

LAS PRETENSIONES EN
EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

JUAN MONROY GÁLVEZ

LAS PRETENSIONES
EN EL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO

Palestra Editores
Lima – 2023

343.7 M77	Monroy Gálvez, Juan Las pretensiones en el contencioso administrativo / Juan Monroy Gálvez; 1a ed. - Lima: Palestra Editores; 2023. 360 p.; 14.5 x 20.5 cm. D.L. 2023-02402 ISBN: 978-612-325-321-9 1. Derecho administrativo 2. Recurso contencioso administrativo 3. Proceso contencioso administrativo 4. Procedimiento administrativo 5. Legislación
----------------------	---

LAS PRETENSIONES EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Juan Monroy Gálvez

Primera edición, marzo 2023

© 2023: JUAN MONROY GÁLVEZ

© 2023: PALESTRA EDITORES S.A.C.

Plaza de la Bandera 125 - Lima 21 - Perú

Telf. (+511) 6378902 - 6378903

palestra@palestraeditores.com / www.palestraeditores.com

Impresión y encuadernación:

GRÁNDEZ GRÁFICOS S.A.C.

Mz. E Lt. 15 Urb. SANTA ROSA DE LIMA - LOS OLIVOS

Marzo, 2023

Diagramación:

GABRIELA ZABARBURÚ GAMARRA

CUIDADO DE ESTILO Y EDICIÓN:

MANUEL RIVAS ECHARI

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ N.º 2023-02402

ISBN: 978-612-325-321-9

Tiraje: 500 ejemplares

Impreso en el Perú / Printed in Peru

TODOS LOS DERECHOS RESERVADOS. QUEDA PROHIBIDA LA REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL DE ESTA OBRA, BAJO NINGUNA FORMA O MEDIO, ELECTRÓNICO O IMPRESO, INCLUYENDO FOTOCOPIADO, GRABADO O ALMACENADO EN ALGÚN SISTEMA INFORMÁTICO, SIN EL CONSENTIMIENTO POR ESCRITO DE LOS TITULARES DEL COPYRIGHT.

*Para Ame, porque
desde antes de nacer, ahora y por siempre,
ha sido, es y será mi ¡bandidaaaaaaaaa!*

CONTENIDO

GRATITUDES	11
PRÓLOGO.....	13
ADVERTENCIA	33

Parte I CATEGORÍAS PROCESALES

Capítulo I

ALGUNAS CATEGORÍAS PROCESALES PERTINENTES AL TEMA INVESTIGADO.....	45
1. Derecho, proceso, procedimiento y ciudadano.....	45
2. Partes.....	52
3. Legitimidad para obrar ordinaria o extraordinaria	53
4. El interés sustancial o material, el interés para obrar o procesal y el interés legítimo en su relación con el derecho subjetivo.....	60
4.1. La curiosa historia del <i>interés legítimo</i>	64
5. Tutela judicial	76
6. El objeto del proceso.....	79
7. Pretensión, hechos procesales y causa de pedir	85
8. La conexidad y la acumulación de pretensiones.....	91

CONTENIDO

9. Intervención de terceros.....	99
10. Las respuestas judiciales	100
11. Tutela jurisdiccional satisfactiva y no satisfactiva	104
12. Los tipos de sentencia cuando son fundadas.....	107
12.1. Las sentencias de mera declaración	113
12.2. Las sentencias de condena	117
12.3. Las sentencias constitutivas	120
12.4. Algunas categorías que complementan la clasificación desarrollada.....	126
13. La impugnación y la revisión procesales	131

Capítulo II

LOS MITOS JURÍDICOS.....	137
--------------------------	-----

Parte II

UNA HISTORIA DEL CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN

Capítulo III

UN BREVE REPASO HISTÓRICO Y POLÍTICO DE LA ACTIVIDAD CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA.....	149
--	-----

1. Los orígenes del derecho administrativo moderno.....	151
2. Las ideas filosófico-políticas y la administración	158
2.1. La libertad individual y la administración.....	158
2.2. El interés general y la administración	161
2.3. Constitución y administración	166
2.4. Francia.....	169
2.5. Italia.....	177
2.6. España	184

CONTENIDO

2.7. Alemania.....	196
2.8. Estados Unidos de América.....	203
2.9. Un modelo a seguir.....	205

Capítulo IV

EL MITO DEL PRINCIPIO REVISOR Y SU INFLUENCIA

SOBRE EL PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	207
A manera de síntesis	217

Capítulo V

LOS SISTEMAS

DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA	219
1. Una cuestión previa: el procedimiento administrativo.....	219
2. Una clasificación de los sistemas de justicia administrativa	223

Capítulo VI

EL PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DESDE LA ÓPTICA DE LA TUTELA

JURISDICCIONAL EFECTIVA	229
Arbitrariedad y discrecionalidad en la administración	236

Capítulo VII

LAS PRETENSIONES Y LAS SENTENCIAS, LAS MEDIDAS CAUTELARES Y LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	249
1. Las pretensiones y las sentencias.....	252
1.1. Las sentencias de mera declaración	257

CONTENIDO

1.2. Las sentencias de condena	260
1.3. Las sentencias constitutivas	267
2. Las medidas cautelares	268
3. La ejecución de sentencias.....	271

Parte III LA ACTIVIDAD CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EN EL PERÚ

Capítulo VIII

EL ESTADO ACTUAL DE NUESTRO PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

1. A nivel constitucional	281
2. La normativa nacional	286
2.1. Actuaciones y pretensiones	289
2.2. La acumulación.....	314
2.3. La legitimidad para obrar	317
2.4. La legitimidad para obrar pasiva del tercero.....	319
2.5. La pretensión indemnizatoria	322
2.6. La actividad probatoria	323
2.7. Las medidas cautelares.....	326
2.8. La actuación de las sentencias.....	328
2.9. Las costas y costos	333

Capítulo IX

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA.....

GRATITUDES

La primera manifestación de gratitud es para el profesor Luciano Parejo Alfonso. Que un hombre de su solvencia intelectual se haya dado tiempo para leer el borrador de este trabajo y otro adicional para expresar su opinión, son manifestaciones de su modestia, de su compromiso con la difusión de los estudios jurídicos y, finalmente, de su grandeza de espíritu. Entre la fecha que recibí su prólogo y el día en que esta obra entró a la imprenta transcurrieron algunos meses, los cuales utilicé para continuar la investigación. Que este libro no sea el borrador que el profesor Parejo leyó no afecta un ápice el valor intelectual del prólogo y el compromiso de su autor.

La segunda es para Alberto Simons, Omar Cairo, Fiorella La Serna, Francis Aliaga, Nátaly Félix y Kelly Camargo, mis socios en el Estudio. Su paciencia para cumplir con la revisión de los párrafos mal escritos u oscuros ha sido esencial para que los errores se reduzcan a un nivel en el que, los que quedan, solo puedan ser imputables a mí.

Y finalmente la tercera, la más sentida, es para Juan José y Mario Daniel Monroy Palacios, a quienes literalmente asedié desde la elección del tema hasta la entrega del trabajo a la imprenta. Soportaron mis exigencias neuróticas con un compromiso y dedicación solo explicable en el amor inconmensurable que nos profesamos.

Juan F. Monroy Gálvez

PRÓLOGO

I.

No es este un libro de dogmática jurídica, al menos si esta se entiende —tal como lo hace el diccionario panhispánico del español jurídico— como disciplina expositiva y explicativa del sistema jurídico que refleja un ordenamiento jurídico, en este caso el peruano. Es, más bien, como se deduce de las conclusiones que se formulan en su capítulo final, un libro de tesis, es decir, formulador de una proposición sobre la base de los razonamientos desarrollados a lo largo del texto y dirigidos a sustentar la afirmación del carácter defectuoso de la actual configuración, en Perú, de la tutela judicial en sede contencioso-administrativa; proposición que, en definitiva, implica la postulación de la superación del mito revisor para pasar de un proceso contencioso administrativo al acto administrativo, a uno de enjuiciamiento de los derechos e intereses afectados por dicho acto o cualquier otra actuación o inactividad administrativas.

No hay nada que oponer a tal tesis y propósito. Muy al contrario, es merecedora de coincidencia, apoyo y aplauso, pues ninguna razón existe hoy para que la tutela judicial dispensada al ciudadano frente a la Administración pública (en cualquiera de sus manifestaciones) no sea plena y efectiva. Así lo exige, en efecto, tanto la total

sumisión del poder público administrativo no solo a la Ley, sino a todo el Derecho, como la posición fundamental asegurada por toda verdadera Constitución al ciudadano desde el principio de libertad (libre desarrollo de su vida en sociedad, articulado por los derechos constitucionalmente reconocidos a la persona).

Menos aún le es dado a quien prologa —dado su desconocimiento del ordenamiento jurídico-administrativo peruano— formular opinión —siquiera para orientar al lector— sobre los términos del análisis que de este ordenamiento hace el autor para sostener sus conclusiones y propuestas, ni, por tanto, sobre estas.

Pero, desde la advertencia con la que se abre el libro y su secuela —la precisión de las categorías procesales consideradas pertinentes al caso—, se advierte que el autor no es un jurista cultivador del Derecho público, menos aún del administrativo. No quiere decirse con esto que abordar la cuestión a tratar desde el Derecho procesal *tout court* sea algo inadecuado o inconveniente, pues ello —además de legítimo y necesario— puede y debe resultar enriquecedor. Pero para serlo es imprescindible la adecuada consideración de las peculiaridades del campo —en este caso el jurídico-administrativo— sobre el que se proyectan las categorías generales. Así se deduce de los riesgos en tal proyección, implícitos en las propias palabras del autor, cuando —tras reconocer que procesalistas y administrativas se han venido “soplando la pluma”— comprueba la existencia de distorsiones en la zona fronteriza entre ambas disciplinas que demandan un esfuerzo serio para cerrar las profundas brechas informativas existentes. Y así lo acredita, a mi juicio, la evolución del contencioso administrativo español (que no, sin embargo, la del francés, el italiano o el alemán, a los que el autor recurre —incluso elogiosamente— a título comparatista). Pues en ella es observable una tendencia hacia la “normalización” del proceso contencioso administrativo por el rasero del modelo del proceso civil, en el curso de la cual se han concretado ya algunos riesgos de desnaturalización de características esenciales que al contencioso ad-

ministrativo impone su condición constitucional de instrumento de la prestación ciertamente de la tutela judicial efectiva, pero en forma específica de control de uno de los poderes públicos resultantes de la división de poderes, es decir, de un poder a mismo título que el legislador y el judicial mismo. Esta precisión obliga a efectuar algunas consideraciones de carácter general.

II.

Es indudable que el autor tiene a la vista una concepción tradicional del Derecho administrativo en la cual lo único verdaderamente importante es la doble bipolaridad sujeto público (Administración, *potentior personae*)-sujeto privado (ciudadano o administrado) e interés público-interés privado. Esta visión está en la base de la construcción de ambos sujetos (y de su correspondiente actividad), en lo fundamental, conforme a un régimen jurídico-tipo (articulado en torno a unas determinadas prerrogativas, por lo que hace a la Administración, y a ciertas garantías o posibilidades de reacción por lo que respecta a los ciudadanos), que permite definir la línea evolutiva del Derecho administrativo, en efecto, como una progresión lineal del control jurisdiccional de la acción administrativa por continua depuración y refinado aquilatamiento de aquel régimen o estatuto; más aún, lleva a erigir el control judicial en su criterio mismo.

Lo cierto es, sin embargo, que ni la Administración, ni el ciudadano son hoy sujetos articulados, en sus relaciones recíprocas, por un estatuto jurídico único. Así como el ciudadano encuentra, descansando en la posición fundamental que toda verdadera Constitución le asegura, articulaciones jurídicas diversas (derechos constitucionales, restantes derechos subjetivos, intereses legítimos, etc...), así también al poder público en general y, consecuentemente, a la Administración en particular, le sucede otro tanto en relación con la diversidad de ámbitos a que dirige su acción.

El centro de gravedad es ahora, pues, sustantivo y no formal, en virtud de la radical servicialidad o instrumentalidad del poder público: es precisamente el orden constitucional el que moldea —según su propia estructura y lógica— el estatuto de dicho poder, cuya posición y régimen varían según los órdenes de la vida social en que pretenda ser activo. Lo que implica la recuperación del plano de las relaciones sustantivas sobre las que la Administración proyecta sus potestades (y cuyo ejercicio da lugar a la relación formal tipo, de carácter procedimental, tradicionalmente teorizada).

En claro contraste con el Derecho civil —que desde hace mucho tiempo tiene por objeto la relación jurídica—, la concepción tradicional del Derecho administrativo se ofrece como “objetiva”, en el sentido de hacerlo descansar en la idea del sometimiento del en su día súbdito y hoy ciudadano al poder público y su ejercicio y centrándolo, por ello, en el acto administrativo y la garantía —en último término judicial— frente a la decisión en él formalizada. La recrecida importancia, la gran amplitud del radio de acción y la heterogeneidad de los objetos de la actividad administrativa, junto con el reconocimiento progresivo de derechos subjetivos frente al poder público (culminado en la actual posición constitucional del ciudadano, articulada sobre la libertad y los derechos de ella derivados), han ido facilitando, sin embargo, una visión del ordenamiento jurídico-administrativo también como sistema de relaciones jurídicas, con consecuente declinación del papel central tradicionalmente desempeñado por el acto administrativo. La razón es obvia: el modelo clásico de la actuación administrativa basado en la idea simple de la supraordenación del poder público (sobre la que, en parte, sigue reposando) y el instituto del acto ha ido siendo desplazados (aunque no suprimidos) al compás de la evolución misma de la sociedad y el Estado; evolución, que ha caminado en el sentido de la extensión de la actuación pública no acompañada necesariamente de *imperium* en una línea que va desde el Estado social, al preventivo, cooperativo y

meramente garante de las prestaciones, y se ha visto reforzada por: i) el acceso de particulares al cumplimiento de tareas materialmente públicas; y ii) la pérdida de capacidad sistematizadora de las formas clásicas de actuación administrativa por mezcla de instrumentos imperativos, jurídico-privados e informales y consiguiente multiplicación de supuestos especiales.

La idea subyacente es que toda Constitución funda no tanto un *status libertatis* (en el sentido de G. Jellinek) cuanto una relación jurídico-constitucional (general) que, convirtiendo la libertad en principio constitucional, la garantiza a efectos de su asignación o distribución en el escalón de la legislación ordinaria. Se hace así posible el abandono de la idea de la superioridad formal del Estado (con correlativa subordinación a él del individuo) y, con ella, la concepción organicista de aquel. Pues la relación jurídica requiere plena capacidad de todos los sujetos de la misma, sin perjuicio de que la distribución en ella de los derechos y las obligaciones que integran su contenido implique la superioridad de unas partes sobre otras.

Justamente la vinculación del legislador por los derechos garantizados constitucionalmente (e, incluso, por relación a tratados internacionales) está inscrita necesariamente en la relación jurídico-constitucional, toda vez que aquellos impiden, por su propia naturaleza, que la posición jurídico-material contrapuesta del Estado sea, en cuanto tal, superior a la que ellos proporcionan. El Estado está ciertamente habilitado para establecer unilateralmente regulaciones jurídicas, es decir, dictar Leyes, producir actos (administrativos) y adoptar fallos (judiciales) y, con ello, generar la validez y la vigencia jurídicas (de una Ley o un Reglamento, de un acto o de una sentencia) solo pensables justamente en virtud de la autoridad estatal. Refiriendo esta habilitación y, por tanto, la correspondiente potestad a relaciones de la vida social aparecen de suyo las tres formas correlativas en que la regulación de éstas puede tener lugar: como *regulación general* por Ley o Reglamento en el contexto de la relación jurídico-constitucional,

como *regulación especial* por acto, convenio o contrato administrativos en el contexto de la relación jurídico-administrativa y como *regulación especial inter partes* por sentencia en el contexto de la relación jurídico-procesal.

El deber general del ciudadano de estar y pasar por el establecimiento y puesta en vigor unilaterales de Derecho válido no se puede fundamentar, sin embargo, en el propio plano jurídico-positivo, pues del Derecho solo puede derivarse justamente Derecho. Lo que quiere decir: ha de considerarse —en el plano jurídico y, por tanto, en el contexto de la relación jurídico-constitucional— como reverso del poder de regular. De donde se sigue que el contenido y el alcance del deber de tolerancia del ciudadano no pueden ser mayores que los del poder regulador. Y, dado que este está vinculado por el orden de los derechos y las libertades garantizados constitucionalmente, solo puede existir y operar en relación con ellos. Es, pues, la combinación entre vinculación sustantiva al orden de aquellos derechos y libertades y garantía constitucional de la protección de unos y otras la que determina la relación entre potestad de regulación y deber ciudadano de tolerancia. Y si esto es así, también lo es —desde otro punto de vista y prescindiendo de los supuestos excepcionales admitidos de autotutela del ciudadano (como el de defensa en caso de necesidad)— que con el monopolio del poder de regulación se corresponde el de hacer efectivo —mediante coerción— el Derecho, del que es correlato, a su vez, el deber general del ciudadano de tolerancia.

La categoría de la relación jurídica, por tanto, pretende el abandono de la concepción del administrativo como simple Derecho procedimental de la formación de la voluntad del poder público, para comprenderlo como sistema de potestades públicas y derechos ciudadanos en el contexto de relaciones jurídicas. Introduce en él un nuevo criterio de orden y sistematización mediante la agrupación, en función de su interdependencia, de las relaciones jurídicas, haciendo de las entabladas con ciudadanos, o en las que éstos se hacen presentes,

el terreno del encuentro cualificado de aquellos y la Administración. Por tanto, su relevancia reside en proporcionar al Estado social de Derecho un instrumento flexible para la actuación de dicha Administración simultáneamente para y con el ciudadano, convirtiendo en cooperativa la actuación administrativa unilateral. De este modo se capta e interpreta las relaciones de creación y efectuación del Derecho con vistas a deberes de reciprocidad y consideración, acentuando la relatividad de los derechos y deberes, sobre todo en las cada vez más frecuentes relaciones multipolares.

La relación jurídico-administrativa es apta así, en lo que ahora interesa, para permitir la superación del “puntualismo” del pensamiento basado en el acto administrativo.

Por todo ello, se ha podido decir que la cultura administrativa legalista está hoy en retirada. Lo que significa: desplazamiento, aunque no anulación, del acento, en la denominada “ejecución”, desde la interpretación (es decir: la aplicación) de las normas (en actos) a la actuación dirigida a la solución de problemas sociales. Abandonando el superado dogma de la única solución correcta (en la aplicación), las normas se entienden hoy como programas de actuación —dotados de mayor o menor densidad reguladora— que proporcionan el contexto de la formación de la decisión solucionadora del problema social, normalmente complejo, de que se trate (lo que comporta la revalorización de la organización y el procedimiento administrativos y del punto de vista de la función del Derecho no tanto —aunque también— como límite y criterio de control, cuanto factor directivo de la acción administrativa). La Ley deja, así y como ha puesto de relieve especialmente la dogmática alemana, de ser lo que era para pasar a ser programa del que interesa no tanto la precisión de los límites jurídicos que impone según el principio Estado de Derecho, cuanto las posibilidades de configuración social que contiene para garantizar la calidad del cumplimiento de las tareas a que se refiere.

De ahí la afirmación de que la posición de la Administración en el sistema de poderes públicos no deriva hoy tanto de su contribución funcional (ejecutiva y dotada de legitimación propia) a la legitimación democrática del Estado, cuanto más bien de la interacción de normación y aplicación-ejecución. Pues la acción administrativa determina la *praxis* aplicativa de la Ley y el Derecho, proporcionando al legislador en todo caso referencias para evaluar sus normas y aprobar, en su caso, reformas correctoras. Este círculo entre normación y ejecución gira ciertamente según las órbitas, separadas y prefijadas constitucionalmente, propias de los distintos poderes (la separación competencial da lugar a: legislación, ejecución y jurisprudencia; la separación organizativa, a la de Parlamento, Gobierno-Administración y poder judicial; y la separación por razón de la legitimación a la democrática directa o indirecta o por razón de la lógica de la función). Pero la imagen del poder público administrativo como un todo se ofrece solo en una visión de encadenamiento dinámico de las instituciones que forman el Estado, confirmando así el acierto de la famosa frase de E. Forsthoff (en su Derecho administrativo): es posible describir la Administración, pero no definirla. Lo que no excusa su deslinde funcional respecto de la legislación y el ejercicio del poder judicial. En tanto el legislador traduce las tareas previstas constitucionalmente en un marco ordenador de imperativos de actuación (comprendido de todas las formas posibles de esta última), haciendo que las Leyes definitivas de tal marco adquieran validez y vigencia, la Administración se ofrece como “ejecución” de las correspondientes tareas públicas en tal marco y conforme a la Ley *lato sensu* (pues tal ejecución está dirigida, incluso allí donde no está predeterminada por la Ley ordinaria sustantiva —aunque sí y siempre por la de carácter presupuestario—, por previsiones constitucionales (y, en su caso, internacionales). Por ello, la superposición de las perspectivas institucional y funcional lleva a la determinación de la Administración como “aseguramiento de la vigencia” o, mejor, “efectuación del Derecho” (en la realidad;

conclusión, que comporta la implicación en la “ejecución administrativa” de vigencia de la norma y realidad). De donde se sigue, en definitiva, que —al no quedar limitada la acción administrativa a la mera ejecución, en línea de continuación, de la norma— es tanto realización del Derecho como creación del Derecho. En definitiva, la Administración transmuta la vigencia normativa en vigencia empírica, lo que permite deslindarla tanto de la “instauración de la vigencia” (generación de la misma, asunto normativo propio del legislador), como del “control de la vigencia”, entendido como comprobación de la vigencia, incluso de su creación, por parte del poder judicial o la jurisdicción constitucional. Pero en el entendido, entonces, que la función ejecutiva comprende todo lo necesario para la efectucción del programa, incluyendo, en su caso, el establecimiento de normas.

III

La calificación del carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa como mito solo puede ser válida en términos históricos o retrospectivos (al menos desde el punto de vista europeo). Pues, siendo la intervención del juez de dicho orden jurisdiccional necesariamente posterior a la actuación (o inactividad) de la Administración, en tanto que esta es un poder público dotado de una función y un ámbito de actuación propios a mismo título que el judicial, la función de éste —la tutela judicial plena y efectiva— ha de encontrar necesariamente las modulaciones indispensables para la compatibilización del estatuto constitucional de uno y otro. Por eso, si bien no está justificada la permanencia del carácter revisor como determinante del objeto del proceso contencioso administrativo (que es lo que el autor critica en el ordenamiento peruano), tampoco lo está que, una vez abandonada tal equivalencia (entre revisión y objeto del proceso), tampoco lo está su permanencia como mero presupuesto de la excitación por el particular de la intervención judicial. Pues tal

presupuesto es inexcusable si se quiere respetar la condición de poder público dotado no de privilegios, sino de los atributos inherentes a dicha condición.

El defecto reprochado al contencioso administrativo peruano actual es posible que pueda ser imputable a la influencia del Derecho español, pero en virtud de una incorporación diacrónica o errónea de este. Pues el carácter revisor en el sentido denunciado por el autor no solo no existe desde luego en el Derecho español actual, sino que su superación en este data, cuando menos, de la Ley de 1956, cuyo preámbulo deja este extremo claro, al decir que, como “...esta jurisdicción no es más que una especie de la genérica, función jurisdiccional, y la naturaleza de tales procesos no difiere esencialmente de los demás procesos de conocimiento, la Ley se limita a recoger las especialidades que una y otros ofrecen, remitiéndose en lo demás a las leyes orgánicas y procesales comunes”. Pues dicha jurisdicción “... no debe entenderse ni desarrollarse como si estuviera instituida para establecer, sí, garantías de los derechos e intereses de los administrados, pero con menos grado de intensidad que cuando los derechos e intereses individuales son de naturaleza distinta y están bajo la tutela de otras jurisdicciones...”. En definitiva: “El texto legal configura la jurisdicción ... como aquella que tiene por objeto específico *el conocimiento de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración pública* sujetos al Derecho administrativo.... Claro está que esto no significa que se haya querido concebir la jurisdicción como una segunda instancia: ante ella, por el contrario, se sigue *un auténtico juicio o proceso entre partes, cuya misión es examinar las pretensiones que deduzca la actora por razón de un acto administrativo*” (la cursiva es nuestra).

En la medida en que la ulterior y vigente —con modificaciones— Ley española reguladora de la jurisdicción, de 1998, no ha hecho sino perfeccionar y ampliar lo ya alcanzado por la de 1956, no parece fundada —a la vista de la práctica real y con independencia de que

todo es susceptible de mejorar— la opinión de que no ha logrado “reivindicar” la figura del juez de lo contencioso administrativo. En efecto, la Ley:

- Mantiene el carácter de juicio entre partes del recurso contencioso administrativo y su doble finalidad de garantía individual y control del sometimiento de la Administración al Derecho; define el objeto del recurso por relación a las pretensiones que se deduzcan, por más que, por lo dicho, conserve la exigencia del presupuesto de una actuación o inacción previas del poder público administrativo.
- Posibilita la formulación, en función de la legitimación *ad causam*, de las siguientes pretensiones: en general, la de declaración de no ser conformes a Derecho y, en su caso, la anulación de los actos y disposiciones susceptibles de impugnación y la de *reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, entre ellas la indemnización de los daños y perjuicios, cuando proceda*; la de *condena* a la Administración, en caso de inactividad, *al cumplimiento de sus obligaciones* en los concretos términos en que estén establecidas; y la *orden de cese de la actuación material* constitutiva de vía de hecho.
- Se hace posible, así y con carácter general, la formulación de pretensiones atenuadas a las características, en cada caso, de la situación jurídica que motive el recurso; configuración esta que no parece de calidad precisamente menor a la clasificatoria de las acciones posibles (con los problemas que de ello se siguen) del contencioso administrativo alemán, que, sin embargo, merece elogio del autor.
- Actualiza la determinación de lo que debe entenderse por Administración a la luz de la Constitución y la evolución de la realidad.

- Extiende la competencia de los órganos de esta jurisdicción a:
 - a) Todas las actuaciones que realiza la Administración en su condición de poder público y en uso de las prerrogativas que como tal le corresponde, es decir, las que se concretan en reglamentos, actos o contratos, la realización de todo tipo de prestaciones, las negociables de diverso tipo, las materiales y las inactividades u omisiones de actuaciones debidas.
 - b) Los actos y las disposiciones emanados de otros órganos públicos que no forman parte de la Administración, que tengan, por su contenido y efectos, una naturaleza materialmente administrativa (se trata de los siguientes órganos: Congreso de los Diputados, del Senado, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas y del Defensor del Pueblo, así como de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo).
- Permite una amplia justicia cautelar o provisional, regulando, además, un procedimiento específico y preferente para la protección de los derechos garantizados por la Constitución.
- Y reserva al Juez la competencia para ejecutar lo juzgado, relegando a la Administración vencida en juicio a la posición de obligada a cumplir los fallos judiciales.

Es cierto que la legislación española sigue conservando la terminología de recurso contencioso administrativo, pero lo hace, como ya advirtió el legislador de 1956, como mero tributo a la tradición y para la puesta de manifiesto de la necesidad de que antes de acudir a la jurisdicción exista una actuación, inactividad o vía de hecho del poder público. La peculiaridad en este punto radica en el inicio del proceso mediante escrito muy simple de interposición del recurso, que tiene la finalidad, entre otras cosas, tanto del emplazamiento tempestivo (antes de la fase de demanda y contestación) de posibles

terceros interesados, como de la disposición por la parte impugnante o, en su caso, tercero comparecido, de la documentación en que se haya formalizado la actuación-inactividad previa de la Administración (el expediente administrativo, que ha de ser remitido entre el momento de la interposición del recurso y el de presentación de la demanda, para posibilitar la formulación de ésta a la vista del contenido de aquel). Pero esta mera denominación tradicional en nada afecta a las características del recurso como proceso. Así lo prueba la posibilidad en determinados supuestos de interponer el recurso directamente mediante la demanda: impugnación de una disposición de carácter general o de acto, inactividad o vía de hecho en que no existan terceros interesados, así como en todos los asuntos a ventilar por los órganos judiciales de base mediante procedimiento abreviado (cuestiones de personal al servicio de las Administraciones, extranjería e inadmisión de peticiones de asilo político, disciplina deportiva en materia de dopaje y dos los que su cuantía no supere los 30.000 euros).

Por tanto, no hay en la Ley española “aferramiento” alguno, por este motivo, al por el autor justamente denostado carácter exclusivamente revisor de la jurisdicción. Aquí es donde, quizás, afloran más claramente los malentendidos disciplinarios aludidos por el autor y de los que este, aun queriéndolo, no logra desprenderse. Pues afirma que no le es posible encontrar razón por la que el juzgador deba conocer previamente la posición de la Administración. La razón es, por de pronto, clara y ya ha sido expuesta y justificada con detalle: la condición de poder público de la Administración y las consecuencias que de ello deben seguirse. Pero, en cualquier caso, no se trata de que el juzgador deba conocer *previamente* la posición de la Administración, pues el Juez conoce esta solo en el seno del proceso. Se trata de que la Administración debe poder cumplir su función constitucional de servir el interés general de que en cada caso se trate mediante el ejercicio efectivo de sus potestades. Pues en el terreno contencioso administrativo se ventila, además de los derechos e intereses de los

particulares, ese interés general, que se manifiesta en la actuación administrativa como efectuación en la realidad del pertinente programa normativo. El reproche, pues, equivale a hacerlo, en el caso del cuestionamiento de una Ley o de un acto parlamentarios, al inevitable conocimiento previo por el Tribunal Constitucional o el Juez contencioso administrativo de la Ley o del acto parlamentario (dada su vigencia previa a tal conocimiento).

Tampoco parece justificado el juicio de desfallecimiento de la Ley por la subsistencia de los recursos administrativos para el agotamiento de la vía administrativa (a los efectos de la concurrencia del presupuesto necesario del proceso). Pues, sin perjuicio de la crítica de que tal exigencia pueda ser susceptible en sede doctrinal (desde el punto de vista de su utilidad o no), es una consecuencia lógica de la intervención judicial —en cuanto control— después de la de acción-inacción de la Administración. Ésta es, en definitiva, una organización y no precisamente simple, por lo que es lógico que disponga de mecanismos para asegurar que su actuación es coherente y uno de esos mecanismos (necesarios para el control interno de la acción de los órganos subordinados por el de superior jerarquía) es el de recurso ante dicho superior. Otra cosa supone negar la adecuada articulación interno de funcionamiento, negando lo que de suyo admitimos a una organización privada cuando nuestro interlocutor en ella no accede a nuestro pedido: la intervención de quién puede corregir tal negativa, si no parece injustificada. El recurso administrativo es cuestión, pues, ajena al proceso contencioso administrativo, influyendo en él solo a los efectos de entender ultimada la intervención previa en el asunto de la Administración. Ello puede comportar, obviamente, un retraso temporal en el acceso a la jurisdicción; razón ésta que, en España y ante la crítica basada en tal extremo, ha dado lugar a la configuración del recurso ante el propio órgano que dictó el acto expreso o presunto (por ausencia de superior jerárquico) como, con carácter general, meramente potestativo. Pero, aparte de que tal inconveniente puede

corregirse fijando plazos perentorios de resolución expresa o presunta del recurso (para permitir el acceso al Juez incluso en caso de no resolución expresa), no es razón suficiente para eliminar el recurso jerárquico, sobre todo sí, como sucede en España, al formular dicho recurso puede solicitarse la adopción de medidas provisionales que quedan *ex lege* adoptadas si la Administración no resuelve en un mes y cuya vigencia se prolonga hasta la intervención ulterior del Juez. En todo caso, la ausencia de recurso administrativo priva al particular de un medio de corrección gratuito, lo que ha hecho, por ejemplo, que se haya restablecido la exigencia del recurso ante el mismo órgano en el ámbito tributario local.

IV

Unas últimas consideraciones merecen las reflexiones del autor sobre el procedimiento administrativo, teniendo en cuenta que, también a este respecto y como resulta tanto de su referencia al procedimiento civil como modelo, como de la clasificación de procedimientos que hace en el capítulo V de su obra, parte de un concepto clásico del procedimiento administrativo, que hoy debe entenderse, si no superado, por lo menos en fase de superación.

La significación e importancia del procedimiento administrativo —íntimamente ligado a la organización que ha de actuarlo— han ido creciendo, en efecto, al compás de múltiples fenómenos y, en particular por la debilitación, en cada vez más numerosos campos de la acción administrativa, de la potencia programadora y directiva del Derecho sustantivo y el desplazamiento de la atención hacia la idoneidad del procedimiento para la toma de decisiones y su efecto legitimador de éstas. Se ve hoy así en el procedimiento, aparte otras, una función de compensación de los límites de dirección de la normación convencional. Lo que supone una estrecha imbricación de Derecho sustantivo (que solo anticipa el espectro de decisiones posi-

bles) y Derecho procedimental (gracias al cual acaba concretándose la decisión pertinente). La mirada cubre ahora no solo el resultado (la decisión final), sino también (a título de componente de dicha decisión) el proceso conducente a ella. Lo que implica una dilución de la separación entre procedimiento y decisión: la decisión se “proceduraliza” y subsume en cierto sentido en el procedimiento.

Por ello, puede decirse que el procedimiento no es, en realidad, otra cosa que la Administración en acción (de ahí su estrecha imbricación con la organización) y, por tanto, modo de efectuación del Derecho administrativo; caracterización ésta, que se hace derivar de la correlación entre las funciones del procedimiento y las de la actuación administrativa. Consecuencia de ello es el cumplimiento por el procedimiento de una pluralidad de funciones, toda vez que las exigencias que debe satisfacer la actuación administrativa desbordan la legalidad y comprenden las relativas a la calidad misma del proceso de su desarrollo y de su resultado, teniendo en cuenta, además, que aquel desarrollo debe producirse en el contexto del de las otras dos funciones estatales: la legislativa y la judicial. Contexto éste en el que la función administrativa ofrece contornos imprecisos, ya que, de un lado, de sus condiciones de cumplimiento dependen los requerimientos de legitimación de la actuación de la Administración, y, de otro lado, la función legislativa es capaz de diseñar nuevas tareas en términos tales que aquélla ha de ponderar por sí misma bienes e intereses y configurar las condiciones de vida, viéndose incrementadas notablemente así las exigencias a que debe responder el proceso de adopción de las decisiones administrativas, es decir, el procedimiento, lo que no puede dejar de repercutir sobre el alcance del control judicial.

Desde la óptica de la relación jurídico-administrativa, el procedimiento articula, así y con ocasión de la actuación administrativa, los planos formal (el Derecho ordenador del modo de proceder de una organización) y material (el Derecho sustantivo a hacer efectivo), modulando de cada vez y de modo diverso (en el contexto

de las posiciones desiguales —potestades y derechos e intereses concernidos— que en ella confluyan) la función constitucional de la Administración según las peculiaridades de la materia o sector en el que opere la actuación administrativa y las circunstancias en que ésta deba desenvolverse (asumiendo así las más concretas funciones que en cada caso procedan). Mas específicamente: cuando de la actuación administrativa *ad extra* se trata, la expresada relación conecta la Administración y el ciudadano en el servicio de los intereses generales; conexión que, desde el punto de vista del ciudadano, presenta la doble dimensión sustantiva de los derechos fundamentales y libertades públicas y formal de la garantía de la participación (con la emergencia, así, de las cuestiones relativas a la protección de los derechos y libertades en y por el procedimiento).

Desde el punto de vista funcional, por tanto, el procedimiento no se deja encerrar:

- Ni en el servicio al Derecho sustantivo con garantía de los derechos e intereses privados afectados (por más que estos cometidos estén en él presentes siempre con mayor o menor intensidad).
- Ni en el autocontrol (básicamente con la precisión de la aprobación o confirmación por el órgano superior de su resultado o mediante los procedimientos impugnatorios o recursos administrativos) o la descarga del control judicial *ex post*.
- Ni en la actividad unilateral de *imperium*, formalizada y externa dirigida derechamente a producir actos administrativos.

Abarca, en efecto, de un lado, el funcionamiento interno —en cuanto modo de proceder de una organización; así, por ejemplo, en la convocatoria, constitución y formación de la voluntad de órganos colegiados y en la gestión presupuestaria— y la interacción entre organizaciones —en tanto que método de acción conjunta cooperativa, coordinada o en red—, y, de otro lado, la actividad de

vigilancia-supervisión, gestión y prestacional e, incluso, la material o real y la inactividad.

Cubre así toda la (in)actividad de la Administración (y, en general, los sujetos del sector público) por constituir su *modus operandi*.

Lo que no quiere decir que la actividad unilateral (o, en su caso, consensual) desplegada en ejercicio de potestades actuables unilateralmente y desencadenados bien a solicitud de interesado, bien de oficio, no constituya el núcleo del Derecho procedimental. Esta actuación representa, el calificable como “procedimiento estándar de la Administración ejecutiva” caracterizado por su objetivo: la adopción de una decisión (aprobación de una disposición general o un acto concreto) y contemplado preferente o, incluso, exclusivamente, por ello, por la legislación de procedimiento. Pero no supone que no existan: a) actuaciones procedimentalizadas no dirigidas a la producción de una específica decisión o ajenas a una concreta relación jurídico-administrativa, cual ocurre, por ejemplo, en materia de protección de datos, de suministro de información o realización de actos reales de prestación de servicios personales.

El procedimiento no es, por tanto, un fin en sí mismo. Su valor propio deriva de la mejora de la decisión a adoptar o la actuación a desplegar (función instrumental), pero también, con independencia de ésta, de otros factores externos a ella (no instrumentales). Al ser medio del servicio —en el Derecho— a los intereses generales cumple las diversas funciones que tal servicio requiera según las múltiples tareas asignadas, por materias, a la Administración dirigiendo *ex ante* —conforme a la correspondiente concreta mezcla funcional— la acción administrativa. Este enfoque funcional en modo alguno pretende superar, sustituir o hacer superfluos cualesquiera otros criterios —ámbito en que se despliega la actuación, formas de iniciación, potestad ejercida, objeto, estructura, etc.— a partir de los cuales es posible establecer clasificaciones diversas de los procedimientos. Al contrario, debe convivir con ellos y complementarlos e, incluso, en-

marcarlos. Más aún, en su empleo no cabe prescindir, por su estrecha relación también con las tareas a cumplir, de la clasificación tradicional de las formas de actuación administrativa: policía, servicio público/prestación y fomento (así como, en su caso, arbitraje). Y todo ello no puede dejar de tenerse en cuenta al valorar, hoy, lo que sea y deba ser y representar el procedimiento administrativo.

No parece necesario prolongar más estas consideraciones, en tanto que limitada su pretensión a servir de introducción a la lectura de la obra del Prof. Monroy. Pues son más que suficientes —como ponen de evidencia las cuestiones que al prologuista ha suscitado— para alertar al que a ella se asome del interés de su planteamiento, desarrollo y, sobre todo, propuesta de renovación del control judicial, en términos de tutela judicial plena y efectiva, del poder público administrativo en Perú.

Alcobendas (Madrid), julio de dos mil veintidós.

Luciano Parejo Alfonso
Catedrático emérito de Derecho Administrativo
Universidad Carlos III de Madrid.