

**EL DERECHO A LA PENSIÓN COMO DERECHO
SOCIAL Y SU EXPECTATIVA DE RECONOCIMIENTO
A TRAVÉS DEL PROCESO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO: ANÁLISIS, CRÍTICA Y
COMENTARIOS A LA RESOLUCIÓN DEFENSORIAL
N° 024-2007/DP.**

Breve análisis acerca de los aspectos positivos y negativos de la regulación autónoma del proceso contencioso administrativo, para, más adelante, abordar el proceso de justicia administrativa en relación a los derechos pensionarios de los ciudadanos que llegan a sede judicial, activando el proceso contencioso administrativo, con base en un estudio de la Resolución Defensorial N° 024-2007/DP, que aprueba el Informe Defensorial N° 121: *“Propuestas para una reforma de la Justicia Contenciosa-Administrativa desde la perspectiva del acceso a la justicia”*.

**Ab. Manuel E. Bobadilla Sáenz¹
L. Alberto Huamán Ordóñez²**

SUMARIO: I.- Marco introductorio: La LPCA y el derecho a la pensión reclamado en sede judicial. II.- Aspectos controvertidos

¹ Abogado por la Universidad Nacional “Pedro Ruiz Gallo” (UNPRG) de Lambayeque, Perú. Fundador del Estudio Bobadilla Sáenz & Asociados. Especialista en las materias laboral y previsional. Ex asesor legal de la Prefectura del departamento de Lambayeque. Ex profesor de Derecho Laboral y Comercial del Instituto Superior Tecnológico “República Federal de Alemania” de Chiclayo. Correo electrónico: estudioj_meb@hotmail.com

² Bachiller en Derecho por la Universidad Nacional “Pedro Ruiz Gallo” de Lambayeque, Perú. Ex - Miembro integrante de la Asociación “Ius et Caritas” en la misma casa superior de estudios. Asistente legal del Estudio Jurídico Bobadilla Sáenz & Asociados en las áreas de Derecho Laboral y Derecho Administrativo. Con estudios de Especialización de Administración en Recursos Humanos por el Instituto Peruano de Administración de Empresas (IPAE)-Chiclayo. Correo electrónico: sieyes10@hotmail.com

del proceso contencioso administrativo a la luz de la Resolución Defensorial N° 024-2007/DP: 1. *La duración real del proceso administrativo o contencioso administrativo.* 2. *La recurrente terquedad de los administrados de no recurrir a los abogados antes, durante y después del procedimiento administrativo como paso previo para el contencioso de la Administración: ¿el lado oscuro de la fuerza?* 3. *Falta de especialización de los juzgadores contenciosos administrativos (con fortuna, donde los hay) y ausencia de juzgados de contienda de la Administración dedicados íntegramente a dicha función judicial (donde, «para variar» no los hay): ¿Cuándo lo accesorio, sigue negativamente, a lo principal?* 4. *Intervención del Ministerio Público: ¿la espera, desespera?* 5. *El uso restringido de las pruebas de oficio-el caso de los artículos 27 y 29 de la LPCA.* 6. *La utilización de las excepciones como mecanismos distractores del interés del justiciable por el proceso.* 7. *Cumplimiento de sentencias favorables al justiciable ¿esperando las calendas griegas? o como se dice en la actualidad ¿cuándo se acabe la botella de aceite?* III. Notas finales.

I.- MARCO INTRODUCTORIO: LA LPCA y EL DERECHO A LA PENSIÓN RECLAMADO EN SEDE JUDICIAL:

Desde que el proceso contencioso administrativo o proceso administrativo³ se liberó en nuestro país -a partir de su regulación autónoma con la Ley que lo recepciona, es decir la Ley que regula el proceso contencioso administrativo, más conocida por la Ley N° 27584 o abreviando LPCA- de sus iniciales ataduras procesales civiles con las que había sido previsto en nuestra realidad judicial, se ha avanzado a paso de gigante en el tema de la justicia administrativa en el marco de prevalencia del ciudadano y de sus derechos en tanto persona.

Dichos pasos se hacían necesarios e imprescindibles en un país como el nuestro, signado con la tradición de los privilegios del Estado frente al ciudadano, privilegios afirmados desde la **autotutela**, poder de la Administración del que goza y hace uso para cumplir sus fines, prerrogativa concedida constitucionalmente a través del artículo 44 de la

³ Para empleando éste último término, oponerlo al de procedimiento administrativo, propio de la actividad administrado-Administración Pública regulado a través de la norma tipo: Ley N° 27444-Ley del Procedimiento Administrativo General o LPAG.

*lex superior*⁴; privilegios que por sí no son objetables, sino cuando son adversos a los ciudadanos.

De allí pues, el proceso iniciado por el ciudadano contra el Estado a partir de dicha norma ha recuperado los bríos con los que inicialmente y con entusiasmo se esperaba que actuase de modo originario, aún cuando el legislador lo había recepcionado por vez primera en su norma de desarrollo de la institución, reiteramos, en el código adjetivo de las relaciones privadas, esto es en el CPC, dejando tras dicha acción una señal de frustración poco fácil de disimular en la doctrina y con mayor razón en la realidad del diario litigar.

Como apuntamos, tal recepción en el cuerpo privado no hizo más que agudizar los temores respecto del papel de un proceso que si bien podía ser iniciado por los ciudadanos en tanto sujetos privados – argumento simplista para considerar su inclusión en el CPC- tenía al Estado y a sus dependencias como partes pasivas del mencionado proceso.

Dicho temor se confirmó en la realidad del diario litigio donde no sólo las mismas partes, sino también los abogados e inclusive los juzgadores y demás auxiliares de justicia se veían atados de manos para llevar a buen tránsito y feliz término, un proceso encasillado en las reglas generales de los procesos abreviados del CPC, los de más larga duración, superados sólo por el proceso de conocimiento y prevalentes sobre el de corte sumarísimo.

Empero, a pesar de su regulación autónoma y de sus bondades y felices efectos de esta herramienta procesal novísima alcanzada al ciudadano, esta norma dada durante el gobierno del patricio Valentín Paniagua, todavía necesita que se le dé el impulso necesario para acometer con responsabilidad y dignidad su destacado papel en la

⁴ **Artículo 44 Constitución 1993:** “Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y *promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación.*”

Asimismo, es deber del Estado establecer y ejecutar la política de fronteras y promover la integración particularmente latinoamericana, así como el desarrollo y la cohesión de las zonas fronterizas, en concordancia con la política exterior”.

defensa de los derechos fundamentales de la persona, en cuya dirección ha sido concebido.

Una vez visto todo lo atinente a la LPCA, pasemos a dedicarnos, aunque *in brevis* al derecho a la pensión como derecho ciudadano. En principio y para tener un conocimiento cabal del tema a tratar, esto es, la conexidad entre los derechos pensionarios y el proceso contencioso administrativo, precisar debemos que el derecho a la pensión es un **derecho social** que goza de una naturaleza programática en el texto de la Constitución.

El hispano **FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ** escribe a este respecto: "Para alcanzar el carácter de verdaderos derechos necesitan [los derechos sociales] un tratamiento complementario por parte del legislador ordinario, que es quien ha de precisar el contenido de los mismos cuyo disfrute corresponda a los ciudadanos individualmente considerados o a grupos determinados de ellos concretamente definidos. Será entonces, a partir del momento en que el legislador ordinario los concreta y perfecciona, y no antes, cuando se convertirá en obligación en sentido estricto, susceptible como tal de ser exigida por los ciudadanos, lo que, en el nivel constitucional, constituye simplemente un deber genérico de los poderes públicos"⁵.

Con ello queremos decir que *su sola recepción en la norma normarum no genera por sí mismo un mandato de actuación inmediata de parte de los poderes públicos; sino que, hace falta mecanismos legales para configurar, para amoldar dicho derecho; esfera de actuación que se delega al legislador no constitucional sino ordinario, siempre y cuando no lesione su contenido esencial* consistente en:

- a) El derecho de acceder a una pensión,
- b) El derecho a no ser privado con arbitrariedad de ella; y,
- c) El derecho a una pensión mínima vital⁶.

⁵ **FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón:** *Discrecionalidad, Arbitrariedad y Control Jurisdiccional*. Palestra Editores, 1ª edición, Lima, marzo 2006, p. 353.

⁶ Lo dicho se sostiene en la STC N° 050-2004-AI/TC y acumulados donde se debatió la inconstitucionalidad de las Leyes N° 28389 y 28449, normas que reformaron la

Estos tres son los límites del accionar del Parlamento y de la persona que actúa en dicha sede en calidad de representante nuestro, el legislador nacional, para crear, regular, o en último caso, modificar dicho derecho.

Vistos la LPCA y el derecho a la pensión de modo independiente, uno del otro, distingamos el camino de exigencia jurisdiccional de dicho derecho o canal procesal del mismo. Exponemos que la defensa del contenido esencial del derecho a la pensión es exigible judicialmente sea a través del *proceso constitucional del amparo*, que para ello obra como vía residual y hasta «heroica» -empleando las palabras del constitucionalista argentino **SAGÜÉS**- o del *cumplimiento*, que también goza de excepcionalidad en su uso; pero más que nada, a partir de las STC N° 1417-2005-AA/TC (Anicama Hernández vs. ONP) y STC N° 0168-2005-PC/TC (Villanueva Valverde vs. ONP) expedidas con alcances vinculantes a fin de garantizar un uso razonable de los procesos constitucionales en materia previsional, dicha exigencia judicial toma como **nota natural** el proceso contencioso administrativo o proceso administrativo.

Nos interesa dirigir nuestros comentarios, tras haber visto la LPCA y el derecho a la pensión en solitario así como el cauce procesal como enlace entre lo sustantivo de uno y lo procesal del otro, al tema real del proceso de justicia administrativa en relación a los derechos pensionarios de los ciudadanos que llegan a sede judicial activando el proceso administrativo o contencioso administrativo.

Tal es el motivo que nos obliga a alcanzar al lector, por medio de estas líneas que esperamos le sean provechosas e inviten al debate y a la reflexión sobre un tema social -y no meramente jurídico- de amplia vigencia y cometido, algunos comentarios a razón de la Resolución Defensorial N° 024-2007/DP, del 05 de junio de 2007 que aprueba el Informe Defensorial N° 121: "*Propuestas para una reforma de la Justicia Contenciosa-Administrativa desde la perspectiva del acceso a la justicia*", donde se analiza el apremiante tema de la justicia de contienda administrativa desde la perspectiva del acceso a la justicia.

Constitución en materia pensionaria a raíz de las pensiones doradas del Decreto Ley N° 20530, más conocida como la 20530.

II.- ASPECTOS CONTROVERTIDOS DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO A LA LUZ DE LA RESOLUCIÓN DEFENSORIAL N° 024-2007/DP:

Verdad de Perogrullo es la de estimar que todo proceso ha surgido como la búsqueda de soluciones claras y directas frente a una controversia social. En tal sentido la intervención del Derecho, que es **posterior** al hecho o situación que «enciende» el conflicto; es también y a la vez, aunque resulte contradictorio, **anterior** a él al establecer reglas o pautas actuativas para dirigir o canalizar la afrenta dada en el ámbito de las relaciones sociales. Dicha intervención se materializa en el proceso. De esta busca de dar solución a los problemas con connotación jurídica surgidos en el tejido social, no escapa nuestro proceso contencioso administrativo regulado prudentemente con la LPCA por el brillante legislador que le concibió en el año 2001.

Y resulta tal el sentido del que viene programado, que producto de ello *es inobjetable negar o eludir su carácter de auxilio ciudadano allí donde el procedimiento administrativo agota todos sus esfuerzos dedicados a la consecución armoniosa de los intereses públicos junto a los derechos de las personas; allí donde la audacia del agente público puede más, sobrepasando todas las atribuciones que le han sido otorgadas cayendo en arbitrariedad de la que «gozará» (si cabe presentar el término en tal sentido, de allí las comillas) en sus implícitos efectos nocivos el ciudadano, es decir todos y cada uno de nosotros.*

Hoy existen herramientas, que no las había antes en su justa medida y dimensión, para controlar la acción de la Administración respecto de sus potestades regladas y discrecionales; más aún, respecto de éstas que de aquellas.

El mismo procedimiento administrativo regulado desde la Ley N° 27444-Ley del Procedimiento Administrativo General o brevemente LPAG, es una de esas herramientas ciudadanas del Derecho para hacer frente a la Administración; empero esto es un filtro de actuación administrativa (**endo-actuación**) que el propio Administrador fácilmente

rehuye⁷, motivando que se acuda al contencioso o proceso administrativo como última fuerza jurídica y social que, cuando el actuar o el omitir no sea el que venga desde la Constitución, la Ley y los reglamentos, el juzgador tendrá la obligación y el deber de repeler⁸, en tanto figura que garantiza independencia en el actuar al momento de decidir sobre el derecho controvertido sometido a su conocimiento, dada su condición de tercero imparcial.

Como pone en énfasis la propia Defensoría del Pueblo en su resolución sujeta a comentario, el valor del proceso contencioso se nota a primera y de modo definitivo en su calidad instrumental, al ser un mecanismo donde se obtiene el pronunciamiento (independiente de que el mismo sea favorable o no) respecto de las demandas de los administrados, valor creciente cuando de los derechos previsionales de ellos se trata; demandas que se inician por la conducta renuente de la Administración pensionaria en reconocer en sede administrativa dicho derecho, en dar la razón –que ya la tiene, en los hechos así como en el derecho- al administrado. Nos dice la Defensoría:

“(...) Importancia de la justicia contencioso-administrativa:
Para la Defensoría del Pueblo, el funcionamiento de los órganos jurisdiccionales de esta especialidad es particularmente importante pues se trata de instancias competentes para pronunciarse sobre las demandas de los administrados, mediante las cuales impugnan las actuaciones administrativas que –en su opinión- afectan sus derechos. De modo particular, son órganos que conocen controversias sobre materia pensionaria, en las cuales las partes demandantes son personas con más de 60 años de edad (...)”

⁷ A ello le hemos dedicado algunas breves líneas en **HUAMÁN ORDÓÑEZ, Luis Alberto:** *La «Magistratura de la persuasión» de la Defensoría del Pueblo frente a la actuación de los poderes públicos en el Perú: ¿Debemos seguir usando la parábola del buen pastor?*, publicado en la sección Derecho Constitucional y Derechos Humanos de la revista electrónica Derecho y Cambio Social N° 10; Año IV, La Molina, Lima-Perú, 2007. Disponible en internet: <www.derechocambiosocial.com/>.

⁸ Al mencionar al proceso administrativo como «última fuerza» no significa desconocer el poder del amparo constitucional; ahora, dicha figura y realidad procesal constitucional, debe ser utilizada con sumo cuidado para evitar caer en una sentencia que termine considerando improcedente la demanda pretendida, dada la residualidad del amparo por la existencia de vías de igual grado de satisfacción.

En la Resolución Defensorial N° 024-2007/DP, del 05 de junio de 2007, aprobatoria del Informe Defensorial N° 121, rotulado “*Propuestas para una reforma de la Justicia Contenciosa-Administrativa desde la perspectiva del acceso a la justicia*” se han identificado varios problemas de los que adolece nuestro proceso contencioso administrativo en relación a las materias propias de la relación de conflicto ciudadano-Administración Pública que sustenta dicho proceso, dentro del cual se identifica la materia previsional estatal *que representa la mayor carga que afrontan los juzgados correspondientes* –donde los hay- o en su defecto, los que hacen sus veces (Juzgados Civiles o en todo caso Juzgados Mixtos); carga que impide cumplir a cabalidad los fines del propio proceso y sobre las que haremos algunos apuntes, unos a título de comentario y otros por la vía del análisis y la crítica.

Vayamos identificando los problemas de mayor fuerza identificados en dicha resolución de la Defensoría:

1. LA DURACIÓN REAL DEL PROCESO ADMINISTRATIVO O CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO:

El contencioso lo hemos dicho está para, como el artículo 1 de la Ley de la materia subraya, efectuar el **control de juridicidad** de las actuaciones de la Administración Pública sujetas al derecho administrativo y la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados; actividad depurativa efectuada únicamente por el Poder Judicial, a tenor del artículo 148 de la Constitución⁹, norma base de la justicia administrativa.

Siguiendo con la tónica procesal de desarrollo del mandato constitucional, a su vez el artículo 3 de la LPCA nos habla de la **exclusividad** del proceso contencioso administrativo, a partir del cual se puede leer que las actuaciones de la Administración Pública, como regla general, sólo pueden ser impugnadas en dicho proceso de contienda y de modo poco

⁹ **Artículo 148 Constitución 1993:** “Las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso-administrativa”.

habitual, se ha de recurrir a los procesos constitucionales y dentro de ellos al amparo¹⁰ o al de cumplimiento.

En lo que interesa, la Defensoría estima que la duración de este proceso -contienda judicial contra la Administración- en *primer grado* dura 1 año y 10 meses hasta la resolución final, o sea que el ayer administrado (hoy justiciable) debe esperar 22 meses, como promedio, para ver si su derecho ha sido acogido favorable o desfavorablemente.

La situación cambia si se acude a la apelación como forma de materialización de la disconformidad sobre la sentencia -sea que la interponga, las más de las veces, el (la) demandado(a) o, en todo caso, el (la) demandante-, así, en *segundo grado*, al contencioso se le adicionará 15 meses más, es decir 1 año y 3 meses; hasta allí van ya 35 meses de desesperante espera para el accionante. Si se acude a la *casación* que se ve en la Corte Suprema de la República, se deben contar 30 meses más, esto es 2 años y 6 meses.

Con todo, el promedio, según lo hace saber la Defensoría, del contencioso será de 5 años y 7 meses; en total 67 meses.

Es prudente decir que, en lo atinente al tema previsional, resulta frustrante esperar 67 meses -como promedio- para ver si el órgano jurisdiccional acoge el pedido judicial a través de las pretensiones planteadas, dado que el promedio de vida de un ciudadano peruano es de 70 años.

No resulta ninguna novedad apuntar que, cuando el accionante contencioso administrativo le es reconocido su derecho pensionario en sede judicial para que todavía se haga efectivo por la Administración, éste ya no este en este mundo para disfrutarlo.

¹⁰ Remitimos al lector a otro trabajo nuestro en relación a los planos del contencioso y el amparo. Véase **HUAMÁN ORDÓÑEZ, Luis Alberto**: *Sobre la exclusividad del proceso contencioso administrativo y la urgencia del amparo* EN Actualidad Jurídica, tomo 161, abril 2007, pp. 196-197.

2. LA RECURRENTE TERQUEDAD DE LOS ADMINISTRADOS DE NO RECURRIR A LOS ABOGADOS ANTES, DURANTE Y DESPUÉS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMO PASO PREVIO PARA EL CONTENCIOSO DE LA ADMINISTRACIÓN: ¿EL LADO OSCURO DE LA FUERZA?:

Pone de manifiesto la opinión defensorial que uno de los problemas más agudos es el de ver la escasa preparación de los administrados para afrontar el procedimiento administrativo. En este extremo debemos decir que *no es la preparación lo que se ha de disponer en discusión; sino, con toda razón, la terquedad de los administrados de querer iniciar el procedimiento administrativo sin el auxilio técnico debido*: Vale decir de administrados que por haber escuchado hablar a un abogado, creen ya saberlo todo. Este es el caso de lo que se ha dado en llamar «los litigantes audaces», de aquellos litigantes experimentados que estiman que al comprarse un código o tener a la mano, una ley, lo creen saber, irremediamente para su mal, todo.

La mayoría de los administrados opina equívocamente que dicho procedimiento no pasa de ser un conjunto caótico de normas jurídicas que se pueden invocar con su sola redacción; no siendo necesario, según su leal saber y entender, contar con un abogado. Nada más falso.

Conocemos de casos en los que los propios ciudadanos han tomado en su propia y solitaria defensa las leyes de la Administración pensionaria además de la LPAG para invocarlas sin el sustento técnico debido y al final han comprobado -debemos decirlo con todas sus letras- en carne propia los resultados de su pírrica aventura.

Dice a este respecto con acierto el considerando séptimo de la resolución defensorial:

“(...) Los administrados en la vía previa administrativa: (...)
La falta de conocimiento por parte de un administrado sobre como afrontar un procedimiento administrativo influye negativamente en la resolución de su caso (...)”.

Lo destacado por esta parte de la opinión de la Defensoría no hace sino poner en evidencia la evidente sinrazón de quienes apelando al

empirismo enfrentan a la Administración desconociendo que detrás de ella y a su servicio se encuentran medios en demasía (logísticos, legales, jurisprudenciales, de defensa, etc.) para oponer los dichos del administrado, información que de primera mano no cuenta el audaz y solitario administrado, por que sus propias armas –es decir la interpretación cuando más literal que hace de la norma pues a ello se reduce, inexorablemente, su defensa- se revelan como una armadura de aluminio en la contienda, brillante en su aventura, mas, endeble ante la primera arremetida del agente público; como si se tratase del Quijote enfrentando a los molinos de viento.

No es postulemos que los términos, normas y tecnicismos queden dentro de la profesión como pasos destinados a un culto secreto, como si la profesión fuese una cofradía secreta e impenetrable, impedida a los no iniciados, a los profanos.

Lo que decimos es que el ciudadano corre gran riesgo de no poder sustentar como es debido sus derechos e intereses pensionarios ante la Administración cuando acude donde ella para solicitar se le expida la resolución reconociendo su pensión, dejándose llevar por el hecho de invocar por sí la ley, sin el sustento correspondiente de la doctrina o de la jurisprudencia constitucional-previsional o previsional-contenciosa con que cuenta el abogado, a pesar de que dicha información –sea doctrinal, normativa como jurisprudencial- corre caótica sin ningún afán, hasta ahora, de sistematización, con excepción de las decisiones tribunalicias del Tribunal Constitucional que son posibles de hallar en el portal de dicha entidad de justicia protectora de derechos fundamentales, y con ello viables de ser invocadas en la defensa del derecho invocado.

3. FALTA DE ESPECIALIZACIÓN DE LOS JUZGADORES CONTENCIOSOS ADMINISTRATIVOS (CON FORTUNA, DONDE LOS HAY) Y AUSENCIA DE JUZGADOS DE CONTIENDA DE LA ADMINISTRACIÓN DEDICADOS INTEGRAMENTE A DICHA FUNCIÓN JUDICIAL (DONDE, «PARA VARIAR» NO LOS HAY): ¿Cuándo LO ACCESORIO, SIGUE NEGATIVAMENTE, A LO PRINCIPAL?:

De principio hay que notar que los jueces contenciosos administrativos, por lo menos, en las ciudades de provincias son inexistentes

como tales¹¹, salvo en la capital del país. En Lima, donde los hay, el problema –y el malestar derivante de ello– es su **número escaso** a tal punto que con motivo de la STC N° 1417-2005-AA/TC (Anicama Hernández vs. ONP) que reformuló el alcance de los amparos previsionales **LAMA MORE** escribe: “Pese a la evidente importancia que reviste, para la vida democrática del país y la seguridad jurídica del sistema, la especialidad contencioso administrativa no ha recibido la oportuna atención que han tenido otras áreas de este poder del Estado [haciendo referencia al Poder Judicial], y ha sido desde su creación en la Corte Superior de Justicia de Lima la «cenicienta» de los órganos jurisdiccionales”, llegándose a junio del 2004 a crearse cuatro juzgados de este tipo; empero como escribe el autor que se cita “[l]a existencia de cuatro juzgados contencioso administrativo no solucionó en modo alguno la crisis de la especialidad (...)”¹², siendo que desde dicha denuncia hasta hoy el número de juzgados sigue siendo el mismo.

¹¹ **Artículo 9 LPCA.-Competencia funcional:** “Es competente para conocer el proceso contencioso administrativo en primera instancia, el Juez Especializado en lo Contencioso Administrativo.

Cuando se trata de impugnación a resoluciones expedidas por el Banco Central de Reserva, Superintendencia de Banca y Seguros, Tribunal Fiscal, Tribunal del INDECOPI, Tribunal de CONSUMODE, Consejo de Minería, Tribunal Registral y Tribunal de Organismos Reguladores, es competente en primera instancia la Sala Contencioso Administrativa de la Corte Superior respectiva. En este caso, la Sala Civil de la Corte Suprema resuelve en apelación y la Sala Constitucional y Social en casación, si fuera el caso.

En los lugares donde no exista Juez o Sala Especializada en lo contencioso administrativo, es competente el Juez en lo Civil o el Juez Mixto en su caso, o la Sala Civil correspondiente”. El texto en cursivas nos corresponde.

Anteriormente esta norma en su texto original, modificada por el artículo único de la Ley N° 27709, publicado el 26 de abril de 2002, consignaba: Artículo 9 LPCA.- Competencia funcional: “Es competente para conocer el proceso contencioso administrativo en primera instancia el Juez Especializado en lo Contencioso Administrativo.

La Sala Contencioso Administrativa de la Corte Superior respectiva, conoce en grado de apelación contra lo resuelto en la primera instancia. La Sala Constitucional de la Corte Suprema resuelve en sede casatoria.

En los lugares donde no exista Juez o Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo es competente el Juez que conoce asuntos civiles o la Sala Civil correspondiente”.

¹² **LAMA MORE, Héctor:** *Los dramáticos efectos de una sentencia vinculante* EN *Jurídica-Suplemento de Análisis Legal del Diario Oficial El Peruano*, Año 2, N° 60, 23 de agosto de 2005, p. 5.

La pregunta que surge es: **¿Quién es el que más se beneficia con ello, con ese reducido número de juzgados y de jueces contenciosos administrativos?** Ahora, si Ud., amable lector ya tiene la respuesta (obvia por cierto) surge otra: **¿Con el actual número de juzgados ya descritos, se efectiviza el principio de igualdad procesal, derivado del artículo 2,2 de la LPCA?** Si deseamos plantear la pregunta de forma más insidiosa diremos: **¿No constituye aquel escaso número, clara afectación a la tutela jurisdiccional efectiva, del justiciable contencioso de la Administración, derecho constitucional que comprende el acceso a la justicia?** Como solemos hacer, dejamos sueltas dichas interrogantes para que el lector saque sus propias conclusiones respecto de este apartado.

Otro tanto de las dificultades de la judicatura contendora de la Administración corre en Lima a cargo de la **organización y gestión de su despacho** así como la **falta de especialización de ellos**. El juzgador no sólo debe ser el director del proceso sino también del despacho en que éste se ventila; tanto en la organización del espacio físico como en la organización del espacio procedimental: decidir en cuanto a esto último que sean, por ejemplo, los secigristas quienes hagan el monitoreo de los dictámenes fiscales a efectos de que retorne oportunamente el expediente al juzgado para dictar sentencia en el menor tiempo posible sin esperar que el fiscal lo devuelva¹³, o de expeditar las copias para exhorto a fin de abreviar el tiempo procesal; o que los asistentes de despacho se encarguen de tener el sistema computarizado en red al día y de informar sobre el estado del proceso, en vez de que el abogado o el patrocinado vaya a preguntar directamente al secretario quitándole valioso tiempo, que puede invertirlo en el avance del propio proceso.

¹³ Lo dicho es oportuno dado que en los procesos de contienda donde el Fiscal actúa como dictaminador, el juez podrá emitir sentencia, pero, la misma, si no se sostiene en el parecer del defensor de la sociedad haría nulo todo el proceso.

Grafico a lo dicho es el **artículo 14 LPCA.- Intervención del Ministerio Público:** "En el proceso contencioso administrativo el Ministerio Público interviene de la siguiente manera:

1. Como dictaminador, antes de la expedición de la resolución final y en casación.
2. Como parte cuando se trate de intereses difusos, de conformidad con las leyes de la materia.

El dictamen del Ministerio Público *es obligatorio, bajo sanción de nulidad*. Cuando el Ministerio Público intervenga como dictaminador, el órgano jurisdiccional le notificará obligatoriamente con la resolución que pone fin a la instancia o con la que resuelve la casación, según sea el caso". El texto en cursivas nos corresponde.

En provincias, el problema es otro: **jueces contencioso administrativo ausentes** (no por que no lleguen al despacho sino por que no los hay como tales, como dedicados enteramente a esta esfera del Derecho) y **carencia de políticas de gestión y despacho para los que hacen sus veces, jueces civiles o mixtos** dedicados a enfrentar las demandas planteadas y por plantear por los ciudadanos; terrible avalancha de sed judicial y de confianza en el juez, dada la conducta renuente de la Administración pensionaria.

La organización y gestión del despacho judicial no es un problema menudo propio de ser debatido alrededor de un reunión social o jurídica, sino que trasciende el ámbito de lo propiamente administrativo judicial, para recaer en una justicia administrativa de la que el justiciable (aceptable es la redundancia) espera pronto resultados. El juez contencioso –donde lo hay como tal- cuando se dedica íntegro a esta materia debe encontrar los medios para desarrollar cabalmente sus labores.

El problema de la ausencia de jueces propios así como de la implementación y gestión del despacho de la judicatura se agudiza en sedes judiciales de provincia, donde el juzgador civil o mixto, como por arte de birbiloque, tiene que prestar y ponerse *virtualmente* la toga de juez de contienda –un problema que llamamos de «togas prestadas»-.

No es una solución adecuada e idónea, creemos, estimar que los jueces civiles o mixtos y sus auxiliares dependientes de él, hagan el papel de los contenciosos administrativos, por la carga procesal excesiva e interminable que tienen que afrontar, dadas sus funciones, lo que incide en una lenta justicia administrativa¹⁴.

¹⁴ Si bien estimamos que la justicia administrativa es lenta; en honor a la verdad también debemos mostrar sus méritos, consistentes *en haber sorteado -y seguir haciéndolo- las altas responsabilidades que le ha asignado el Tribunal de la Constitución y de los derechos fundamentales*, cuando en materia de derecho laboral público derivado del Decreto Legislativo N° 728 como de la Ley N° 24041, la muestra al ciudadano, al abogado y al juzgador, como el instrumento idóneo y natural para confrontar la disputa administrado (trabajador)-Estado, ello, a raíz de la STC N° 0206-2005-PA/TC (Baylón Flores vs. E.P.S. EMAPA HUACHO S.A. y otro).

El resultado de los procesos depende de ello. No se puede exigir a un juez civil o mixto que a su natural función propia de su calidad, se le añada la del juzgador de contienda; que *debe ser la de un juez aparte, es decir un juez enteramente dedicado al tema del proceso administrativo o de la contienda administrativa*. Debe repararse en ello, más aún, cuando se toma en cuenta que este juzgador no sólo ve el tema pensionario (que motiva nuestros análisis y comentarios), sino también como lo resalta la misma resolución defensorial, otros asuntos tocantes a la relación y situación jurídicas administrado-Administración Pública, como los temas de licencias de funcionamiento, resoluciones emanadas en el curso de una relación laboral con el Estado, propiedad, transporte, etc.

Creemos que *una ley que cree en provincias los juzgados contenciosos administrativos como tales no es suficiente, si a ello no se le añade toda la logística necesaria para que el juez de la especialidad así como los secretarios y sus asistentes puedan realizar sus funciones enteramente*. Por todo, es clave la propuesta de la Defensoría del Pueblo cuando en el artículo segundo, punto 1 y 2 de su parte resolutive formula, aunque dicha iniciativa la restringe a la ciudad capital:

“(....) Recomendar al Poder Judicial:

1. CREAR en el distrito judicial de Lima la subespecialidad previsional de los juzgados contencioso-administrativos, en atención a la clara distinción entre materias que se observa en su carga procesal y el manejo diferenciado de casos que se presenta. Entre el 60% y 70% de los juzgados contencioso-administrativos deben ser de esta subespecialidad, lo que conducirá a una mayor preparación del juez y de su personal para atender, tramitar e interpretar este tipo de casos, favoreciendo la agilidad, rapidez y predictibilidad de los procesos.
2. CREAR progresivamente un número mayor de juzgados contencioso-administrativos, a partir de la medición de la medición de la actual carga procesal, la complejidad de las causas y

Igual ocurre con las controversias administrado (pensionista expectatio y pensionista como tal)-Estado donde, del mismo modo, se nos presenta, así lo ha decidido el mismo TC, como vía adecuada para confrontar los intereses de las partes, como se detalla, en abundancia en la STC N° 1417-2005-AA/TC (Anicama Hernández vs. ONP).

las perspectivas de incremento de las demandas. Esta evaluación previa permitirá obtener parámetros más confiables y exactos sobre la verdadera carga de trabajo y la productividad de cada despacho a fin de facilitar la toma de decisiones futuras en cuanto a redistribución de carga procesal, reconversión de juzgados y creación de nuevos órganos jurisdiccionales”.

Un juez bien apertrechado (disculpen si el término no es el idóneo, pero no es malintencionado su empleo), es decir, un juzgador que cuenta con todos los medios (material humano, espacio físico, interconexión en red, capacitación, etc.) para cumplir su labor, sus fines, es un solucionador de conflictos del cual se espera demasiado no sólo por el justiciable y el letrado sino también por la sociedad. Empero el problema no sólo es el sistema de justicia administrativa donde él se desenvuelve –que de por sí ya hace denodados esfuerzos el juez dentro del mismo, juntos a los dependientes de él por multiplicarse al resolver las causas-. Otro también es el culpable, como pasamos a dar cuenta.

4. INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO: ¿LA ESPERA, DESESPERA?:

El artículo 14,1 de la LPCA recoge la intervención del Ministerio Público señalando que en el proceso contencioso administrativo cuando proceda como **dictaminador**, lo hará antes de la expedición de la resolución final o sentencia y en casación; además la propia norma procesal precisa que el dictamen del Ministerio Público *es obligatorio, bajo sanción de declararse nulo todo lo actuado*; en consecuencia, al acogerse la nulidad del proceso se da por concluida que sea la litis, desfavoreciendo con ello notablemente al pretensor.

Tal como ha sido concebido el Ministerio Público representa a la sociedad según mandato constitucional¹⁵, de allí que el legislador al momento de dar vida a la LCPA le ha asignado un papel interesante en el contencioso, según se detalla en el artículo 14 ya citado. Sobre esta base la

¹⁵ **Artículo 159 Constitución 1993.-Funciones del Ministerio Público:** “Corresponde al Ministerio Público: (...) 6. Emitir dictamen previo a las resoluciones judiciales en los casos que la ley contempla”.

Defensoría recalca el carácter de **no vinculatoriedad del dictamen**, ahora, como sigue en el decimotercero considerando de la Resolución *in comento*:

“(...) **Intervención del Ministerio Público:** En todo proceso contencioso-administrativo (primera instancia, segundo grado y casación) está prevista la participación del Ministerio Público mediante la emisión de un dictamen fiscal *no vinculante*¹⁶ que debería apoyar al pronunciamiento de cada sentencia. (...) se pudo observar que la utilidad del dictamen fiscal es muy reducida, salvo contadas excepciones”.

Al menos en provincias, contra lo alegado por la Defensoría, el instrumento fiscal se convierte en la herramienta más prudente para sustentar el razonamiento lógico jurídico del juzgador para decidir la litis. Bajo lo dicho surge una interrogante: **¿Cómo es posible que algo que es obligatorio, como el consabido dictamen de la Fiscalía, no sea vinculante para el juez cuando se sanciona con nulidad el proceso administrativo que no cuenta con él?** Esta pregunta la dejamos suelta, a modo de reflexión, para agudizar el debate entre los lectores.

Lo que si estimamos objeto de aguda crítica es el **tiempo** que utiliza el fiscal para emitir su dictamen: 78 días en promedio. Es un tiempo muy innecesario para un solo acto procesal de gran envergadura al interior del proceso. En tal sendero, la solución defensorial se enmarca dentro del artículo cuarto de su parte resolutive, en recomendar la delimitación del accionar del Ministerio Público respecto de su dictamen, *pero no dice en qué sentido y cuales serían sus alcances*. Prudente es establecer dicha delimitación en los términos propuestos por nosotros: Debe fijarse en 30 días el plazo para emitir su dictamen bajo responsabilidad de ley, tiempo que debe computarse desde la recepción del expediente en Fiscalía¹⁷.

¹⁶ El texto en cursivas nos corresponde.

¹⁷ **QUISPE SALSAVILCA**, vocal titular de la Primera Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima, considera radicalmente en opinión contraria a la nuestra: “Ciertos actos procesales mantenidos en el proceso contencioso administrativo parecen ahora prescindibles, como el caso del obligatorio dictamen fiscal”: **QUISPE SALSAVILCA, David Percy: Judge Wars: La génesis del nuevo**

5. EL USO RESTRINGIDO DE LA PRUEBAS DE OFICIO-EL CASO DE LOS ARTÍCULOS 27 Y 29 DE LA LPCA:

Empecemos precisando que a tenor del artículo 188 del CPC, la finalidad de los medios de probanza es la de acreditar los hechos expuestos por las partes, produciendo certeza en el Juez respecto de los puntos controvertidos para que lo lleven a fundamentar debidamente sus decisiones. Igualmente el artículo 189 del mismo cuerpo adjetivo en cuanto a la oportunidad de ellos, se esgrime como contenido del mismo que los medios probatorios deben ser ofrecidos por las partes en los actos postulatorios o etapa postulatoria, salvo disposición distinta.

Pero aún más puntual en relación con este apartado es el artículo 194 del mismo CPC, donde se aprecia que en materia de pruebas de oficio, estas se podrán ordenar en decisión motivada e inimpugnable por el Juez, cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción; vale decir cuando algún aspecto de la demanda no produzca convicción al juzgador de lo planteado por el accionante.

Acudiendo ya a la LCPA, tenemos en su subcapítulo III, referente a los medios de probanza, que según el artículo 27, que trata la **actividad probatoria**, considera que en el proceso contencioso administrativo dicha actividad se restringe a las actuaciones recogidas en el procedimiento administrativo, no pudiendo incorporarse al proceso la probanza de hechos nuevos o no alegados en etapa precedente a lo judicial; acaso, nos preguntamos en relación a este artículo: **¿No deja en situación de indefensión al accionante antes de iniciar el proceso, lesionando su derecho constitucional a la tutela jurisdiccional efectiva? ¿No se acrecienta, acaso, dicha indefensión, cuando el administrado ha iniciado el procedimiento administrativo sin el auxilio técnico debido, del que ya hablamos en el segundo apartado de este artículo y luego acude al proceso contencioso? ¿Dónde queda, entonces, al principio de igualdad procesal regulado en el artículo 2,2 de la LPCA? ¿Esto no afecta, finalmente, el derecho constitucional al debido proceso?** Estimamos en

proceso contencioso administrativo EN *Jurídica*, Suplemento de Análisis Legal del Diario Oficial "El Peruano", Año 2, N° 53, 5 de julio de 2005, p. 10.

este punto que el artículo 27 presenta una medida que contraviene la razonabilidad misma del proceso administrativo o de contienda de la Administración, razonabilidad que alude a un sentido mínimo de justicia; además afianza (excesivamente) la autotutela de la Administración y la propia arbitrariedad del poder público previsional pues impide que el justiciable pueda mostrar medios de probanza que, por ejemplo, no pudo presentar oportunamente en el procedimiento administrativo pero que la Administración estatal de pensiones si contaba con ellos, pruebas que ella podría alegar en el proceso para desvirtuar lo pretendido por el actor; o no presentarlas en provecho suyo, a fin de que la demanda del accionante caiga por su propio peso, recibiendo de la judicatura, la respuesta de lo infundado. Respecto a lo criticado, apunta la Defensoría:

“(...) **Limitación de la actividad probatoria:** Una restricción a la tutela jurisdiccional efectiva ha sido consagrada en el artículo 27 de la Ley que regula el proceso contencioso administrativo, donde se establece que la actividad probatoria se restringe a lo actuado en el procedimiento administrativo (...)”

De la misma LCPA tenemos que en su artículo 29 referido a las **pruebas de oficio** señala que cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción, *el Juez en decisión motivada e inimpugnable, puede ordenar la actuación de los medios probatorios adicionales que considere convenientes*; marco de discrecionalidad judicial reglada que se afirma en el primer párrafo del artículo 30 de la propia norma procesal que hace hincapié en la **carga de la prueba**, pues la misma corresponde a quien afirma los hechos que sustentan su pretensión, disposición legal procesal que junto al artículo 31 dedicado a la **obligación de colaboración por parte de la Administración**, deja en claro que *las entidades administrativas deberán facilitar en el proceso todos los documentos que obren en su poder e informes que sean solicitados por el Juez*, en caso de incumplimiento, éste podrá aplicar las sanciones previstas en el artículo 53 del CPC¹⁸ al funcionario responsable.

¹⁸ **Artículo 53 CPC.-Facultades coercitivas del Juez:** “En atención al fin promovido y buscado en el Artículo 52, el Juez puede:

1. Imponer multa compulsiva y progresiva destinada a que la parte o quien corresponda, cumpla sus mandatos con arreglo al contenido de su decisión.

En abono del positivo y saludable uso de las pruebas de oficio, debemos precisar que el juzgador del proceso administrativo puede requerir el envío del expediente administrativo que da origen al reclamo judicial para un mejor resolver.

Ahora, la propia Administración, siempre reticente al *mandamus* del juez, demasiadas veces solicita se prescinda del mismo como medio de evitar la real apreciación del problema surgido con el administrado, más cuando se trata de la materia de derecho previsional, sea en cuestiones de hecho como las de puro derecho.

En este punto debemos decir que al Juez corresponde amparar o no, en base a su discrecionalidad, el recoger como rechazar de plano el pedido de la Administración.

Retornando al tema, nos preguntamos, una vez, leídas todas estas normas: **¿Cuántos de nuestros juzgadores contenciosos hacen uso de la prueba de oficio ante la restricción del artículo 27 de la norma procesal contenciosa?** Si se hace una revisión rápida de expedientes de la materia en cualquier parte del país -y no sólo en Lima, objeto de muestra de la investigación de la Defensoría del Pueblo- se vería con razón que no son contados, con los dedos de la mano, los casos en que el juez ha resuelto en base a pruebas de dicho tipo, pues *en verdad se revelan como plenos instrumentos de probanza* en los que se aprecia la evidente responsabilidad de la Administración en detrimento de los derechos e intereses propios de los administrados.

Como comentario final debemos apuntar que en el proceso contencioso previsional el uso de pruebas de oficio se convierte en la

La multa es establecida discrecionalmente por el Juez dentro de los límites que fija este Código, pudiendo reajustarla o dejarla sin efecto si considera que la desobediencia ha tenido o tiene justificación; y

2. Disponer la detención hasta por veinticuatro horas de quien resiste su mandato sin justificación, produciendo agravio a la parte o a la majestad del servicio de justicia.

En atención a la importancia y urgencia de su mandato, el Juez decidirá la aplicación sucesiva, individual o conjunta de las sanciones reguladas en este Artículo. Las sanciones se aplicarán sin perjuicio del cumplimiento del mandato”.

forma más puntual de conocer medularmente la pretensión del demandante, tomando en cuenta para ello, la poca especialización de los juzgadores sobre tan delicada materia jurídica; situación acorde con el artículo 22 de la LPCA¹⁹.

6. LA UTILIZACIÓN DE LAS EXCEPCIONES COMO MECANISMOS DISTRACTORES DEL INTERÉS DEL JUSTICIABLE POR EL PROCESO:

Las excepciones en el Derecho Procesal Civil tal como son concebidas representan medios con los que el demandado, puede, de *modo regular* dilatar el transcurso del proceso (se habla entonces de excepciones dilatorias) y de *modo excepcional*, cerrar el camino iniciado de la litis (entonces entran a tallar como excepciones perentorias) hasta que se corrija la situación que da pie al cierre del proceso.

Al respecto nuestro CPC, norma adjetiva-tipo referente de supletoriedad a los demás cuerpos adjetivos -entre los que se halla la LPCA, no recoge un concepto de tal categoría limitándose a mencionar 13 causales en el artículo 446²⁰. Seguidamente el artículo 447 del mismo cuerpo adjetivo, en cuanto al plazo y forma de proponer excepciones, prevé que las mismas se proponen única y conjuntamente dentro del plazo previsto

¹⁹ **Artículo 22 LPCA.-Remisión de actuados administrativos:** "Al admitir a trámite la demanda el Juez ordenará a la entidad administrativa que remita el expediente relacionado con la actuación impugnada.

Si la entidad no cumple con remitir el expediente administrativo el órgano jurisdiccional podrá prescindir del mismo o en su caso reiterar el pedido bajo apercibimiento de poner el hecho en conocimiento del Ministerio Público para el inicio del proceso penal correspondiente siendo de aplicación en este caso lo dispuesto en el inciso 2 del Artículo 41 de la presente Ley.

El incumplimiento de lo ordenado a la entidad administrativa no suspende la tramitación del proceso, debiendo el juez en este caso aplicar al momento de resolver lo dispuesto en el Artículo 282 del Código Procesal Civil".

²⁰ **Artículo 446 CPC.-Excepciones proponibles:** "El demandado sólo puede proponer las siguientes excepciones: 1. Incompetencia; 2. Incapacidad del demandante o de su representante; 3. Representación defectuosa o insuficiente del demandante o del demandado; 4. Oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda; 5. Falta de agotamiento de la vía administrativa; 6. Falta de legitimidad para obrar del demandante o del demandado; 7. Litispendencia; 8. Cosa Juzgada; 9. Desistimiento de la pretensión; 10. Conclusión del proceso por conciliación o transacción; 11. Caducidad; 12. Prescripción extintiva; y, 13. Convenio arbitral".

en cada procedimiento, sustanciándose en cuaderno separado sin suspender la tramitación del expediente principal.

En lo que nos atañe, *las excepciones se revelan en sede previsional debatida en el contencioso de la Administración como, pone en relieve la propia opinión defensorial, mecanismos jurídicos estrictamente dilatorios que buscan, cuando más, agotar el esfuerzo y minar las expectativas de los litigantes para la continuación de la litis, tomando en cuenta la duración del contencioso previsional, de lo cual ya hemos tratado ut supra; y cuando menos, destacar aspectos nimios, fáciles de ser corregidos u obviados* (piénsese en la falta de agotamiento de la vía previa administrativa como requisito de procedibilidad, exigencia que puede ser corregida desde un comienzo por el propio juez apelando al principio de *favor in processum* del artículo 2, 3 de la LPCA²¹) *dada la urgencia del pedido previsional o a veces en aspectos medulares del proceso* (piénsese en la excepción de incompetencia y su confrontación con el artículo 10 de la LPCA²²) *y de plano, confundir al juzgador y a sus auxiliares, más cuando ellos no gozan del privilegio de conocer del tema.*

Conste que no negamos el papel de las excepciones como forma de evitar un proceso que desde ya puede estar destinado al fracaso si se sigue avanzando en tanto no se repare la situación que lo conducirá a dicho estado, suspendiéndolo; o en el peor de los casos, declarando nulo todo lo actuado y conducido el proceso. Lo que si es objeto de crítica resulta ser su uso indiscriminado por la Administración pensionaria para

²¹ **Artículo 2 LPCA.-Principios del proceso contencioso administrativo:** “El proceso contencioso administrativo se rige por los principios que se enumeran a continuación y por los del derecho procesal, sin perjuicio de la aplicación supletoria de los principios del derecho procesal civil en los casos en que sea compatible:

(...) 3. *Principio de favorecimiento del proceso.*- El Juez no podrá rechazar liminarmente la demanda en aquellos casos en los que por falta de precisión del marco legal exista incertidumbre respecto del agotamiento de la vía previa.

Asimismo, en caso de que el Juez tenga cualquier otra duda razonable sobre la procedencia o no de la demanda, deberá preferir darle trámite a la misma”.

²² **Artículo 10 LPCA.-Remisión de oficio:** “En aquellos casos en los que se interponga demanda contra las actuaciones a las que se refiere el Artículo 4, el Juez o Sala que se considere incompetente conforme a ley, remitirá de oficio los actuados al órgano jurisdiccional que corresponda, bajo sanción de nulidad de lo actuado por el Juez o Sala incompetente”.

expectativas de derechos que si gozan del favor de los hechos y del derecho para su reconocimiento.

7. CUMPLIMIENTO DE SENTENCIAS FAVORABLES AL JUSTICIALE ¿ESPERANDO LAS CALENDAS GRIEGAS? O COMO SE DICE EN LA ACTUALIDAD ¿Cuándo SE ACABE LA BOTELLA DE ACEITE?:

Otro tanto resulta con el cumplimiento de los mandatos jurisdiccionales. Desde el mismo momento en que se expide la resolución final pasando por su notificación a ambas partes y fuera del hecho de su eventual impugnación, hasta llegar a su cabal cumplimiento: **¿Cuánto tiempo ha transcurrido?** Ello es un problema de todos los días para el vencedor en la litis, si resulta ser, el accionante previsional.

En el considerando decimoséptimo referido a este ítem, la propia Defensoría estima:

“En los pocos casos que terminaron con sentencia (10%) se observó que los fallos favorables al demandante no siempre fijaron los plazos para que la Administración los cumpla (...);

siendo que, en particular como lo dice el mismo considerando transcrito, la situación se complica cuando la Administración de propia mano no cumple el mandato de la judicatura, mandato condenatorio y de reconocimiento de la situación jurídica del administrado, pues:

“Si bien cualquier persona con una sentencia favorable puede solicitar al juez contencioso-administrativo el embargo de bienes del Estado, cuando éste no cumpla voluntariamente la sentencia judicial que lo favorece, el marco legal de la ejecución de sentencias –en los últimos 10 años- ha sido poco favorable al administrado (...).”

Así, en la parte resolutive de la Resolución sujeta a comentario, análisis y crítica; en concreto en su artículo tercero, punto 6, señala expresamente la Defensoría del Pueblo en el marco de su función exhortativa, que esperamos sea atendida por el poder público encargado de legislar:

“(...) **RECOMENDAR al Congreso de la República:**

(...) 6. ESTABLECER un plazo máximo legal de dos años para el cumplimiento de sentencias en materia previsional con obligación de dar suma de dinero, a fin de que el pensionista que obtenga una sentencia favorable pueda gozar de sus beneficios declarados judicialmente”.

Es decir, se hace necesario poder determinar con claridad, plazos que fijen con puntualidad el cumplimiento de lo ordenado por el juez previsional, dado que dicha fijación es discrecional para el juez de la causa, tal como se sostiene desde los artículos 38 y 39 de nuestra LPCA²³.

Muestra la actual situación que entre la expedición de la sentencia con alcances de condena a la Administración estatal de pensiones con su proyección de eventual cumplimiento hasta que la misma se materializa, pasan, cuando menos (en el mejor de los resultados esperados), 6 años, lapso de tiempo de inmoderada exigencia para quien ya gastado demasiado tiempo para que se ventile en primer término en sede administrativa a través del procedimiento administrativo, y luego, en lo judicial, a través del proceso contencioso administrativo, la expectativa de reconocimiento de su derecho.

Esta situación de retardo en el cumplimiento del mandato de la judicatura ya es advertida por el mismísimo Tribunal de la Constitución que en las STC N° 0015-2001-AI, N° 0016-2001-AI y N° 0004-2002-AI (Colegio de Abogados de Ica y Defensoría del Pueblo vs. Decreto de Urgencia N° 055-2001 y Ley N° 27684)²⁴, donde se considera por la alta

²³ **Artículo 38 LPCA.-Sentencias estimatorias:** “La sentencia que declare fundada la demanda podrá decidir en función de la pretensión planteada lo siguiente: (...) 4. El plazo en el que la administración debe cumplir con realizar una determinada actuación a la que está obligada, sin perjuicio de poner en conocimiento del Ministerio Público el incumplimiento para el inicio del proceso penal correspondiente y la determinación de los daños y perjuicios que resulten de dicho incumplimiento”.

Artículo 39 LPCA.-Especificidad del mandato judicial: “Sin perjuicio de lo establecido en el Artículo 122 del Código Procesal Civil, la sentencia que declara fundada la demanda deberá establecer el tipo de obligación a cargo del demandado, el titular de la obligación, el funcionario a cargo de cumplirla y el plazo para su ejecución”.

²⁴ Decisión suprema en la que finalmente se debatió lo referente a la confrontación entre el cumplimiento de las resoluciones judiciales como manifestación del constitucional derecho a la efectiva tutela judicial frente a los principios, también constitucionales, de legalidad presupuestaria y el de autotutela administrativa en su faceta ejecutiva,

judicatura, un plazo, enmarcado en la razonabilidad y proporcionalidad de 5 años para que la Administración cumpla con el requerimiento judicial.

Al respecto, la mencionada resolución del TC consagra el **derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales como manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva** en relación al tema del cumplimiento de obligaciones por parte del Estado y los bienes con los que se podía hacer efectivo el crédito. Puntual al respecto resulta ser el fundamento 8: “El derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales que han pasado en autoridad de cosa juzgada, es una manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional, reconocido en el inciso 3) del artículo 139 de la Constitución. También se encuentra aludido en el segundo párrafo del inciso 2) del mismo artículo 139, cuando se menciona que «ninguna autoridad puede (...) dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada (...) ni retardar su ejecución»”.

Como lo constata el mismo Tribunal, el tema más álgido en cuanto a lo detallado será el que señala en el fundamento 17 de su decisión: “Los montos que el Estado peruano debe pagar en ejecución de sentencias judiciales se originan, en su mayoría, en *deudas previsionales* o laborales, o en indemnizaciones por daños y perjuicios (...)”²⁵.

Haciendo hincapié al plazo de cumplimiento de la decisión final del juez, citamos ahora el fundamento 55 de su decisión suprema, cuando en ella nos dice: “A juicio de este Colegiado, establecer un plazo máximo de 5 años para que el Estado cubra proporcionalmente la totalidad de una obligación declarada en una resolución judicial resulta razonable y, por ende, constitucional”, plazo con el que, por la propia seguridad de utilización de la autotutela de la Administración para la consecución de los fines públicos, estamos de acuerdo y estimamos prudente a fin de que se compatibilicen los derechos fundamentales con el interés público, pero que puede ser **flexibilizado** dada la naturaleza alimentaria del derecho del pensionista, flexibilización que como proclama la Defensoría del

utilizando los principios de proporcionalidad y de razonabilidad para balancear dicha disparidad. Esta sentencia se puede encontrar en *El debido proceso en las sentencias del Tribunal Constitucional* EN Jurisprudencia de Impacto, Gaceta Jurídica, 1ª edición, Año 2, N° 5, setiembre 2006, pp. 63-80.

²⁵ El texto en cursivas de la sentencia constitucional nos corresponden.

Pueblo debe estar en una Ley para evitar la burla del vencedor procesal y el desconocimiento del mandamiento de la judicatura, determinándose a partir de la fecha en que el mismo vence, las responsabilidades administrativas, civiles y penales a que hubiere lugar.

III. NOTAS FINALES:

1. Hemos apuntado que nuestra justicia administrativa o proceso administrativo recogido en la LPCA se revela como instrumento protector de los intereses ciudadanos en armonía con los intereses que tutela la Administración, cuando se ventila una eventual disconformidad de utilización de estos, en sede judicial.

2. Ahora, la Resolución Defensorial N° 024-2007/DP donde se aprueba el Informe Defensorial N° 121 denominado "*Propuestas para una reforma de la Justicia Contenciosa-Administrativa desde la perspectiva del acceso a la justicia*", del 05 de junio de 2007, ha puesto en evidencia lo mucho que falta implementar en el seno del proceso contencioso administrativo y del mismo sistema judicial que lo acoge, con especial referencia a los derechos pensionarios que «tocan piso» ante la conducta actuativa u omisiva en contra del ciudadano por la Administración pensionaria estatal ventilados en dicha sede.

3. El procedimiento administrativo regulado desde la LPAG, es una herramienta ciudadana del Derecho para hacer frente a la Administración; empero esto es un filtro de actuación administrativa que el propio Administrador fácilmente rehuye. Por tanto, donde acaba el procedimiento administrativo empieza el proceso administrativo, también conocido como contencioso de la Administración. De resultas que éste deviene como la última fuerza jurídica y social que ante un actuar o un omitir desviado de la Constitución, la Ley y los reglamentos, impone al juez la obligación y el deber de repeler.

4. En destacable esfuerzo, la Defensoría del Pueblo tomando en cuenta su papel constitucional a través del artículo 161, donde se afirma su autonomía y la obligación del poder público de colaborar con ella cuando ésta lo requiere y del artículo 162 de la *norma normarum* ha puesto en práctica, con la Resolución que analizamos y comentamos, su papel de defensora de los derechos fundamentales de la persona así como los de la

comunidad, y supervisora del cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía. En dicha resolución la Defensoría recalca el valor del proceso contencioso como mecanismo donde se vela por la vigencia de los derechos ciudadanos, entre ellos, los previsionales.

5. En la Resolución Defensorial N° 024-2007/DP sobre las propuestas para una reforma de la justicia contenciosa-administrativa desde la perspectiva del acceso a la justicia se han identificado varios problemas de los que adolece nuestro proceso contencioso administrativo; nosotros, hemos incidido en los que consideramos de mayor importancia al interior del quehacer judicial previsional:

- La duración real del proceso contencioso administrativo;
- La solitaria, débil e infructuosa defensa que plantean los propios administrados frente al poder público previsional y los resultados conseguidos, mayormente, poco exitosos;
- La ausencia en provincias de jueces propiamente contenciosos administrativos (el problema de las «togas prestadas») y la escasez en Lima de juzgados de ese tipo que contribuyan a resolver las lides, tanto como la falta de especialización del personal judicial escaso en dicha sede y la deficiencia de medios para cumplir sus labores, aspectos que no se resuelven con los buenos oficios de la sola Ley;
- La intervención parsimoniosa del Ministerio público en los dictámenes a expedir y la propuesta que adjuntamos como alternativa de solución;
- El uso meritorio de las pruebas de oficio por nuestros jueces ante el poco claro artículo 27 de la LPCA, que promueve, a nuestro ver, la lesión de los derechos constitucionales a la tutela jurisdiccional efectiva y debido proceso, agudiza el principio de autotutela administrativa, acrecienta la arbitrariedad del poder público y hace letra muerta el principio de igualdad procesal recogido en la LPCA;
- La utilización distractora y arbitraria de las excepciones por la Administración como mecanismo de guerra psicológica contra el justiciable en el proceso; y finalmente,

- La participación de las calendas griegas en el cumplimiento de sentencias favorables al justiciable, pues el vencedor de la litis tiene que esperar se cumpla su sentencia hasta «cuando se acabe la botella de aceite».

6. No queremos terminar las presentes líneas dedicadas al tema del proceso contencioso administrativo en lo previsional, sin antes no reconocer:

- El papel del contencioso administrativo como *opus singularis* del legislador del año 2001 (la Comisión **DANOS ORDÓÑEZ**);
- La creación jurisprudencial de la primera Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima donde se acordó en el 2003, dada la naturaleza del contencioso administrativo, prescindir de la citación a las partes de la Audiencia de Saneamiento Procesal y Conciliación; porque respecto de la primera, no hay puntos en controversia que ver en el saneamiento pues esto ya está en el acto administrativo contradicho así como en el expediente de sede administrativa que lo alberga; y en cuanto a la segunda, como se señaló en la resolución que acogió dicha creación que, era improbable la conciliación ya que su fin es el de “(...) propiciar la transacción del conflicto de intereses; [...siendo que] en las acciones (sic.) contenciosas administrativas no es viable tal finalidad porque los bienes jurídicos debatidos en estos procesos no son susceptibles de disposición o transacción”, creación que tiene como progenitor al juez **QUISPE SALSAVILCA**²⁶ junto a los demás miembros de dicha Sala;
- Los esfuerzos -a pesar de la carencia o deficiencia de medios- de los jueces, sus secretarios de juzgado y personal que trabaja con él, esfuerzo que se ve identificado con el reconocimiento por los justiciables de la labor que realizan y que lleva la voz cantante (aunque silenciosa, aunque salte la contradicción de los términos empleados) del buen quehacer judicial en un momento histórico en que se acrecientan las críticas contra el Poder Judicial.

²⁶ De ello nos habla su propio autor en **QUISPE SALSAVILCA, David Percy**: *Judge Wars: La génesis del nuevo proceso contencioso administrativo* EN *Jurídica*, Suplemento de Análisis Legal del Diario Oficial “El Peruano”, Año 2, N° 53, 5 de julio de 2005, p. 10.

EL DERECHO A LA PENSIÓN COMO DERECHO SOCIAL Y SU EXPECTATIVA DE