

ACTA DE SESIÓN PLENARIA

En la ciudad de Lima, siendo el día catorce de diciembre del dos mil siete, los Vocales de las Cortes Superiores de Justicia de la República se reunieron en sesión plenaria, en los ambientes del Hotel Maury sito en Jr. Ucayali número doscientos uno. Esquina con Jr. Carabaya - Lima, prosiguiendo con el programa del Pleno Jurisdiccional Nacional Contencioso Administrativo ejecutado en mérito al Proyecto presentado por el Centro de Investigaciones Judiciales ante la Presidencia del Consejo Ejecutivo mediante Oficio N° 1189-2007-CIJ/PJ su fecha diez de diciembre del 2007, conforme al Plan Nacional de Plenos Jurisdiccionales Superiores para el año 2007, el mismo que fue aprobado en sesión de fecha once de diciembre del dos mil siete, contándose con la financiación del Proyecto de Apoyo a la Reforma del Sistema de Justicia del Perú – JUSPER.

Se deja constancia que dicha organización se llevó a cabo conjuntamente con la Comisión de Magistrados conformada por los siguientes Magistrados: Como Presidenta la doctora Elizabeth Roxana Margaret Mac Rae Thays, Vocal de la Corte Superior de Justicia de Lima; y como Miembros los doctores Juan Manuel Rossell Mercado, Vocal de la Corte Superior de Justicia de Lima; José Francisco Carreón Romero, Vocal de la Corte Superior de Justicia de Arequipa; Flor Guerrero Roldán, Vocal de la Corte Superior de Justicia del Callao; José Alberto Infantes Vargas, Vocal de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte; Alicia Iris Tejeda Zavala, Vocal de la Corte Superior de Justicia de La Libertad; Dr. Esmelin Chaparro Guerra, Vocal de la Corte Superior de Justicia de Junín; y, Aristo Wilbert Mercado Arbieto, Vocal de la Corte Superior de Justicia de Loreto.

De igual modo, cabe mencionar que el desarrollo del presente evento se invitaron a setenta y nueve Vocales Superiores correspondientes a las veintinueve Cortes Superiores de Justicia de la República.

Asimismo, debe indicarse que en el trabajo de talleres se ejecutó con ocho grupos de trabajo conformada por los Magistrados asistentes al Pleno, conforme se detalla a continuación:

GRUPO N° 01: Dra. Ana María Valcárcel Saldaña y Dra. Rosa Liliana Dávila Broncano, Vocales de la Corte Superior de Justicia de Lima; Dra. Flor Aurora Guerrero Roldán, Vocal de la Corte Superior de Justicia del Callao; Dr. Edgardo Torres López, Vocal de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte; Dr. Carlos Alberto Maya

Espinoza, Vocal de la Corte Superior de Justicia de Ancash; Dr. Florencio Rivera Cervantes, Vocal de la Corte Superior de Justicia de Huanuco; Dr. Carlos Alfonso Silva Muñoz, Vocal de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque; Dra. Rita Patricia María Valencia Dongo Cárdenas, Vocal de la Corte Superior de Justicia de Moquegua y Dr. Fernando Augusto Zubiarte Reina, Vocal de la Corte Superior de Justicia de San Martín.

GRUPO N° 02: Dra. Rosario del Pilar Encinas Llanos y Dra. Dora María Runzer Carrión, Vocales de la Corte Superior de Justicia de Lima; Dr. Carlos Hugo Gutiérrez Paredes, Vocal de la Corte Superior de Justicia del Callao; Dra. Carmen María López Vásquez, Vocal de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte; Dr. Eli Glicerio Alarcón Altamirano, Vocal de la Corte Superior de Justicia de Apurímac; Dr. Juan Manuel Albán Rivas, Vocal de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca; Dra. Ana Cecilia Maray Molina, Vocal de la Corte Superior de Justicia de Huanuco; Dr. Mariano Benjamín Salazar Lizarraga, Vocal de la Corte Superior de Justicia de La Libertad; Dra. Carolina Teresa Aybar Roldán, Vocal de la Corte Superior de Justicia de Moquegua; Dr. Walter Angeles Bachet, Vocal de la Corte Superior de Justicia de San Martín; Dra. Graciela Esther Llanos Chávez, Vocal de la Corte Superior de Justicia de Ucayali.

GRUPO N° 03: Dra. Hilda Martina Rosario Tovar Buendía y Dra. Rosa Adriana Serpa Vergara, Vocales de la Corte Superior de Justicia de Lima; Dra. Carmen Leiva Castañeda, Vocal de la Corte Superior de Justicia del Callao; Dra. Hilda Julia Huerta Ríos, Vocal de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte; Dr. Jelio Paredes Infanzon, Vocal de la Corte Superior de Justicia de Apurímac; Dr. Ricardo Astoquílca Medrano, Vocal de la Corte Superior de Justicia de Cañete; Dr. Jaime Constantino Llerena Velásquez, Vocal de la Corte Superior de Justicia de Huaura; Dra. Alicia Iris Tejeda Zavala, Vocal de la Corte Superior de Justicia de La Libertad; Dr. Ricardo Samuel Del Pozo Moreno, Vocal de la Corte Superior de Justicia de Pasco; Dr. Walter Ramos Herrera, Vocal de la Corte Superior de Justicia del Santa; Dr. Hebert Anderson Saldaña Saavedra, Vocal de la Corte Superior de Justicia de Ucayali.

GRUPO N° 04: Dr. Sergio Roberto Salas Villalobos y Dr. Gustavo Antonio Odría Odría, Vocales de la Corte Superior de Justicia de Lima; Dr. Smith Baltazar Otárola, Vocal de la Corte Superior de Justicia del Callao; Dr. José Francisco Carreón Romero, Vocal de la Corte Superior de Justicia de Arequipa; Dr. Vicente Amador Pinedo Coa, Vocal de la Corte Superior de Justicia del Cusco; Dr. Javier Abad Herrera Villar, Vocal de la Corte Superior de Justicia de Huaura; Dr. Jimmy García Ruiz, Vocal de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque; Dr. Samuel Santos Espinoza, Vocal de la Corte Superior de

Justicia de Pasco; Dr. Jesús Sebastián Murillo Domínguez, Vocal de la Corte Superior de Justicia del Santa.

GRUPO N° 05: Dra. Rosa María Cabello Arce y Dra. Rosa Amelia Barreda Mazuelos, Vocales de la Corte Superior de Justicia de Lima; Dra. Carmen Betty Bojorquez Delgado, Vocal de la Corte Superior de Justicia del Callao; Dra. Carmen Glicería Yahuana Vega, Vocal de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte; Dr. Emmel Benito Paredes Pedregal, Vocal de la Corte Superior de Justicia de Arequipa; Dra. Luz Gladys Roque Montesillo, Vocal de la Corte Superior de Justicia de Cañete; Dr. Alejandro José Paucar Félix, Vocal de la Corte Superior de Justicia de Ica; Dr. Aristóteles Álvarez López, Vocal de la Corte Superior de Justicia de Loreto; Dr. Francisco Cunya Celi, Vocal de la Corte Superior de Justicia de Piura; Dr. José Felipe de la Barra Barrera, Vocal de la Corte Superior de Justicia de Tacna.

GRUPO N° 06: Dr. Luis Alberto Carrasco Alarcón y Dr. Roque Alberto Díaz Mejía, Vocales de la Corte Superior de Justicia de Lima; Dra. Rocío Mendoza Caballero, Vocal de la Corte Superior de Justicia del Callao; Dr. Oscar Villanueva Becerra, Vocal de la Corte Superior de Justicia de Amazonas; Dr. Edwin Adelo Flores Cáceres, Vocal de la Corte Superior de Justicia de Arequipa; Dr. Justo Abril Dueñas Niño de Guzmán, Vocal de la Corte Superior de Justicia de Cusco; Dr. Walter Benigno Ríos Montalvo, Vocal de la Corte Superior de Justicia de Ica; Dr. Aristo Wilbert Mercado Arbieto, Vocal de la Corte Superior de Justicia de Loreto; Dr. Daniel Arteaga Rivas, Vocal de la Corte Superior de Justicia de Piura; Dr. Gonzalo Fernan Zegarra Ramírez, Vocal de la Corte Superior de Justicia de Tacna.

GRUPO N° 07: Dra. Elizabeth Roxana Margaret Mac Rae Thays, Vocal de la Corte Superior de Justicia de Lima; Dr. Diomedes Oswaldo Anchante Andrade, Vocal de la Corte Superior de Justicia del Callao; Dra. Teresa Jesús Soto Gordon, Vocal de la Corte Superior de Justicia del Callao; Dra. Flormira Arteaga Ramírez, Vocal de la Corte Superior de Justicia de Amazonas; Dr. Máximo Teodoro Alvarado Romero, Vocal de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica; Dr. Alejandro Martín Hurtado Reyes, Vocal de la Corte Superior de Justicia de Junín; Dr. Luis Alberto Alejandro Reynoso Edén, Vocal de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios; Dr. Gregorio Percy Lozada Cueva, Vocal de la Corte Superior de Justicia de Puno; Dr. Luis Finlay Salvador Gómez, Vocal de la Corte Superior de Justicia de Tumbes.

GRUPO N° 08: Dr. Juan Manuel Rossell Mercado, Vocal de la Corte Superior de Justicia de Lima; Dr. Víctor Raúl Haya de la Torre Barr, Vocal de la Corte Superior de Justicia del Callao; Dr. José Alberto Infantes Vargas, Vocal de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte; Dra. Melicia Aurea Brito Mallqui, Vocal de la Corte Superior de Justicia de Ancash; Dr. Noe Rodecindo Ñahuinlla Alata, Vocal de la Corte Superior de

Justicia de Huancavelica; Dra. María Leticia Niño Neira Ramos, Vocal de la Corte Superior de Justicia de Junín; Dr. Pedro Crisólogo Aldea Suyo, Vocal de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios; Dr. Mario Gordillo Cossio, Vocal de la Corte Superior de Justicia de Puno; Dr. Pablo Díaz Piscocoya, Vocal de la Corte Superior de Justicia de Tumbes.

Asimismo, se deja constancia de la participación como invitado del Dr. Héctor Lama More, Vocal de la Corte Superior de Justicia de Lima.

En este estado, se somete a votación de los señores Vocales Superiores Participantes, las conclusiones arribadas por los grupos de trabajo en los talleres que precedieron al presente acto, respecto de los temas sometidos a su consideración, para lo cual los señores Magistrados Relatores de cada grupo de trabajo, procederán a dar lectura de los acuerdos arribados:

TEMA N° 01

FALTA DE AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA

I. PLANTEAMIENTO DE PREGUNTAS A DEBATIR:

1. ¿En materia Previsional, no es exigible el agotamiento de la vía administrativa cuando la ONP ha expresado su renuencia a reconocer el derecho pensionario reclamado?.
2. ¿Se tiene que adjuntar documento que evidencia el agotamiento de la vía administrativa o sólo es suficiente se invoque para admitir la demanda en virtud del principio de favorecimiento?

II. CONCLUSIONES FORMULADAS POR LOS GRUPOS DE TRABAJO

1. El **Grupo de Trabajo N° 01** a través de su Relatora Dra. Ana María Valcárcel Saldaña. Manifiesta que se acordó:

- a. Respecto a la primera pregunta:

POR MAYORIA: Se considera que no es necesario el agotamiento de la vía administrativa cuando la ONP ha expresado su renuencia a reconocer el derecho pensionado reclamado.

Se consideró al respecto, que el derecho pensionario es un derecho fundamental que ha sido identificado, vía interpretación efectuada por el Tribunal Constitucional, con el derecho alimentario y quienes plantean los reclamos sobre ese tema son, generalmente, personas mayores y de

escasos recursos; que debido a la urgencia de sus pedidos y a fin de no ocasionar daños irreparables, es necesario obviar la precitada exigencia, debiendo procederse, además, a privilegiar, en caso de duda, el principio pro actione y el derecho a la tutela jurisdiccional. No resultando, por ende, razonable, la exigencia de dicho agotamiento, cuando se advierta la renuencia en forma expresa o por silencio administrativo

POR MINORÍA: Se considera exigible el agotamiento de la vía administrativa en todos los casos, basando su afirmación en el respeto al principio de legalidad. Indicaron que la sentencia recaída en el caso Anicama Hernández, está referida expresamente a un reclamo planteado vía acción de Amparo.

b. Respecto a la segunda pregunta:

POR UNANIMIDAD: No exigir la presentación de documento alguno que evidencie el agotamiento de la vía administrativa, por considerar que es suficiente invocar el precitado agotamiento. La Comisión ha tenido en cuenta que la propia ONP no expide dicha constancia, o en caso de silencio administrativo.

2. Por otro lado, el **Grupo de Trabajo N° 02** a través de su relator Dr. Mariano Benjamin Salazar Lizarraga, refiere que se acordó:

a. Respecto a ambas preguntas:

POR UNANIMIDAD: No es necesario acreditar el agotamiento de la vía administrativa, basta la invocación de la negativa a reconocer el derecho pensionario, para admitir la demanda, siendo suficiente la invocación de la misma; atendiendo a la naturaleza jurídica de la pensión, que es de carácter alimentario, y considerando las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional, así como los principios constitucionales: pro actione y pro homine, adoptados por el mismo Tribunal y los principios de favorecimiento al proceso y flexibilidad administrativa.

Nosotros hemos considerado, escuchando la exposición, que dentro de la administración y los administrados no hay una igualdad de partes, siempre hay un ente poderoso y uno débil, entonces conociendo la posición de que la ONP no va a cambiar de opinión, y va exigirle al administrado que presente una serie de recursos, lógicamente va a atentar contra el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva del administrado.

3. El **Grupo de Trabajo N° 03** a través de su relatora Dra. Hilda Julia Huerta Ríos, indica que se acordó:

a. Respecto a la primera pregunta:

POR UNANIMIDAD: 1° Que la administración en el proceso de amparo ya expresó su negativa a corregir el acto administrativo materia de impugnación, consecuentemente, sería innecesario que el administrado recurra nuevamente a la administración a fin de que revoque su decisión; atendiendo además al carácter alimentario del derecho discutido.

2° Que, los derechos pensionarios tienen carácter alimentario, los cuales constituyen derechos fundamentales, por tanto requieren de una tutela jurisdiccional efectiva, facilitando el acceso a la justicia

Por ende, no es exigible el agotamiento de la vía administrativa en materia previsional cuando la ONP ha expresado su renuencia a reconocer el derecho pensionario reclamado.

b. Respecto a la segunda pregunta:

POR UNANIMIDAD: Que, el principio de favorecimiento del proceso, se aplica cuando existe incertidumbre respecto a qué resolución agota la vía administrativa; ello no significa que no se le deba exigir al administrado que presente el documento sustentatorio del agotamiento de la vía, no bastando la simple invocación, dado que la ley de proceso administrativo exige expresamente la presentación de dicho documento, conforme a lo establece el Art. 18 de la Ley 27584; además, el juez está obligado a verificar en la calificación si el administrado ha cumplido con dicho requisito que es una exigencia de procedibilidad para la admisión de la demanda.

Por ello, se debe adjuntar el documento que evidencie el agotamiento de la vía administrativa, salvo en el caso del silencio negativo.

4. El **Grupo de Trabajo N° 04**, a través de su relator Dr. Gustavo Antonio Odría Odría, precisa que se acordó:

a. Respecto a ambas preguntas:

POR UNANIMIDAD: En los procesos de amparo en trámite que, en aplicación de los criterios de procedibilidad previstos en el fundamento 37 de la Sentencia del Tribunal Constitucional del 08 de julio del 2005, recaída en el expediente N° 1417-2005-AA/TC, hayan sido declaradas improcedentes y que ulteriormente sean remitidas a los Juzgados Especializados en lo Contencioso Administrativo, cuando el Juez proceda a la calificación de la demanda, reconduciéndola como una acción

contencioso administrativa, considerará como no exigible el agotamiento de la vía administrativa en los casos en que medie la rebeldía (o no contestación de la demanda) de la ONP, como también en aquellos casos en que al haber contestado esta última la demanda, hubiere aceptado expresa o implícitamente la pretensión del accionante.

En lo que constituye un supuesto distinto al anterior, será exigible el agotamiento de la vía administrativa para el ejercicio de la acción contencioso administrativa, siempre que se trate de casos que no versen sobre el contenido directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión.

En lo que concierne a la exigencia de acreditar el agotamiento de la vía administrativa, se considera que en la calificación de la demanda el Juez debe exigirlo, y en caso que el demandante no presente el documento que lo demuestre se debe declarar inadmisibile el escrito postulatorio. Si el demandante aduce que no tiene en su poder el documento pertinente, debe dársele trámite a la demanda en aplicación del principio de favorecimiento del proceso, lo cual implica que durante el desarrollo del proceso y en las etapas correspondientes (llámese saneamiento procesal, y eventualmente la sentencia) se dilucidará el cumplimiento de tal exigencia de procedibilidad de la acción.

EN MINORÍA: Igualmente, en los casos que no versen sobre el contenido directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión y ya exista una resolución administrativa por la cual se fijó la pensión en un monto determinado, cuando la ONP dé contestación o respuesta negativa a la pretensión del administrado pensionista sobre cuestionamiento a la forma de cálculo de la pensión a través de una carta, notificación u otro documento que en sentido estricto no constituya un acto administrativo, no será exigible el agotamiento de la vía administrativa por evidenciarse que la posición institucional de la ONP no variará

5. El **Grupo de Trabajo N° 05**, a través de su relatora Dra. Rosa María Cabello Arce, refiere que se acordó:

a. Respecto a la primera pregunta:

POR UNANIMIDAD: No es exigible el agotamiento de la vía administrativa, única y excepcionalmente en aquellos procesos constitucionales (amparo, cumplimiento) que han sido reconducidos a la vía contenciosa administrativa en acatamiento del precedente vinculante contenido en la

sentencia del Tribunal Constitucional N° 1417 (Caso Anicama), esto es, en los casos en los cuales la ONP ha expresado su renuencia a reconocer el derecho pensionario reclamado; ya que, por regla general en todo proceso contencioso administrativo, inclusive los que versan en materia previsional, es plenamente exigible el agotamiento de la vía administrativa.

b. Respecto a la segunda pregunta:

POR UNANIMIDAD: En principio, se tiene que adjuntar el documento que evidencia el agotamiento de la vía administrativa conforme lo establece la Ley del Procedimiento Contencioso Administrativo, puesto que es un requisito especial de admisibilidad de la demanda. Sin embargo, en aplicación del principio de favorecimiento del proceso y en resguardo del principio constitucional de acceso a la tutela jurisdiccional efectiva, en caso de duda razonable el juez puede admitir la demanda ante la invocación de la parte demandante sin perjuicio que la acreditación sea durante la secuela del proceso.

6. El **Grupo de Trabajo N° 06**, a través de su relatora Cecilia Mendoza Caballero indica que se acordó:

a. Respecto a la primera pregunta:

POR MAYORÍA: No es necesario el agotamiento de la vía administrativa, porque se trata de un derecho fundamental y una petición singular propia de la edad avanzada del administrado y porque en la vía administrativa y en la vía constitucional de amparo ya ha sido denegada y declarada improcedente y, al ir a la vía contencioso administrativa qué vía administrativa va agotar, si ya la propia entidad administrativa encargada de otorgarle la pensión, le denegó anteriormente su petición, lo que resulta innecesario y inhumano. Además en otros casos el Tribunal Constitucional a ordenado su adecuación al proceso contencioso administrativo, de exigir el agotamiento estaríamos yendo contra un mandato vinculante de la máxima autoridad encargada de controlar e interpretar la Constitución. Así mismo se debe tener en cuenta los principios establecidos en el título preliminar del Código Procesal Constitucional que establece el carácter vinculante de sus decisiones no solo en materia previsional sino en otras que haya resuelto. Así mismo no es necesario el agotamiento de la vía administrativa porque se trata de una petición singular y porque el beneficio reclamado previsionalmente requiere una atención inmediata; además, si la ONP ha expresado su renuencia a reconocer el derecho previsional la

exigencia de la vía administrativa es innecesaria. La acción Constitucional de Amparo es una vía excepcional, residual, extraordinaria donde no existe etapa probatoria, por lo que no es posible acreditar en esta vía el derecho pensionario

POR MINORÍA: Es necesario el agotamiento de la vía administrativa, porque la Constitución norma suprema de nuestro Estado establece el agotamiento de la vía administrativa para recurrir al proceso contencioso administrativo, además porque para recurrir al Poder Judicial es necesario acudir con interés para obrar, así mismo es un derecho y un deber de los justiciables pedir y exigir a la administración que corrija los errores en que hubiera podido haber incurrido. Así mismo debe tenerse en cuenta que el Tribunal Constitucional ha establecido que no es necesario agotar la vía administrativa como una cuestión excepcional para los casos que a la fecha de emisión de dicho precedente se encontraban en trámite. De tenerse en cuenta también que tratándose de casos de edad avanzada, enfermedades, denegatoria de la pensión y otros similares la vía es el proceso de amparo, en consecuencia el acceso a la Tutela Jurisdiccional Efectiva en estos casos se ve atendida con mayor premura al poder recurrir al proceso de amparo. Finalmente es necesario acotar que cuando se recurre al proceso contencioso administrativo no está en discusión el contenido esencialmente protegido del derecho a la atención sino otros casos como son nivelación de pensiones o mejoramiento de la misma entre otros.

b. Respecto a la segunda pregunta:

POR MAYORÍA: No es exigible adjuntar documento que evidencie el agotamiento de la vía administrativa por el Principio de Favorecimiento.

POR MINORÍA: Si es exigible adjuntar documento que evidencie el agotamiento de la vía administrativa, salvo que se trate de silencio administrativo negativo.

7. El **Grupo de Trabajo N° 07**, a través de su relator Dr. Martín Alejandro Hurtado Reyes, manifiesta que se acordó:

a. Respecto a la primera pregunta:

POR UNANIMIDAD: No es necesario agotar la vía administrativa en procesos contenciosos administrativos en materia previsional cuando existe negativa de la administración en reconocer el derecho pensionario del administrado.

En materias pensionarias distintas, donde el demandante ya tiene el derecho pensionario reconocido, sí se requiere el agotamiento de la vía administrativa (ejemplo: recalcuro de pensiones, pago de intereses, reconocimiento de aportes, etc.)

Solicitamos a las más altas autoridades del Poder Judicial para que exhorten al poder ejecutivo para que implemente el funcionamiento del Tribunal Previsional a fin de que la propia administración en atención a los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional como precedentes vinculantes resuelva los reclamos en materia previsional

b. Respecto a la segunda pregunta:

POR UNANIMIDAD: Para la admisión de la demanda en los casos distintos al previsional, no es necesario presentar documentación que acredite el agotamiento de la vía administrativa, sólo es suficiente invocar tal situación. Correspondiendo al demandado en este caso, proponer la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa o en todo caso corresponderá al juez determinar el cumplimiento de esta condición de la acción en la etapa de saneamiento.

8. El Grupo de Trabajo N° 08, a través de su Relatora Dra. María Leticia Niño Neira Ramos manifiesta que se acordó:

a. Respecto a la primera pregunta:

POR UNANIMIDAD: En atención al carácter alimentario del derecho en discusión resulta que no es razonable el agotamiento de la vía administrativa, ello en razón a que si bien, como prescripción de orden formal, el artículo 148 de la Constitución Política del Estado Peruano, regula el procedimiento administrativo revisor respecto a Resoluciones Administrativas que hayan causado estado, sin embargo frente a ella se contraponen la protección a un derecho fundamental, cual es, los alimentos, tanto más aún si la Doctrina Contemporánea ya ha establecido que el procedimiento administrativo debe sujetarse al "Principio de Plena jurisdicción", pasando entonces a segundo lugar el Principio de Legalidad.

b. Respecto a la segunda pregunta:

POR UNANIMIDAD: El actor no sólo tendrá que afirmar que ha agotado la vía administrativa, teniendo presente que en su conjunto la acción contencioso administrativa se dirige a impugnar una resolución de la administración pública que ha causado estado, solicitando su nulidad y exponiendo los argumentos de hecho y derecho conducentes a

desvirtuarla, es evidente que tendrá que recaudar su demanda con un ejemplar de la resolución cuestionada. En este punto es necesario precisar que lo expresado es aplicable a los actos expesos de la administración pública, pues, en el caso de los actos presuntos, por ejemplo, impugnación de resolución ficta, en aplicación del silencio administrativo negativo, no será necesario presentar la resolución administrativa, pero si acreditar que se impugnó dentro del plazo.

III. DEBATE PLENARIO

Se deja constancia que para el presente debate, actúa como Moderadora la doctora Alicia Tejeda Zavala, Vocal de la Corte Superior de Justicia de La Libertad.

MODERADORA: Se procederá a la sustentación de las posiciones adoptadas. Respecto a la posición en Mayoría del Primer Grupo.

MAGISTRADO (Grupo N° 01): En la síntesis que ha hecho la Relatora del grupo número uno, faltó precisar lo siguiente. Se había explicado que como el artículo 13 de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo señala que para tener legitimidad para obrar pasiva se tenía que demandar a la entidad administrativa que expidió en última instancia el acto o la declaración administrativa impugnada, significaba ello que como la ley exige que se agote la vía administrativa para acudir al proceso contencioso administrativo, se dijo que no bastaba dar todos los argumentos que se han escuchado de todos los grupos, en el sentido que no era suficiente decir implica un derecho alimentario y como tal, eso es insuficiente pues para admitir a trámite una demanda contenciosa administrativa nosotros señalamos que será menester hacer control difuso de la constitucionalidad, aplicando el artículo 14 de la LOPJ concordante con el 138 de la Constitución del Estado para admitir una demanda, haciendo alusión a esos argumentos, que nosotros reproducimos pero con el agregado de hacer control difuso de la Constitucionalidad.

Asimismo, reproducir todos los argumentos de los otros grupos en el sentido que no es necesario agotar la vía administrativa cuando se reclama un derecho pensionario cuando la ONP ha mostrado su renuencia. Se tiene que aplicar Control Difuso y elevar el expediente a la Sala Constitucional Permanente de la Corte Suprema para que se permita el trámite de una demanda de este tipo. Gracias.

MODERADORA: La segunda posición, el expositor por favor.

MAGISTRADO (Grupo N° 01): Señores colegas muy buenas tardes. La posición en minoría es la siguiente. El artículo 148 de la Constitución como muy bien precisó el Dr. Danos, establece que es necesario que la resolución administrativa

cause estado, no es solamente por principio de legalidad, sino por principio constitucional. Causar Estado significa agotar la vía administrativa. El Tribunal Constitucional ha establecido excepciones, pero sólo los casos de vía Amparo en los que se ventilan derechos mínimos del trabajador como acceso a la pensión y el monto. Estamos debatiendo en este Pleno los procesos contenciosos administrativos. No vemos una formula para dejar de cumplir la Constitución y el artículo dieciocho de la ley que establece por principio general, el agotamiento de la vía administrativa. Gracias.

MODERADORA: Doctor, para aclarar. Me parece que el primer tema está referido justamente sólo a los procesos previsionales ¿Mantiene su posición en que se debe agotar previamente la vía administrativa?, porque Ud. ha expuesto respecto a cualquier proceso y en la primera parte del tema esta referido a si es exigible o no respecto a procesos previsionales nada más. Nos gustaría que aclare eso, porque como hay mayoría en su grupo, o hace consenso con el otro grupo. ¿Mantiene Ud. la posición de que aunque sea previsional debe agotarse el procedimiento?

MAGISTRADO: Me mantengo.

MODERADORA: Se mantiene. Ya doctor, muchas gracias. El Grupo N° 02, por favor.

MAGISTRADO (Grupo N° 02): Buenas tardes. Conforme fluye de las conclusiones que se han hecho llegar, ha sido unánime en los puntos que voy a mencionar. En primer lugar, el agotamiento de la vía administrativa cuando se trata de procesos contencioso administrativos sobre materia previsional y estrictamente con ONP, no con otros regímenes previsionales, consideramos que no es necesario el agotamiento de la vía administrativa. Como consecuencia de ello, por las razones que también están escritas, ya para los efectos del trámite y que conducen a la segunda pregunta, hemos seguido la corriente de no ser tan rigurosos en la exigencia del documento sino basta que el pensionista o el usuario invoque que ha agotado la vía administrativa, en el supuesto de que lo hubiese hecho, para que se le de trámite al proceso contencioso, toda vez que será en la secuela del proceso, cuando el juez, respecto al fondo, se pronuncie.

En principio, la pregunta no es tan clara, y por ello es que las respuestas no han sido tan objetivas, pero siguiendo a como están formuladas las preguntas, hemos considerado que no es necesario que el pensionista deba adjuntar el documento, basta que invoque que ha agotado la vía administrativa en cuanto corresponda para que se le de trámite a la demanda.

Por lo demás será, creo que con lo que se discuta, será motivo de poder ampliar algo que la estreches del tiempo no nos ha permitido explayarnos más. Es todo.

MODERADORA: El grupo N° 03, por favor.

MAGISTRADA (Grupo N° 03): Con respecto a la primera posición del agotamiento de la vía administrativa, consideramos que si es necesario el agotamiento de la vía administrativa considerando dos situaciones. Una, con respecto al precedente vinculante del Tribunal Constitucional, respecto a los procesos constitucionales que ya se han planteado y que han sido declarados improcedentes para que sean conocidos por los juzgados en lo contencioso administrativo. Ahí consideramos que basta con que se verifique la renuencia de la autoridad en reconocer este derecho para que no sea necesario agotar la vía administrativa. En cuanto a los otros casos que se presenten en el mismo Contencioso Administrativo, ahí sí consideramos que debe agotarse la vía administrativa, porque la misma sentencia vinculante del Tribunal Constitucional N° 1417-2005, no solamente prevé la renuencia sino también prevé, en su fundamento 56. 56 que los invito a revisar (está en la página 348 del material que se nos ha dado) dice lo siguiente: ¿Qué pasa cuando esa renuencia no es clara ni se puede evidenciar tanto del procedimiento administrativo como del proceso de amparo? Dice, en estos casos, cuando no es clara esa renuencia, los procesos de amparo no serán remitidos al Juez del Contencioso Administrativo dado que en estos supuestos es plenamente exigible el agotamiento de la vía administrativa. O sea el mismo Tribunal considera esto también un criterio vinculante, es decir, en los casos en donde no es evidente la renuencia si tiene que agotarse la vía administrativa, incluso en aquellos procesos de Amparo que ellos están declarando improcedentes. Entonces, ante un proceso contencioso administrativo que se plantee en materia previsional, sino se determina el agotamiento de la vía administrativa, es necesario el agotamiento de esta, y por tanto tendría que exigirse.

En cuanto al segundo punto, referido a que si es necesario acreditar el agotamiento de la vía administrativa, la posición del grupo es que sí es necesario que se acredite ese agotamiento. Ahora, en el caso del silencio negativo, solamente sería necesario presentar copia del cargo del escrito, en el cual, luego de presentado el recurso de apelación, no hay un pronunciamiento, el administrado da por agotada la vía administrativa y se acoge al silencio negativo, con el cargo de su escrito es suficiente para demostrar el agotamiento.

MODERADORA: El grupo número cuatro, si alguno de sus miembros desea exponer. Puede pasar.

MAGISTRADO: Ante todo muy buenas tardes. Hay un punto en el cual el grupo ha discordado en el tema de que evidenciamos o constatamos signos concretos en que la ONP deniega el derecho de pensión, como el incremento por ejemplo. En

estos casos, al constatar signos evidentes por la cuales la ONP se está negando no es necesario el agotamiento de la vía previa. Porque además he escuchado de los demás grupos, incluso es suficiente la invocación. Nosotros nos encontramos de acuerdo con ese punto de vista. Otros signos concretos pueden ser: una carta, una esquila, una notificación por la cual la ONP dice “no te incremento la pensión que estas pidiendo”. En estos casos consideramos que no es necesario el agotamiento de la vía administrativa, por cuanto está vinculado a la tutela judicial.

DR. CARREÓN ROMERO: Nosotros consideramos que la acción de amparo ha sido destinada para proteger los casos urgentes. El caso del pensionista que no ha accedido a la pensión que la ONP le niega, la tutela urgente está en la acción de Amparo, también en aquellos casos en que hay un incremento de pensión por razones extraordinarias como por ejemplo el estado de salud grave del pensionista o la avanzada edad que tiene el pensionista, también en la acción de amparo debe acogerlo. También, en la convicción que a través de la acción de amparo estamos atendiendo a los pensionistas que requieren tutela urgente, porque también el Poder Judicial necesita legitimarse socialmente ante el grupo de pensionistas. Yo creo que a través de este acogimiento ante el amparo, creo que el Poder Judicial está mostrándose sensible ante esos casos que requieren tutela. Cuando los acogemos por el contencioso administrativo, estos que no son esos supuestos de urgencia, de emergencia, entonces en esos casos nosotros consideramos que sí debe exigirse el agotamiento de la vía previa porque como ya estamos en el nivel de la legalidad y la ley del proceso contencioso administrativo prevé tres supuestos de excepción y no está este, entonces nosotros no podríamos extender el criterio alimentario que utiliza el Tribunal Constitucional de los procesos constitucionales al proceso contencioso administrativo, porque si bien es un incremento de pensión pero no está en los supuestos de urgencia que el Tribunal ha considerado que nosotros debemos de darle ese acogimiento preferente, prioritario. Entonces en esa medida, no encontramos razón legal – la legalidad a nosotros nos vincula – para exigir el trámite preferente.

MODERADORA: Grupo N° 05, por favor.

MAGISTRADA: Buenas tardes, la posición del grupo número cinco en cuanto a la primera pregunta, el grupo se ha basado fundamentalmente en la sentencia del Tribunal Constitucional, caso ANICAMA fundamento cincuenta y cinco. Sólo exonera de cumplir la obligación del agotamiento de la vía administrativa en el caso de los supuestos que han sido ventilados en la vía del Amparo, y ya se evidencia la renuencia de la administración o la ONP a reconocer el derecho reclamado a la pensión, pero solamente en ese supuesto. En los demás,

atendiendo a que la Constitución misma dice que en los procesos contenciosos administrativos debe agotarse la vía administrativa, entonces tiene que agotarse. En cuanto al segundo punto, en principio como regla creemos que si es necesario, no solamente por una cuestión de formalidad sino también porque es importante ver el tema de la caducidad. Sin saber cuándo se ha expedido la última resolución o cuando se causó estado, no es posible ello. Pero sin embargo, se les tiene que dar un plazo para que subsanen y de explicar una razón que sea dentro de lo razonable, que no es posible presentar por ciertas razones, el Juez atenderá al caso concreto y excepcionalmente exonerar de esa exigencia, de esa obligación, y ya dentro del transcurso del proceso se determinará. Eso es todo.

MODERADORA: Ahora el Grupo N° 06, en este caso hay dos expositores, pues hay acuerdo por mayoría.

MAGISTRADO: Colegas, buenos días. Respecto del Grupo N° 06, el que les habla es de la posición de que no debe agotarse la vía administrativa. Hemos votado seis contra dos que dicen que sí debe agotarse la vía administrativa. Creo que nuestra conclusión que leyó la Relatora es bastante explícita de la conclusión arribada. Lo que sí parece es que se está confundiendo, pues escuchamos respecto al caso ANICAMA, de que el aumento de la pensión, de que se incrementa, eso no es el tema. El tema central es, frente a la renuencia de la ONP, qué se hace frente a una demanda contenciosa administrativa que presenta un administrado. Nosotros consideramos que no debe agotarse la vía administrativa por tratarse de un derecho fundamental y por el caso singular de la persona que lo solicita: un administrado de avanzada edad. Además, qué hacemos si ya la ONP le ha denegado e incluso se ha recurrido a la vía jurisdiccional vía Amparo y el Tribunal Constitucional por falta de pruebas – ya que en esta etapa no hay etapa probatoria – la ha declarado improcedente y en la mayoría de los casos ha ordenado que se adecue al proceso contencioso administrativo. Si no vamos a acatar lo que dice el Tribunal Constitucional o no vamos adecuar lo que ha dicho el Tribunal Constitucional ¿De qué predictibilidad estamos hablando los jueces en el Perú? Si lo queremos ahora es que el Poder Judicial sea predecible, que todo el Perú sepa como se tramita un proceso de pensión en Contencioso Administrativo, y no estar exigiéndole agotamiento de la vía administrativa porque ya la OPN se pronunció y le dijo: No, porque no has presentado las pruebas suficientes, y después en el Contencioso Administrativo tal vez tenga las pruebas que ya las recolectó y las va a presentar en el proceso contencioso administrativo. ¿Por qué le vamos a exigir agotamiento en vía administrativa, si la propia entidad administrativa dijo no?

Yo creo, en lo que respecta ya al segundo punto, carece de objeto por sustracción de la materia decir que hay que presentar un documento. Nosotros, por principio de favorecimiento, decimos que no hay que presentar ningún documento que diga que ha agotado la vía administrativa ni que se trata de una resolución ficta.

MAGISTRADO: Los que sostenemos la posición minoritaria, lo que queremos es distinguir la paja del trigo. Porque un caso es el asunto pensionario de tutela urgente y el otro el asunto pensionario de tutela no urgente. ¿Cuál es el de tutela no urgente? Es aquel en el cual se niega el acceso a la pensión del demandante, es decir cuando no tiene pensión; quiere pensión y la administración le niega esa pensión solicitada. El segundo supuesto de tutela no urgente, es cuando el accionante quiere proteger su derecho a la pensión mínima, ejemplo, la ley 23908 pensión mínima, en otras palabras la tutela urgente es cuando está en discusión un derecho fundamental, sea porque se me ha denegado la pensión que he solicitado y no tengo ninguna pensión, o cuando quiero que se me respete mi pensión mínima. Entonces, para esos casos, ya el Tribunal Constitucional ha sentado posición en el sentido de que esos casos deben ventilarse en sede de Amparo, no en vía Contencioso Administrativa. Por ende, los asuntos que van al Contencioso Administrativo son aquellos pensionarios pero que no son de tutela urgente como por ejemplo cuando yo quiero mejoramiento de mi pensión, quiero que me reconozcan más años de aportación para mejorar de esa manera mi pensión. En esos casos no está en discusión el acceso a la pensión, tampoco la pensión mínima; lo que está en discusión es el mejoramiento de la pensión, tener una mejor pensión, ganar más como pensionista. Entonces, en esos casos la vía no es el Amparo, sino el Contencioso Administrativo, por ende, siendo caso de no tutela urgente, es exigible el agotamiento de la vía administrativa.

En cuanto a la segunda pregunta, por minoría también hemos sostenido con los mismos argumentos ya esbozados anteriormente que sí es exigible el acreditar el agotamiento de la vía administrativa, lo cual no es un requisito imposible o difícil de cumplir, pues como sabemos existe el silencio administrativo negativo. Simplemente el accionante pide lo que pretende ante la administración, la administración se lo deniega en una primera instancia, presenta recurso de apelación, pasa los treinta días, no hay respuesta, silencio administrativo negativo y con eso ya queda habilitado para acudir al fuero jurisdiccional. Muchas Gracias.

MODERADORA: Grupo N° 07.

DR. HURTADO REYES: Buenas tardes. Se han leído ya las conclusiones del Grupo N° 07. Creo que lo que hay que rescatar en este grupo es que empezamos con una discusión donde habían dos posiciones. Una en la que sí se exigía el

agotamiento y otra que no. Sin embargo, luego del debate que se propuso hemos logrado levantar esta falta de uniformidad y más bien hemos llegado a un consenso. ¿Por qué nosotros hemos señalado que no es necesario agotar la vía administrativa en los procesos contenciosos en materia previsional? Hay que hacer la aclaración acá. En petición previsional en contencioso, siempre que este vinculada al reconocimiento del derecho pensionario, o sea al acceso del derecho de pensión. En estos casos cuando el demandante peticiona que el Poder Judicial le reconozca el acceso al derecho pensionario, hemos señalado que no es necesario agotar la vía administrativa, ustedes me pueden decir acá: Pero si esto lo puede hacer en Amparo, el Tribunal Constitucional dice que eso lo puede hacer en Amparo. Si es en Amparo no hay ningún problema, pero nosotros no elegimos la vía, quien elige la vía es el demandante, entonces estamos viendo el tema en un contencioso porque el demandante ya eligió la vía. En ese caso, hemos señalado que no es necesario agotar la vía administrativa en razón de los siguientes fundamentos: En primer término, creo que todos los grupos han convenido en indicar, que el derecho pensionario, en este caso el derecho al acceso a una pensión tiene naturaleza de derecho alimentario (eso no lo digo yo, lo han dicho todos los grupos y el Tribunal Constitucional en n resoluciones). El segundo elemento es que si denegamos una pretensión contenciosa administrativa que tiene que ver con el acceso a la pensión, estaríamos vulnerando de alguna manera el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, porque estaríamos denegando la posibilidad de que el justiciable obtenga una sentencia a favor o en contra, remitiéndolo como actividad previa al proceso judicial, el agotar todo el aparato administrativo, es decir agotar la vía previa, cuando sabemos – y en esto discrepo con el colega anterior – que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en materia previsional sí es tutela de urgencia porque se está ventilando el acceso a la pensión. Es por eso que la primera conclusión del grupo está en ese sentido. Y en la segunda conclusión hace la aclaración: En materia pensionarias distinta (donde tenemos el tema de recalcular, pago de intereses, reconocimiento de aportes, entre otros) ya difieren del acceso al régimen pensionario, es un tema donde el justiciable accede al proceso contencioso administrativo teniendo ganado el derecho y busca una decisión judicial que vaya mucho más allá del derecho.

Respecto al otro elemento, si bien es cierto la Constitución y el artículo 18 de la ley pertinente señalan que es necesario el agotamiento de la vía administrativa, creo que no debemos tener temor de resolver en contra de la ley, eso nos enseñan en las aulas universitarias, los que hacen maestría, doctorado, los que están en la

academia; el juez boca de la ley ya se quedó en la post revolución francesa, el día de hoy el Juez resuelve en base a los principios ponderando – y en este caso creo yo - que tratándose de tutela jurisdiccional diferenciada, como es la tutela de urgencia, es necesario que nosotros como jueces nos pongamos a la vanguardia de estos principios y resolvamos tomando en cuenta lo que es materia central en esta pretensión que es el derecho al acceso a la pensión.

En el segundo tema, el grupo ha llegado a la conclusión de que en la admisión de la demanda – y ojo, este fue un tema a discusión, creo que se focalizó en este particular aspecto – que para la admisión de la demanda sólo era necesario invocar – y pusimos de ejemplo en este caso, lo mismo que sucede en el Código Procesal Civil – cuando el Código Procesal Civil señala que la legitimidad para obrar sólo debe ser invocada, no necesita ser probada. En todo caso, lo mismo ocurriría con la falta de agotamiento de la vía administrativa cuando la pregunta dice: ¿es necesario presentar documentación que evidencie el agotamiento, el grupo ha llegado a la conclusión de que no es necesario la presentación de documentos, basta la invocación para que la demanda se admita, sin embargo en la conclusión hemos hecho dos reparos. El primero, esa labor de cuestionamiento del agotamiento de la vía administrativa se la dejemos a la otra parte para que la formule vía excepción, y si la otra parte no la formula vía excepción, el juez tiene todavía la posibilidad de resolver, de revisar, de controlar el cumplimiento de esta condición de la acción en el saneamiento, razón por la cual hemos llegado a la conclusión de que no es necesario acreditar documentalmente el agotamiento de la vía administrativa sólo para la admisión de la demanda. En los demás elementos el juez tendrá la facultad de pronunciarse respecto a esta condición de la acción. Muchas gracias.

MODERADORA: Grupo N° 08.

DR. ROSSELL MERCADO: Buenas tardes colegas, sólo puntualmente. Con respecto al punto uno, el grupo ha llegado a la conclusión de que no es exigible el agotamiento de la vía administrativa ponderando el siguiente razonamiento. El artículo 148 de la Constitución Política exige el agotamiento de la vía administrativa como requisito para ir al contencioso administrativo, pero esto es una prescripción de orden formal, frente a la cual tenemos otra vinculada la de raigambre constitucional del derecho a los alimentos, y ponderando una prescripción constitucional de orden formalista frente a otra vinculada con un derecho fundamental, hemos llegado a la conclusión de que no es exigible el agotamiento de la vía administrativa, y esto nos lleva a la siguiente conclusión, de que no se debe exigir el agotamiento de la vía administrativa no sólo a aquellas

acciones contencioso administrativas que lleguen como consecuencia de haber sido declaradas improcedentes en sede constitucional, sino incluso a toda nueva demanda (contenciosa administrativa) que se presente directamente ante el juez contencioso administrativo. Es bueno decir al respecto que no sólo la sentencia de "ANICAMA" del Tribunal Constitucional se ha pronunciado en el sentido que no es necesario agotar la vía administrativa, reduciendo esta opinión a los casos que vayan a ser rechazados por los jueces civiles que conozcan de Amparos y enviados al Contencioso Administrativo, sino que éste es un criterio antiguo del Tribunal Constitucional y que los jueces contencioso administrativos debemos aplicarlo.

Con respecto al segundo punto, aclaramos que se trata de agotamiento de la vía administrativa en todo caso distinto al caso previsional. Esa es la primera atingencia, pues los otros grupos han omitido pronunciarse porque han concluido primero que no es un requisito de agotamiento de la vía administrativa en materia previsional, y en consecuencia no se han pronunciado por el segundo punto por sustracción de la materia, pero cabría hacer una aclaración. Este segundo punto está esgrimido o direccionado a todo otro proceso administrativo diferente al previsional, faltó hacer esa aclaración, y en ese caso, un grupo ha sido de la opinión de que sí es exigible la presentación de documentos que acrediten ese agotamiento de la vía administrativa, con las precisiones que han hecho en el caso de silencio administrativo negativo donde si había que acreditar ya no la resolución sino que se ha presentado el escrito de impugnación dentro del plazo. Gracias.

MODERADORA: Bueno, escuchadas las exposiciones, cabría hacer una aclaración. Respecto al primer tema: En materia previsional no es exigible el agotamiento de la vía administrativa cuando la ONP ha expresado su renuencia a reconocer el derecho pensionario reclamado. La pregunta no está dirigida a los procesos de Amparo que se han adecuado al proceso contencioso administrativo, no está referido a eso pues ya está definida en la sentencia del Tribunal Constitucional que todos hemos escuchado, en nuestras exposiciones también las han citado. El tema es, cuando no son procesos contenciosos que se derivan de los procesos de amparo. Es cuando directamente se interpone una demanda contenciosa administrativa, eso hay que tener presente para el momento de la votación. Vamos a proceder a la votación, salvo alguna inquietud porque estamos retrasados sobre manera y ya en la tarde hay que iniciar una sesión. Vamos a votar por grupos, vamos a llamar a cada uno por su nombre y va a dar su voto. Diga doctor.

MAGISTRADO: La ley exige el agotamiento de la vía administrativa. El artículo dieciocho lo exige. Ahora, la única manera de apartarse de ese mandato legal, salvo riesgo de incurrir en delito de prevaricato, es hacer control difuso, no se olviden. La Constitución Política, la LOPJ y el Código Procesal Constitucional y el artículo sexto de la Ley Contencioso Administrativa supone la facultad de los jueces de hacer control difuso de la constitución. Si no se hace control difuso de la constitución y no se tiene resolución previa de la Corte Suprema se puede incurrir en delito de prevaricato con todas las consecuencias que eso puede dar lugar. No se ha discutido por ningún grupo si es necesario o no hacer control difuso de la Constitución por los que han votado por la no exigencia del agotamiento de la vía administrativa. Se debe evitar el agotamiento de la vía administrativa en el caso que ha sido materia de toda la discusión, pero haciendo previo control difuso y obteniendo previamente la resolución aprobatoria del tribunal permanente de la Corte Suprema.

MODERADORA: Aclarado en tema procederemos a la votación, creo que todos hemos escuchado las diferentes posiciones.

MAGISTRADO: Cuáles son los puntos que se van a votar, porque cada grupo ha llegado a una conclusión distinta.

MODERADORA: Doctor, es de acuerdo al tema que se les ha alcanzado. ¿En materia previsional, es exigible o no es exigible el agotamiento de la vía administrativa cuando hay una renuencia expresa de parte de la ONP? ¿Sí o No?

DR. CARREÓN ROMERO: Doctora, si me permite. Como Ud. ha dicho una postura sería los que están de acuerdo que sea exigible la vía previa, y los otros consignan que no sea exigible la vía previa. El agregado que Ud. señala, frente a la renuencia expresa, esto ya lleva a confusión. Porque esa renuencia expresa puede darse como consecuencia del proceso administrativo y al final en la última resolución que ha causado estado hay renuencia expresa. Es decir, ese término de "renuencia expresa" es un término indeterminado. Yo sugeriría a que la votación este referida a si se exige el agotamiento de la vía previa o no se exige el agotamiento de la vía previa. Porque la renuencia expresa va a llevar a confusión.

MODERADORA: Doctor, creo que su grupo citó: cuando había una carta. Cuando expuso el Dr. Odría ha dicho, si hay una carta, un memorándum, o sea a eso se refiere la renuencia expresa, esto es, cuando hay algún documento que deniega el derecho al pensionista.

DR. CARREON ROMERO: Doctora, la forma de denegar antes del Contencioso Administrativo es la vía administrativa. Y en la vía administrativa el organismo para denegar debe hacerlo de modo regular a través de una decisión, por eso yo

sugeriría, que como esto de renuencia expresa puede traer varios supuestos, mejor retiremos esto y votemos por exigir o no exigir.

MODERADORA: No doctor, no se puede porque es un tema que ya se ha discutido bastante.

DR. ROSSELL MERCADO: No es el caso de una persona que nunca ha acudido a la ONP y esta no tiene la oportunidad de pronunciarse. En este caso la renuencia expresa es cualquier pronunciamiento de la ONP.

MAGISTRADA: Para ver si podemos hacer la votación más rápida, en cada grupo se cuenta cuántos votan por sí y cuantos votan por no, para no decir nombre por nombre.

MODERADORA: La doctora sugiere que votemos por grupos para hacerlo más rápido.

MODERADORA: Antes de proceder a la votación, debe reiterarse la siguiente aclaración: La primera pregunta está referida sólo a procesos previsionales, y la segunda pregunta está referida a cualquier otro proceso que no sea previsional.

IV. VOTACIÓN

En este estado se deja constancia de la aclaración formulada al grupo número cuatro, conforme a los términos siguientes:

DR. ODRÍA ODRÍA: En la segunda conclusión del acta del Trabajo de Talleres, está la respuesta a la pregunta, por eso es que nosotros acá estábamos con la siguiente idea, sin tener el propósito de retroceder. Nosotros estamos pensando que la pregunta está planteada en el contexto de que se trata de cualquier caso pensional que no este dentro del derecho constitucionalmente protegido. En el caso de que se trate del derecho fundamental a percibir la pensión, ahí no hay exigibilidad, en todos los demás casos si es exigible. En la sentencia del caso ANICAMA lo ha dicho claramente.

MODERADORA: Entonces, doctor, por unanimidad de su grupo, ¿sí es exigible cuando no se trate de materia previsional?

DR. ODRÍA ODRÍA: Cuando se trate de materia previsional sí, pero no cuando se trate del derecho fundamental a percibir la pensión.

DRA. MAC RAE THAYS: Lo que pasa es que el grupo cuatro y el grupo siete han hecho esa diferenciación al momento de votar, esto es, diferenciando si se trata del pedido al derecho pensionario o si se trata de derechos accesorios al derecho pensionario que vienen a ser recalcule de pensiones, nivelación de pensiones, en la cual ya tiene reconocido el derecho a la pensión pero está pidiendo un derecho

adicional. En este caso también el grupo cuatro a diferenciado, entonces para una mejor aclaración se podría llevar la votación ya con esa aclaración.

DR.. ROSSELL MERCADO: Digo, si ya se procedió a replantear la pregunta de nuevo, y si la segunda pregunta es que si se debe agotar la vía administrativa en todos los procesos contenciosos administrativos diferentes al previsional, no creo pertinente hacer una tercera diferencia.

DRA. MAC RAE THAYS: Lo que pasa es que lamentablemente hay grupos que si han votado haciendo esa diferenciación.

DR. ROSSELL MERCADO: Al momento de votar, los grupos se han puesto en el supuesto que si se debe agotar la vía administrativa en materia previsional a secas, y exigir votar de nuevo de acuerdo a como debió plantearse desde el inicio. Creo que todos los grupos deben votar de acuerdo a esta nueva pauta.

DRA MAC RAE: Entonces, debemos votar teniendo en cuenta estas dos diferenciaciones. ¿Los que estén de acuerdo levanten la mano?. No hay consenso, entonces se tendrá que votar en paquete.

DR CARREON ROMERO: Doctora, se puede dejar constancia de que el grupo cuatro y el grupo siete tienen ese matiz.

DRA MAC RAE: El problema es que para llegar al consenso tiene que ser todos con la misma pregunta, no puede ser con diferentes matices porque si no, no se llega al consenso que requiere el Pleno.

DR. CARREON ROMERO: Pero se puede dejar constancia que los dos grupos lo entienden de esa manera.

DRA MAC RAE: Lo que pasa es que al momento de redactar el Acta de va a dejar constancia ya de las posiciones de los grupos, pero ya al momento de la votación, tiene que ser en base a las preguntas de la votación. Entonces para el grupo cuatro si es necesario que exista el agotamiento de la vía previa en materia previsional en general.

1. A LA PRIMERA PREGUNTA:.

- a. En materia previsional no es exigible el agotamiento de la vía administrativa: **54 votos**
- b. En materia previsional si es exigible el agotamiento de la vía administrativa:
Cuando la ONP ha expresado su renuencia a reconocer el derecho pensionario reclamado
22 votos
- c. Abstenciones: **01 voto.**

2. A LA SEGUNDA PREGUNTA:

- a. No se tiene que adjuntar documento que evidencie el agotamiento de la vía administrativa: **18 votos**
- b. Se tiene que adjuntar documento que evidencie el agotamiento de la vía administrativa: **59 votos.**

V. ACUERDO PLENARIO

1. ¿En materia Previsional, no es exigible el agotamiento de la vía administrativa cuando la ONP ha expresado su renuencia a reconocer el derecho pensionario reclamado?.

SE APRUEBA POR MAYORÍA: En materia previsional no es exigible el agotamiento de la vía administrativa cuando al ONP ha expresado su renuencia a reconocer el derecho pensionario reclamado.

2. ¿En procesos contenciosos administrativos distintos al Previsional, se tiene que adjuntar documento que evidencie el agotamiento de la vía administrativa o sólo es suficiente se invoque para admitir la demanda en virtud del principio de favorecimiento?

SE APRUEBA POR MAYORÍA: En los procesos contenciosos administrativos distintos al Previsional, se tiene que adjuntar documento que evidencie el agotamiento de la vía administrativa.

TEMA Nº 02

APLICACIÓN DE LA LEY 24041 (SERVICIOS NO PERSONALES CON MÁS DE DOCE MESES DE PRESTACIÓN A LOS QUE NO SE LES RENUEVA LOS CONTRATOS)

I. PLANTEAMIENTO DE LOS SUPUESTOS A DEBATIR

1. PONENCIA 01: No tiene derecho a la reposición los demandantes que hubiesen prestado servicios en la administración pública que no hayan ingresado por concurso público
2. PONENCIA 02: Sí puede ser repuestos los demandantes que acrediten laborar por más de un año bajo subordinación y dependencia.

II. CONCLUSIONES DE LOS GRUPOS DE TRABAJO

1. Ante los supuestos planteados, **el Grupo de Trabajo Nº 01**, a través de su relatora Dra. Rita Patricia Valencia Dongo Cárdenas. manifiesta que se acordó: **POR UNANIMIDAD:** Para el caso de trabajadores contratados por servicios no personales que prueben haber laborado por más de 12 meses continuos en

una relación personal, subordinada y remunerada, procede ordenar la reposición del trabajador al no haberse aplicado para su despido el Capítulo V del Decreto Legislativo 276.

El fundamento para ello radica en que por aplicación del principio de primacía de la realidad, al tratarse de casos en que la Administración pública ha celebrado contratos de locación de servicios encubriendo una verdadera relación laboral y existe prueba respecto de la existencia de una prestación de servicios personal, subordinada y remunerada, no puede ampararse una diferencia de lo que sucede en similares casos en la actividad privada por aplicación de las normas en materia laboral, por lo que debe reponerse al trabajador.

2. Ante los supuestos planteados, **el Grupo de Trabajo N° 02**, a través de su Relator Dr. Mariano Benjamín Salazar Lizárraga refiere que se acordó:

POR UNANIMIDAD: Si puede ser reincorporado si el demandante ha probado la existencia de la relación laboral por más de un año ininterrumpido bajo la sujeción de los elementos del contrato de trabajo como son: una remuneración fija, una prestación personal permanente y un vínculo de subordinación; en aplicación del principio de primacía de la realidad.

En el caso de lograr su reincorporación en el centro de trabajo, este debe ser en el mismo puesto de trabajo que desempeñaba antes de ser despedido, sin que esto signifique su acceso a la carrera administrativa.

3. Ante los supuestos planteados, **el Grupo de Trabajo N° 03** a través de su Relator refiere que se acordó:

POR UNANIMIDAD: Sí puede ser repuesto si se acredita que laboró por más de un año bajo su subordinación y dependencia, en la misma condición laboral que venía ocupando al momento del cese, en base a los siguientes fundamentos:

- a. El principio del derecho del trabajo, de la primacía de la realidad, es también de aplicación para el sector público, y es necesario para analizar la aplicación de la Ley 24041, norma esta última que no ha quedado derogada de manera tácita por supuesta incompatibilidad con la Ley 28175, más aun si tenemos presente que la sentencia del Tribunal Constitucional N° 09248-2006 del 10/06/07 aplica la Ley 24041.
- b. En virtud a este principio, necesariamente se tendría que verificar: primero, si en la relación existente, independientemente de la denominación que se

le dé, se dan las tres características de una relación laboral: como prestación de servicios, subordinación o dependencia y el pago de la remuneración. Luego, como segundo aspecto, si ha superado los 12 meses de servicios ininterrumpidos en labores de naturaleza permanente.

- c. Al indicar la Ley 24041 que en el caso de haber superado los 12 meses únicamente pueden ser despedidos por las causas previstas en el decreto Legislativo 276, es decir, las faltas disciplinarias contempladas en el art. 28 de la misma norma previo procedimiento; en consecuencia si el despido no ha obedecido a estas causales, el trabajador debe ser repuesto en las mismas condiciones que tenía al momento del despido, aunque no necesariamente en la misma plaza.

4. Ante los supuestos planteados, **el Grupo de Trabajo N° 04** a través de su Relator Dr. Samuel Santos Espinoza refiere que se acordó:

POR MAYORÍA: Si puede ser repuesto toda vez que en virtud al Principio de Primacía de Realidad se advierte la concurrencia de los elementos esenciales de un contrato de trabajo, por lo que un trabajador del sector público contratado por servicios no personales adquiere vínculo laboral con el estado, cumpliéndose los requisitos establecidos en la Ley 24041 (un año ininterrumpido de trabajo y cumplido labores de naturaleza permanente). En este contexto, el trabajador no puede ser cesado salvo por la comisión de falta disciplinaria a través de un proceso disciplinario establecido en la Ley, conforme al criterio ya unificado del Tribunal Constitucional.

EN MINORÍA: No tiene derecho a la reposición por cuanto la ley 24041 tiene que ser interpretada en forma sistemática con el decreto legislativo 276 y la Ley marco del Empleado Público de la que se desprende que el trabajador tiene que ingresar por concurso público; el contrato para labores de naturaleza permanente está permitido por ley, pero debe darse por concurso público conforme al artículo 28 del Reglamento del Decreto Legislativo 276 concordante con la sexta disposición final del la Ley Marco del Empleo Público.

5. Ante los supuestos planteados, **el Grupo de Trabajo N° 05** a través de su Relator Dr. José De la Barra Barreda refiere que se acordó:

POR MAYORÍA: Sí procede la reposición en aplicación al principio laboral de primacía de la realidad y del principio de progresividad de los derechos humanos, de que ninguna relación laboral puede rebajar la dignidad del trabajador, además la propia Administración no puede invocar el

incumplimiento de una formalidad como lo es el concurso público en perjuicio del trabajador. Precisándose que se repone al trabajador en su misma condición laboral sin que ello implique nombramiento alguno dentro de la carrera administrativa, acorde con la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional.

POR MINORÍA: La ley 24041 ampara a los servidores públicos contratados; en consecuencia primero debe analizarse quiénes son servidores públicos, al respecto el Decreto Legislativo número 276 y su reglamento DS 005-90-TR establece que son servidores públicos los que acceden a la administración pública mediante concurso público; aún más, la ley 28175 (Ley Marco del Empleo Público) establece que el acceso al empleo público se realiza mediante concurso público y abierto, determinándose en el artículo 9 de dicha ley es nulo de pleno derecho el acto administrativo que contravengan, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas, civiles o penales de quien lo promueva, ordena o permita; consecuentemente los trabajadores a los que no se les renuevan contrato por más de doce meses de prestación de servicios no personales no tienen derecho a la reposición por no haber ingresado por concurso público.

6. Ante los supuestos planteados **el Grupo de Trabajo N° 06** a través de su Relator Dr. Edwin Adelo Flores Cáceres refiere que se acordó:

POR MAYORÍA: Si hay derecho a reposición si el trabajador laboró por más de un año, con subordinación y en plaza permanente, en aplicación del principio de la primacía de la realidad. El Trabajador que ha prestado servicios en una institución pública, por el espacio superior a un año, cualquiera que fuera la modalidad de servicio prestado a la institución si es despedido arbitrariamente, debe ser repuesto en el trabajo, siempre que cumpla con las siguientes exigencias:

- a) Que los servicios prestados tengan el carácter de permanente;
- b) Que exista subordinación del trabajador ante la institución donde presta servicios;
- c) Que este sujeto a control;
- d) Que tenga una remuneración.

POR MINORÍA: No hay derecho a la reposición si el trabajador no ingresó por concurso público, porque ésta es la forma de acceso al empleo público, y así se garantiza la eficacia y eficiencia en la prestación de los servicios públicos, en beneficio de los consumidores o usuarios de éste, quienes somos todos los

que conformamos la sociedad; por ello, al no haber cumplido el requisito del concurso público, el ingreso del trabajador a la administración pública, se ha producido de manera irregular. Por tanto, el trabajador que no ingresó a laborar por concurso público al Estado, no tiene derecho a la estabilidad laboral absoluta, por lo que no puede pedir su reposición laboral, en plaza a la que no accedido con arreglo a Ley.

7. Ante los supuestos planteados **el Grupo de Trabajo N° 07** a través de su Relator Dr. Gregorio Percy Lozada Cueva refiere que se acordó:

POR UNANIMIDAD el grupo considera que el trabajador si puede ser repuesto si se acredita que laboró por más de un año ininterrumpido en labores de naturaleza permanente, bajo subordinación y dependencia.

Para ello se debe tener en cuenta que la Ley 24041, que es materia de debate, sigue vigente, no habiendo sido derogada tácitamente por la Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público cuya fecha de vigencia es el 01 de enero del 2005, y además el Tribunal Constitucional en la sentencia emitida en el Expediente N° 9248-2006-PA/TC de fecha 10 de julio del 2007 fundamenta la aplicación de dicha Ley (fundamento décimo). Asimismo, debe considerarse el principio de primacía de la realidad como principio tuitivo del derecho de trabajo, derecho fundamental reconocido en el artículo 22 de la Constitución Política del Perú; y la protección del trabajador contra el despido.

8. Ante los supuestos planteados **el Grupo de Trabajo N° 08** a través de su Relatora Dr. María Leticia Nino Neira Ramos, refiere que se acordó:

POR MAYORÍA: Que el servidor con más de doce meses de prestación de servicios si puede ser repuesto, si se acredita que laboró bajo subordinación y dependencia; por los siguientes fundamentos:

- a. Respecto de la vigencia de la Ley N° 24041, estando a que el Tribunal Constitucional en la sentencia emitida en el Expediente N° 09248-2006-PA/TC de fecha 10 de julio de 2007 se ha pronunciado sobre la vigencia de la Ley 24041, el grupo estima que de dicho pronunciamiento fluyen criterios de interpretación de carácter general por lo que procede la aplicación de dicha ley.
- b. Preciado lo anterior, la persona sujeta a contrato por servicios no personales con una duración mayor a un año, tiene derecho a la reposición si acredita subordinación y dependencia, aclarando que dicha reposición no

significa una incorporación a la carrera administrativa (Decreto Legislativo N° 276).

Con una abstención de la Dra. María Leticia Nino Neira Ramos.

III. DEBATE PLENARIO

Se deja constancia que en esta etapa, actúa como moderador el Dr. José Francisco Carreón Romero, Vocal de la Corte Superior de Justicia de Arequipa.

MODERADOR: Advertimos que el grupo número cuatro, cinco y seis (tres grupos) tienen posición en mayoría y minoría. Entonces vamos a dar la palabra tres minutos para cada posición para luego pasar a votar, como en la mañana lo hemos hecho.

Entonces, el Grupo N° 04, posición en mayoría y posición en minoría. Para sustentar la posición en minoría, pido permiso a la Sala para exponer.

DR. CARREÓN ROMERO: Doctores, evidentemente la postura en mayoría de este Pleno es por considerar que los trabajadores deben ser considerados en la reposición al trabajo. Nosotros desde Arequipa estamos ya desde hace dos años un poco contra la corriente, y vamos a seguir en esta situación porque creo que esto es bueno en un tema tan delicado en el país en el cual el Estado a nivel central, regional y local ha sido en el pasado y sigue siendo una institución de empleo para los gobiernos de turno. Entonces, la preocupación que en Arequipa hemos tenido es cómo nosotros la judicatura, vamos a legalizar aquel acceso al Estado de manera irregular. Creo que nadie puede negar que la mejor forma de ingresar al Estado es por concurso público, y nosotros lo hemos vivido en carne propia, nosotros estamos en el Estado porque nos merecemos, ya que hemos – en oportunidades iguales a todos los peruanos – hemos merecido este cargo, nosotros somos función pública. Nuestra idea es que esta experiencia que hemos vivido, todos los que accedan al Estado lo accedan de esta manera, porque esa es la manera más igualitaria, más justa y de merecimiento de ingresar al Estado. Pero hay un periodo en el cual esto se ha distorsionado; y el alcalde, el presidente de gobierno regional, el director de algún sector, al ingresar permiten que ingresen a través de servicios no personales o contratos modales al Estado. Están un año y un día y esas personas adquieren la calidad de contratos indeterminados. El Tribunal Constitucional ha señalado que si es locación de servicios se habría desnaturalizado el contrato y se ha convertido en uno de duración indeterminada, si es un contrato modal a plazo fijo se ha desnaturalizado porque se está efectuando una labor permanente se ha convertido de duración indeterminada. En consecuencia estos “servidores públicos” han adquirido estabilidad. Que desde

nuestro punto de vista el único que adquiere estabilidad, es el que ingresa a la carrera administrativa por concurso público. Pero ahora, con este criterio del Tribunal Constitucional, desde nuestro punto de vista equivocado, se ha permitido que haya una gran cantidad de trabajadores que han ingresado irregularmente al Estado y que hoy en día están en el Estado de manera indeterminada o indefinida. Cuando el otro grupo o la otra postura dice: “eso no significa que han ingresado a la carrera administrativa” yo preguntaría entonces ¿qué posición ocupan ellos?. No son servidores públicos, porque los servidores públicos son los que ingresan mediante concurso a nombramiento o mediante concurso a contratos permanentes.

Nosotros en nuestras Cortes, cuando se realiza ingreso de los servidores, siempre hacemos concurso público. Nosotros somos los que damos el ejemplo, ya que todo acceso al Poder Judicial es por concurso público. Tres veces, cuatro veces término su contrato, el señor culminó su labor.

La 24041 permite que si los que han ingresado por Concurso Público en una labor permanente y están un año y un día, tienen derecho a permanecer hasta el tercer año, y si al tercer año pasan a una evaluación, ingresan a la carrera administrativa. O sea el sistema no permite que hayan trabajadores que no sean de la carrera administrativa, nosotros con este criterio respetado pero no compartido, estamos creando en el Perú, dos tipos de trabajadores: Un trabajador servidor público de la carrera administrativa, y otro trabajador que no es servidor público porque no ha ingresado a la carrera administrativa pero trabaja para el Estado en forma indefinida. ¿Qué derechos tiene este trabajador que no tiene el primero?. Los primero estarán en una planilla y los otros en otra planilla. Cuando sale un beneficio hay que delimitarlo para el trabajador carrera administrativa y para el trabajador que no es carrera administrativa pero es de duración indeterminada.

Creo que con esta postura estamos contribuyendo a que el Estado se distorsione más y no podamos tener la nueva gestión pública que todos esperamos.

MODERADOR: El siguiente grupo N° 05 que establece la posición en minoría.

MAGISTRADO: Muchas gracias Dr. Carreón. Realmente estos encuentros son muy importantes porque nos permiten reflexionar, conversar, pensar. Acá no se trata de yo gane él pierde porque no se quiera escuchar versiones, acá tratamos de entendernos como seres humanos y más aún como Magistrados que somos, y creo que los Magistrados tenemos derecho incluso a equivocarnos en la medida de que ese error no vaya acompañado de algún interés personal, pecuniario o de amistad. Tenemos convicciones, y de repente nos equivocamos, pero tenemos convicciones y en ese sentido las manifestamos.

Cuando nosotros hablamos de la ley 24041, nosotros nos remitimos al primer artículo, y este establece claramente que ampara a los servidores públicos. En la 24041 no hay una definición de quienes son servidores públicos, entonces para ver quién es servidor público, nos remitimos al D. Leg. 276, nos remitimos al D. S. N° 005-90 PCM que es su reglamento, y ahí claramente establece que son servidores públicos los que ingresan por concurso. Ahora, servidor público no es solamente el nombrado, servidor público también es el contratado. Sucede que muchos servidores públicos que ingresaron por concurso público bajo la modalidad de contrato, al año o a los dos años lo sacaban por cuestiones políticas, entonces había un abuso, y se da la Ley N° 24041 para amparar a estos trabajadores porque habían ingresado por Concurso Público y sin embargo, pasado el año o dos años los sacaban sin darles ninguna oportunidad de poder estar establecido en un proceso administrativo previo. Por ello se da la 24041, y ahora con la Ley Marco del Empleo se vuelve a dar la razón, porque se establece que el acceso al empleo público es necesariamente mediante concurso, más aún, dice que quien contravenga esta disposición está sujeto a responsabilidades civiles, penales y administrativas. En todo caso, si se pretendiera aplicar o inaplicar la 24041 – porque a mi concepto la ley 24041 también se refiere a servidores públicos – o se pretendiera inaplicar la ley del empleo público, habría que – como lo dijo el ponente hoy en la mañana - inaplicar la ley marco del empleo público mediante control difuso y en consecuencia elevar en consulta a la Corte Suprema.

Lo que sucede señores, independientemente de la situación académica que yo les expreso; muchos doctrinarios, académicos o juristas pueden escribir muy lindas cosas en libros, pero nosotros vemos la realidad, y la realidad señores es que hay una gran parte de personas que no pueden trabajar, que no tiene derecho a trabajar por la ley 24041, porque la ley 24041 no solo da derecho a trabajar a quienes son amigos o compadres del alcalde o del presidente regional o de una u otra institución, entonces van a trabajar por clientelismo político y después de un año no salen porque están amparados con esta ley 24041. Entonces, el resto de trabajadores, los que no tienen amigos en la política, los que se dedican a estudiar a trabajar en la meritocracia no interesa, no interesa la mayor gran parte de peruanos. Es atentatorio en mi concepto contra los derechos humanos, no permitir el derecho a la mayor parte de los trabajadores y solamente proteger a un solo grupo de trabajadores por preferencias políticas, de repente ingresaron a trabajar a un gobierno regional o local. Esto creo que es importante y hay que tomar en cuenta y meditar el impacto de nuestras resoluciones en la sociedad, si estas

resoluciones van a ser bien o mal. En todo caso yo felicito a la mesa central y a los organizadores de este pleno jurisdiccional. Muchas gracias.

MODERADOR: El Grupo N° 06, la postura en minoría.

DR. WALTER RIOS: Gracias, este es un tema bastante interesante. La posición en minoría la hemos planteado en base a dos fundamentos primordiales, uno de índole legal y otro fundamento de índole social. Dentro del primer fundamento como se ha dicho ya, y lo que haré es simplemente reiterar, el DS 005-90-PCM que es el reglamento del D. Leg. 276 establece con claridad cuál es el requisito para el ingreso a la administración pública que es el concurso público. Ello concordado con el artículo 09 de la ley marco del empleo público, que nos señala que se deben observar las normas de acceso a la administración pública y en caso no se observen dichas normas, este acto administrativo será nulo con las responsabilidades correspondientes. Y la sexta disposición final completa el círculo legal a nuestro parecer y que da la posibilidad de que los contratados que presenten servicios a la administración pública con la modalidad de no personales, puedan postular a las plazas correspondientes, esto es, no se les quita el acceso o ingreso a la administración pública, está en la norma y esta norma es posterior a la ley 24041, y ya como se dijo en la exposición del docente, de acuerdo al artículo primero del Código Civil, hay una incompatibilidad y por tanto una derogación tácita de la 24041 por la Ley Marco del Empleo Público.

El fundamento social, como ya dijeron los colegas, interpretar la norma en un sentido, más allá diría yo del tuitivo, exageradamente tuitivo al trabajador, yo creo que al contrario de que ese trabajador sea contratado, desincentiva porque la administración pública se va a ver en un determinado momento, como sucede en la actualidad, embalsada de servidores que ingresaron por servicios no personales muchos casos por cuestiones políticas, y por otro lado, se desnaturaliza o se desvirtúa lo que debe ser la razón de ser de la administración pública: la eficiencia. Es decir sólo deben estar en la administración pública los mejores, la meritocracia. Gracias.

IV. VOTACIÓN

MAGISTRADOS: Procederemos a la votación por grupos de una manera ágil y rápida.

1. **PONENCIA:** No tiene derecho a reposición, ni tener plaza presupuestada los demandantes que hubiesen prestado servicios en la administración pública que no hayan ingresado por concurso público: **08 VOTOS.**

2. **PONENCIA:** Sí puede ser repuestos, los demandantes que acrediten que laboraron por más de un año bajo subordinación y dependencia: **55 VOTOS.**
3. **ABSTENCIÓN: 01 VOTO.**

V. ACUERDO PLENARIO

SE APRUEBA POR MAYORÍA: Los trabajadores contratados por entidades públicas bajo servicios no personales con más de doce meses de prestación a los que no se les renueva los contratos, si pueden ser repuestos si se acredita haber laborado más de un año bajo subordinación y dependencia.

TEMA N° 03

COMPETENCIA (ARTÍCULO 8 DE LA LEY 27584)

I. PLANTEAMIENTO DE PONENCIAS A DEBATIR

1. **TERRITORIAL:** Cuando se interponga una demanda contenciosa administrativa no sólo a la entidad que ha resuelto en última instancia (Lima) sino también contra la entidad regional (fuera de Lima) que resolvió
 - a. **PONENCIA 01:** Es competente para conocer el proceso el juez del domicilio de este último.
 - b. **PONENCIA 02:** Es competente para conocer el proceso el juez del domicilio de la entidad que resolvió en última instancia.
2. **ESPECIALIDAD:** Cuando el demandante haya prestado servicios en una entidad del Estado, cuyo personal está sujeto al régimen de la actividad privada (D. Leg. 728), es competente:
 - a. **PONENCIA 01:** De acuerdo a lo previsto en el numeral seis del artículo 4 de la ley 27584, el juez contencioso administrativo.
 - b. **PONENCIA 02:** El juez de trabajo al amparo del artículo 4 de la ley 26636.

II. CONCLUSIONES DE LOS GRUPOS DE TRABAJO

1. Ante los supuestos planteados, el **Grupo de trabajo N° 01a** través de su relatora Dra. Rita Patricia Valencia Dongo Cárdenas. manifiesta que se acordó:
 - a. Respecto a la Competencia Territorial.
POR MAYORÍA: Es competente para conocer el proceso el Juez del domicilio de la autoridad regional que expidió la resolución impugnada, teniendo en cuenta que existe acumulación de demandados. Considerar que el competente sería sólo el Juez de Lima sería limitar el derecho de

acceso a la Justicia que tienen todos los ciudadanos del Perú, y no solamente los que residen en Lima

Pero además se precisa que en realidad, a elección del demandante, la demanda puede ser interpuesta en los domicilios de cualquiera de los dos demandados.

POR MINORÍA: Sólo es competente del Juez del lugar del domicilio de la entidad que expidió la resolución en última instancia administrativa (en este caso según la pregunta, Lima).

Se deja constancia de una abstención.

a. Respecto a la Competencia por Especialidad

POR UNANIMIDAD: Que cuando el demandante, servidor público con régimen de la actividad privada, pretende impugnar resoluciones administrativas expedidas por su empleador (el Estado), es competente el Juez contencioso administrativo, por la finalidad que se persigue, que es anular una resolución administrativa.

DRA VALENCIA DONGO CÁRDENAS Respecto al tema de la Competencia Territorial, y explicando la posición en mayoría del Grupo N° 01, debo manifestar que nuestra discrepancia con las opciones que nos daba el trabajo que se está realizando, radica en que se nos obliga a escoger si debe considerarse como competente el Juez de Lima o el Juez del lugar donde se haya expedido la resolución regional. Y nosotros consideramos que es mas bien competente cualquiera de los dos jueces no solamente el de Lima ni solamente el Regional, sino cualquiera de los dos jueces a elección del demandante por así establecerlo el artículo 8 de la ley 27584, cuando dice “a elección del demandante es competente el juez del domicilio del demandado”, y en este caso si son dos demandados se puede establecer cualquiera de los dos domicilios. No necesariamente Lima, ni necesariamente el de la región.

Respecto a la posición en minoría, los señores que adoptan esta posición han considerado que siendo que la resolución administrativa que pone término al proceso va a ser la resolución expedida por la autoridad de mayor jerarquía, que en este caso sería la autoridad de Lima, debe ser ahí donde se impugne cualquiera de las dos resoluciones o las dos resoluciones a la vez, debe ser el Juez del lugar donde reside la autoridad de mayor jerarquía que haya expedido la última resolución.

Con respecto a la Competencia por especialidad, también es conveniente indicar que el Grupo ha considerado que no es conveniente en este caso que

se demande otra acción, como el cobro de beneficios sociales por ejemplo, que si es un trabajador del régimen del D. Leg. 728 tendría que verse en la vía del proceso laboral ordinario.

2. Ante los supuestos planteados el **Grupo de Trabajo N° 02** a través de su relator Dr. Mariano Benjamin Salazar Lizarraga. manifiesta que se acordó:

a. Respecto a la Competencia Territorial

POR UNANIMIDAD: Respecto a la primera pregunta, el grupo considera que no es competente el juez del domicilio de la entidad regional, pues ésta emite una resolución en primera instancia y no la resolución que va a causar estado la misma que no va ser impugnabile de conformidad con el artículo 148 de la Constitución Política del Estado.

Respecto a la segunda pregunta: el grupo de trabajo ha arribado a la conclusión de que sí es competente el juez del domicilio de la autoridad que resolvió en última instancia, en armonía con el acotado artículo 148 de la constitución concordante con el artículo 218 de la Ley del Procedimiento Administrativo General- 27444.

El Juez que se considere incompetente para conocer este proceso deberá inhibirse de oficio y remitirlo al llamado por ley, de conformidad con el artículo 10 de la Ley del Procedimiento Contencioso Administrativo, a fin de no perjudicar los derechos del administrado en cuanto a los plazos.

b. Respecto a la Competencia por Especialidad

POR UNANIMIDAD: Con respecto a la primera pregunta el grupo considera que no sería competente el Juez Contencioso Administrativo, por cuanto de acuerdo al dispositivo glosado éste se refiere a las actuaciones administrativas sobre el personal dependiente al servicio de la administración pública, el cual no es el caso.

Con respecto a la segunda pregunta el grupo considera que es competente para conocer de las demandas interpuestas por un trabajador sujeto al régimen de la actividad privada, el Juez laboral, conforme a la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional (tenemos el caso Baylon Flores) y a lo previsto en el artículo 4 de la Ley 26636, Ley Procesal del Trabajo.

3. Ante los supuestos planteados el **Grupo de Trabajo N° 03** a través de su Relator manifiesta que se acordó

a. Respecto a la Competencia Territorial

POR UNANIMIDAD: El grupo de trabajo opta por las dos opciones, en tanto que el Art. 8 de la Ley 27584 permite al demandante optar por las mismas, en atención al principio de acceso a la justicia del justiciable, al considerarse que en los casos de provincia, al plantearse una demanda, esto significaría un mayor costo en perjuicio del justiciable privándolo de tutela jurisdiccional efectiva, en tanto debe primar el derecho fundamental consagrado por nuestra Constitución, sobre el Art. 148 de la misma.

Por ello, es competente para conocer el proceso el juez del domicilio de la entidad regional fuera de Lima o del domicilio de la autoridad que resolvió en última instancia, que será a elección del demandante

b. Respecto a la Competencia por Especialidad

POR UNANIMIDAD: Que, cuando el demandante ha prestado servicios en una entidad sujeta al régimen de la actividad privada D. Leg. 728, será competente el juez de trabajo al amparo del artículo 4 de la ley 26636 y a lo dispuesto por el Tribunal Constitucional en la sentencia emitida en el expediente 206-2005.PA-TC (Caso Baylón), que establece que la vía procedimental para la protección del derecho al trabajo y derechos conexos en el régimen laboral privado correspondiendo su conocimiento a la vía judicial ordinaria laboral.

Por ende, el juez de trabajo es competente para conocer demandas de trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada.

4. Ante los supuestos planteados el Grupo de Trabajo N° 04 a través de su relator Dr. Samuel Santos Espinoza manifiesta que se acordó

a. Respecto a la Competencia Territorial

POR UNANIMIDAD: La competencia territorial por ser prorrogable, sólo puede ser cuestionada por la parte demandada a través de la excepción correspondiente o la contienda de competencia. En consecuencia no es posible que un Juez declare su incompetencia de oficio; además sólo cuando la ley establece que la competencia territorial es improrrogable, lo será.

Teniendo en cuenta como ya se ha precisado que la competencia territorial es prorrogable se puede demandar en cualquiera de los dos domicilios, a elección del demandante: tanto del lugar que ha sido resuelto en última instancia (Lima) y, del lugar de la entidad regional (fuera de Lima)

b. Respecto a la Competencia por Especialidad

POR UNANIMIDAD: Teniendo en cuenta que las pretensiones derivadas de una relación laboral del régimen laboral de la actividad privada (D. Leg. 728) se encuentran descritas en el artículo 4 de la Ley Procesal del trabajo; es competente para conocer estos conflictos de intereses el Juez de Trabajo, a través de las vías procedimentales previstas en dicha norma adjetiva laboral.

DR SAMUEL SANTOS ESPINOZA: Respecto a la conclusión del Grupo N° 04 sobre competencia por especialidad cabe efectuar la siguiente referencia. Al respecto no habría ningún problema, lo que el grupo cuatro ha advertido es la situación híbrida que se da en las instituciones públicas, rompiendo esquemas doctrinarios que se da en los regímenes laborales que existen: régimen privado y régimen público. En los sectores públicos como por ejemplo el Poder Judicial encontramos a trabajadores no obstante realizar función pública, que se encuentran dentro del régimen de la actividad privada, por ejemplo los secretarios y auxiliares jurisdiccionales se encuentra dentro del régimen privado. ¿Qué sucede?. Por ejemplo, si se le apertura un proceso disciplinario a un secretario judicial se le aplica el régimen público, es decir, conforme al proceso disciplinario del D. Leg, 276, resulta aquí una fricción respecto a estos dos regímenes laborales toda vez que a un trabajador del régimen laboral de la actividad privada se le aplica un régimen disciplinario de la actividad pública, es decir del D. Leg. 276, aquí resulta un problema que el grupo ha considerado que el Juzgador deberá discernir con mucha precisión qué juez el competente. Respecto a un conflicto de intereses por una sanción disciplinaria de un trabajador de la 728 aplicándose la 276, creemos – aunque con posiciones divididas – de que si a un secretario judicial se le apertura proceso disciplinario y el Consejo Ejecutivo después de un año o dos años declara su destitución entonces estamos frente a un disloque legal, por cuanto a este trabajador privado se le habría aplicado indebidamente una norma disciplinaria del sector público, entonces a nuestro entender básicamente debería ser tratado bajo las normas del régimen laboral de la actividad privada.

5. Ante los supuestos planteados el **Grupo de Trabajo N° 05** a través de su relator Dr. José De la Barra Barrera, manifiesta que se acordó

a. Respecto a la Competencia Territorial

POR UNANIMIDAD: Concluimos que es competente el juez del domicilio de la entidad que resolvió en última instancia en aplicación del artículo 8 de la ley N° 27584, de la que se colige que la competencia territorial en

materia contenciosa administrativa no puede ser prorrogable, quedando únicamente a elección del demandante elegir entre el juez del lugar del domicilio del demandado o del lugar que se produjo la actuación impugnada, entendiéndose de última instancia.

b. Respecto a la Competencia por Especialidad

POR UNANIMIDAD: El grupo concluye que en este caso, tratándose de trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada, es competente el juez laboral no pudiendo ser de conocimiento el juez contencioso administrativo porque éste únicamente conoce el caso de los trabajadores sujetos al régimen de la actividad pública.

6. Ante los supuestos planteados el **Grupo de Trabajo N° 06** a través de su relator Dr. Gonzalo Fernán Zegarra Ramírez manifiesta que se acordó

a. Respecto a la Competencia Territorial

POR UNANIMIDAD: Cuando se demande no solo a la entidad que ha resuelto en última instancia, sino también a la autoridad regional fuera de Lima, es competente para conocer el proceso el juez del domicilio de cualquiera de ellos, en función de la disposición contenida en el artículo 8° de la Ley N° 27584, por el interés del administrado, cautelando el interés del más débil. Para el presente caso es de aplicación los Principios de Igualdad ante la Ley y de Acceso a la Justicia.

b. Respecto a la Competencia por Especialidad

POR MAYORÍA: Es competente el juez contencioso administrativo, porque es el empleado público el que necesita de tutela jurisdiccional, aunque este bajo el régimen de la legislación privada Decreto Legislativo N° 728, pues los actos administrativos en contra del empleado público, deben ser tutelados por el juez aludido, de lo contrario quedaría desamparado, tal como ocurre con los empleados del Poder Judicial que por ley expresa están sujetos al régimen laboral de la actividad privada.

POR MINORÍA: Que la competencia por la naturaleza de la pretensión está regulado expresamente por la Ley Procesal del trabajo, por lo que el régimen laboral del trabajador determina los derechos y obligaciones de estos, por lo que resulta competente el juez de trabajo respecto de las pretensiones señaladas en la Ley Procesal de Trabajo; el artículo 4° inciso 6° está referido a las actuaciones impugnables ante el juzgado contencioso administrativo; además debe tenerse en cuenta el principio de especialidad.

7. Ante los supuestos planteados el **Grupo de Trabajo N° 07** a través de su relator Dr. Gregorio Percy Lozada Cueva manifiesta que se acordó

a. Respecto a la Competencia Territorial

POR UNANIMIDAD: Es competente para conocer el proceso el Juez del domicilio de este último (fuera de Lima), por cuanto en aplicación del principio de la Ponderación debe primar el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, en este caso, el acceso a la justicia, que es un derecho reconocido constitucionalmente.

b. Respecto a la Competencia por Especialidad

POR MAYORÍA: Es competente el Juez de Trabajo al amparo del artículo 4 de la ley 26636.

En este caso debe primar el criterio de competencia por razón de la materia, siendo ello así, si el trabajador se encuentra sujeto al régimen laboral de la actividad privada, es competente el Juez laboral. No sería competente el Juez contencioso toda vez que la naturaleza jurídica de vínculo entre el empleador y trabajador no admite la posibilidad de la emisión de actos o resoluciones administrativas impugnables en el proceso contencioso administrativo; además, el artículo 4 de la ley 26636 regula de manera taxativa la competencia en estos casos para el juez laboral.

POR MINORÍA: Es competente el Juez Contencioso Administrativo. El sustento radica en que de acuerdo a lo previsto por el artículo cuarto numeral seis de la ley 27584, se trata de actuaciones del personal que tiene como empleador o son dependientes de la administración pública, motivo por el cual debe ser competente el Juez contencioso administrativo.

La norma contencioso administrativo es amplia y no excluye de su ámbito de aplicación a los trabajadores sujetos al ámbito de la actividad privada.

Por la naturaleza misma del servicio del trabajador a la administración pública, no se encuentran dentro del régimen puro de la actividad privada, por ejemplo se encuentra sujetos a regímenes de control y el incumplimiento de determinadas funciones lo comprenden dentro de la calificación de servidor público, por tanto al haber optado el demandante a someterse a la competencia del juez contencioso administrativo, él no puede declinar esta competencia.

8. Ante los supuestos planteados el **Grupo de Trabajo N° 08** a través de su relatora Dra. María Leticia Nino Neira Ramos manifiesta que se acordó

a. Respecto a la Competencia Territorial

POR UNANIMIDAD: Es competente cualquiera de los jueces y que el Juez no puede declarar su incompetencia territorial.

El tema que nos aborda trata de la competencia territorial, siendo por tanto necesario discutir sobre los alcances de esta clase de competencia, distinguiéndola de la competencia por razón de materia. En doctrina la competencia territorial, resulta prorrogable (relativa) e improrrogable o absoluta, precisándose en este sentido que la improrrogabilidad debe ser declarada expresamente por Ley. La Ley del Procedimiento Contencioso Administrativo no regula dentro del tema de las competencias la improrrogabilidad de la competencia territorial, por tanto la misma es prorrogable o relativa, es decir que el demandado sólo puede cuestionar la competencia territorial por tanto la misma es prorrogable o relativa, es decir que el demandado sólo puede cuestionar la competencia territorial a través de la excepción correspondiente o de una contienda de competencia, produciéndose la prorroga tácita a favor del órgano jurisdiccional que conoce de la demanda en caso de que dicho demandado no utilice los medios procesales a su alcance para cuestionarla, quedando así establecido el carácter prorrogable de la competencia territorial y que la excepción a esta regla resultan ser los casos de competencia territorial improrrogable.

b. Respecto a la Competencia por Especialidad

POR UNANIMIDAD: Que tratándose de una relación laboral contractual resulta competente el Juez de Trabajo quien para el conocimiento de la materia controvertida deberá aplicar la Ley Procesal Laboral (Ley N° 26636) siendo así no corresponde, se tramita la demanda a través de un proceso Contencioso Administrativo.

III. DEBATE PLENARIO

Se deja constancia que participa como Moderador, el doctor José Francisco Carreón Romero, Vocal de la Corte Superior de Justicia de Arequipa.

MODERADOR: Haciendo un resumen de lo que los grupos han presentado, encontramos en primer lugar que tres grupos han planteado si al momento de calificar la demanda, el juez de oficio puede considerarse incompetente, o considerar la otra postura que sólo a instancia de parte vía excepción de incompetencia es que se podría declarar la incompetencia.

Esto ha sido introducido por tres grupos, en consecuencia, dos grupos dicen porque es prorrogable ya que es una competencia territorial, no puede de oficio el

juez declararse incompetente sino esperar que la parte demandada deduzca la excepción de incompetencia o en todo caso contienda de competencia. Así lo sostiene el grupo número ocho y el grupo número cuatro, en cambio el grupo número dos considera que sí de oficio, el juez al momento de calificar la demanda, puede considerarse incompetente. Esto que ha sido introducido por los grupos creo que debemos pronunciarnos como primera cuestión.

Segunda cuestión, también se ha introducido lo que originalmente el grupo número uno presentó a la asamblea y ahora tenemos que el grupo número uno planteó una tercera posición que cualquiera de los dos podrían ser competentes. El grupo número tres también sostiene esa postura, así como el grupo número seis que dice que cualquiera de ellos. Entonces, tres grupos habrían agregado a las posturas uno y dos una tercera postura, en consecuencia vamos a tener también que decidir en base a esas tres posturas.

En consecuencia, y de acuerdo a lo solicitado, vamos a proceder a la votación.

IV. VOTACIÓN

MODERADOR: Procederemos a la votación respecto a que si es prorrogable o no es prorrogable la competencia territorial.

Valga como aclaración, que se supone que los que dicen que es prorrogable sólo es a instancia de parte, y los que dicen que es improrrogable, debe ser de oficio.

Como este tema ha sido introducido, votaremos a mano alzada.

1. PONENCIA 01: La competencia territorial en materia contenciosa administrativa es prorrogable, en consecuencia es a instancia de parte (y no de oficio): **48 VOTOS**
2. PONENCIA 02: La competencia territorial en materia contenciosa administrativa es improrrogable, en consecuencia procede la incompetencia de oficio: **03 VOTOS**
3. ABSTENCIONES: **05 VOTOS**

MODERADOR: El segundo punto, a propuesta de tres grupos, primera postura en la competencia territorial:

1. PONENCIA 01: Es competente para conocer el proceso el Juez del domicilio de la entidad regional en la que se ha demandado (fuera de Lima): **00 VOTOS**
2. PONENCIA 02: Es competente para conocer el proceso el juez del domicilio de la autoridad administrativa que resolvió en última instancia: **16 VOTOS**

3. PONENCIA 03: Es competente para conocer a elección del demandante, el juez del domicilio de la entidad regional o el juez del domicilio de la autoridad que resolvió en última instancia: **37 VOTOS**

MODERADOR: Doctores quiero dejar constancia que sobre este último punto el moderador propuso tener una deliberación o reflexión sobre el tema, sin embargo ustedes han decidido ir al voto. Expreso eso porque hay un grupo de colegas que expresan que esto ha debido ser más profundizado.

Respecto a la competencia por especialidad: Cuando el demandante haya prestado servicios a una entidad cuyo personal está sujeto al régimen de la actividad pública cuyo personal está sujeto al régimen de la actividad privada (D. Leg. 728), es competente:

1. PONENCIA 01: De acuerdo a lo previsto en el numeral 6 del artículo 4 de la Ley 27584 es competente el Juez del Contencioso Administrativo: **18 VOTOS**
2. PONENCIA 02: Es competente el Juez de Trabajo al amparo del artículo 4 de la Ley 26636: **40 VOTOS**

V. ACUERDO PLENARIO

1. COMPETENCIA TERRITORIAL.

POR MAYORÍA:

- a. La competencia territorial es prorrogable.
- b. Cuando se demanda no sólo a la entidad que ha resuelto en última instancia (Lima) sino también a la entidad regional (fuera de Lima) es competente cualquiera de ellos.

2. COMPETENCIA POR ESPECIALIDAD.

POR MAYORÍA: Cuando el demandante haya prestado servicios en una entidad cuyo personal está sujeto al régimen de la actividad pública cuyo personal está sujeto al régimen de la actividad privada (D. Leg. 728) es competente el Juez Ordinario laboral.

TEMA N° 04

REVISIÓN JUDICIAL DEL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN COACTIVA EN OBLIGACIONES DE HACER Y NO HACER (ARTÍCULO 23 DE LA LEY 26979 MODIFICADO POR LA LEY 28165)

I. PLANTEAMIENTO DE SUPUESTOS A DEBATIR

1. Cabe admitir a trámite las demandas de revisión judicial, con las consiguiente consecuencia de paralizar la medida cautelar en caso de que se esté ejecutando obligaciones de hacer y no hacer.
2. Cabe admitir a trámite cuando se trate de medidas cautelares previas en un procedimiento administrativo.

II. CONCLUSIONES DE LOS GRUPOS DE TRABAJO

1. Ante los supuestos planteados el **Grupo de Trabajo N° 01** a través de su relator Dr. Rita María Patricia Valencia Dongo Cárdenas manifiesta que se acordó

a. Respecto a la primera pregunta

POR MAYORÍA: El grupo considera que no cabe admitir la demanda de revisión judicial contra resoluciones de hacer o no hacer dictadas en procedimiento coactivo, en razón de que el artículo 23.1 a) de la Ley 26979, Procedimiento de Ejecución coactiva, en su texto modificado por el artículo 1 de la Ley 28165, taxativamente limita el procedimiento de revisión judicial al supuesto de ejecución coactiva que ordena mediante embargo la retención de bienes, valores y fondos, más no contiene ningún supuesto en caso de obligaciones de hacer o no hacer, por tanto por ser una norma específica no procede interpretación extensiva.

Es de advertir que cualquier supuesto diferente de la norma comentada puede ser atendida mediante el proceso contencioso administrativo y sus cautelares, o en su caso el proceso constitucional de amparo o sus cautelares

POR MINORÍA: Es posible admitir a trámite la demanda de revisión judicial contra resoluciones de hacer o no hacer dictadas en procedimiento coactivo, dependiendo del caso particular, en razón de que la ley protege al administrado contra la vulneración del debido procedimiento administrativo.

b. Respecto a la segunda pregunta

POR MAYORÍA: El grupo considera que la Ley 26979, modificada por la ley 28165, tiene por objeto la revisión judicial de resoluciones producidas dentro de un procedimiento de ejecución coactiva, más no de medidas cautelares previas dictadas dentro de un procedimiento administrativo.

La razón es que la medida cautelar previa, por su mismo carácter no puede ser considerada como proceso de ejecución coactiva, siendo que además si el administrado considera afectado su derecho, puede recurrir la

misma en el procedimiento administrativo de que se trate, o de ser el caso judicializarlo mediante la vía del proceso contencioso administrativo o proceso constitucional de amparo.

En caso se extendiera el uso del proceso de revisión para supuestos diferentes a los regulados en la Ley, se corre el riesgo de obstaculizar las funciones propias de la administración pública, que gozan de la presunción de validez y legalidad

POR MINORÍA: Se considera que sí procede la admisión de demandas de procesos de revisión judicial en caso de medidas cautelares previas dictadas en procedimiento administrativo, dependiendo del caso concreto y el derecho que se debe proteger y sobre todo de la urgencia del mismo. Considera también que no se puede dejar la solución del problema a los procesos contencioso administrativos o de amparo porque en la realidad éstos pueden dar una respuesta tardía.

2. Ante los supuestos planteados el **Grupo de Trabajo N° 02** a través de su relator Dr. Walter Ángeles Bachet manifiesta que se acordó

a. Respecto a la primera pregunta

POR MAYORÍA: Concluimos que no cabe admitirse las demandas de revisión judicial, en caso se esté ejecutando obligaciones de hacer y no hacer, puesto que del contenido del artículo 23 de la Ley 26979 Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva, se desprende que no se hallan comprendidas las ejecuciones de las obligaciones de hacer y no hacer; máxime si se tiene en cuenta que existen otras vías que pueden cautelar el derecho del ejecutado, como la acción de amparo y el proceso contencioso administrativo.

POR MINORÍA: Se considera que sí procede admitirse las demandas de revisión judicial tratándose de obligaciones de hacer y no hacer, en atención del principio de plena jurisdicción establecido por la Corte Suprema

b. Respecto a la segunda pregunta

EN UNANIMIDAD: Se considera que no proceden las demandas de revisión judicial cuando se trate de medidas cautelares previas en un procedimiento administrativo; y no se hallan comprendidas dentro de los supuestos del artículo 23 de la Ley de Ejecución Coactiva, de modo que no cabe admitirse la revisión judicial en estos casos.

3. Ante los supuestos planteados el **Grupo de Trabajo N° 03** a través de su relator Dr. Ricardo Astoquilca Medrano, manifiesta que se acordó

a. Respecto a la primera pregunta:

POR UNANIMIDAD: Sí se admite a trámite las demandas de revisión judicial en los casos que se esté ejecutando medidas cautelares en obligaciones de hacer y no hacer.

Los fundamentos: (a) Que, en aplicación del principio constitucional de tutela judicial prevista en el artículo 139 inciso 3 de nuestra carta fundamental, esto es, nadie puede ser privado de su derecho fundamental de acceder a la justicia. (b) En los casos que se hayan afectado derechos en vía de medidas cautelares de hacer o no hacer en la medida que se advierta una situación irreversible o de perjuicio irreparable en contra del administrado, procede admitir la demanda de revisión, siempre y cuando no se cuestione una cuestión de fondo.

b. Respecto a la segunda pregunta:

POR UNANIMIDAD: No cabe admitir a trámite porque las medidas cautelares previas son dictadas fuera del procedimiento de ejecución coactiva, inclusive antes que este se haya iniciado, por lo que se encuentra dentro de los alcances del art. 23 de la Ley N° 26979.

La opinión del grupo se basa en que no sería posible la admisión a trámite este proceso de revisión judicial puesto que aún la decisión de la administración no ha pasado a ser cosa decidida o causar estado y por no encontrarse en trámite el procedimiento de ejecución coactiva, por tanto, el administrado puede hacer valer su derecho de objetar la resolución en el mismo procedimiento administrativo.

4. Ante los supuestos planteados el **Grupo de Trabajo N° 04** a través de su relator Dr. Jesús Sebastián Murillo Domínguez, manifiesta que se acordó

a. Respecto a la primera pregunta

POR UNANIMIDAD: Si bien es cierto de acuerdo a la ley de Procedimiento Coactivo (Art. 23 Ley 26979 modificado por Ley 28165) se prevé los supuestos mediante los cuales se debe admitir una demanda de revisión judicial. Por lo que no sería procedente admitir a trámite una demanda de revisión judicial de obligación de hacer y no hacer sólo dentro de los 15 días de concluida el procedimiento coactivo.

Sin embargo, para efectos de la admisión de una demanda de revisión judicial en la que el ejecutor coactivo está ejecutando obligaciones de hacer

y no hacer, sí sería factible admitir la demanda a trámite en los supuestos en los que se pueda evidenciar liminarmente afectación al debido procedimiento y arbitrariedad manifiesta de la administración, lo cual implica que no puede rechazarse de plano la demanda, sino que debe evaluarse caso por caso teniendo en cuenta el derecho constitucional de tutela judicial efectiva y además si con ello se pretende evitar que el daño se convierta en irreparable

b. Respecto a la segunda pregunta

POR UNANIMIDAD: La respuesta es categórica, en el sentido que no es procedente admitir a trámite una demanda de revisión judicial cuando se pretende cuestionar mediante este proceso una medida cautelar previa, dictada dentro de un procedimiento administrativo; toda vez que aún no se a aperturado un procedimiento coactivo, evidenciándose falta de interés para obrar.

5. Ante los supuestos planteados el **Grupo de Trabajo N° 05** a través de su relatora Dra. Rosa Amelia Barreda Mazuelos, manifiesta que se acordó:

a. Respecto a la primera pregunta

POR UNANIMIDAD: El grupo señala que tratándose de obligaciones de hacer y no hacer, sí cabe admitir las demandas de revisión judicial siempre y cuando de los fundamentos de la misma se evidencia perjuicio irreparable por la manifiesta vulneración de sus derechos fundamentales, ejerciéndose tutela jurisdiccional efectiva ante la razonabilidad de los hechos alegados en la demanda.

b. Respecto a la segunda pregunta

POR UNANIMIDAD: El grupo señala que no cabe admitir a trámite las demandas de revisión judicial, cuando se trate de medidas cautelares previas a un procedimiento administrativo, toda vez que la decisión cautelar no forma parte de un procedimiento de ejecución coactiva en sentido estricto, al no haberse iniciado dicho procedimiento, aunado el hecho que la finalidad misma de estos procesos es la revisión judicial del debido procedimiento del proceso de ejecución coactiva, teniendo expedito el administrado su derecho de recurrir al proceso contencioso administrativo con las medidas cautelares que éste regula o al proceso constitucional de amparo si lo estimase conveniente.

6. Ante los supuestos planteados el **Grupo de Trabajo N° 06** a través de su relator Dr. Walter Benigno Ríos Montalvo manifiesta que se acordó
- a. Respecto a la primera pregunta
- POR MAYORÍA:** No cabe admitir a trámite, la demandas de revisión judicial, con la consiguiente consecuencia de paralizar la medida cautelar, en caso que se este ejecutando obligaciones de hacer y no hacer; porque el supuesto normativo previsto en el inciso a) del artículo 23.1 de la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva 26979, concordante con el artículo 33 de dicha Ley, conciernen únicamente al caso que se este ejecutando obligaciones de dar, mas no obligaciones de Hacer o de No Hacer.
- POR MINORÍA:** En atención al principio de tutela jurisdiccional efectiva atendiendo al caso concreto y el principio garantista a favor del ciudadano que inspira el proceso coactivo, Si cabe admitir a trámite.
- b. Respecto a la segunda pregunta
- POR MAYORÍA:** No cabe admitir, por cuanto el artículo 13.1, 13.4, en concordancia con el inciso a) del artículo 23.1, modificado por el artículo 1 de la Ley 28165, de la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva N° 26979, establecen de manera expresa cuales son los requisitos para trabar y ejecutar, respectivamente, las medidas cautelares previas, por parte de la entidad administrativa y en contra del administrado, no observándose en dichas normas ningún presupuesto que permita inferir algún tipo de abuso o vulneración de derechos de éste por parte de aquella; además por cuanto en dichas normas se establece también con claridad que el procedimiento de ejecución coactiva puede ser objeto de una revisión judicial, una vez iniciado el mismo, por lo que antes del mismo el administrado carece del interés para obrar, al no haber agotado todas las posibilidades de solucionar el conflicto en la vía extrajudicial.
- POR MINORÍA:** En aplicación del principio de tutela jurisdiccional efectiva atendiendo al caso concreto, y protección del administrado, Si cabe admitir.
7. Ante los supuestos planteados el **Grupo de Trabajo N° 07** a través de su relator Dr. Luis Finlay Salvador Gómez manifiesta que se acordó
- a. Respecto a la primera pregunta
- POR UNANIMIDAD:** No debe admitirse a trámite las demandas de revisión judicial. Los fundamentos radican en que existe jurisprudencia expedida por la Corte Suprema como la recaída en la Casación 1713-2005 publicada el 31 de agosto del 2007, en la cual se dispone que por el principio de

Favorecimiento del Proceso procede admitir a trámite las demandas de revisión judicial. Esta no es la única resolución expedida por la Corte Suprema respecto a demandas de revisión judicial referidas a obligaciones de hacer y no hacer en las cuales sustentándose en el principio de Favorecimiento del proceso y de tutela judicial efectiva y en atención a la irreversibilidad de la ejecución coactiva, ordena admitir a trámite el proceso de revisión judicial de obligaciones de hacer y no hacer, resoluciones que constituyen precedente obligatorio, al amparo del artículo 34 de la ley del proceso contencioso administrativo.

Sin embargo, debemos tener en cuenta que, acceder a la admisión de la demanda en supuestos distintos a los establecidos expresamente en la ley, desnaturaliza la revisión judicial de ejecución coactiva pues la realidad demuestra que hay una gran cantidad de expedientes de esta naturaleza.

Existe actualmente un ejercicio abusivo de estas demandas con la finalidad de paralizar los procesos de ejecución coactiva. La gran mayoría busca evitar la ejecución de una sanción por falta de la licencia de funcionamiento o de obra, entre otros, alegando faltas de notificación usualmente, pero no acredita previamente haber obtenido regularmente las licencias respectivas.

b. Respecto a la segunda pregunta

POR UNANIMIDAD: La mesa siete es de opinión que no procede la admisión de demanda en estos casos debido a que la norma especial es taxativa, sólo procede revisión judicial cuando se ha concluido el trámite de ejecución coactiva o ante el dictado de una medida cautelar dentro de este procedimiento, lo contrario sería dar lugar a discusiones que no se encuentran contempladas en el supuesto de hecho de la norma. Pues bien, si de cuestiones de urgencia se tratara y el objetivo es otorgar tutela jurídica al justiciable por una posible vulneración irreparable de sus derechos considerando en este caso, existen vías igualmente satisfactorias para ello. Por tanto, consideramos que no deberían admitirse a trámite las demandas de revisión judicial en caso de obligaciones de hacer y no hacer porque con ello se limita gravemente las atribuciones de las entidades administrativas que actúan en ejercicio regular de su obligación fiscalizadora y en su mayoría las demandas de revisión judicial pretenden dilatar la aplicación de estas sanciones correctamente aplicadas por la administración.

El demandante tiene vías como la Contenciosa Administrativa o el Proceso de Amparo para obtener la tutela judicial efectiva de sus derechos. El proceso de revisión judicial es un proceso especial aplicable sólo para los

supuestos expresamente establecidos en su artículo 23 de la ley de procedimiento de ejecución coactiva.

Siendo la medida cautelar previa una medida temporal mediante la cual la administración revisa lo que es materia del proceso administrativo, consideramos que admitir un proceso de revisión judicial en esos términos es limitar, en atención al interés particular, el interés público que es cautelado por la administración

8. Ante los supuestos planteados, el **Grupo de Trabajo N° 08**, a través de su relator Dra. María Leticia Niño Neira Ramos manifiesta que se acordó

a. Respecto a la primera pregunta

POR UNANIMIDAD: No procede la admisión a trámite de demandas de revisión judicial en los Procedimientos de Ejecución Coactiva donde se hayan dictado medidas cautelares referidas a obligaciones de hacer y no hacer, por no encontrarse dentro de los supuestos taxativamente previstos en el artículo 23 de la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva. Se debe tener presente que el administrado tiene a su alcance el proceso contencioso administrativo donde podrá controvertir la decisión de la administración y podrá solicitar la medida cautelar que se adecue a su interés de acuerdo al catálogo de medidas cautelares previstas en estos procesos. Al resolver estos casos debemos tener presente el principio de presunción de constitucionalidad de la Ley del Procedimiento de Ejecución Coactiva, y sopesar los intereses de la colectividad frente al interés individual del administrado

b. Respecto a la segunda pregunta

POR UNANIMIDAD: No cabe admitir a trámite demandas de revisión judicial cuando se haya ordenado medidas cautelares previas por no encontrarse dentro de los supuestos taxativamente previstos en el artículo 23 de la Ley del Procedimiento de Ejecución Coactiva. Es evidente que no estamos frente a una medida de embargo dentro de cualquiera de sus modalidades y menos ante la conclusión del procedimiento de ejecución coactiva. Las medidas cautelares previas, por definición proceden antes que cualquier acto administrativo quede firme. Se debe tener presente que el administrado tiene a su alcance el proceso contencioso administrativo donde podrá controvertir la decisión de la administración y podrá solicitar la medida cautelar que se adecue a su interés de acuerdo al catálogo de medidas cautelares previstas en estos procesos. Al resolver estos casos

debemos tener presente el principio de presunción de constitucionalidad de la Ley del Procedimiento de Ejecución Coactiva, y sopesar los intereses de la colectividad frente al interés individual del administrado.

III. DEBATE PLENARIO

Se deja constancia que actúa como moderadora la Dra. Flor Aurora Guerrero Roldán, Vocal de la Corte Superior de Justicia del Callao.

MODERADORA: Hemos escuchado las conclusiones de todos los grupos. Considero que a continuación debe hacer uso de la palabra aquellas personas que quieran argumentar o motivar cuestiones que no han sido vistas de uno u otro lado de las posiciones. Entonces, ¿alguien quiere exponer algún argumento diferente respecto a los temas traídos a colación, para el primer caso?

DRA DORA RUNZER CARRIÓN: Quisiera argumentar mi voto en minoría respecto a la primera pregunta. Considera que con la propia definición de lo que es la revisión judicial, en la ley en su artículo veintitrés que dice: “El procedimiento de ejecución coactiva puede ser sometido a un proceso que tenga por objeto exclusivamente la revisión judicial de la legalidad y cumplimiento de las normas previstas para su iniciación y trámite para efectos de lo cual resultan de aplicación las disposiciones que se detallan a continuación:”. Asimismo, si leemos el artículo 17 de la misma norma, vamos a ver que los ejecutores coactivos lo que ejecutan en un procedimiento coactivo son obligaciones de dar suma de dinero y las obligaciones de hacer y no hacer. En base a que el procedimiento contencioso administrativo es uno de plena jurisdicción y en base a la tutela de acceso a la justicia y que no se puede rechazar liminarmente una demanda, considero que si hay una deficiencia en el artículo veintitrés respecto a las obligaciones de dar suma de dinero no debe rechazarse la demanda porque si hay duda al respecto debe favorecer al administrado y no a la administración, haciendo una interpretación extensiva y no restrictiva de la norma al tratarse de derechos fundamentales.

DR. HÉCTOR LAMA MORE: Buenos días colegas. En algunas oportunidades la ley no da respuesta exacta a los casos que vemos, y que constituyen complicaciones a nuestros pronunciamientos y son casos que se repiten a nivel nacional. Entonces, frente a esas complicaciones que se presentan en la aplicación de la norma es que se convoca en estos momentos de reflexión para saber si es posible adecuar a cada realidad, sin salirnos del marco vigente y sin violentar los derechos fundamentales de la personas, ver de que manera pueden ser atendidos estos pedidos. Por que lo fácil es rechazar las pretensiones, como

decían algunos colegas, no solo aligerar la carga sino que nos evitamos problemas posteriores. Lo complicado es admitir a trámite o dar una decisión judicial que no calce siempre con lo que la norma dice. En el caso que nosotros estamos discutiendo ahora es evidente que la norma dice que no dice exactamente que debamos admitir a trámite las revisiones judiciales cuando lo que se trata de ejecutar por el ejecutor coactivo son obligaciones de hacer y no hacer. No hay discusión sobre las obligaciones de dar porque la ley es expresa, aún cuando en muchos casos se ha dicho que en las obligaciones de dar, cuando se inician con la sola interposición de la medida cautelar, muchas veces han producido abusos por parte del administrado, y que han levantado la medida cautelar cuando la administración se ha quedado sin la oportunidad de recuperar los cobros. Pero eso no es el tema de hoy día. La gran mayoría es el caso de lo que la misma norma no prevé y que nosotros debemos ver la manera como enfrentamos este problema. El supuesto que este grupo ha concluido – al igual que otros grupos – que si bien es cierto que la norma dice que no procede la admisión a trámite o implícitamente dice que no se debe admitir a trámite las demandas de revisión judicial cuando se pretende ejecutar por el ejecutor coactivo obligaciones de hacer y no hacer, no obstante, se ha visto en casos específicos – por lo menos lo hemos vivido en la sala contencioso administrativa en lima, y seguramente en muchos lugares del Perú – que la administración no es siempre el garante del derecho del administrado, porque muchas veces la administración actúa de manera unilateral, ni hay trilateralidad, él mismo resuelve sobre sus propias decisiones, entonces generalmente se recurre al Poder Judicial para que se consuman daños irreversibles, entonces si nosotros tenemos por ejemplo que hay una orden de demolición y que se está llevando adelante y el interesado acude al Poder Judicial para que se le revise el procedimiento coactivo porque es arbitrario y se advierte del texto de la demanda que hay arbitrariedad, que hay afectación al debido proceso, esa persona tiene derecho de incumplirla. Hay incluso una razón superior a la ley que permite al juez abordar el tema, proporcionar tutela y dejar en todo caso que se defina de manera definitiva en sede judicial, porque finalmente si se demuele, qué sentido tiene para el interesado recurrir al Poder Judicial si el hecho está consumado y es irreversible. Parece que el enfoque aquí es que no debe ser cerrada la opción, que debe abrirse la posibilidad para que el magistrado evalúe en cada caso particular que frente a ese acontecimiento pueda por lo menos obtener tutela por parte del Poder Judicial.

La Corte Suprema aunque muchas veces es acusado de formalista, ha tenido en este tema varios pronunciamientos y a dicho que en los casos como este de

demolición donde se advierta arbitrariedad liminarmente – el que esta sujeto a probanza – debe admitirse a trámite porque el efecto que podría producir la ejecución de esa demolición debía tornarse irreparable, ya con ausencia de tutela porque el interesado no va a recurrir, no tiene sentido recurrir porque ya se consumo el daño que el pretendía evitar. Creo que un momento de reflexión es muy importante, para ver de qué manera nosotros hacemos que la norma se adecue a nuestra realidad. A veces la norma como es genérica no prevé todos los supuestos, pero sería sano que este pleno podría apreciar que esa norma como regla general admita excepciones y que las excepciones deben ser claramente contempladas, no podemos decir que como regla general se admitan excepciones, sino que – como idea del grupo – el pleno debería decir expresamente que debe apreciarse las excepciones cuando hay arbitrariedad, afectación al debido proceso, derecho de tutela, porque no hay derecho fundamental que no pueda trascender a la norma en concreto. Gracias.

DR. CARREÓN ROMERO: Doctora, después de que han informado los grupos, usted ha abierto un periodo para que los grupos planteen si hay algo distinto a lo que se a formulado. Entonces, lo que la mesa debe hacer es recoger algo distinto a lo propuesto. El grupo cuatro ha planteado una tercera alternativa en este primer punto. En principio no corresponde admitir, pero hay excepciones fundamentadas por el Dr. Lama en el cual debe admitirse, entonces si la votación se hace con las opciones de sí se admite o no se admite, nosotros nos encontraríamos excluidos con otros colegas más, Entonces, lo que yo sugiero es que primero se vote si se admite o no se admite y después se vote la excepción, los que están de acuerdo con la excepción o los que no están de acuerdo con la excepción.

MODERADORA: Eso no está en el programa, pero de repente existe la posibilidad de que se vea este tercer punto como el planteado por el Dr. Lama.

MAGISTRADO: Por una cuestión de orden no más, no voy a entrar al debate, creo que la mesa debería exponer las propuestas íntegramente las tres, es decir, que se admite sin excepciones, que no se admite sin excepciones, y la tercera que dice que si bien es cierto no se debe admitir, pero sin embargo, en algunos casos por excepciones conforme lo expuesto por el grupo. Entonces, sobre los tres votar, no separadamente sino los tres en su conjunto.

MODERADORA: En todo caso, ustedes han escuchado los argumentos del sí y del no, el tercer argumento es el que ha esgrimido el doctor Lama en el cual se dice que no pero con excepciones. Entonces, sometemos esos tres planteamientos al pleno.

IV. VOTACIÓN

MODERADORA: No habiendo ninguna otra intervención, se da inicio a la votación.

1. Cabe admitir a trámite las demandas de revisión judicial, con la consiguiente consecuencia de paralizar la medida de ejecución en caso que se esté ejecutando obligaciones de hacer y no hacer.
 - a. POSICIÓN 01: Sí cabe admitir a trámite las demandas de revisión judicial, con la consiguiente consecuencia de paralizar la medida de ejecución en caso que se esté ejecutando obligaciones de hacer y no hacer: **01 VOTO**
 - b. POSICIÓN 02: No cabe admitir a trámite las demandas de revisión judicial, con la consiguiente consecuencia de paralizar la medida de ejecución en caso que se esté ejecutando obligaciones de hacer y no hacer: **33 VOTOS**
 - c. POSICIÓN 03: No cabe admitir a trámite las demandas de revisión judicial, con la consiguiente consecuencia de paralizar la medida de ejecución en caso que se esté ejecutando obligaciones de hacer y no hacer, salvo excepciones. **26 VOTOS**
2. Cabe admitir a trámite las demandas de revisión judicial cuando se trate de medidas cautelares previas a un procedimiento administrativo.
 - a. POSICIÓN 01: Sí cabe admitir a trámite las demandas de revisión judicial cuando se trate de medidas cautelares previas a un procedimiento administrativo: **02 VOTOS**
 - b. POSICIÓN 02: No cabe admitir a trámite las demandas de revisión judicial cuando se trate de medidas cautelares previas a un procedimiento administrativo: **58 VOTOS**

V. ACUERDO PLENARIO

SE APRUEBA POR MAYORÍA: No cabe admitir a trámite las demandas de revisión judicial con la consiguiente consecuencia de paralizar la medida de ejecución en caso que se esté ejecutando obligaciones de hacer y no hacer.

SE APRUEBA POR MAYORÍA: No cabe admitir a trámite las demandas de revisión judicial cuando se trate de medidas cautelares previas a un procedimiento administrativo.

Con lo que concluyó la presente sesión plenaria, firmando la Comisión de Magistrados a los quince días del mes diciembre del año dos mil siete en señal de conformidad.

S.S.

ELIZABETH ROXANA MARGARET MAC RAE THAYS

JUAN MANUEL ROSSELL MERCADO

JOSÉ FRANCISCO CARREÓN ROMERO

FLOR AURORA GUERRERO ROLDÁN

JOSÉ ALBERTO INFANTES VARGAS

ALICIA IRIS TEJEDA ZAVALA

ESMELIN CHAPARRO GUERRA

ARISTO WILBERT MERCADO ARBIETO