permiten sostener que podría tener una naturaleza constitucional como proceso de esta índole con la consideración importante además de que el control, difuso para los jueces peruanos tienen también con soporte constitucional. Sin embargo hay autores nacionales con la especialidad de ser constitucionalistas, que

⁵⁴ Art. 240 de la Constitución de 1979 y 148 de la vigente constitución Política del Perú.

no consideran al proceso contencioso – administrativo como un proceso constitucional propiamente dicho⁵⁵.

Así mismo existiendo procedimentalmente vías paralelas, el vigente Código Procesal Constitucional no permite que las demandas que tengan la necesidad de estación probatoria, no sean aceptadas como proceso o acciones de amparo⁵⁶. Por último la creación y funcionamiento en la Corte Suprema de la República de la Sala de Derecho Constitucional y Social es competente para el Contencioso – Administrativo los procesos de amparo e incluso los procesos de acción popular.

El papel asumido por el Tribunal Constitucional del Perú y la obligatoriedad de sus sentencias con fuerza vinculante resulta sumamente importante en la actualidad como orientador y titular de supremo intérprete de la Constitución del país en todos sus alcances, contenido y límites. Precisamente en la Comisión de Revisión de la ley urgente (27584) del proceso contencioso administrativo tuvimos en cuenta este trascendental Rol de lo que resuelve el Tribunal Constitucional del país⁵⁷.

5.1.5. Hay necesidad de que tenga Principios Procesales Propios

Al revisar la ley actual N° 27584 y el 227684 sobre el proceso Contencioso – Administrativo y no pudiendo ser los mismos del proceso civil, laboral o

⁵⁵ Domingo García Belaunde no considera al proceso Contencioso Administrativo como proceso constitucional propiamente dicho al no tratarse de ninguna de las garantías constitucionales descritas en el Art. 200 de la Constitución actual.

⁵⁶ Código Procesal constitucional del Perú - Ley N° 28237 Art. 5 – no procede los procesos constitucionales cuando.- Inc. 2 si existen vías procedimentales específicas , igualmente satisfactorias, para la protección de derecho constitucional demandado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de Habeas Corpus.

⁵⁷ El Peruano.- 26 de Julio del 2006, y agradecimiento a la Comisión nombrada R.M. N° 026-2006 JUS que trabajo de febrero a julio del 2006.

administrativo primario. Tenemos que afirmar que hay principios propios, no solo son importantes a tenerse en cuenta por los jueces sino por toda la sociedad peruana enfatizándose que tal necesidad no sólo es de la teoría sino también de praxis.-

Esta es la razón para reiterar los que ahora y con esta ponencia, pues consideramos que responde a la teoría y praxis del proceso Contenciosos – Administrativo, reflejando la excesiva carga procesal vista estadísticamente que sólo en Lima pasan de 30,000 procesos que así mismo en agosto del 2007 se viene implementando 15 Juzgados, muchos de ellos entes competentes en materia Civil y 4 salas Superiores para la especialidad, situación que se agrava al no contar con sentencias casatorias publicadas y a cargo de la Corte Suprema de la República.

Estos principios propios, para el proceso típico que es el Contencioso – Administrativo al haber dejado de ser un proceso atípico Civil, Administrativo o Constitucional aceptada incluso por la jurisprudencia nacional anterior al vigente Código Procesal Constitucional son los siguientes según nuestro punto de vista:

1. Corresponde de acuerdo con el Art. 148 de la Constitución Política del país, a los órganos jurisdiccionales en lo contencioso administrativo en conocimiento, tramitación, resolución y ejecución de todo aquello que no este atribuido por la ley a otros órganos jurisdiccionales.
2. La competencia de los órganos jurisdiccionales en lo Contencioso Administrativo se rigen por los principios de legalidad y renunciabilidad e improrogabilidad.

3. El Poder Judicial organiza a los Juzgados, Sala Superior y Sala de la Corte Suprema, de acuerdo a sus atribuciones y funciones para lo Contencioso - Administrativo.
4. El Ministerio Público como organismo constitucional autónomo, dictará las disposiciones pertinentes para la intervención y funciones de sus miembros en los procesos contencioso – administrativo.
5. El Ministerio de Justicia de acuerdo a sus atribuciones controlará los procesos contenciosos administrativos en que están parte de los procuradores públicos correspondiente.
6. Tiene derecho a la tutela procesal efectiva los administrados, así como también la administración pública a través de sus procuradores y miembros del Ministerio Público en su caso, de acuerdo con la legislación correspondiente.
7. La tutela procesal efectiva en todo proceso Contencioso – Administrativo incluye la ejecución de sentencia, cualquiera sea sujeto interviene esto es, cuando exista cosas juzgada que anule la Resolución Administrativa que hubiese causado estado.
8. Los jueces en lo contencioso administrativo de acuerdo con el Art. 138 de carta Constitucional priorizaran a la jerarquía de normas prevista en el ordenamiento jurídico del país a que se contrae tal norma constitucional.
9. Los abogados y las partes en los procesos Contencioso – Administrativo adecuaran su conducta a los deberes de veracidad lealtad y de buena fe teniendo el juez de impedir cualquier conducta ilícita y dilatoria.

10. El Código procesal civil es de aplicación supletoria para lo no previsto en la presente considero que la comisión debe debatir e incluir un título preliminar del proceso Contencioso – Administrativo, si se tiene en cuenta la importancia que día a día tiene en el Perú este proceso, actualmente y en el futuro⁵⁸.

La propuesta de Título Preliminar se presentó en la Comisión de la Revisión y modificación de la ley actual pero han quedado solo como una propuesta como también sobre acumulación, competencia y otras instituciones procesales sin atención por el Gobierno Actual.

5.1.6. Los Presupuestos Procesales en el Proceso Contencioso Administrativo son propios

Estamos conscientes que los Presupuestos Procesales son propios para cada Proceso, aunque los que manejamos en el Proceso Civil serían los más cercanos, ya que el CPC es norma supletoria ahora y antes lo era en su totalidad en el Perú. Así mismo tenemos a la competencia, capacidad, y requisitos de demanda de un lado, así como la legitimidad para obrar (económico o moral) y finalmente la voluntad de la ley o norma respectiva, con la aplicación de principios generales del Derecho en su caso.

Sin embargo, para el proceso Contencioso – Administrativo constituyen también como presupuestos:

⁵⁸ Estos principios propuestos pueden ser aprobados en su texto o con variantes en la nueva ley que reemplace a la actual N° 27584, a través del respectivo título preliminar con que si cuenta la Ley General del Procedimiento Administrativo de nuestro país N° 27444.

- a) Que se impugne una resolución Administrativa que “cause estado” de modo expreso o ficto (silencio Administrativa: Ley N° 29060 a regir a partir del 1° de Enero de 2008; y)
- b) Que se interponga la demanda dentro del plazo establecido por ley vigente como la aplicación del Proceso Contencioso – Administrativo en el Perú viene implementándose, poco a poco debemos referirnos para los procesos Contencioso – Administrativo Tributarias el “Solve et repet” esto es, primero paga y después reclama en temas resueltos por la SUNAT vistos y resueltos por el Tribunal Fiscal que no es jurisdiccional, sino sólo administrativo.

5.1.7. La actividad probatoria: Problema por resolver

Probablemente el capítulo de la ley al que más críticas se le podrían hacer es al capítulo acerca de la actividad probatoria, pues en una lamentable opción del legislador, éste ha dispuesto que dentro del proceso contencioso administrativo no se puedan ofrecer más medios probatorios que aquellos que habían sido actuados en el procedimiento administrativo. Esto supone una clara e inexplicable limitación al derecho constitucional a probar, constituyendo dicha disposición una norma inconstitucional.

Dicha inconstitucionalidad sería mucho más manifiesta en aquellos casos en los cuales se haya iniciado un procedimiento de ejecución coactiva contra un particular, a quien no se le ha notificado acto administrativo alguno. Sin embargo, la norma, en materia de actividad probatoria tiene tres normas que merecen ser mencionadas:

La primera es aquella que dispone la actividad probatoria de oficio, lo que permitiría subsanar la deficiente disposición contenida en el artículo 27° de la ley.

La segunda es aquella que establece que la carga de la prueba corresponde a quien afirma los hechos, salvo que nos encontremos dentro de un proceso contencioso administrativo en el que se cuestione la actuación administrativa expedida dentro de las facultades sancionadoras de la administración pública, pues en estos casos la carga de la prueba corresponderá a la administración cuando se trate de demostrar la infracción administrativa.

Finalmente, la norma que establece como obligación de la administración proporcionar al juez cualquier documentación que éste requiera. Con ello, cualquier omisión en la documentación que presente el demandante no debe ser subsanada por el demandante, sino por la administración demandada.

Al respecto, las autoridades de entidades no prestan confesión, 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_. Conforme a las previsiones de la presente Ley y cumpliendo los requisitos expresamente aplicables a cada caso, procede la demanda contra toda actuación realizada en ejercicio de potestades administrativas.

5.1.8. Análisis de la ley 27584: Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo

La Ley 27584, Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, fue publicada el 07 de diciembre del 2001 y entró en vigencia el 15 de abril del 2002.

Por un lado significa el desarrollo del artículo 148 de la Constitución Política, que consagra la allí denominada “acción contenciosa administrativa”; por el otro, es el complemento de la Ley 27444, por cuanto norma el control judicial de la actividad de la administración.

La Ley 27584 reemplaza a la regulación general de dicha acción recogida hasta entonces en los artículos 540 y siguientes del Código Procesal Civil, así como a diversas normativas especiales. Entre sus principales características destacan:

1. Plantea un nuevo conjunto de principios procesales;
2. Propone el llamado “modelo de plena jurisdicción”, por cuanto hace posible el cuestionamiento de diversas actuaciones administrativas y la postulación de diferentes pretensiones;
3. Presenta múltiples innovaciones al desarrollo del proceso en lo referido a la admisibilidad e improcedencia de la demanda, a los plazos, vías procedimentales, entre otros; y
4. Quizás la más importante, se erige como la única norma reguladora del proceso contencioso administrativo, sin perjuicio de la competencia que mantienen las Salas Laborales en los procesos de su especialidad.

Además de dichas características, la Ley N° 27584 ofrece una propia regulación especial de otros institutos procesales, tales como los medios impugnatorios, la ejecución de la sentencia, y las medidas cautelares. La Ley N° 27584 dedica su Capítulo VI (artículos 35-37) al desarrollo del tema cautelar. Los artículos que comprende son los siguientes:

Artículo 35.- Oportunidad. La medida cautelar podrá ser dictada antes de iniciado un proceso o dentro de éste, siempre que se destine a asegurar la eficacia de la decisión definitiva. Para tal efecto, se seguirán las normas del Código Procesal Civil con las especificaciones establecidas en esta Ley.

Artículo 36.- Requisitos. La medida cautelar se dictará en la forma que fuera solicitada o en cualquier otra forma que se considere adecuada para lograr la eficacia de la decisión definitiva, siempre que:

1. De los fundamentos expuestos por el demandante se considere verosímil el derecho invocado. Para tal efecto, se deberá ponderar los fundamentos expuestos por el demandante con el principio de presunción de legalidad del acto administrativo, sin que este último impida al órgano jurisdiccional conceder una medida cautelar.
2. De los fundamentos expuestos por el demandante se considere necesaria la emisión de una decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso, o por cualquier otra razón justificable.
3. La medida cautelar solicitada resulte adecuada para garantizar la eficacia de la pretensión.

Artículo 37.- Medidas de innovar y de no innovar. Son especialmente procedentes en el proceso contencioso administrativo las medidas cautelares de innovar y de no innovar”. Como se puede ver, en principio, en el proceso contencioso-administrativo cualquier medida cautelar sería procedente. Del texto de las normas transcritas no aparece algún elemento que permita afirmar que alguna modalidad cautelar queda excluida. Por otro lado, si bien el legislador no

lo ha señalado expresamente, del texto de la ley se aprecian dos grupos de medidas cautelares: uno conformado por las medidas innovativas y las de no innovar, denominadas por la ley como “especialmente procedentes”, y otro en el que se encontrarían las demás medidas.

Cabe señalar que la especial procedencia de dichas dos medidas es contrario al carácter excepcional con el cual las mismas son tratadas en el Código Procesal Civil. Sin perjuicio del tratamiento expreso que dicha ley hace del tema cautelar, su Primera Disposición Final indica que “El Código Procesal Civil es de aplicación supletoria en los casos no previstos en la presente ley”. Quiere decir ello que son aplicables al proceso contencioso-administrativo las normas previstas en el Título IV (“Proceso cautelar”) de la Sección Quinta (“Procesos Contenciosos”) de dicho código.

La regulación prevista en el Código Procesal Civil arroja algunos problemas, entre ellos los principales son:

1. La exigencia de la contracautela como presupuesto cautelar, aun en los casos que la actuación de la medida no ofrezca peligro.
2. La no regulación de la adecuación como presupuesto cautelar, siendo relegada al papel de mera facultad jurisdiccional.
3. La falta de precisión sobre cuáles son los bienes del Estado que pueden ser embargados.
4. Muchas resoluciones que otorgaban o denegaban un pedido cautelar, mostraban una motivación mínima o deficiente.

5. Por el contrario, en otras resoluciones con mayores sustentos, se hacían directas referencias a los temas materia del proceso principal.
6. Existía gran confusión al momento de otorgar medidas innovativas y medidas de no innovar, alentada por el “carácter excepcional” que la norma otorga a ambas.
7. Se produjo un abuso del empleo de la caución juratoria como contracautela.
8. Se dio un escaso desarrollo de las medidas cautelares de embargo en forma de retención, intervención y administración; entre otros problemas.
9. Se produjo una confusión entre los alcances de las medidas innovativas y las temporales sobre el fondo.

La lista anterior de los problemas generados con la aplicación de las normas del Código Procesal Civil reguladoras del tema cautelar, no es taxativa. Sin embargo, cabe señalar que la aplicación supletoria antes mencionada, proyecta algunas de dichas dificultades a la aplicación de la norma suplida. En ese sentido, varios de esos problemas también han trascendido al ámbito del nuevo proceso contencioso-administrativo. Del análisis de los artículos antes citados de la Ley del Proceso contencioso-administrativo, y de diversas ejecutorias supremas dictadas sobre el tema cautelar bajo la vigencia de dicha ley, se aprecia que en el tratamiento judicial de las medidas cautelares se presentan los siguientes problemas:

1. Existe cierta imprecisión en la redacción de las normas reguladoras del instituto cautelar. Así por ejemplo, la aplicación preferente de las medidas innovativas y de no innovar parece contradecir el Código Procesal Civil, ni se regula el requisito de contracautela.
2. Existe confusión al momento de diferenciar las medidas innovativas de las medidas de no innovar, habiéndose presentado casos similares en los cuales se ha otorgado medidas distintas.
3. No se advierte la presentación de demandas que contengan las pretensiones de reconocimiento o restablecimiento de derechos o intereses jurídicamente tutelados, contra actuaciones materiales no sustentadas en acto administrativo, o de realización por parte de la Administración de actuaciones en cumplimiento de la ley o acto administrativo firme, previstas en los incisos 2), 3) y 4) del artículo 5 de la Ley N° 27584.
4. Existen ejecutorias que, contradictoriamente, consideran el ofrecimiento de contracautela como requisito de admisibilidad, como presupuesto del otorgamiento de la medida solicitada y como presupuesto de la actuación de la medida decretada.
5. Advertido un vicio de nulidad, la Corte Suprema declara la nulidad de la resolución apelada y ordena al A-quo que se vuelva a pronunciar, es decir, se procede de acuerdo a las reglas tradicionales de la nulidad, olvidando el fin máximo de tutela jurisdiccional efectiva que tiene toda medida cautelar, y condenando a cualquier medida que se otorgue a ser inoportuna.6.-Contrariamente a lo afirmado por cierto sector de la

doctrina, en el sentido de incluir el recurso de casación en materia cautelar civil, no se aprecia en la doctrina, legislación ni jurisprudencia del proceso contencioso-administrativo alguna precisión sobre la procedencia o improcedencia de dicho recurso en este último proceso. Como se puede apreciar, algunos de estos problemas también están presentes en la regulación del Código Procesal Civil.

Sin embargo, algunos otros son propios de la nueva Ley del Proceso Contencioso Administrativo. Cabe entonces preguntarse acerca de las posibles causas de dichos problemas, de que tipo son, cuál es su origen, si comprometen o no a otros institutos procesales, así como cuáles serían las soluciones o alternativas ante dichos problemas.

5.1.9. Las medidas cautelares

En términos generales, la regulación de las medidas cautelares no difiere mucho de la regulación establecida en el Código Procesal Civil, tanto es así que la Ley 27584 tiene una remisión expresa al referido cuerpo normativo. Sin embargo, tiene algunas particularidades que vale la pena destacar. La primera de ellas es establecer que si bien es cierto que se requiere de la verosimilitud del derecho para que se conceda la medida cautelar, se dispone el principio de presunción de legalidad de un acto administrativo, lo cual no puede ser un obstáculo para la concesión de una medida cautelar.

Al respecto, es necesario puntualizar que: Iniciado el procedimiento, la autoridad competente mediante decisión motivada y con elementos de juicio

suficientes puede adoptar, provisoriamente bajo su responsabilidad, las medidas cautelares establecidas en esta Ley u otras disposiciones jurídicas aplicables, mediante decisión fundamentada, si hubiera posibilidad de que sin su adopción se arriesga la eficacia de la resolución a emitir. Las medidas cautelares podrán ser modificadas o levantadas durante el curso del procedimiento, de oficio o a instancia de parte, en virtud de circunstancias sobrevenidas o que no pudieron ser consideradas en el momento de su adopción.

Las medidas caducan de pleno derecho cuando se emite la resolución que pone fin al procedimiento, cuando haya transcurrido el plazo fijado para su ejecución, o para la emisión de la resolución que pone fin al procedimiento, de oficio o a instancia de parte, en virtud de circunstancias sobrevenidas o que no pudieron ser consideradas en el momento de su adopción.

No se podrán dictar medidas que puedan causar perjuicio de imposible reparación a los administrados. Como se sabe, para las medidas cautelares es preciso acreditar la verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora y, además, adecuación; tales eran los requisitos que se habían establecido en el inicial artículo 36 de la Ley 27584, sin embargo, con la modificación ordenada por D. Leg. N° 1067, publicado el 28 junio 2008, el tema cambia, y los requisitos son más exigentes, sin que por ello se niegue la existencia y necesidad de la providencia cautelar.

A. Requisitos para la concesión de las medidas cautelares en la Ley 27584, antes de su modificación

“Artículo 36.- Requisitos: La medida cautelar se dictará en la forma que fuera solicitada o en cualquier otra forma que se considere adecuada para lograr la eficacia de la decisión definitiva, siempre que:

1. De los fundamentos expuestos por el demandante se considere verosímil el derecho invocado. Para tal efecto, se deberá ponderar los fundamentos expuestos por el demandante con el principio de presunción de legalidad del acto administrativo, sin que este último impida al órgano jurisdiccional conceder una medida cautelar.
2. De los fundamentos expuestos por el demandante se considere necesaria la emisión de una decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso, o por cualquier otra razón justificable.
3. La medida cautelar solicitada resulte adecuada para garantizar la eficacia de la pretensión”.

B. Actuales requisitos para la concesión de las medidas cautelares en la Ley 27584, según su modificación del Decreto Legislativo N°1067

“Artículo 39.- Requisitos La medida cautelar se dictará en la forma que fuera solicitada o en cualquier otra forma que se considere adecuada para lograr la eficacia de la decisión definitiva, siempre que de los fundamentos expuestos por el demandante:

1. Se considere verosímil el derecho invocado. Para tal efecto, se deberá ponderar la proporcionalidad entre la eventual afectación que causaría al

interés público o a terceros la medida cautelar y, el perjuicio que causa al recurrente la eficacia inmediata de la actuación impugnada.

2. Se considere necesaria la emisión de una decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso, o por cualquier otra razón justificable. No es exigible este requisito cuando se trate de pretensiones relacionadas con el contenido esencial del derecho a la pensión.
3. Se estime que resulte adecuada para garantizar la eficacia de la pretensión. Para la ejecución de la medida cautelar el demandante deberá ofrecer contracautela atendiendo a la naturaleza de la pretensión que se quiere asegurar. Tratándose de pretensiones contra actuaciones administrativas con contenido pecuniario, el Juez podrá requerir de una contracautela distinta a la caución juratoria. Si la resolución final no reconoce el derecho reclamado por el demandante, a pedido de la parte interesada se procede conforme a las reglas establecidas en el Código Procesal Civil para la ejecución de la contracautela”.

C. Los presupuestos para las medidas cautelares

La importancia de las cautelares es que combate el tiempo de los procesos. El problema es cómo encontrar cierta armonía entre la decisión final del proceso, que se alcanzará después de un determinado plazo y anticipar la decisión, si es que todavía no se ha logrado una convicción plena sobre el fondo del asunto. Para ello la doctrina establece los presupuestos de las cautelares: la verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora.

D. La verosimilitud en el derecho en las medidas cautelares del proceso medidas cautelares del proceso contencioso administrativo

La apariencia de buen derecho no responde a que la pretensión sea probablemente estimada (lo cual es un juicio subjetivo), sino a que la misma pueda serlo (juicio objetivo). De allí que lo que se exige del juzgador en este caso es un juicio simple de verosimilitud, es decir, que mediante los documentos acompañados por el solicitante de la medida cautelar se genere en el juez la apariencia razonable de que si se pronunciase la sentencia se declararía fundada la demanda. No se le exige al juez un juicio de certeza, pues éste es exigible al momento de sentenciar”.

E. La verosimilitud en el derecho en las medidas cautelares del proceso contencioso administrativo

La verosimilitud en el derecho se forma, no con una convicción plena, sino con los recaudos e información de la demanda, que debe basarse en:

1. En la *causa petendi* (alegaciones fácticas) y en el *petitum* de la pretensión principal, que debe necesariamente estar indicada en la demanda cautelar a los efectos de establecer el nexo instrumental;
2. En los “medios probatorios” que sobre los hechos históricos afirmados pueda aportar el actor”

El demandante debe acreditar su derecho, como mayor razón si lo que trata es de desvirtuar un acto de la administración pública.

F. La verosimilitud en el derecho en las medidas cautelares del proceso contencioso administrativo

Sobre el tema de la verosimilitud en el derecho en la Ley 27584 se puede notar un cambio importante en la redacción de ambos textos: el artículo 36 precisaba “1. De los fundamentos expuestos por el demandante se considere verosímil el derecho invocado.

Para tal efecto, se deberá ponderar los fundamentos expuestos por el demandante con el principio de presunción de legalidad del acto administrativo, sin que este último impida al órgano jurisdiccional conceder una medida cautelar”; mientras que el vigente artículo 39 indica “1. Se considere verosímil el derecho invocado. Para tal efecto, se deberá ponderar la proporcionalidad entre la eventual afectación que causaría al interés público o a terceros la medida cautelar y, el perjuicio que causa al recurrente la eficacia inmediata de la actuación impugnada”.

G. Verosimilitud en el derecho y el principio de presunción de legalidad del acto administrativo

La administración sigue produciendo sus actos, los cuales según el vigente artículo 9 de la Ley 27444, tienen presunción de validez, hasta que no se pruebe lo contrario. Siendo así, el interesado en la concesión de la medida cautelar debe acreditar, en el presupuesto de verosimilitud del derecho, que ese acto administrativo está viciado de nulidad, porque de no haber información sobre este primer escollo, la presunción sigue vigente.

Por su parte, la argumentación del juez debe ser un juicio provisorio, pero que desvirtúe esa validez; como tal, en este caso, es un juicio sobre el fondo, dictado con *semi plena probatio*, y sin escuchar a la otra parte, de allí la importancia de una adecuada argumentación.

H. El juicio de proporcionalidad de la medida cautelar

Cuando en el caso de la Compañía Cervecería Ambev Perú S.A.C, en la STC N.º 1209-2006-PA/TC (Publicada el 30.11.2006), el Tribunal Constitucional sostuvo: “...debe recordarse que la tutela cautelar si bien constituye un derecho para garantizar el cumplimiento de la sentencia que se dicte sobre el fondo, supone al mismo tiempo, un juzgamiento en base a probabilidades, por tanto, su potencial de constituirse en acto arbitrario es incluso mayor al de una sentencia que ha merecido una mayor cautela y conocimiento por parte del Juez.” (Fundamento 12)

I. El juicio de proporcionalidad de la medida cautelar

El artículo 39.1 del TUO de la Ley 27584 ordena que la cautelar se dicta “siempre que de los fundamentos expuestos por el demandante: 1. Se considere verosímil el derecho invocado. Para tal efecto, se deberá ponderar la proporcionalidad entre la eventual afectación que causaría al interés público o a terceros la medida cautelar y, el perjuicio que causa al recurrente la eficacia inmediata de la actuación impugnada”.

El artículo 611 del Código Procesal Civil, que también regula los presupuestos de la decisión cautelar, en la modificación impuesta por la Ley N°

29384, publicada el 28.06.2009, agregó otro presupuesto y es el de “La razonabilidad de la medida para garantizar la eficacia de la pretensión”.

El principio de proporcionalidad y la defensa de los Derechos Fundamentales y del Estado Constitucional.

J. El Test de proporcionalidad y los tres subprincipios

- **El análisis de idoneidad.** Se trata del análisis de una relación medio-fin. La adecuación o idoneidad consiste en la relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado por el poder público –la intervención en los derechos constitucionales- y el objetivo cuya conformación o realización aquél pretende.
- **El análisis de necesidad.** Se examina si existen medios alternativos al optado por el poder público, que no sean gravosos o, al menos, que lo sean en menor intensidad. Se trata del análisis de una relación medio-medio.
- **El análisis de la ponderación** o proporcionalidad en sentido estricto viene a ser una comparación entre dos variables: el grado de realización u optimización del fin constitucional y la intensidad de la intervención en el derecho.

K. Proporcionalidad, medidas cautelares y argumentación

El artículo 39.1 de la ley impone que ante una medida cautelar el juez debe pasar a realizar ese juicio de ponderación entre el perjuicio al interés público y el que se causa al interés particular y ese es un tema que, de cara a un caso concreto,

debe hacer con argumentación correcta y suficiente; no en vano, el mismo Robert Alexy, liga la ponderación con la argumentación, “la fórmula del peso resulta ser un argumento perteneciente al discurso jurídico racional.

Como tal, ella se hace imprescindible para poder introducir ‘orden al pensamiento jurídico’; además este análisis de proporcionalidad es exigido no solamente por la naturaleza de los derechos fundamentales, sino también por la pretensión de corrección, misma que a su vez es necesariamente formulada en la argumentación realizada por la jurisdicción constitucional”

L. El análisis de la idoneidad

En el análisis de la idoneidad, se “excluye la adopción de medios inidóneos que obstruyan la realización de los principios o fines para los cuales ha sido adoptado”, Es decir, en el caso concreto se busca determinar que la medida cautelar sea la adecuada para la protección del derecho reclamado y de la tutela que, eventualmente se ha de alcanzar en la decisión final, La doctrina y la jurisprudencia reconoce que la medida cautelar, en forma general, resulta ser el mecanismo adecuado contra el problema del tiempo en los procesos y para hacer efectiva la tutela judicial que se reclama

LL. El análisis de la necesidad

El sub principio de necesidad trata de una comparación de la medida adoptada con los medios alternativos disponibles, y en la cual se analiza, por un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo; y, por otro, su menor grado de intervención en el derecho fundamental. Es decir, comparar las

medidas cautelares con otro instituto en el proceso. Las providencias cautelares, en el proceso civil o en el contencioso administrativo, no tiene parangón; es decir, no hay otro medio para combatir la urgencia del reclamo o el mero transcurso del tiempo, antes que se dicte sentencia de fondo.

M. El análisis de la necesidad

En este aspecto, la pregunta que debe hacer el juez contencioso administrativo es si puede optar por una medida menos gravosa a la entidad pública, sin que por ello se deje de lado, la tutela del solicitante. Ello impone una carga adicional al juez de argumentación para justificar, en el caso de imponer la medida, de que no existe otra alternativa que ésta.

N. El análisis de la proporcionalidad en estricto o ley de la ponderación

De la ley de ponderación se infiere una relación directamente proporcional, conforme a la cual: cuanto mayor es la intensidad de la intervención de un derecho constitucional, tanto mayor ha de ser el grado de realización u optimización del fin constitucional. Hay dos variables:

- La primera es la determinación del grado de realización o cumplimiento del principio constitucional que representa el *fin* de la intervención.
- La segunda es, por un lado, la comparación entre *intensidad de la intervención* y *grado de realización del fin de la intervención* – conforme a la ley de la ponderación- y, por otro, el resultado de esa comparación.

O. Proporcionalidad en la cautelar en el proceso contencioso administrativo

Ya en el caso concreto, debe “ponderar” la intensidad de la intervención en la entidad pública, el perjuicio que causa al interés público, y la satisfacción que podría obtener el solicitante de la medida cautelar.

Y es aquí donde debe desarrollar una necesaria y adecuada argumentación, teniendo en cuenta que toda medida cautelar es provisoria y como tal variable y que solo es un juicio a base de probabilidades, no es una decisión final; por lo tanto, si se trata de un razonamiento a base de *semi plena probatio* y sin que la otra parte pueda alegar, el juzgador, entonces, debe verificar el grado de intervención de esa providencia en la administración pública, el daño que puede causarle y el tema de la irreversibilidad de la medida, esto es, que establezca que la cautelar asumida, pueda, en caso de variar las circunstancias, regresar al *status quo* anterior a su providencia

P. El peligro en la demora en las medidas cautelares del proceso contencioso administrativo

La finalidad del proceso: garantizar la función jurisdiccional o hacer efectivos los derechos sustanciales. La finalidad de la tutela cautelar es hacer posible que la tutela jurisdiccional se efectivice, neutralizando los peligros derivados de la duración (o por la duración) del proceso- instrumento de tutela.

Por ello, es el peligro de la demora en la respuesta jurisdiccional final y la posibilidad de llegar a una inútil ejecución, lo que exige una providencia anticipada.

Q. Clases de peligro en la demora

- **El peligro de infructuosidad:** el que se produce por el fundado temor de que el ejecutado pueda disponer del bien; entonces, aquí la medida cautelar suministra medios idóneos para que la sentencia sea efectiva; por ejemplo, el embargo y la anotación de la demanda; y,
- **El peligro de tardanza:** aquí lo que se teme es la desaparición de los medios necesarios para la tutela, por el transcurso del tiempo que dura el proceso; es decir, la mera tardanza; son ejemplos de esta medida cautelar: la asignación anticipada, la innovativa y la de no innovar.

R. Prueba en el peligro en la demora

Ya sea en el peligro de tardanza o en el de infructuosidad, a quien le corresponde acreditar estos extremos es al solicitante, pues el juez tiene vedada esa posibilidad, por el principio dispositivo que rige el proceso civil. Esta lectura es la que nace del artículo 39 el cual ordena que las cautelares se conceden “siempre que de los fundamentos expuestos por el demandante”, y con ello está imponiendo (o reiterando) la regla de la carga de la prueba al propio solicitante.

S. La naturaleza provisoria de la cautelar

El artículo 39.2 del TUO de la Ley 27584 considera al *periculum in mora* con el texto “Se considere necesaria la emisión de una decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso, o por cualquier otra razón justificable”. El legislador pone énfasis en el tema de que la decisión cautelar es “preventiva”, y ello no es más que una reiteración de uno de los caracteres de estas medidas y es que tales son provisorias y están sujetas en la cláusula de variabilidad.

T. El peligro en la demora, y las pretensiones del derecho a la pensión

Hay una excepción al peligro en la demora, previsto por el mismo legislador en el artículo 39.2 y es el referido al derecho a la pensión; el artículo reza: “No es exigible este requisito cuando se trate de pretensiones relacionadas con el contenido esencial del derecho a la pensión”.

U. El peligro en la demora, y las pretensiones del derecho a la pensión

En la STC N.º 1417-2005-AA/TC caso Manuel Anicama Hernández, (publicada en Peruano el 12.07.2005), en el fundamento 37, el Tribunal Constitucional pasó a desarrollar el contenido de este derecho; así, está conformado por:

- i. 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;
- ii. las disposiciones legales que establecen los requisitos para la obtención de un derecho a la pensión;

- iii. aquellas pretensiones mediante las cuales se busque preservar el derecho concreto a un `mínimo vital`;
- iv. los supuestos en los que se deniegue el otorgamiento de una pensión de sobrevivencia, a pesar de cumplir con los requisitos legales para obtenerla;
- v. 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”.

V. El peligro en la demora es el referente a la irreparabilidad del daño

Se sostiene que “el daño irreparable que, de acuerdo al Código Procesal Civil se exige para este tipo especial de medida cautelar, no debe exigirse en el proceso contencioso administrativo”⁵⁹.

El artículo 611 del Código Procesal Civil, que impone los presupuestos de las medidas cautelares, es una norma genérica Pero, hay otras medidas que exigen otros presupuestos, en casos en que el peligro de la demora sea agravado, y éste exija rápidas respuestas para evitarlo: son las medidas innovativas y de no innovar, por ello debe acreditarse el cumplimiento de sus especiales requisitos de tales excepcionales providencias: y en éstos se encuentra el de la irreparabilidad del daño, además, de la inminencia del peligro.

⁵⁹ PRIORI POSADA, Giovanni. Ob. Cit., p. 79.

W. La adecuación de las medidas cautelares para garantizar la eficacia de la pretensión

Sobre la relación del principio de adecuación – congruencia con el principio de proporcionalidad, previsto en el artículo 200 de la Carta Fundamental; el Tribunal sostiene en relación a la adecuación que “Este presupuesto exige que el juzgador deba adecuar la medida cautelar solicitada a aquello que se pretende asegurar, debiendo dictar la medida que de menor modo afecte los bienes o derechos de la parte demandada o en todo caso, dictar la medida que resulte proporcional con el fin que se persigue.”

X. Las medidas cautelares de innovar y de no innovar

Si bien en el texto del TUO de la ley 27584 no hay un desarrollo del régimen de las cautelares, sobre todo, lo que constituyen las medidas de innovar y de no innovar, debemos remitirnos al Código Procesal Civil para mejor comprensión. Ambas medidas coinciden en que son excepcionales y que se presentan ante la inminencia de un perjuicio irreparable.

Y. Requisitos de las medidas cautelares de innovar y de no innovar.

1. que exista la apariencia de un derecho (o interés) que merezca tutela;
2. que exista un *periculum in mora* (ya sea de infructuosidad o de tardividad);
3. que para cautelar ese derecho de ese *periculum* no exista una medida típica;

4. que, además, ese derecho que se pretende cautelar contra el *periculum in mora* -normal- esté amenazado de un peligro de daño que es inminente e irreparable.

Ello implica que la residualidad de la tutela cautelar innovativa o conservativa atípica prevista en los arts. 682 y 687 en cuenta serios parámetros y límites.

La irreparabilidad como requisito

La *irreparabilidad* puede entenderse en estos sentidos:

- a) ***Irreparabilidad entendida como irreversibilidad de los efectos del perjuicio al derecho.***

Producen lesiones o peligros de lesiones irreversibles todos los eventos perjudiciales que están dirigidos a golpear derechos de contenido y función no patrimonial». Caso de lesión de los derechos de la persona (imagen, intimidad, identidad personal, etc., pero también de ciertos *status*).

- b) ***Irreparabilidad entendida como imposibilidad o grave dificultad a la plena restitución in integrum del derecho lesionado.***

En presencia de lesiones si bien no irreversibles o a efectos irreversibles, los instrumentos resarcitorios, comprendida la reintegración en forma específica cuando esta sea posible, no están en grado de realizar integralmente el contenido del derecho en juicio, más allá del “límite de normal tolerabilidad”.

La inminencia del perjuicio

En cuanto a la *inminencia* del perjuicio, para que un perjuicio sea inminente, es necesario hacer referencia al espacio *temporis* que corre entre el momento en el cual se teme la verificación del evento perjudicial y la realización del evento mismo.

5.2. Discusión jurisprudencial

5.2.1. Contracautela

Hemos comprobado que, mientras el Código Procesal Civil considera a la contracautela como un requisito de presentación de toda demanda cautelar, la ley 27584 ni siquiera la menciona. Veamos como tal institución ha sido entendida en las ejecutorias de la Corte Suprema de Justicia de la República.

PRIMER CASO:

- Expediente N° 118-2003 (Sala Civil Transitoria - Corte Suprema)
- Demandante: Proplast Barrera S.A.C.
- Demandado: Tribunal Fiscal.
- Materia: Proceso contencioso-administrativo (cuaderno cautelar).
- Fecha: 28 de agosto del 2003.
- SUMILLA: La contracautela constituye un presupuesto de admisibilidad de una medida cautelar, por aplicación supletoria del Código Procesal Civil.

Mediante resolución de fecha 13 de diciembre del 2002, la Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima había declarado fundada la demanda cautelar de no innovar planteada dentro del proceso por Proplast Barrera S.A.C., disponiendo: 1. La suspensión de los efectos de la Resolución del Tribunal Fiscal N° 02112-1-2002 de fecha 19 de abril del 2002; 2. La suspensión de las acciones de cobranza coactiva o medida preventiva de embargo respecto a ella; y 3.

Que, previamente, la solicitante mejore la contracautela personal ofrecida en forma de caución juratoria, por una contracautela personal en forma de carta fianza, por la suma de S/. 6 680 000. La empresa demandante apeló sólo el tercer extremo.

Con fecha 28 de agosto del 2003, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema revocó el extremo apelado, reformándolo, modificaron sólo el monto de contracautela personal en forma de carta fianza exigida por la Sala de primera instancia, fijándolo en S/. 2 500 000.

Son de importancia para nuestro tema el cuarto y quinto considerandos de la ejecutoria suprema.

“(…). Cuarto: Que, asimismo, la mencionada ley, establece en su artículo treintiséis, los requisitos para la concesión de medida cautelar en los procesos contenciosos administrativos, no apareciendo regulada la figura de la contracautela; sin embargo, el artículo treintaicinco de la ley en mención, faculta

la aplicación supletoria del Código Procesal Civil con las especificaciones establecidas en la ley.

Quinto: Que, para tal efecto, el artículo seiscientos trece primer párrafo del Código Procesal Civil, regula la contracautela, la misma que puede ser definida como aquella figura procesal que constituye un presupuesto de admisibilidad de una medida cautelar, destinada a garantizar la reparación de los daños y perjuicios causados indebidamente a quien sufre la ejecución cautelar, haciéndose efectivo sólo cuando el derecho que sustente la pretensión del cautelado sea desestimada. (...).”

De la lectura de ambas consideraciones, se aprecia que la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema reconoció la no regulación de la contracautela en la ley 27584 y aplicó supletoriamente el Código Procesal Civil, interpretando que los requisitos previstos en su artículo 610 -entre ellos la contracautela-, son requisitos de admisibilidad.

SEGUNDO CASO:

- Expediente N° 173-2003 (Sala Civil Permanente - Corte Suprema)
- Demandante: Contilatin del Perú S.A.
- Demandado: Tribunal Fiscal.
- Materia: Proceso contencioso-administrativo (cuaderno cautelar).
- Fecha: 16 de febrero del 2004.
- SUMILLA: La contracautela es un requisito para la ejecución de la medida cautelar, razón por la cual, cualquier deficiencia en ella, es

subsancable antes de ejecutar la medida otorgada, luego de haber verificado la concurrencia de los requisitos de verosimilitud y peligro en la demora.

Por resolución de fecha 29 de abril del 2003, la Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima había resuelto rechazar la solicitud cautelar de no innovar planteada dentro del proceso por Contilatin del Perú S.A., por la cual había petitionado se disponga la no ejecución de las cartas fianzas otorgadas por la solicitante a favor de la Intendencia de la Aduana Marítima del Callao. La empresa solicitante apeló tal resolución.

Con fecha 16 de febrero del 2004, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema revocó la resolución apelada, reformándola, ordenó que -previamente a la ampliación de la vigencia de la carta fianza ofrecida como contracautela y a la legalización de firma del representante legal de la empresa demandante-, se suspenda la ejecución de las resoluciones administrativas emitidas por el Tribunal Fiscal materia de cuestionamiento en el proceso principal.

Si bien no hay un considerando en el cual la Sala exprese qué valor le otorga a la contracautela, luego de identificar la concurrencia de los requisitos de verosimilitud y peligro en la demora, el sexto punto de la ejecutoria suprema indica que:

“Sexto: (...); por último se ofrece contracautela en la modalidad de carta fianzabancaria número cero cero cero veintitrés mil ciento concienticéis, por la

suma de cuarenta mil dólares americanos, que venció el nueve de abril del dos mil tres, cuya vigencia ha sido prorrogada hasta el dos de abril del dos mil cuatro, conforme aparece del documento obrante a fojas cinco de este cuaderno, debiendo por tanto ser ampliada respecto a su vigencia y cumplirse con la legalización de firma respectiva por parte del representante legal de la empresa demandante.”

De acuerdo a ello, la Sala encontró dos deficiencias respecto a la contracautela ofrecida: la primera era la vigencia de la carta fianza, y la segunda la falta de legalización de firma del representante legal de la empresa. Pese a ello, la Sala concedió la medida.

Sin embargo, dispuso que antes de su ejecución, la parte solicitante subsane ambos defectos. A partir del proceder resolutivo empleado por la Sala Civil Permanente, se entiende que ella: 1. Juzgó como requisitos para el otorgamiento de la medida cautelar sólo a la verosimilitud y al peligro en la demora; 2. Consideró a la contracautela como un requisito para la ejecución de la medida otorgada; y 3. De acuerdo a ello, cualquier defecto de la contracautela era subsanable antes de ejecutar la medida concedida.

TERCER CASO:

- Expediente N° 229-2003 (Sala Civil Permanente - Corte Suprema)
- Demandante: Bety Rosa Ramos Medina.
- Demandado: Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (SUNASS).
- Materia: Demanda cautelar.

- Fecha: 18 de febrero del 2004.
- SUMILLA: La contracautela es un requisito sine qua non para el otorgamiento de una medida cautelar.

A través de resolución de fecha 19 de marzo del 2003, la Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima había declarado inadmisibile la solicitud cautelar de no innovar planteada fuera del proceso por Bety Rosa Ramos Medina, debido al no ofrecimiento de contracautela. La parte peticionante apeló dicha resolución.

Con fecha 18 de febrero del 2004, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema confirmó la resolución apelada. Su tercer y último considerando es contundente:

“Tercero: Los argumentos esgrimidos por la apelante no enervan en forma alguna los fundamentos de la recurrida, más aun si se tiene en cuenta que de conformidad con el artículo 610 del Código Procesal Civil, el ofrecimiento de contracautela es requisito sine qua non para el otorgamiento de la medida solicitada.”

Conforme hemos referido y comentado tres ejecutorias de la Corte Suprema que enfocaron el tema de la naturaleza de la contracautela. La primera la consideró un requisito de admisibilidad de toda solicitud cautelar. Seis meses después, la segunda la entendió como un requisito para la ejecución de la medida otorgada, colocándola en un segundo plano respecto a los requisitos de verosimilitud y del peligro en la demora. Finalmente, la tercera afirmó que se trata

de un requisito imprescindible (sine qua non) para el otorgamiento de la medida peticionada, situándola a la par de la verosimilitud y del peligro en la demora. La contradicción de los criterios expuestos es evidente⁶⁰.

La contradicción antes indicada, se presentó bajo la aplicación supletoria de las normas del Código Procesal Civil, cuya expresa consideración en las tres resoluciones, no evitó que surgiera la problemática descrita.

De lo anterior, inferimos que la falta de una opción legislativa en la ley 27584 respecto al sentido de la contracautela, sería la causa de la confusión expresada en las tres ejecutorias.

Ante ello, consideramos necesario que el legislador debe regular expresamente el carácter de la contracautela en el proceso contencioso-administrativo, de la forma que resulte más respetuosa del derecho al debido proceso de los sujetos involucrados y más acorde al poder genérico de cautela de los jueces. Dicha forma, es la de un requisito de actuación (o ejecución) de las medidas cautelares, exigible de acuerdo a la apreciación judicial del caso en concreto (cuando el juez la considere necesaria y así lo disponga).

5.2.2. Medidas innovativas y de no innovar

El artículo 36 de la ley 27584 otorga a las medidas innovativas y de no innovar el carácter de “especialmente procedentes”. Veamos cual ha sido su aplicación por parte de la Corte Suprema. Presentamos a continuación seis

⁶⁰ Llama aún más la atención, comprobar que las segunda y tercera ejecutorias fueron expedidas por la misma Sala Suprema con la misma composición de Vocales, y con solo dos días de diferencia.

ejecutorias, relativas a seis procesos cautelares. Es pertinente advertir que en los dos primeros casos, las demandas cautelares fueron presentadas antes de la vigencia de la mencionada ley, mientras que las solicitudes de los otros cuatro casos estuvieron fechadas luego de entrar ella en vigor.

Las fechas de todas las ejecutorias corresponden ya al periodo de vigencia de la ley 27584.

PRIMER CASO:

- Expediente N° 950-2002 (Sala de Derecho Constitucional y Social - Corte Suprema)
- Demandante: EDELNOR S.A.A.
- Demandado: Organismo supervisor de la inversión en energía (OSINERG).
- Materia: Demanda cautelar.
- Fecha: 11 de junio del 2002.
- SUMILLA: La suspensión de la ejecución de una resolución administrativa es una medida cautelar innovativa.

Por resolución de fecha 03 de octubre del 2001, la Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima había declarado fundada la solicitud cautelar de no innovar planteada fuera del proceso por EDELNOR S.A.A., por la cual había peticionado se disponga la suspensión de la Resolución del Consejo Directivo de OSINERG N° 0092-2001-OS/CD de fecha 10 de enero del 2001, la cual le ordenaba devolver a la Asociación Pro Vivienda

La Estrella - Los Olivos, el valor de sus instalaciones eléctricas, más intereses compensatorios y moratorios. El OSINERG apeló tal resolución.

Con fecha 11 de junio del 2002, la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema conformó el mandato cautelar. Sin embargo, en la parte resolutive de la resolución, se introdujo una modificación: “(...). CONFIRMARON el auto de fojas ciento doce, su fecha tres de octubre del dos mil uno, que CONCEDE la medida cautelar de no innovar solicitada (...), debiendo entenderse como PROCEDENTE la medida cautelar innovativa, suspendiéndose la ejecución (...)”.

De acuerdo a ello, y habiéndose confirmado el dictado de la medida cautelar, se puede concluir que: 1. La Sala Suprema consideró que la suspensión de la ejecución de una resolución administrativa no es una medida de no innovar; y 2. Que, dicha suspensión configura un mandato cautelar innovativo. Sin embargo, dicho Tribunal no expresó razón alguna que sustente el tal criterio.

SEGUNDO CASO:

- Expediente N° 2923-2002 (Sala de Derecho Constitucional y Social - Corte Suprema) Demandante: Lima Airport Partners S.R.L.
- Demandado: Organismo supervisor de la inversión en infraestructura de uso público (OSITRAN).
- Materia: Impugnación de resolución administrativa (cuaderno cautelar).
- Fecha: 13 de noviembre del 2002.

- SUMILLA: La suspensión de la ejecución de una resolución administrativa es una medida cautelar de no innovar.

Mediante resolución de fecha 03 de abril del 2002, la Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima había declarado procedente la solicitud de medida cautelar de no innovar presentada por Lima Airport Partners S.R.L., ordenando la suspensión de la Resolución del Consejo Directivo de OSITRAN N° 033-2001-CD/OSITRAN publicada el 21 de diciembre del 2001, la cual le había impuesto una multa por la demora injustificada en el suministro de información requerida a empresas prestadoras de servicios dentro de los asuntos de competencia del OSITRAN. Dicha institución apeló tal resolución.

El día 13 de noviembre del 2002, la Sala de Derecho Constitucional y Social – Corte Suprema confirmó el mandato de primera instancia. En el cuarto considerando de la resolución, se lee lo siguiente:

“Cuarto: (...); siendo facultad del juez adecuar la forma de la medida cautelar a la que considere adecuada, en virtud a lo preceptuado en el primer párrafo del artículo seiscientos once del Código Procesal Civil, por lo que procede la concesión de la medida cautelar de no innovar.”

En forma contraria a la ejecutoria del primer caso, en este segundo caso la Sala estimó que la de la ejecución de una resolución administrativa es una medida cautelar de no innovar. Sorprende como -al igual que en dicho primer caso-, el criterio expresado no tiene sustento alguno.

Por otro lado, pese a que la medida fue solicitada como una de no innovar, llama la atención ver como la Sala señala adecuar dicho pedido, pero concede la misma medida.

TERCER CASO:

- Expediente N° 115-2002 (Sala Civil Permanente - Corte Suprema)
Demandante: ESKE S.R.L.
- Demandado: Consejo Superior de Contrataciones del Estado (CONSUCODE).
- Materia: Impugnación de resolución administrativa (cuaderno cautelar).
- Fecha: 18 de diciembre del 2002.
- SUMILLA: La suspensión de la ejecución de una resolución administrativa es una medida cautelar innovativa.

En resolución de fecha 10 de julio del 2002, la Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima había resuelto no conceder la medida cautelar de innovar presentada por ESKE S.R.L., consistente en el pedido de suspensión de la Resolución N° 387/2002.TC.S2 del día 03 de junio del 2002, por la cual se había impuesto a la solicitante la sanción de suspensión temporal para contratar con el Estado. La empresa apeló dicha decisión.

El 18 de diciembre del 2002, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema revocó el pronunciamiento de primera instancia, concediendo la medida cautelar

innovativa petitionada. De esa manera, volvemos al criterio del primero. También es característica de esta ejecutoria la ausencia de toda explicación respecto a los motivos que sirvieron para elegir esa modalidad cautelar.

De otro lado, se advierte un grueso error procesal. Al recibir el expediente, la Sala Civil Permanente dispuso por equivocación se remita el mismo al Ministerio Público, cuya Fiscalía Suprema en lo Civil emitió dictamen con fecha 04 de noviembre del 2002; trámite este totalmente ajeno a las competencias de dicho organismo constitucional. Pese a ello, devuelto el expediente cautelar a la indicada Sala, esta resolvió tomando en cuenta dicho dictamen y anotando en el encabezado de la resolución ejecutoria: “VISTOS, con lo expuesto por el Fiscal Supremo en lo Civil y el recurso de apelación (...)”.

CUARTO CASO:

- Expediente N° 177-2003 (Sala Civil Permanente - Corte Suprema)
- Demandante: SEDAPAL
- Demandado: Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (SUNASS).
- Materia: Demanda cautelar.
- Fecha: 16 de febrero del 2004.
- SUMILLA: La suspensión de la ejecución de una resolución administrativa es una medida cautelar indeterminada.

Mediante resolución de fecha 28 de abril del 2003, la Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima había

resuelto rechazar la medida cautelar presentada por SEDAPAL sin indicar una modalidad, consistente en el pedido de suspensión de la Resolución N° 01-2003-SUNASS-TRASS, por la cual se había ordenado a la solicitante devuelva los pagos efectuados por un usuario en exceso y anule las facturaciones excesivas emitidas en contra del mismo.

SEDAPAL apeló la resolución.

Con fecha 16 de febrero del 2004, la Sala Civil Permanente revocó la decisión de primera instancia y resolvió conceder la medida cautelar solicitada. Cabe indicar que dicho Tribunal tampoco hizo mención de alguna específica modalidad cautelar, entendiéndose que la suspensión solicitada fue concedida como una medida cautelar indeterminada.

QUINTO CASO:

- Expediente N° 279-2003 (Sala Civil Permanente - Corte Suprema)
- Demandante: ELECTROSUR S.A.
- Demandado: Organismo supervisor de la inversión en energía (OSINERG).
- Materia: Demanda cautelar.
- Fecha: 23 de febrero del 2004.
- SUMILLA: La suspensión de la ejecución de una resolución administrativa es una medida cautelar de no innovar.

Por medio de la resolución de fecha 27 de noviembre del 2002, la Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia

de Lima había declarado fundada la demanda cautelar de no innovar presentada por ELECTROSUR S.A., disponiendo la suspensión de la Resolución del Consejo Directivo N° 0477-2002-OS/CD, por la cual se había ordenado a la solicitante devolver a la Asociación de Vivienda Residencial Las Begonias el valor de las aportaciones efectuadas por esta al Fondo de Ampliaciones regulado por la ley 23406 (Ley general de electricidad, ya derogada). El OSINERG apeló la resolución.

A través de la ejecutoria del 23 de febrero del 2004, la Sala Civil Permanente confirmó el mandato cautelar de primera instancia, sin fundamentar por qué la suspensión dispuesta debía entenderse como una medida de no innovar.

- **SEXTO CASO:**

- Expediente N° 291-2003 (Sala Civil Permanente - Corte Suprema)
- Demandante: LUZ DEL SUR S.A.A.
- Demandado: Organismo supervisor de la inversión en energía (OSINERG).
- Materia: Demanda cautelar.
- Fecha: 23 de febrero del 2004.
- SUMILLA: La suspensión de la ejecución de una resolución administrativa es una medida cautelar genérica.

Mediante resolución de fecha 23 de septiembre del 2002, la Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima, había declarado infundada la medida cautelar genérica solicitada por LUZ DEL SUR S.A.A., consistente en el pedido de suspensión de la Resolución

del Consejo Directivo del OSINERG N° 0145-2002-OS/CD, por la cual se había ordenado a la solicitante cumpla con devolver al Asentamiento Humano Huaycán Zona de Vivienda, Comercio y Taller, el valor de las aportaciones efectuadas al Fondo de Ampliaciones regulado por la ley 23406 (Ley general de electricidad, ya derogada). La empresa apeló la resolución. Por ejecutoria de fecha 23 de febrero del 2004, la Sala Civil Permanente revocó el mandato de primera instancia declarando fundada la medida cautelar peticionada, es decir, disponiendo la suspensión como una medida genérica.

Hemos mencionado seis ejecutorias supremas, en las cuales, ante la solicitud de suspensión de los efectos de un acto administrativo, el otorgamiento de las medidas innovativas y de no innovar se confunde entre sí, con la medida genérica e incluso con la medida indeterminada. Así, mientras la primera y tercera ejecutorias conceden dicha medida como una innovativa, la segunda y la quinta lo hacen como una de no innovar, la sexta como una de tipo genérico, frente a lo cual la cuarta simplemente no señala modalidad alguna, otorgando una medida indeterminada.

Lo anterior, nos brinda una clara noción de cómo la “especial procedencia” de las medidas innovativas y de no innovar prevista en la ley 27584, no encuentra una correcta expresión en la aplicación de dicha norma, y de cómo ambas nociones siguen generando confusión en nuestros máximos órganos judiciales. El problema es mayor si advertimos otro elemento coexistente en las ejecutorias comentadas: la falta de motivación del porqué se elige una u otra modalidad cautelar.

Ante ello, siendo los caracteres “innovativo” y “no innovativo” de las medidas cautelares dos efectos que puede asumir el poder genérico de cautela judicial, la pertinencia de otorgar alguno de dichos efectos a un particular mandato cautelar queda garantizada mediante la consagración de una única medida cautelar de tipo genérico, la misma que a su vez, deja abierto el paso para ordenar cualquier otra variante cautelar que resulte idónea.

Desarrollando la idea anterior, la regulación de una única medida cautelar genérica, haría posible dotar a un particular mandato cautelar de efectos innovativos, no innovativos, y de cualquier otro tipo de efectos. Un juez dotado de un expreso poder cautelar genérico, no dudará en detallar y precisar los alcances de la medida que conceda, sin temor a errar en el carácter innovativo o conservativo del mismo. El socorro de la doctrina a los legisladores en la producción de normas procesales, debe terminar con la redacción de su texto final y no prolongarse hasta su aplicación. Más adelante, el empleo de esas normas y la aparición de nuevos eventos y situaciones fácticas obligarán a nuevos desarrollos teóricos, pero se tratará ya de otro momento.

5.2.3. Nulidad de resoluciones cautelares

Cualquier resolución judicial puede, eventualmente, sufrir algún vicio de nulidad. Ello, debido a la existencia de una teoría de la nulidad regulada en el Código Procesal Civil, aplicable a todas las resoluciones. Tal tema, no regulado en la ley 27584, también puede presentarse en un proceso contencioso-administrativo, afectando a las resoluciones relacionadas a él, entre las que se encuentran las medidas cautelares.

De acuerdo a lo anterior, las reglas de la nulidad previstas en el mencionado código también son aplicables a las medidas cautelares expedidas en los procesos contencioso-administrativos. A continuación, presentamos tres ejecutorias supremas, en las cuales nuestro máximo órgano judicial realizó tal aplicación.

PRIMER CASO:

- Expediente N° 214-2003 (Sala Civil Transitoria - Corte Suprema)
- Demandante: EDELNOR S.A.A.
- Demandado: Organismo supervisor de la inversión en energía (OSINERG).
- Materia: Impugnación de resolución administrativa (cuaderno cautelar).
- Fecha: 08 de septiembre del 2003.
- SUMILLA: La insuficiente motivación de una resolución cautelar obliga a declarar su nulidad para que el inferior jerárquico dicte nueva resolución.

Mediante resolución de fecha 29 de noviembre del 2002, la Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima había concedido la medida cautelar solicitada por EDELNOR S.A.A. El primer fundamento que expuso para adoptar esa decisión fue que “de lo expuesto en la medida cautelar se aprecia la existencia de apariencia suficiente del derecho invocado, por lo que corresponde suspender, preventivamente, los efectos de la resolución administrativa invocada”, siendo el segundo que “la vigencia de la citada resolución administrativa durante la secuela del proceso, podría causar

grave daño patrimonial a la recurrente en la eventualidad de que resulte amparada su pretensión”. El OSINERG apeló la resolución.

Por ejecutoria del 08 de septiembre del 2003, la Sala Civil Transitoria declaró la nulidad del pronunciamiento de primera instancia, sustentándose en la vulneración: 1. Del inciso 3 del artículo 122 del Código Procesal Civil, modificado por ley 27324 (obligación de motivar las resoluciones judiciales); y 2. Del inciso 1 del artículo 36 de la ley 27584 (ponderación de los fundamentos del demandante con el principio de presunción de legalidad del acto administrativo para determinar la existencia de verosimilitud). Dispuso además, que la Sala de origen dicte nueva resolución.

De acuerdo a ello, la Sala de primera instancia llegó a la convicción de la concurrencia de verosimilitud y peligro en la demora, limitándose a enunciar tal conclusión sin sustentarla adecuadamente. Nueve meses después de ese error, la Sala Civil Transitoria declaró tal nulidad, devolviendo el proceso cautelar a primera instancia.

Considerando el tiempo transcurrido entre la presentación de la demanda cautelar y la resolución del 29 de noviembre del 2002, los nueve meses hasta la resolución de vista del 08 de septiembre del 2003, el tiempo que demore la devolución del expediente a la primera instancia, y el lapso final de su reingreso a despacho hasta la expedición de nueva resolución, fácilmente superamos el año de trámite.

Si recordamos los fines de tutela procesal de las medidas cautelares, el derecho a que la tutela jurisdiccional sea “efectiva”, y el significado del “peligro en la demora” como presupuesto cautelar, advertimos que la aplicación de los preceptos de la nulidad procesal realizada en el caso que presentamos, resultó contraria a todas y cada una de las consideraciones recién mencionadas.

SEGUNDO CASO:

- Expediente N° 2058-2003 (Sala de Derecho Constitucional y Social - Corte Suprema)
- Demandante: DROKASA DEL PERÚ S.A.
- Demandado: Consejo Superior de Contrataciones del Estado (CONSUCODE).
- Materia: Impugnación de resolución administrativa (cuaderno cautelar).
- Fecha: 28 de octubre del 2003.
- SUMILLA: Si bien no se ha logrado cuantificar con precisión el daño ocasionado por la ejecución de la medida cautelar, ello no obsta para que el juzgador pueda fijar prudencialmente la indemnización que debe pagar la parte a cuyo favor se otorgó dicha medida.

Este caso trata del pago de una indemnización por daños y perjuicios causados por la ejecución de una medida cautelar, es decir, de la ejecución de la contracautela que ofreció la parte solicitante en la forma de caución juratoria. Fueron cuatro las resoluciones involucradas en el caso: dos dictadas en primera

instancia y dos ejecutorias, siendo la primera de estas últimas la que declaró la nulidad objeto de comentario.

La primera resolución fue dictada por la Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima el 07 de junio del 2002, declarando fundada la solicitud presentada por DENTI LAB DEL PERÚ S.R.L. sobre pago de indemnización por daños causados por la ejecución de la medida cautelar previamente otorgada a DROKASA DEL PERÚ S.A., ordenando que esta última consigne a disposición de la Sala por dicho concepto el monto de S/. 20 000, que la obligada había ofrecido como caución juratoria al momento de formular su pedido cautelar.

La segunda resolución, fue expedida el 23 de octubre del 2002 por la Sala de Derecho Constitucional y Social, la cual declaró nula la primera resolución, debido a que la cuantificación del acto lesivo requería de una previa acreditación, no efectuada hasta ese momento. Dicha Sala, dispuso también que el órgano A-quo emita nueva resolución, procediendo de acuerdo a los artículos 613 y 621 del Código Procesal Civil. Tales numerales, sin embargo, regulan la finalidad de la contracautela y las sanciones por pedidos cautelares maliciosos o innecesarios, respectivamente, sin referir nada sobre la necesaria acreditación que sustentó la decisión nulificante, y que se supone debería practicar el A-quo. Se observa así una grave incoherencia en la resolución comentada.

La tercera resolución, fue emitida por la Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima el 05 de mayo del 2003, en cumplimiento de lo ordenado en la segunda resolución. La

indicada Sala Superior volvió a declarar fundada la solicitud de DENTI LAB DEL PERÚ S.R.L., disponiendo que DROKASA DEL PERÚ S.A. cumpla con la misma consignación ordenada en la primera resolución. En este punto, resulta imposible cualquier referencia a los considerandos de este tercer pronunciamiento, al no haber podido acceder a su texto completo.

En la cuarta y última resolución expedida también por la Sala de Derecho Constitucional y Social, esta vez el día 28 de octubre del 2003, se confirmó la tercera resolución, es decir, se declaró fundada la solicitud de DENTI LAB DEL PERÚ S.R.L., debiendo DROKASA DEL PERÚ S.A. pagarle a la anterior la suma de S/. 20 000. Los fundamentos de dicha decisión fueron:

“Cuarto: Que, en el caso de autos, si bien no se ha logrado cuantificar de manera precisa el daño ocasionado por la suspensión de los efectos de la resolución administrativa cuya nulidad se persiguió en el proceso principal, ello no obsta para que el Juzgador pueda fijarla de manera prudencial; Quinto: (...), la accionante DROKASA DEL PERÚ S.A., dejó consentir la sentencia de fecha diecisiete de diciembre del dos mil uno, que declaró improcedente la demanda de impugnación de resolución presentada por esta empresa, lo cual denota en cierta manera el carácter innecesario de la solicitud cautelar (...), conducta que debe ser sancionada con la fijación de una indemnización, de conformidad con el artículo seiscientos veintiuno del Código Procesal Civil (...).”

Dejando el discurso descriptivo, vemos que debido a la aplicación formal de las normas reguladoras de la nulidad procesal en la ejecutoria suprema del 23 de octubre del 2002 (segunda resolución), se dejaron transcurrir 16 meses para

confirmar el mandato de pago de S/. 20 000 por concepto de indemnización por daños causados por la ejecución de una medida cautelar. Nos preguntamos, primero, ¿qué ocurrió con los daños sufridos (aun cuando fuesen pequeños) durante esos 16 meses? (nótese que al final se ordena el pago sólo de los S/. 20 000 que habían sido ofrecidos como contracautela), y segundo, ¿porqué la Corte Suprema no aplicó el mismo “criterio prudencial” un año antes, cuando tuvo a la mano por primera vez el cuaderno cautelar? (caso en el cual la aludida confirmación sólo hubiese tardado 6 meses).

TERCER CASO:

- Expediente N° 142-2003 (Sala Civil Transitoria - Corte Suprema)
- Demandante: EDELNOR S.A.A.
- Demandado: Organismo Supervisor de la Inversión en Energía (OSINERG).
- Materia: Demanda cautelar.
- Fecha: 15 de diciembre del 2003.
- SUMILLA: La “motivación aparente” de una resolución cautelar obliga a declarar su nulidad para que el inferior jerárquico dicte nuevo pronunciamiento.

Por resolución de fecha 23 de septiembre del 2002, la Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima había concedido la medida cautelar solicitada por EDELNOR S.A.A., consistente en la suspensión de la ejecución de la Resolución del Consejo Directivo N° 1333-2002-

OS/CD. El sustento central de dicha resolución concesoria, aparecía en su cuarto considerando:

“Cuarto: que, del análisis de la solicitud cautelar y anexos, se aprecia que el usuario, antes de la reclamación administrativa que planteó, había arribado a una transacción extrajudicial en la que ambas partes, haciéndose concesiones recíprocas, habrían renunciado a toda reclamación sobre lo que es materia del proceso principal; por lo que existe verosimilitud en el derecho invocado.”

Por ejecutoria del 15 de diciembre del 2003, la Sala Civil Transitoria declaró la nulidad del pronunciamiento de primera instancia, sustentándose en la vulneración: 1. Del inciso 3 del artículo 122 del Código procesal civil, modificado por ley 27324 (obligación de motivar las resoluciones judiciales); y 2. Del inciso 5 del artículo 139 de la Constitución (misma obligación). Dispuso también, que la Sala de origen dicte nueva resolución de acuerdo a lo señalado en ella. Los motivos de tal declaración figuran en su punto sexto:

“Sexto: Que sin embargo, del acta de conciliación de fojas treintiséis fluye “prima fascie” (sic) que los reclamos posteriores a tal acuerdo, de los que habría renunciado el usuario, son respecto del periodo indicado en dicho documento, esto es en agosto del años dos mil a julio del dos mil uno, por lo que no podría aplicarse a los periodos anteriores como los que son materia de reclamo en el presente proceso; consecuentemente en la resolución apelada se ha incurrido en motivación aparente, infringiéndose lo dispuesto por el inciso tercero del artículo ciento treinta y nueve de nuestra Constitución Política del Estado; (...).”

Como se lee, la fundamentación esgrimida por la Sala Suprema en realidad cuestionó el sustento central de la resolución apelada, referido a los alcances de la citada conciliación extrajudicial. Si ese fue el tema en el cual la Sala Superior apreció la verosimilitud necesaria para acordar el otorgamiento de la medida, un juicio contrario sobre el mismo implicaba la revocatoria de la resolución, declarando infundado el pedido cautelar. En esa línea, si la Sala Suprema atribuye a dicho documento conciliatorio alcances distintos a los considerados por la Sala Superior, debió concretar esa discrepancia con el criterio del inferior jerárquico revocando la decisión de éste. Setrataba de resolver el pedido cautelar en sí, por cuanto no existían vicios formales.

Sin embargo, los alcances que tal conciliación tenían para la Sala superior, fueron calificados por la Sala Suprema como “motivación aparente”, y por ello insuficiente para considerar correctamente motivado el mandato cautelar, deviniendo éste en nulo.

Cabe señalar que, como mandato adicional, el Supremo tribunal dispuso la expedición de una nueva resolución teniendo en cuenta lo señalado precedentemente, es decir, considerando que el documento conciliatorio tenía los alcances apreciados por la Sala Suprema. Se observa así que, luego de declarar una nulidad, dicho tribunal no se limitó a disponer la renovación del acto viciado, sino que también orientó claramente el sentido que dicho nuevo pronunciamiento de primera instancia debía tener. Ello reafirma el hecho que, en el proceso cautelar, no existía ninguna “motivación aparente”.

La consecuencia de lo anterior fue que, después de 15 meses, la tutela jurisdiccional solicitada con la demanda cautelar no había obtenido respuesta, volviendo el proceso cautelar a su comienzo, gracias a una declaratoria de nulidad que además impuso un criterio resolutivo a la Sala de origen.

Como hemos adelantado, la aplicación de los preceptos de la nulidad procesal previstos en el Código procesal civil realizada a los casos presentados, resultó contraria a los fines de tutela procesal de las medidas cautelares, el derecho a que la tutela jurisdiccional sea “efectiva”, y el significado del “peligro en la demora” como presupuesto cautelar.

Debe recordarse además que, regulando las nulidades, aparece el principio de trascendencia, según el cual “no hay nulidad si la subsanación del vicio no ha de influir en el sentido de la resolución o en las consecuencias del acto procesal”⁶¹. De acuerdo a ello, la subsanación de algún vicio ocurrido en primera instancia, no influye sobre la finalidad tutelar de las medidas cautelares -esencia del instituto-, sino más bien propende al logro del mismo (aun en los casos en que se desestime el pedido cautelar, en los cuales igual se debate la aplicación del instituto y la necesidad de la tutela que él es capaz de proveer). Por el contrario, la no subsanación del vicio puede fácilmente frustrar la finalidad del instituto en el caso concreto, al potenciar la consumación del peligro en la demora.

El recurso a ese principio en el proceso contencioso-administrativo, encuentra buena acogida en la ley que regula a este último proceso. Nos referimos

⁶¹ Cuarto párrafo del artículo 172 del Código Procesal Civil.

al principio de “suplencia de oficio” regulado en el numeral 4 del artículo 2 de la ley 27584, según el cual:

“El Juez deberá suplir las deficiencias formales en las que incurran las partes, sin perjuicio de disponer la subsanación de las mismas en un plazo razonable en los casos en que no sea posible la suplencia de oficio.”

De acuerdo a ello, si el juez advierte que la demanda cautelar carece de algún requisito, suplirá de oficio el mismo. En caso de ser esto posible debido al carácter esencial de la exigencia insatisfecha, debe notificar inmediatamente a la parte interesada para que cumpla con subsanar la deficiencia. Suplido el defecto de oficio o por la parte, procederá a resolver el pedido cautelar.

En ambas situaciones, se estaría aplicando los principios de trascendencia y de suplencia oficiosa en una misma dirección: el logro de los fines del instituto cautelar invocado.

El real empleo de tales principios en las medidas cautelares de los procesos contencioso-administrativos puede lograrse, no sólo a partir de una seria campaña entre los magistrados y el personal jurisdiccional acerca de una toma de conciencia de la finalidad del instituto cautelar, sino también instituyendo tal proceder como una obligación de los magistrados antes de resolver una demanda cautelar que tenga alguna deficiencia formal, y además, estableciendo como causal de sanción disciplinaria la inobservancia de tal comportamiento. Lo anterior, encuentra justificación en las directas e inmediatas implicancias constitucionales que poseen las medidas cautelares.

5.3. Corroboración de la hipótesis

En la presente investigación la hipótesis principal planteada fue: *“No existe eficacia en la aplicación de las medidas cautelares por los magistrados los Juzgados Mixtos, y Juzgados Especializados en lo Civil del Distrito Judicial de Ancash, establecidas en la Ley N° 27584 – Ley del Proceso Contencioso Administrativo, debido a que no es aplicada adecuadamente por los magistrados de los Juzgados Mixtos y Juzgados Especializados en lo Civil del Distrito Judicial de Ancash, en el periodo 2008 – 2009”*, ha quedado contrastada POSITIVAMENTE en merito a los siguientes fundamentos:

- La complejidad del trabajo de los jueces mixtos, es que muy aparte de conocer casos netamente civiles, por lo que al conocer los procesos contencioso administrativos, se pone de manifiesto la amplitud de temas que llegan a conocer y de entidades públicas que pueden ser demandadas ante estos órganos. En su mayoría, los casos que conocen versan sobre materia previsional, sobre resoluciones administrativas concernientes al personal de la Administración Pública, asimismo abarca una variedad de temas, como licencias y autorizaciones municipales, propiedad, transporte, construcción, temas registrales, entre otros. Además, los casos que conoce tratan sobre temas relacionados con el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración.
- En lo referente a las entidades demandadas, un número importante de casos se relaciona con la Oficina de Normalización Previsional (35%), tras el cual aparecen Essalud, ministerios, municipalidades y un amplio grupo

de entidades públicas como las Fuerzas Armadas, la Policía Nacional del Perú, las entidades que brindan servicios públicos, las universidades públicas, los organismos reguladores, el Banco de la Nación, el Poder Judicial, el Ministerio Público, entre otras.

- De acuerdo con los datos recogidos, un proceso de primera instancia dura un promedio de un año y diez meses hasta la sentencia. Si ésta es apelada, el proceso en segundo grado dura un promedio de un año y tres meses más. De interponerse el recurso de casación se tendrá que esperar dos años y seis meses adicionales hasta la resolución final. En total, el promedio de duración de un proceso contencioso administrativo, en todas sus etapas, es de cinco años y siete meses.
- En los juzgados mixtos del Distrito Judicial de Ancash, en los procesos contenciosos administrativos se han identificado a dos tipos de abogados que intervienen en los referidos procesos. Uno minoritario casi siempre en la defensa de la Administración que maneja adecuadamente los temas y realiza un seguimiento constante de sus casos, y otro mayoritario casi siempre en la defensa del administrado con características opuestas.
- Respecto de la actuación del juez al momento de la admisión de las demandas o en el transcurso del proceso, la investigación realizada mostró evidencias tanto negativas como positivas sobre el particular. De estas primeras, la constante se advierte condicionan la admisión a requisitos que bien podrían subsanarse luego, manteniéndose aún la posibilidad de rechazar la demanda si ello no ocurre. Las barreras que restringen el acceso a la justicia, se debe hacer mención del artículo 8° de la Ley N°

27584, Ley que regula el proceso contencioso administrativo, que sólo permite presentar demandas ante el juez del lugar de domicilio del demandado o del lugar donde se produjo la actuación que se desea impugnar. El privilegio está puesto netamente en la Administración .casi siempre, la parte demandada., cuyas entidades principales se encuentran ubicadas principalmente en la capital. Por consiguiente, será el demandante quien, en su intento de revocar situaciones que lo afectan, deberá sortear la barrera geográfica y luego la económica que implica llevar su caso en la capital.

- Se identificó una serie de fallas que afectan el eficiente funcionamiento de los juzgados mixtos, respecto al tratamiento de los procesos contencioso administrativos, originadas por las deficiencias en el diseño de una política judicial. Los problemas se acrecientan porque los órganos de dirección del Poder Judicial suelen adoptar medidas de cambio, las cuales son, por lo general, poco consultadas con quienes luego las aplicarán, es decir, con los jueces, el personal jurisdiccional y el personal auxiliar, quienes conocen mejor el trabajo diario y la posibilidad de éxito de esas propuestas. Por tal motivo, los objetivos entre la política judicial y los del despacho judicial carecen de la vinculación necesaria para articular una estructura sólida y homogénea en su funcionamiento.
- A partir de la vigencia del Decreto Legislativo 1067 se restringe aún más la tutela cautelar para el administrado, dejando en manos del juez efectuar un subjetivo juicio o examen de ponderación de intereses que, en muchos

casos, privilegiará el interés público antes que el del solicitante de la medida cautelar.

- La novedad de la reforma, es la introducción de la figura de la oposición a la medida cautelar, que de sopetón se extiende al proceso contencioso administrativo, sin repararse, al parecer, en la ventaja posicional que en un PCA tiene siempre la Administración y que, de hecho, puede haber causado ya perjuicio con la ejecución, por su cuenta, del acto administrativo impugnado. En suma, si ya obtener la medida cautelar era toda una hazaña, de qué podía valer ello, si a los pocos días la Administración podía oponerse y lograr disuadir al a quo de la mantención de la medida cautelar, incluso hasta llegando a trasladar el debate fondal a la sede cautelar.
- Tal como está redactado el artículo 36 de la Ley N° 27584, luego de su modificación por el Decreto Legislativo 1067, y que actualmente tiene el orden 39 del articulado compendiado en el TUO, el examen de verosimilitud parece haberse recargado impensadamente. En efecto, solo atendiendo a la ubicación de este apéndice de requisito, podría un desprevenido juez del PCA focalizarse en examinar los requisitos de procedencia de la medida cautelar, siguiendo paso a paso los enumerados en la citada norma, y así escudriñar la verosimilitud, y para ello, a la vez, hacer el examen ponderativo que le exige la ley.
- El solicitante a partir de la reforma, tiene más complicado el panorama para hacerse titular de una medida cautelar. Y ello parte del simple hecho de confrontar la normativa anterior con la modificada, y notar en

retrospectiva que el juez de antaño solo ponderaba los fundamentos de la solicitud cautelar con el principio de presunción de legalidad del acto administrativo. La nueva disposición, por cierto más restrictiva para el solicitante de la medida cautelar, va en el sentido de exigir un juicio ponderativo, pero sopesando el interés público o de terceros afectados, con el perjuicio del interés (privado) que causaba la eficacia inmediata de la actuación impugnada.

- El juicio ponderativo de intereses que nos regala la norma en comento, exige dilucidar cuál es el interés que el juez debe privilegiar: el interés público o el interés del solicitante. Reduciendo el debate a la escogencia del interés público frente al interés del particular, dudamos que un juez, al resolver, frente a tanta arremetida contra su independencia jurisdiccional, se atreva, como muy pocos, a privilegiar el segundo, frente al primero.
- Nuestro máximo intérprete de la Constitución que el derecho a la prestación de tutela cautelar, es un componente implícito del derecho a la tutela jurisdiccional, consagrado por el artículo 139, inciso 3, de la Carta Política. Uno de los elementos del citado derecho es la efectividad, o sea de que al cabo de todo proceso, el fallo se cumpla; por ende, la protección jurisdiccional debe ser: real, íntegra, oportuna y, a la vez rápida.

VI. CONCLUSIONES

1. El punto de partida de este trabajo de investigación ha sido la consideración de que la Tutela Cautelar Judicial como manifestación de la Tutela Judicial Efectiva, es un instrumento que sirve para evitar el peligro de que la justicia deje en el camino su eficacia, de manera que la sentencia estimatoria, pueda ser ejecutada eficaz e íntegramente, de manera que al obtener por este camino la eficacia de la administración de justicia, los derechos cuya existencia y protección es declarada por el ordenamiento jurídico, puedan hacerse efectivos y de esta forma se preserven los derechos de los administrados.
2. El texto del capítulo VI de la Ley N° 27584, contiene algunas imprecisiones y aspectos que provocan problemas al momento de su interpretación por los órganos jurisdiccionales. Encontramos tales imprecisiones: 1. En la no regulación expresa de la contracautela, lo cual obliga a la aplicación complementaria del Código Procesal Civil, es decir, a su exigencia como requisito de admisibilidad; 2. En la regulación de las medidas de innovar y de no innovar como “especialmente procedentes”; 3. En la tutela cautelar global que se postula para todas las pretensiones posibles dentro de los procesos contencioso-administrativos, sin advertir las diferencias entre ellas; y 4. En la no regulación de otros importantes aspectos, relacionados al tema cautelar, que permitirían desarrollarlo en materia contencioso-administrativa, como son el de la pertinencia o no del recurso de casación y el de la aplicación de los principios de la nulidad procesal.

3. En sede cautelar, el administrado, además de tener que quebrar la presunción de validez del acto administrativo, padece del agobio de otros requisitos, que de alguna manera hacen inviable, o demasiado restringida la adopción de una medida cautelar en el PCA. Entre estos, los contemplados en el artículo 39 del TUO de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo (LPCA).
4. El tema de la concesión de la medida cautelar en el PCA, está vinculado, además, con la problemática derivada de su inejecución. En muchos casos las Medidas Cautelares no han podido ser ejecutadas por resistencia de la entidad demandada, generándose una suerte de negación de la tutela judicial efectiva, o calificación ex post a su dictado por la Administración, lo cual ha vaciado de contenido la institución de la tutela cautelar.
5. El punto de quiebre de todo análisis comparativo del procedimiento cautelar en el PCA, se da con la Ley N° 29384, vigente a partir del 29 de junio de 2009. A partir de aquí, el trámite propio de las medidas cautelares en general, y no solo ya en la materia contencioso administrativa, sufre ajustes incorporando figuras como las de oposición previa a la ejecución de las mismas, que sumada a la de discrecionalidad del juzgador para establecer un juicio ponderativo de intereses, estarían frenando o enervando la tutela cautelar, ya no solo por una culpa jurisprudencial, sino también legislativa.
6. Una de las innovaciones importantes, y no menos trascendentes, que trajo consigo el Decreto Legislativo N° 1067, fue la del nuevo tratamiento de la temática cautelar, precisamente incorporando como subrequisito el de la ponderación de la proporcionalidad de intereses al momento de la concesión

de la medida cautelar, como manera de permitirle al juzgador apelar a ello para, no obstante haber humo de buen derecho, rechazar la medida cuando esta atente contra la propia estabilidad o funcionamiento de la administración. A partir de la vigencia del acotado Decreto Legislativo se restringe aún más la tutela cautelar para el administrado, dejando en manos del juez efectuar un subjetivo juicio o examen de ponderación de intereses que, en muchos casos, privilegia el interés público antes que el del solicitante de la medida cautelar.

7. El requisito de la verosimilitud se ha recargado a partir del D. Legislativo 1067. A partir de la reforma, el actor tiene más complicado el panorama para hacerse titular de una medida cautelar. Y ello parte del simple hecho de confrontar la normativa anterior con la modificada, y notar en retrospectiva que el juez de antaño solo ponderaba los fundamentos de la solicitud cautelar con el principio de presunción de legalidad del acto administrativo. La nueva disposición, es más restrictiva para el solicitante de la medida cautelar, pues va en el sentido de exigir un juicio ponderativo, pero sopesando el interés público o de terceros afectados, con el perjuicio del interés (privado) que causaba la eficacia inmediata de la actuación impugnada.
8. Una demora en la atención de una medida cautelar por casi seis meses no resulta razonable ni admisible desde el punto de respeto del principio del debido proceso y tutela judicial efectiva, en la vertiente del derecho del justiciable a obtener una resolución cautelar en debida forma y, siendo esta concedida, a que la misma sea plenamente ejecutada; máxime cuando el

fundamento de la garantía jurisdiccional cautelar “está vinculado a una situación de urgencia que requiere de solución inmediata a los efectos de resguardar los derechos de los particulares frente a la lentitud del proceso judicial”.

VII. RECOMENDACIONES

1. A la Corte Suprema de Justicia, Como máximo tribunal jurisdiccional del país, es totalmente necesario que ésta impulse la reforma de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, para efectos que el Congreso de la Republica tome con la debida responsabilidad importancia al estudio, discusión, ya que es sumamente necesario que el país cuente con una legislación en lo Contencioso Administrativo moderna que se ajuste a los principios consagrados en la Constitución de la República y a las doctrinas de vanguardia en esta rama del derecho.
2. A la Sala Social y Constitucional de la Suprema, se vuelve sumamente necesario que la Sala aplique la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa de acuerdo con el principio de interpretación conforme a la Constitución en el sentido que dicha ley es preconstitucional, es por ello que se sugiere que la Sala de lo Contencioso Administrativo como nuevo reto planteado realice una interpretación y aplicación inmediata y directa de la Constitución de la República, y dejar de lado esa postura restrictiva de no ampliar la tutela cautelar vía jurisprudencia, y al contrario al igual que el Tribunal Constitucional, se vuelva un ente creador e integrador de Derecho.
3. Al Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, proveer el aumento de los órganos jurisdiccionales competentes para conocer procesos contencioso-administrativos (y sus medidas cautelares) y sobretodo la verdadera especialización de los jueces a su cargo y del personal bajo su dirección. El aporte de cantidad siempre será menor si paralelamente no se potencia la calidad.

4. A las Facultades de Derecho. Resulta imperante dirigir esta recomendación a las academias encargadas de enseñar el mundo del derecho, para el caso en comentario la enseñanza del derecho procesal administrativo, siendo necesario que los docentes que son la raíz del conocimiento para futuros abogados litigantes, Jueces o usuarios de la administración pública (que para este último somos todos los ciudadanos), muestren más que una materia de derecho administrativo, que generen conciencia de la importancia que esta rama del derecho conlleva, para poder hacer aportes y participar en un innovador derecho administrativo, de que sirven las leyes sino se cuenta con buenos usuarios que puedan darles un buen uso que genere un caso exitoso y que así mismo este pueda servir de referente a otros sirviendo de ejemplo y futura aplicación en casos similares.

VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. BILESIO, Juliana y GASPARINO, Marisa G. (2001). Reflexiones sobre el abuso en materia procesal. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires.
2. BORRAJO INIESTA, Ignacio (1989). Prueba y Jurisdicción Revisora. Editorial Civitas, Madrid.
3. CALAMANDREI, Piero (1962). Instituciones de derecho procesal civil, Volumen I, Ediciones JEA, Buenos Aires.
4. CALAMANDREI, Piero (1996). Introducción al estudio sistemático de las medidas cautelares, El Foro, Buenos Aires.
5. CARBONE, Carlos A. (2001). Abuso del proceso en las medidas cautelares y en los procesos diferenciados: sentencia anticipada y autosatisfactiva, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires.
6. CHIOVENDA, José (1922). Principios de derecho procesal civil, Tomo I, Reus, Madrid.
7. CONDORELLI, José Luis (1985). Del abuso y la mala fe dentro del proceso. Abeledo Perrot, Buenos Aires.
8. DUVERGER, Maurice (1980). Instituciones políticas y derecho constitucional, Ariel, Barcelona.
9. ECHANDIA H., Devis (1994). Compendio de Derecho Procesal Civil. Tomo I, 14ª Edición, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá.
10. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (1994). La configuración jurisprudencial del derecho a la jurisdicción, en RGD, N° 600, Valencia.
11. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (1994). La configuración jurisprudencial del derecho a la jurisdicción, en RGD, N° 600, Valencia.

12. FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón (1998). La formación histórica de la jurisdicción contenciosa – administrativa (1845-1868), Editorial Civitas, Madrid.
13. FERRAJOLI, Luigi (2002). “Positivismo crítico, derechos y democracia”. En Revista Isonomía N° 16, abril, España.
14. FLUCK, Anna Inés (2001). La medida cautelar trabada abusivamente y los daños y perjuicios. ¿Preclusión o prescripción?, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires.
15. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1989). Hacia una nueva Justicia Administrativa. Editorial Civitas. Madrid.
16. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás-Ramón (1999). Curso de Derecho Administrativo. Tomo II, Editorial Civitas, Madrid.
17. GARCÍA PELAYO, Manuel (1981). El status del Tribunal Constitucional. Revista Española de Derecho Constitucional N° 1. Madrid.
18. GARCÍA PÉREZ, Marta (1999). El objeto del Proceso Contencioso – Administrativo. Editorial Aranzadi. Pamplona.
19. GARCÍA TOMA, Víctor (1998). Análisis sistemático de la Constitución peruana de 1993, Tomo II, Universidad de Lima, Fondo de Desarrollo Editorial, Lima.
20. GOERLICH, Helmut (1981). Grundrechte als Verfahrensgarantien. Ein Beitrag zum Verständnis des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden.

21. GONZÁLES PÉREZ, Jesús (2001). El derecho a la tutela jurisdiccional, 3ª edición, Civitas, Madrid.
22. GONZÁLES PÉREZ, Jesús (1985). Derecho Procesal Administrativo Hispanoamericano. Editorial Temis, Madrid.
23. GORDILLO, Agustín (2003). Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I, Parte General. Octava Edición. Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires.
24. HÄBERLE, Peter (1997). La libertad fundamental en el Estado constitucional, PUCP-MDC, Fondo Editorial, Lima.
25. HERNANDEZ SAMPIERI, Roberto y otros (2010). Metodología de la investigación, Editorial McGrawHill, México.
26. HURTADO REYES, Martín (2006). Tutela Jurisdiccional Diferenciada. Palestra Editores, Lima.
27. IBERICO RODRIGUEZ, Mariano (1946). Principios de lógica jurídica. UNMSM, Lima.
28. LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008). Comentarios al Código Procesal Civil. Tomo III. Lima, Gaceta Jurídica, Lima.
29. LEDESMA NARVAEZ, Marianella (2008). La póliza judicial en el proceso cautelar. Pontificia Universidad Católica del Perú. Departamento de Derecho. Cuaderno de Trabajo N° 7, Lima.
30. MARTEL CHANG, Rolando Alfonzo (2002) Acerca de la necesidad de legislar sobre las medidas autosatisfactivas en el proceso civil. Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho Civil y Comercial, Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima.

31. MONROY PALACIOS, Juan José (2002). Bases para la formación de una Teoría Cautelar, Editorial Comunidad, Lima.
32. MONROY PALACIOS, Juan José. Apuntes críticos sobre los presupuestos para el otorgamiento y para la ejecución de la medida cautelar. En: http://www.estudiomonroy.com/articulos/der_proc_apuntes_crit.htm
Consultado el 12 de Abril del 2014.
33. MORA OSEJO, Humberto (1980). La acción en el proceso administrativo. Ediciones Rosaristas, Bogota.
34. PRIORI POSADA, Giovanni (2002). Comentarios a la Ley del Proceso Contencioso Administrativo. Ara Editores, Lima.
35. PRIORI POSADA, Giovanni F. (2006). La Tutela Cautelar. Su configuración como derecho fundamental. ARA Editores, Lima.
36. RIVAS, Adolfo A. (2000). Teoría General de las Medidas Cautelares, Rodhas, Trujillo.
37. RIVERA ORTEGA, Ricardo (2000). El Estado vigilante. Editorial Tecnos, Madrid.
38. ROBLES TREJO, Luis y otros (2012). Fundamentos de la investigación científica y Jurídica, Editorial Fecatt, Lima.
39. RONDON DE SANZO, Hildegard (1993). Medios de proceder por la vía contenciosa – administrativa. En el colectivo “Contencioso Administrativo en Venezuela”. Editorial jurídica Venezolana, Caracas.
40. SAGÁSTEGUI ARTEAGA, Pedro (2000). El Proceso Contencioso Administrativo. Gaceta Jurídica, Lima.

41. SAGASTEGUI URTEAGA Pedro (2000). “El proceso contencioso administrativo. ¿Qué es?. ¿Cómo es?, ¿Para qué sirve?”. Gaceta Jurídica. Lima.
42. SARMIENTO GARCÍA, Jorge (1996). Introducción al Procedimiento y al Proceso Administrativo, Editorial Heliosta, Buenos Aires.
43. SOLÍS ESPINOZA, Alejandro (1991). Metodología de la Investigación Jurídico Social, Editorial Edigraf, Lima.
44. SORIA LUJAN, Daniel (1988). Los mecanismos iniciales de defensa de la Constitución en el Perú: El poder conservador y en consejo de Estado (1839-1855). En: Pensamiento Constitucional. Revista de la Maestría con mención en derecho constitucional. PUCP. Lima.
45. ZONGÁLEZ CUÉLLAR SERRANO, Nicolás (1992). La prueba en el proceso administrativo (objeto, carga y valoración). Editorial Colex, Madrid.

ANEXOS