

---

# I CONGRESO INTERNACIONAL MULTIDISCIPLINARIO

“Derecho, Proceso y Justicia”

---

## BUENA SALUD Y MALA FAMA: LOS LÍMITES DEL PODER DE SUSTITUCIÓN DEL JUEZ CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO EN EL PERÚ

Good health and bad reputation»: the limits of the power of substitution of the  
contentious-administrative judge in Peru

*Alberto Huamán Ordóñez*<sup>121</sup>



### RESUMEN

El autor del presente ensayo procede a analizar el poder de sustitución del juez contencioso-administrativo cuando, en ejercicio de sus competencias de control jurídico de la administración pública, advierte aspectos no considerados por el ciudadano que emplaza, ante los Tribunales, a los poderes públicos motivando su intervención, de manera integradora, para dotar de tutela subjetiva a quien emplaza a la administración sin que esto pase a ser visto en términos contrarios a los principios constitucionales de división funcional de poderes, democrático y de cooperación institucional llegando a precisar que esto no tiene por qué verse como una injerencia indebida en la actividad del Ejecutivo como se pensaba en la Francia revolucionaria, sino que se basa en una tarea de pesos y contrapesos orientada a dotar de fuerza normativa a la Constitución; en tal orden de ideas, a efectos de demostrar que la labor sustitutiva de dicho juez no resulta contraria a los cimientos del Estado moderno en general y del Estado constitucional de Derecho en específico, desarrolla argumentos orientados a entender que dicha habilitación tiene entera base constitucional y legal a través del poder de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado lo que le lleva a perfilar datos básicos en la construcción de sus límites orientados a cimentar el papel de esta potestad en un escenario de alta conflictividad como es del proceso contencioso-administrativo donde la administración, en su calidad de poder público, pretende reiterar su posición jurídica de persona poderosa por sobre la ubicación del particular en las relaciones jurídico-administrativas.

**Palabras clave:** poder de sustitución; pesos y contrapesos; contencioso-administrativo; fuerza normativa de la Constitución; división de poderes.

---

<sup>121</sup>Abogado graduado por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo (UNPRG). Árbitro en materia de negociaciones colectivas por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE). Miembro de la Asociación de Derecho Administrativo de Chile (ADAD). Exdocente universitario de Derecho administrativo, Derecho procesal administrativo y Derecho laboral. Especialista en Derecho administrativo por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Especialista en Gestión Pública por la Universidad del Pacífico (UP). Maestrando en Derecho Constitucional por la Universidad Nacional de Huancavelica (UNH). Registro de investigador Scopus Autor ID: 58097033900 y Web of Science: ADH-6769-2022.



## ABSTRACT

The author of this essay proceeds to analyze the power of substitution of the contentious-administrative judge when, in the exercise of his powers of legal control of the public administration, he notices aspects not considered by the citizen who summons the public powers before the Courts. motivating its intervention, in an integrative manner, to provide subjective protection to whoever summons the administration without this becoming seen in terms contrary to the constitutional principles of functional, democratic division of powers and institutional cooperation, going so far as to specify that this does not It has to be seen as undue interference in the activity of the Executive as was thought in revolutionary France, but is based on a task of checks and balances aimed at providing normative force to the Constitution; In this order of ideas, in order to demonstrate that the substitute work of said judge is not contrary to the foundations of the modern State in general and the constitutional Rule of Law in specific, it develops arguments aimed at understanding that said authorization has an entire constitutional basis and legal through the power to judge and have what is judged executed, which leads it to outline basic data in the construction of its limits aimed at cementing the role of this power in a scenario of high conflict such as the contentious-administrative process where the administration , in its capacity as public power, seeks to reiterate its legal position as a powerful person over the location of the individual in legal-administrative relations.

**Keywords:** substitution power; checks and balances; contentious-administrative; normative force of the Constitution; division of powers.

## I. INTRODUCCIÓN

A pesar de los notables avances en el control jurídico de la administración pública, orientados a brindar una adecuada tutela al administrado más allá del espacio de las relaciones jurídico-administrativas, la labor sustitutiva del juez contencioso-administrativo tiene «mala fama» a nivel jurídico-político. Esto, pese a que «los órganos jurisdiccionales competentes a posteriori pueden examinar el problema de fondo» (López Ramón, 1988, p. 60).

Aún cuando dicha tarea le es propia, puesto que debe ejercerse sobre la base de la plena jurisdicción, resulta siendo percibida por parte del Ejecutivo en general y de la administración en específico con un fuerte recelo en el Estado constitucional. Ello, al entenderse que resulta contraria a los principios constitucionales de división funcional de poderes, democrático y de cooperación. Dicha apreciación —equivoca, por cierto— alcanza inclusive al máximo custodio de la Constitución (STC n.º 0005-2016-PCC/TC, 2019; STC n.º 00002-2018-PCC/TC, 2020); esto, a razón de temas controversiales en relación a los ámbitos administrativo-policial y administrativo-pesquero a nivel de la jurisdicción constitucional. Cerrando filas frente a un escenario de subjetividad que se basa en temores infundados que se derivan de una interpretación históricamente cerrada de la división de poderes, procede indicar que debe ser disipada toda incertidumbre en torno a la atribución judicial a través de la cual el juez de la materia, quien realiza el control jurídico de la administración, puede sustituir al poder público cuando este opera al margen del Derecho objetivo. En este aspecto, el director de este proceso (el del contencioso-administrativo) no solo cuenta con la posibilidad de anular



decisiones administrativas sujetas al Derecho administrativo. Igualmente, entre sus atribuciones se comprenden las de hacer que el proceder de la administración retorne a su adecuada senda (STC n.º 03373-2012-PA/TC, fdm. 7, del voto singular de los magistrados Urviola Hani y Calle Hayen, 2013) sin que ello implique afirmar, de manera irresponsable, que ello implica una intromisión en el ámbito de las competencias del Ejecutivo.

Esto, se apoya en lo sostenido por García de Enterría (1962), para quien «el poder administrativo es de suyo un poder esencial y universalmente justiciable» (p. 204). Por esto, ante la anomalía en su actuar, la administración debe responder ante los Tribunales sobre la base de las pretensiones de quien requiere justicia. Es admisible que el juez, sobre el sustento de lo que se denomina «activismo judicial», motivadamente integre aspectos no planteados por el demandante dentro de un contradictorio. Esto último, en cuanto manifestación concreta del derecho a un debido proceso (STC n.º 3741-2004-AA/TC, 2005, fdm. 31, 2), con miras a asegurar la posición jurídica de los llamados a juicio: el particular y la administración.

En esencia, el poder sustitutivo del juez se asienta política y jurídicamente en la limitación racional del poder (Aragón Reyes, 1986, p. 97) que se hace a la administración como poder público cuando es sometida al escrutinio, mediando las pretensiones del particular, de los tribunales.

Su labor, en relación con el poder, es colaborativa ya que se orienta a la reconducción de las competencias de la autoridad atendiendo a que se someten al contencioso-administrativo, única y exclusivamente, las actuaciones administrativas de Derecho administrativo anómalas (Ley n.º 27584, Poder Legislativo, 2001, artículos 1 y 3).

Por esto, son no judicializables las demás que constituyen la gran parte del tráfico jurídico-administrativo. Como veremos, no se trata de una atribución ausente de límites sino que responde, antes bien, a la participación del Poder Judicial en el sano equilibrio de los poderes públicos. Esto nos lleva a su análisis sobre la base de diversos institutos tales como la competencia como elemento reglado del actuar administrativo, los derechos fundamentales y legales involucrados en el conflicto administrativo, el interés público inmanente a la resolución del asunto controvertido y la motivación cabiendo indicar que dicho listado tiene entero carácter pedagógico, más no definitivo, en la construcción de tales límites.

Este conjunto de situaciones lleva a preguntarse al autor: ¿La autoridad tiene poderes sustitutivos? En caso de ser afirmativa la respuesta: ¿es posible que la jurisdicción contencioso-administrativa, como contralora de la autoridad, pueda ejercer competencias sustitutivas en la resolución de controversias administrativas? De ser así esto último: ¿Es posible establecer límites al poder de sustitución del juez administrativo? ¿Cuáles serían tales límites?

Dichas interrogantes aparecen como sustento de la presente investigación atendiendo a que, desde la regulación de la Ley n.º 27584 (Poder Ejecutivo, 2001) hasta la actualidad, se aprecia un fuerte recelo de las autoridades administrativas y de los tribunales de justicia, incluyendo al Tribunal Constitucional del Perú, frente a las competencias sustitutivas del juez contencioso-administrativo que tiene impacto en la resolución de conflictos administrativos.

Frente a este escenario, a través de la presente investigación, el autor se pregunta si es posible asumir o no que el juez contencioso-administrativo cuenta, constitucional y legalmente, con potestades sustitutivas frente a la autoridad identificando, por otra parte, cuáles serían sus límites.



Para ello, se partirá desde la histórica atribución sustitutiva que tiene la autoridad que pervive hasta hoy al igual que su fundamento legislativo en la ley sustantiva administrativa peruana en la realidad actual. Así, se estudiará cómo es que ella no es contraria a los fundamentos constitucionales de la separación de poderes indicando que dicho poder sustitutorio ya lo tienen los jueces constitucionales en el Perú para finalmente establecer que el problema no son los límites —como se piensa— sino la saludable identificación de ellos. Por ello, el autor propone que la competencia, los derechos fundamentales y legales, el interés público y la motivación son dichos límites no cerrando la posibilidad de que se presenten otros. Finalmente, se plantean las conclusiones del caso.

## II. MATERIALES Y MÉTODOS

El presente ensayo se realizó al amparo de una investigación cualitativa en tanto los métodos de investigación aplicados se basan en el histórico y hermenéutico a través del cual se va a estudiar los límites de la atribución sustitutiva del juez contencioso-administrativo cuando se advierte que se requiere dotar de eficacia plena la tutela del administrado brindada por los Tribunales. Ello por mandamiento, para el caso peruano, del Decreto Supremo n.º 011-2019-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley que regula el proceso contencioso administrativo (Poder Ejecutivo, 2001) cuando dicho actor es afectado por las actuaciones administrativas de Derecho administrativo. El enfoque a desarrollar establece que el problema no es si los jueces contencioso-administrativos tienen atribuciones sustitutivas sino cuáles son sus límites. Cabe indicar que, atendiendo a la naturaleza propia de la investigación cualitativa, el estudio se limita a analizar tales aspectos acudiendo, en cuanto es necesario, a la doctrina y la jurisprudencia con el propósito de reforzar la interpretación realizada. Finalmente, se declara que el presente estudio ha sido elaborado siguiendo los principios éticos contenidos en la Declaración de Helsinki y en el Código de Conducta del *Committee on Publication Ethics* (COPE), aplicables a investigaciones académicas sin intervención directa sobre personas, garantizando la integridad metodológica, la transparencia y la responsabilidad en la difusión de resultados.

## III. RESULTADOS Y DISCUSIÓN

### 3.1. Atribución sustitutiva de la administración, en los orígenes del Derecho administrativo, en ejercicio de potestades cuasi jurisdiccionales en las justicias retenida y delegada: el contencioso-administrativo como herramienta de autocontrol de los poderes públicos

Históricamente, el cuidado que se tiene de que el juez contencioso-administrativo mantenga atribuciones sustitutivas no es un fenómeno reciente.

Hunde sus raíces en los jueces del Antiguo Régimen que, sin ser profesionalizados y pertenecer a alguna organización dependiente del rey, mantuvieron latente una continua disputa de poder con el poder regio. El advenimiento de la Revolución francesa es un escenario desde el cual se avizoró que, con una alta probabilidad, era perfectamente posible que los jueces perpetuaran el escenario de tensión entre ellos y la nueva organización: la administración pública. Sin disimulo, es la Asamblea Nacional quien enfiló contra ellos previendo, de manera prohibitiva, que pudieran inmiscuirse (Ley de 16-24 de agosto de 1790; Ley del 16 de Fructidor del año III) en la actividad administrativa. No en vano, las técnicas de la justicia retenida y posteriormente la justicia delegada fueron el escenario que permitió identificar que la



administración, en orden de sus potestades autoorganizativas, pudiera controlarse a sí misma (Carrillo Donaire, 2000).

El inicio del siglo XX permitió el asomo de la plena jurisdicción.

Desde dicha ubicación, el Consejo de Estado francés pasa de un entorno de revisión de las actuaciones administrativas a otro en el que termina sustituyendo a la actividad administrativa del Ejecutivo (Martínez Useros, 1957, p. 86) al decirle cómo es que tiene que operar ante potestades regladas. Hasta donde es conocido, nadie habría exteriorizado propósito alguno de cuestionar la decisión de dicho máximo órgano colegiado.

Aunque parezca intrascendente, históricamente, la razón era bastante simple. Al entenderse que el Consejo de Estado francés era la cabeza jurídica de la administración pues, de acuerdo a Theis (1956), «fija la regla de Derecho al mismo tiempo que la aplica» (p. 304), no hubo manera alguna de poner reparos a la potestad innovativa de la administración a través de la atribución sustitutiva. Esta se entendió como propia a esta organización al llegar a ser asumido que, juzgar a la administración por parte de la administración, era mejorar a la propia organización vicarial (Sáinz de Robles, 1999, pp. 515-516). Ello, bajo la línea de un esquema endogámico que, dada su propia confección, redujo —a su mínima expresión— los riesgos de una intromisión competencial en la actividad administrativa de Derecho administrativo. Como se advierte, la atribución sustitutiva de la administración no levantó polvareda alguna y mucho menos lo hace hoy.

La literatura científica de la época, como la actual, no han mostrado reparo alguno a dicha fórmula resolutoria de conflictos administrativos.

### **3.2. El contencioso-administrativo como proceso judicial: ¿es justificable el miedo a que la actividad judicial sustitutiva del juez quiebre el principio de separación de poderes?**

El problema en torno a la atribución sustitutiva viene con la madurez del contencioso-administrativo que pasa de ser un mecanismo de control de la administración hacia la administración hacia un verdadero proceso judicial. En este último, los sujetos de la relación jurídico-administrativa conflictuada pasan a ser entendidos como verdaderas partes procesales (Caballero Sánchez, 2021, p. 26) sin mayores privilegios que los otorgados por el legislador (Ley n.º 27584, Poder Legislativo, 2001, artículo 2 inciso 2) ya que se entiende que la vinculación relacional entre administrado y administración queda en las puertas de los Tribunales.

Desde allí se entiende que adquiere actualidad el miedo visceral a que, al controlarse jurídicamente a los poderes públicos más allá de un esquema de nulidad sobre el sustento del sistema judicialista de la administración, se termine arrollando las competencias de la autoridad administrativa. Esto se ha exteriorizado en la posición de los tribunales peruanos a la fecha (Casación n.º 28121-2021-Lima, 2023, 7.7) ya que no es la administración, ni siquiera en un enfoque de justicia delegada, la que controla a la propia administración: es un tercero —el juez—, en un entorno de imparcialidad y carencia de subordinación frente al sujeto fiscalizado. Los temores de que los jueces contencioso-administrativos quiebren, con su activismo judicial, los fundamentos que sostienen los Estados modernos recobran interés al llegarse a sostener que tal permisión acentúa el debilitamiento de la separación de poderes.



Tal incertidumbre exterioriza la preocupación de que la administración vea *cómo* controlan sus potestades regladas y discrecionales, antes ausentes de sometimiento jurídico (Cassagne, 2009, p. 82).

Esto, en un entorno donde la figura del administrado, en palabras de López Menudo (2019) «lleva adherido, con más o menos razón, el prejuicio del sometimiento del individuo y la opacidad del poder» (p. 18). En suma, el argumento técnico consistente en controlar jurídicamente para encauzar la buena marcha de la organización administrativa, termina convirtiéndose dañinamente en un argumento político —controlar para fracturar el principio democrático— conllevando a que se pregunte si es posible que un juez vaya en contra de las atribuciones de la administración.

### **3.3. La atribución sustitutiva del juez contencioso-administrativo no debe ser objeto de alarma: los jueces constitucionales la tienen atribuida para sí**

Llama la atención de que el juez constitucional en el Perú tenga atribuida la posibilidad de sustituir a la administración cuando, en el curso de la actividad administrativa de Derecho administrativo, se afectan los derechos fundamentales de las personas. Tal permisión no ha generado debate alguno en el tiempo asumiendo como pacífica tal posibilidad mientras que, a contraparte, se haya puesto en cuestionamiento que esto lo pueda también realizar el juez contencioso-administrativo.

De acuerdo a la literatura científica, las fórmulas restitutorias (Eguiguren Praeli, 2005) contenidas en las expresiones «reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo» y «reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo» previstas en el artículo 1 de la Ley n.º 28237, Código Procesal Constitucional (Poder Legislativo, 2004) y la Ley n.º 31307, Código Procesal Constitucional (Poder Legislativo, 2021), son feliz expresión de la atribución sustitutiva. Por dicha confección legislativa es que, sin ningún problema, el juez de derechos fundamentales puede utilizarla en beneficio del ciudadano.

Desde nuestra percepción, la diferencia es enteramente política para aceptar que el juez constitucional sí puede contar con atribuciones sustitutivas y no el juzgador contencioso-administrativo.

Se sigue asumiendo, en esta «fricción institucional» (Bordalí Salamanca, 2021, p. 122), que la separación de poderes sigue en su confección original impidiendo que la labor judicial contencioso-administrativa se entrometa en la del Ejecutivo. No se toma en cuenta que, antes bien, las transformaciones actuales del Estado constitucional han hecho que dicha concepción cautelosa se adecúe a entender que los poderes públicos no se constituyen en espacios que se auto justifican en sí mismos. Desde un punto de vista orgánico, interactúan entre ellos de manera dinámica, sobre un espacio de pesos y contrapesos, sin que su interrelación genere conflicto entre dichos poderes de tal manera que el control jurídico que se emplea es una actividad legítima autorizada por el Parlamento.



El miedo histórico a que los jueces —hoy organizados dentro del seno del Estado y profesionalizados, a diferencia del Antiguo Régimen— tomen el mando del gobierno con sus pronunciamientos, como se advierte, se encuentra disipado (Jácome Ordoñez, 2015, p. 36). Ello atendiendo a que «administrar y juzgar no serían más que dos estrategias diversas para conseguir el mismo objetivo, diferenciadas simplemente en función del tipo de procedimiento empleado» (Mannori, 2007, p. 146).

De acuerdo a lo señalado, debe valorarse que dicho poder objetivo —el de contenido sustitutivo— concierne al control enteramente jurídico que el legislador habilita al juez que juzga a la administración por expreso y visible mandamiento del Parlamento (Decreto Supremo n.º 011-2019-JUS, Poder Ejecutivo, 2001, artículos 1 y 3) lo que lleva a descartar la intromisión entre poderes gubernamentales.

### **3.4. El juez contencioso-administrativo sustituye la actuación administrativa para encauzar la actividad administrativa de los poderes públicos al principio de juridicidad, de conformidad con la Constitución**

La sombra de duda tejida en torno a la labor sustitutiva del juez contencioso-administrativo es un mecanismo usado convenientemente por la administración para disminuir la confianza ciudadana hacia los jueces. De este modo amplió la posibilidad de verse sustraída, en la primera oportunidad posible, a este tipo de control. Se pierde de vista que, de acuerdo a lo expresado por Leguina Villa (2008), «la Administración está vinculada en su actividad a la ley y al Derecho, pero el cumplimiento efectivo de dicha vinculación reside en la garantía de su control por los jueces y Tribunales» (p. 233) de manera que, al sustituir, se regulariza la salud del Derecho administrativo.

Técnicamente hablando, la atribución sustitutiva lo que hace es restablecer, con total propiedad, el ejercicio de las competencias del Ejecutivo cuando este, al operar bajo parámetros reglados o discrecionales, desconoce las propias pautas que el Parlamento o el propio Ejecutivo ha instaurado de manera previa. En suma, a través de la actividad judicial, se protege a la administración de sus propios desvaríos. Dicha afirmación se hace atendiendo a que solo se controla la actividad administrativa espúrea y no la neutral que pasa a legitimarse plenamente de acuerdo a la Ley n.º 27444, Ley del procedimiento administrativo general (Poder Legislativo, 2001, artículo 8) y a producir los efectos jurídicos para lo cual ha sido generada.

Para quienes mantienen la (conveniente) incertidumbre positivista de que la atribución judicial sustitutiva carece de tipificación radicando —en tal aparente ausencia— su peligroso uso, cabe indicar que dicho instituto tiene entero fundamento jurídico habilitante en la propia regulación. De modo que el poder de sustitución del juez de la materia contencioso-administrativa no opera libremente como se piensa. En buena cuenta, se sustituye sobre la base de lo previsto por el legislador constitucional y legal. Sobre tal sustento, se procede en base a la potestad de juzgar y de hacer ejecutar lo juzgado (Carta de 1993, Congreso Constituyente Democrático, 1993, artículos 138 y 139 inciso 3; Ley n.º 27584, Poder Legislativo, 2001, artículos 1 y 40) mas no sobre los criterios subjetivos que tenga el juzgador. Sobre tales afirmaciones, no obra razón alguna para asumirse, de plano, que la fórmula sustitutiva emana de la voluntad de quien imparte justicia ya que, al resolver el conflicto administrativo, lo hace dentro del espectro de las competencias administrativas dadas al poder público sometido a juicio contencioso-administrativo.



### **3.5. ¿Cuáles son los límites de la atribución sustitutiva del juez contencioso-administrativo?**

Si bien los poderes sustitutivos del contencioso-administrativo tienen soporte constitucional y legal, pese a lo que se alega por parte de quienes les han negado tal título, se robustecen de los límites necesarios para validar dicha potestad judicial.

Tal negación se ha sostenido en el tiempo con el propósito de quitar peso al control jurídico de la administración a efectos de reducirlo a un mero instrumento anulatorio que resulta incompatible con la exigencia de tutela subjetiva del administrado.

Lo que se ha buscado, una vez que el contencioso-administrativo ha transitado de su origen administrativo al judicial, ha sido desautorizar el que dicho proceso brinde protección subjetiva al particular. Una de las técnicas orientadas a tal propósito ha sido la relacionada a la carencia de límites como fundamento predominante para cuestionar tal atribución sin haberse tomado en cuenta que el control refuerza la calidad de norma jurídica de la Constitución (Aragón Reyes, 1987, p. 16). La verdad es que la atribución sustitutiva del juez contencioso-administrativo cuenta con límites que se han ido construyendo a través de la jurisprudencia materializada en el sentido que se asume a través de la interpretación. Procedamos a hacer un repaso sobre tales límites:

#### **3.5.1. Determinación de la competencia administrativa en el ejercicio de la actividad administrativa de Derecho administrativo sometida a control jurídico**

De manera prejuiciosa, se llega a asumir que el poder sustitutivo del juez contencioso-administrativo se produce al margen de las competencias administrativas, encontrando eco dicha expresión desafortunada inclusive en la jurisprudencia constitucional (STC n.º 0005-2016-PCC/TC, 2019; STC n.º 00002-2018-PCC/TC, 2020).

Esto se ha efectuado sobre la base del pensamiento de un juez únicamente revisor o anulatorio que solo sugiere a la administración «reconstruir» la actuación administrativa anulada esperando que esta le obedezca aun cuando sea el propio justiciable el que tenga que comunicar a la justicia la reiteración o variación del atropello administrativo. Dicha forma de pensamiento, a la fecha, se entiende largamente superada en el Estado constitucional. Se trata de una percepción distorsionada de la realidad de modo que, las atribuciones sustitutivas del órgano jurisdiccional que somete a la administración pública a su perpetuo papel vicarial, no tienen por qué rivalizar con las atribuciones legislativas y reglamentarias que delinean la competencia administrativa. Debe asumirse, con total verdad, que el poder jurídico dado al juez contencioso-administrativo reclama la evaluación de las competencias del órgano que, al tenerlas atribuidas originariamente, las ha usado activa u omisivamente de manera contraria al Derecho administrativo. Ello, atendiendo a que «las actuaciones competenciales de la Administración Pública... debe[n] ser conforme a los principios y valores que la Constitución consagra» (STC n.º 2939-2004-AA/TC, 2005, fdm. 8). Es cierto que ha de ser valorado como posible que el juez de la materia introduzca pretensiones no detalladas en el escrito de demanda mediante la integración de aquellas que, en aras de la plena jurisdicción, doten de respuesta tuitiva a quien reclama justicia.



Sin embargo, con el propósito de documentar la reducción de riesgos, la generación de estos potenciales escenarios ya ha sido materia de estudio casuístico por parte de los tribunales:

1. Precisamente, la integración de pretensiones no planteadas por el justiciable al acudir a los tribunales pero valoradas por el juez del proceso para responder, con idoneidad, el litigio administrativo viene siendo reconocido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República (Casación n.º 3394-2020-Lima, 2023, 4.5). De este modo, la curia asume que, de esa manera, se dota de plena jurisdicción al juicio contencioso-administrativo.
2. Sumando a este nuevo panorama, que es igualmente expresión de la plena jurisdicción como técnica de Derecho procesal, la admisión de la flexibilización del principio de congruencia procesal. Dicha técnica es útil para fundamentar la atribución judicial sustitutoria que, en igual sintonía, cuenta con una respuesta favorable por parte de la propia Corte Suprema (Casación n.º 8380-2021-Lima, 2023, 2.10; Casación n.º 28121-2021-Lima, 2023, 4.10) ya generando una interesante posición jurisprudencial al respecto.
3. Así como el que el nuevo aspecto introducido judicialmente sea balanceado con el derecho al contradictorio (Casación n.º 28121-2021-Lima, 2023, 4.11) para evitar fisuras en el debido proceso y eventuales declaratorias de nulidad judicial. Con esto, queda en evidencia que, ya desde la práctica jurisdiccional, los tribunales contencioso-administrativos asumen que el poder sustitutorio no resulta contrario a las competencias de la autoridad administrativa.

Atendiendo a que, la actuación administrativa de Derecho administrativo precede a su control jurídico, este es un dato que delimita el proceder del juez. Por esto, cabe dejar sentado, de manera pacífica, que la competencia administrativa puesta en tela de juicio es un dato determinante que cierra cualquier posibilidad de una potencial extralimitación de las atribuciones constitucionales de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Tales atribuciones también reposan dentro de las competencias del juez contencioso-administrativo. En una materia tan delicada, como es la de Derecho administrativo, el juez está yendo dentro de lo que el legislador puntualmente ha previsto de manera antelada materializando los pesos y contrapesos inherentes al poder público.

### **3.5.2. Los derechos fundamentales y legales sometidos al examen del juez contencioso-administrativo**

El propósito sustitutivo del juez contencioso-administrativo no opera sin límites contra todo lo que normalmente se piensa.

Al abrigo de tal previsión, el potencial riesgo de su uso que se le imputa para evitar que sea utilizado no genera convencimiento. Al efecto, como ha sido desarrollado con anterioridad, el primer dato básico nos lo brinda la técnica jurídico-administrativa de la competencia.

A continuación, los derechos fundamentales y legales involucrados en el conflicto administrativo son el siguiente dato básico a repasar para determinar las potenciales situaciones en las que un juez contencioso-administrativo puede eventualmente extralimitarse. Al entenderse que, entre la actuación administrativa sometida a juicio y las pretensiones materia



de examen jurídico, se encuentra identificado el espacio de aquello que se somete a protección en vía de su reconocimiento o restablecimiento, se llega a establecer que la acreditación de la potencial o de su comprobada titularidad es un dato limitante en la operación sustitutiva del órgano jurisdiccional. Al constituirse en afectado por la actividad administrativa, el justiciable es quien tiene la seguridad en la identificación de los derechos conculcados por la administración pública.

Sin embargo, esto no cierra la posibilidad de que oficiosamente se proceda al escrutinio de derechos no invocados en la demanda —como ha realizado, como punto de comparación, el Tribunal Constitucional peruano respecto del derecho al libre desarrollo de la personalidad en cuestiones ligadas al régimen jurídico-policia (STC n.º 2868-2004-AA/TC, 2004, fdm. 15)— atendiendo a que el ejercicio tuitivo de derechos del administrado, como de cualquier justiciable, es el eje central de la actividad jurisdiccional.

Esto, al abrigo de las expresiones «y la adopción de las medidas o actos necesarios para tales fines» y «aun cuando no hayan sido pretendidas en la demanda» (Ley n.º 27584, Poder Legislativo, 2001, artículos 5 inciso 2 y 40 inciso 2) previstas en la ley procesal.

### **3.5.3. El interés público: alcances de la potestad judicial sustitutiva del juez contencioso-administrativo en orden a potestades regladas y discrecionales**

El juzgador contencioso-administrativo se encuentra en obligación de evaluar la proyección de su atribución sustitutiva más allá del plano del proceso judicial. Ello atendiendo a que tal situación no solo debe considerarse en función al sujeto que acude a solicitar el auxilio de los Tribunales sino ante la comunidad puesto que, de acuerdo a la jurisprudencia, no puede invocarse «el imperio de la jurisdicción sin que el Estado pudiera hacer prevalecer la defensa del orden jurídico vigente, que establece de manera expresa un procedimiento administrativo específico para este propósito» (STC n.º 00654-2007-AA/TC, 2007, fdm. 17).

La salud del Derecho administrativo se regulariza cuando el juez de justicia administrativa, cuyo sistema procesal tiene basamento en la división de poderes (Cassagne, 2005, p. 92), resuelve un conflicto de naturaleza administrativa en atención a que, con tal proceder, se soluciona cualquier distorsión del carácter vicarial de las organizaciones jurídico-públicas (Huamán Órdoñez, 2020). Este aspecto reviste interés respecto del sometimiento de la administración sobre el sustento del uso de sus potestades regladas. Pues, de este modo, «si la actuación administrativa impugnada no coincide con la única permitida en el caso concreto por el ordenamiento jurídico, el juez podrá no sólo anularla, sino ordenar también, en su caso, la sustitución de aquélla por la que proceda en derecho» (Bacigalupo Saggese, 2016, p. 87) llamando a volver las cosas al estado en que deberían haber sido dadas atendiendo al modelo previamente delineado por el legislador.

La posibilidad judicial de obrar de manera distinta, frente a una controversia administrativa de naturaleza reglada, es altamente reducida. Nos sirve de referencia la regulación procesal extranjera. En España, de acuerdo a los términos de la exposición de motivos reiterada en el artículo 71 de la Ley n.º 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, «no pueden los Jueces y Tribunales determinar el contenido discrecional de los actos que anulen» y «ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados» (Cortes Generales, 1998).



Para muestra que bien puede ser aplicada al contexto contencioso-administrativo sin mayor inconveniente, el Constitucional peruano en uno de sus pronunciamientos precisa que:

...la aplicación de la sanción de cierre de un local donde se expenden y almacenan hidrocarburos, que no cuenta con la debida autorización para su funcionamiento, y la impugnación de la misma en sede administrativa, no constituye un supuesto de irreparabilidad de los derechos constitucionales demandados que derivaría en un impedimento para continuar realizando las actividades de satisfacción de prestación de los servicios públicos de su responsabilidad (STC n.º 2939-2004-AA/TC, 2005, fdm. 11)

A su turno, el control jurídico de la administración y el ejercicio de potestades judiciales sustitutivas imputables al juez contencioso-administrativo tampoco generan problema en el ámbito del sometimiento judicial de potestades discrecionales.

En consonancia con los principios de división funcional de los poderes, democrático y de cooperación entre poderes, el juzgador no hurga en el elenco de posibilidades que tiene, mantiene y retiene la administración para sí misma en orden a la autotutela y a su manifestación concreta a través de su potestad autoorganizativa.

Al efecto, atendiendo a que lo discrecional se ata a criterios de conveniencia y utilidad que remiten a la validación constitucional de la autotutela, se controla que el ejercicio de la potestad discrecional resulte consonante con la Constitución (STC n.º 0090-2004-AA/TC, 2004, fdm. 34). Ello, para garantizar su fuerza normativa, en sustento del interés público. Aquí se debe tener en consideración, a nivel de Derecho comparado en la Constitución española, que los jueces de la materia contencioso-administrativa «...controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican» (Cortes Generales, 1978, artículo 106 inciso 1) que no son sino los fines que conciernen a la comunidad.

#### **3.5.4. La motivación de los pronunciamientos del juez contencioso-administrativo: la respuesta de la Corte Suprema de Justicia de la República**

La justificación de las razones que conllevan a la fórmula sustitutiva del juez contencioso-administrativo por aquella que, en su momento, debió utilizar la administración es otro criterio relevante para asegurar los límites en el uso de dicha técnica de plena jurisdicción.

Consecuentemente, el director del proceso debe desarrollar el necesario proceso intelectual que le permite arribar a la dación de la decisión sustitutoria en el campo del control jurídico de las potestades regladas y discrecionales. Esto, con el propósito de mantener la regularidad del espacio jurídico-administrativo con la exigencia de evidenciar que el sometimiento de la administración a los tribunales de justicia se encuentra plenamente garantizado en beneficio del particular afectado por la marcha de la organización administrativa y de la comunidad en la que se interrelaciona dicho administrado.

Son las razones del Derecho las que se contienen en la emisión del pronunciamiento sustitutivo atendiendo a que, de acuerdo a los jueces, «protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el derecho suministra» (Casación n.º 11947-2022-Lima, 2023, considerando cuarto, 4.4).

Esto se realiza sobre la base de «que los jueces expliciten en forma suficiente las razones de sus fallos, con mención expresa de los elementos fácticos y jurídicos que los



determinaron» (Casación n.º 8380-2021-Lima, 2023, considerando segundo, 2.4) y no por los meros pareceres caprichosos de quien se encuentra autorizado, por la Constitución y las leyes, para dirimir un conflicto administrativo.

El poder de sustitución del juez contencioso-administrativo, de acuerdo a los tribunales, «no nace de una arbitrariedad de los magistrados» (Casación n.º 28121-2021-Lima, 2023, considerando cuarto, 4.2) sino de pretender que la autoridad actúe de conformidad con la Constitución y el Derecho objetivo.

En buena cuenta, este límite constituye una verdadera «cláusula de cierre» al miedo invasivo de las competencias del Ejecutivo como lo sostiene la Corte Suprema respecto de la fundamentación del principio de congruencia procesal. Esto, al llegarse a sostener buenamente que «el reconocimiento de la vulneración del derecho no es suficiente, en tanto resulta necesario que se adopten las medidas que sean necesarias para tal fin» (Casación n.º 28121-2021-Lima, 2023, considerando cuarto, 4.10) a raíz de una petición no resuelta por la administración referida a la prescripción de la acción de la administración para exigir el cobro de la deuda tributaria de un particular.

#### IV. CONCLUSIONES

El poder de sustitución del juez de la materia contencioso-administrativa es una herramienta que goza, en el Estado constitucional de derecho, de «buena salud» al entenderse que el control jurídico de la administración debe destacar por su plenitud.

Dicho panorama se encuentra reforzado por la proyección del principio de exclusividad que atribuye al juez que juzga a la administración, cuando ésta actúa sobre relaciones jurídico-administrativas, la correspondiente competencia para resolver conflictos administrativos más allá de un escenario de mera anulación.

Al efecto, como hemos analizado, la atribución del juez en sustituir las decisiones administrativas se hace sobre la base de su discordancia con el Derecho objetivo. Tal proceder asegura que el Poder Judicial no se inmiscuya en la labor administrativa quedando descartada, de plano, la tesis de la interferencia en la actividad del Ejecutivo que tuvo un fuerte impacto en Europa debido a la experiencia histórica que le es propia pero que no se comparte en el escenario latinoamericano. Dicho escenario se robustece más aún si se tiene en consideración que la configuración del sistema judicialista de control de la administración presupone necesariamente que sea el afectado —el administrado, interesado o ciudadano— quien deba poner a conocimiento de los jueces, a través de la identificación de las actuaciones administrativas materia de proceso y de las pretensiones a ser planteadas, el atropello de la organización administrativa. En este sentido, se descarta una intervención oficiosa directa del cuerpo judicial en los asuntos públicos.

El llamamiento a juicio, para el caso del contencioso-administrativo, se genera a razón de la actividad administrativa de Derecho administrativo anómala.

Dicho escenario lleva a entender —a contraparte— que la actividad administrativa no cuestionada en sede jurisdiccional conserva, con entera fortaleza, su validez jurídica así como su consiguiente ausencia de cuestionamiento por reputarse idónea con el Derecho administrativo que le rige. Por esto conlleva a la quietud en el ejercicio de sus competencias regladas o discrecionales usadas en el ejercicio de las atribuciones del poder público. Por otra



parte, el temor a que la intervención del juez contencioso-administrativo afecte la buena marcha de los poderes públicos se descarta abiertamente dado que el escenario actual de la separación de poderes no puede leerse en el sentido literal e histórico en el que se generó teniendo como actores a jueces no profesionales y carentes de vinculación institucional. Antes bien, su sana y armónica lectura debe proyectarse desde la perspectiva, asentada en el Estado constitucional, de que la interrelación entre los poderes públicos —incluido el judicial— se hace sobre relaciones jurídico-políticas de coordinación y cooperación.

Tal como ha sido desarrollado en las líneas precedentes, la actividad sustitutiva del juez contencioso-administrativo no es una institución desnuda o ausente de límites contra todo lo que, con «mala fama», el imaginario le ha achacado. Como institución del Derecho administrativo en general y del Derecho procesal administrativo en específico, se gesta y desarrolla al amparo científico de la técnica.

Por ello, obliga a desarrollar los aspectos que la conducen a buen puerto para su cabal utilización en el mantenimiento de la regularidad del Derecho administrativo, así como de los pesos y contrapesos inherentes al poder público. Esto, a efectos de garantizar, mediante la actividad judicial, la fuerza normativa u obligatoria de la Constitución.

De lo señalado, el propósito de la presente investigación se ha enfocado en identificar sus límites con el propósito de que su utilización sea consonante con la plenitud de jurisdicción que caracteriza al contencioso-administrativo como proceso judicial.

## REFERENCIAS

- Aragón Reyes, M. (1986). La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (17), 85-136. <https://tinyurl.com/24tr9bdb>
- Aragón Reyes, M. (1987). El control como elemento inseparable del concepto de Constitución. *Revista española de derecho constitucional*, (19), 15-52. <https://tinyurl.com/2d6kzqd8>
- Bacigalupo Saggese, M. (2016). Las potestades administrativas y la vinculación de su ejercicio al ordenamiento jurídico. Potestades regladas y discrecionales. Alonso Regueira, E. M. (Dir.). *El control de la actividad estatal: Discrecionalidad, división de poderes y control extrajudicial* (pp. 81-105). Asociación de Docentes, UBA, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. <https://tinyurl.com/2d78p6pk>
- Barrero González, E. (1993). El necesario y difícil equilibrio de juzgar a la administración. *Actualidad administrativa*, (40), 509-518.
- Bordalí Salamanca, A. (2021). Administrar y/o juzgar. Bustamante Rua, M. M, Henao Ochoa, A. P. y Ramírez Carvajal, D. M. (coord.). *Homenaje a Michele Taruffo un jurista del futuro. El legado de Taruffo para Latinoamérica* (pp. 120-141). Institución Universitaria de Envigado. <https://tinyurl.com/23blf5e3>
- Caballero Sánchez, R. (2021). La extensión del derecho administrativo y su proyección contencioso-administrativa. *Revista de Derecho público: teoría y método*, 4, 7-65. [https://doi.org/10.37417/RPD/vol\\_4\\_2021\\_637](https://doi.org/10.37417/RPD/vol_4_2021_637)
- Carrillo Donaire, J. A. (2000). Consideraciones en torno al bicentenario del Consejo de Estado francés (1799-1999). *Revista de administración pública*, (153), 519-538. <https://tinyurl.com/2c629cyu>
- Cassagne, J. C. (2005). La justicia administrativa en Iberoamérica. *Iuris Dictio*, 6(9), 91-103. <https://doi.org/10.18272/iu.v6i9.632>



- Cassagne, J. C. (2009). La discrecionalidad administrativa. *Foro Jurídico*, (9), 82-91. <https://tinyurl.com/2dye6f7g>
- Corte Suprema de Justicia de la República (2023). Casación n.º 3394-2020-Lima. Quinta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria. Lima: 06 de septiembre de 2023. <https://tinyurl.com/2215sw6a>
- Corte Suprema de Justicia de la República (2023). Casación n.º 8380-2021-Lima. Quinta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria. Lima: 23 de marzo de 2023. <https://tinyurl.com/29mtrb24>
- Corte Suprema de Justicia de la República (2023). Casación n.º 28121-2021-Lima. Quinta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria. Lima: 28 de marzo de 2023. <https://tinyurl.com/237pxal6>
- Corte Suprema de Justicia de la República (2023). Casación n.º 11947-2022-Lima. Quinta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria. Lima: 18 de mayo de 2023. <https://tinyurl.com/2d7ym27k>
- Eguiguren Praeli, F. J. (2005). La finalidad restitutoria del proceso constitucional de amparo y los alcances de sus sentencias. *Derecho & Sociedad*, (25), 144-149. <https://tinyurl.com/2d4kdlu3>
- García de Enterría, E. (1962). La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos). *Revista de administración pública*, (38), 159-208. <https://tinyurl.com/29xhq6ex>
- Huamán Ordoñez, L. A. (2020). Los poderes del Juez Contencioso-Administrativo: Análisis de los principales aspectos materia del encuentro jurisdiccional nacional de jueces especializados en materia constitucional y contencioso-administrativo. *Revista Española de Derecho Administrativo*, (205), 359-378.
- Jácome Ordoñez, M. D. C. (2015). *El control judicial de la actividad discrecional de la administración pública en el Ecuador. Quito, 2015* [Tesis de la Maestría en Derecho. Mención en Derecho Administrativo. Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Área de Derecho]. <https://tinyurl.com/258nw7wt>
- Laguarda, R. M. (1997). La dialéctica entre la inmunidad del poder y su control jurisdiccional. *Jueces para la democracia*, (29), 81-88.
- Leguina Villa, J. (2008). Jurisprudencia constitucional sobre el artículo 106.1 CE. *Revista de administración pública*, (177), 231-246. <https://tinyurl.com/2an9tkev>
- López Menudo, F. (2021). Del administrado al ciudadano: cuarenta años de evolución. *Revista Andaluza de Administración Pública*, (104), 18-44. <https://doi.org/10.46735/raap.n104.1114>
- López Ramón, F. (1988). Límites constitucionales de la autotutela administrativa. *Revista de Administración Pública*, (115), 57-98. <https://tinyurl.com/27jgbca7>
- Martínez Useros, E. (1957). Sistema del régimen jurídico de la Administración. *Anales de la Universidad de Murcia (Derecho)*, 69-181. <https://tinyurl.com/22qysr5f>
- Sáinz de Robles, F. C. (1999). Las transformaciones de la función de juzgar a la Administración en los últimos cincuenta años. *Revista de Administración Pública*, (150), 515-532. <https://tinyurl.com/26vcavlq>
- Theis, J. H. (1956). Aspectos de la jurisprudencia actual del Consejo de Estado francés. *Revista de Administración Pública*, (19), 303-312. <https://tinyurl.com/2b8c2mls>
- Tribunal Constitucional (2004). STC n.º 0090-2004-AA/TC. Arequipa: 5 de julio de 2004. <https://tinyurl.com/2yxulg4w>
- Tribunal Constitucional (2004). STC n.º 2868-2004-AA/TC. Lima: 24 de noviembre de 2004. <https://tinyurl.com/2arf6ujt>



Tribunal Constitucional (2005). STC n.º 2939-2004-AA/TC. Pucallpa: 13 de enero de 2005.  
<https://tinyurl.com/2xnene62>

Tribunal Constitucional (2005). STC n.º 3741-2004-AA/TC. Lima: 14 de noviembre de 2005.  
<https://tinyurl.com/26nr7khe>

Tribunal Constitucional (2007). STC n.º 00654-2007-AA/TC. Lima: 10 de julio de 2007.  
<https://tinyurl.com/24megkbh>

Tribunal Constitucional (2013). STC n.º 03373-2012-PA/TC. Lima: 31 de octubre de 2013.  
<https://tinyurl.com/293887ne>

Tribunal Constitucional (2019). STC n.º 0005-2016-PCC/TC. Lima: 25 de julio de 2019.  
<https://tinyurl.com/2aowl7vb>

Tribunal Constitucional (2020). STC del Pleno n.º 533/2020 contenida en el Expediente n.º 00002-2018-PCC/TC. Lima: 16 de julio de 2020. <https://tinyurl.com/2bscc6jg>

