



**FACULTAD DE DERECHO
UNIDAD DE POSGRADO**

**LA RESTRICCIÓN AL OTORGAMIENTO DE LA TUTELA
CAUTELAR EN EL PROCESO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO Y SU INCIDENCIA EN LA EFICACIA
DE LA SENTENCIA ESTIMATORIA**

**PRESENTADA POR
JUAN CARLOS MONTOYA MUÑOZ**

**ASESOR
MIGUEL EDUARDO RAMOS MIRAVAL**

TESIS

**PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRO EN DERECHO CON
MENCION EN DERECHO CIVIL Y COMERCIAL**

**LIMA – PERÚ
2021**



CC BY-NC-ND

Reconocimiento – No comercial – Sin obra derivada

El autor sólo permite que se pueda descargar esta obra y compartirla con otras personas, siempre que se reconozca su autoría, pero no se puede cambiar de ninguna manera ni se puede utilizar comercialmente.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>



USMP
UNIVERSIDAD DE
SAN MARTIN DE PORRES

**FACULTAD DE DERECHO
UNIDAD DE POSGRADO**

**“LA RESTRICCIÓN AL OTORGAMIENTO DE LA TUTELA
CAUTELAR EN EL PROCESO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO Y SU INCIDENCIA EN LA EFICACIA DE LA
SENTENCIA ESTIMATORIA”**

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRO EN
DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO CIVIL Y COMERCIAL**

**PRESENTADA POR:
JUAN CARLOS MONTOYA MUÑOZ**

**ASESOR:
Dr. MIGUEL EDUARDO RAMOS MIRAVAL**

**LIMA – PERÚ
2021**

Dedicatoria

A mi esposa Gina y a mis hijos Giancarlo y Madeleine, mis seres amados, por ser mi motor, soporte emocional y fuente de constante estímulo en todos los proyectos que emprendo en la vida.

Agradecimiento

A Dios por concederme la existencia A mis padres;
César y Esperanza, autores de mis días mi gratitud
eterna, Al Poder Judicial, mi segundo hogar donde
transito muchas horas de mi vida.

ÍNDICE

Dedicatoria.....	ii
Agradecimiento	iii
RESUMEN	xii
ABSTRACT.....	xiv
ABREVIATURAS.....	xvi
INTRODUCCIÓN	xvii
CAPÍTULO I PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	1
1.1 Descripción de la situación problemática	1
1.2 Formulación del problema	9
1.2.1 Problema general.....	9
1.2.2 Problema específico	9
1.3 Objetivos de la investigación.....	9
1.3.1 Objetivo general.....	9
1.3.2 Objetivo específico.....	10
1.4 Justificación de la investigación	10
1.4.1 Importancia de la investigación.....	10
1.4.2 Viabilidad de la investigación.....	11
1.5 Formulación de Hipótesis	12
1.5.1 Hipótesis General	12
1.5.2 Hipótesis Específica.....	12

1.6	Limitaciones de estudio.....	13
CAPÍTULO II MARCO TEÓRICO		14
2.1	Antecedentes de la Investigación.....	14
2.1.1	Antecedentes Nacionales	14
2.1.2	Antecedentes Internacionales	17
2.2	Bases teóricas.....	21
2. La Tutela Cautelar		21
2.2.1	Evolución Histórica de la Tutela Cautelar	21
2.2.2	Concepto de Tutela Cautelar	26
2.2.3	La Tutela cautelar como manifestación de la Tutela Jurisdiccional efectiva	27
2.2.4	La Medida Cautelar.....	30
2.2.5	Características de la Medida Cautelar	32
2.2.6	Presupuestos de la Medida Cautelar	42
3.	La Tutela cautelar y su regulación en el Ordenamiento Jurídico	
	Peruano.....	51
3.3.1	Constitución Política del Perú	51
3.3.2	Código Procesal Civil.....	52
3.3.2.1	Requisitos Art. 610 del CPC	53
3.3.2.2	Fundamentos Art. 611 del CPC.....	54
3.3.2.3	Evaluación y trámite de la medida cautelar	55
3.3.3	Nuevo Código Procesal Constitucional.....	57
3.3.4	Código Tributario	59

3.3.5	Ley de Arbitraje.....	60
4.	El Proceso Contencioso Administrativo	62
4.4.1	Antecedente histórico	62
4.4.2	Regulación normativa nacional.....	66
4.4.3	Definición	68
4.4.2	Principios	69
4.4.3	Objeto del Proceso	73
4.4.3.1	Exclusividad - Estructura de los Órganos jurisdiccionales de la Especialidad contencioso administrativa Distrito Judicial de Lima.....	73
4.4.3.2	Actuaciones impugnables.....	77
4.4.3.3	Pretensiones.....	83
a)	Declaración de nulidad de actos administrativos	83
b)	Reconocimiento o restablecimiento del derecho – plena jurisdicción	86
c)	Declaración de contraria a derecho y cese de actuación material	90
d)	Orden a la administración pública de la realización de determinada actuación	91
e)	Indemnización por daño causado	93
4.4.3.4	Sujetos del Proceso.....	94
4.4.3.5	Desarrollo del Proceso - Ordinario y Urgente – Diagramas	96

4.4.3.6	Sentencia estimatoria y su Eficacia	96
5.	La Tutela Cautelar en el Proceso Contencioso Administrativo	98
5.5.1	La constitucionalización de la medida cautelar en el contencioso administrativo.....	98
5.5.2	Oportunidad	101
5.5.3	Presupuestos de la medida cautelar.....	103
5.5.3.1	Verosimilitud del derecho invocado – ponderación	104
5.5.3.2	Peligro en la demora	110
5.5.3.3	Adecuación.....	112
5.5.4	Juicio cautelar – gráfico	114
5.5.5	¿Resulta razonable mantener el “inaudita altera pars”?	114
5.5.6	Medidas Cautelares especialmente procedentes	117
5.5.6.1	Medida Innovativa	117
5.5.6.2	Medida de No Innovar	119
5.5.7	La Tutela cautelar y la Jurisprudencia	120
5.5.7.1	Jurisprudencia del Tribunal Constitucional	120
5.5.7.2	Jurisprudencia de las Salas Contenciosas Administrativas de la Corte Superior de Justicia de Lima.....	125
6.	La Tutela cautelar en el contencioso administrativo y la Independencia Judicial.....	127
6.7.1	Noción de Independencia judicial	127
6.7.2	Afectación a la Independencia judicial	130

6.7.2.1	Investigación disciplinaria del Ocma.....	130
6.7.2.2	Investigación disciplinaria del CNM.....	132
6.7.2.3	Investigación de Prensa: Convoca.pe	135
7.	La Tutela cautelar diferenciada en el contencioso administrativo ..	138
7.1	Noción de Tutela jurisdiccional diferenciada.....	138
7.2	Necesidad de una tutela cautelar diferenciada para el proceso contencioso administrativo.....	140
7.3	Definición de Términos básicos	142
	CAPÍTULO III METODOLOGÍA	145
3.1	Diseño metodológico	145
3.2	Aspectos éticos	147
	CAPÍTULO IV RESULTADOS	148
	Tablas, Gráficos, Encuestas y Análisis de Resoluciones judiciales	
	CAPITULO V DISCUSIÓN.....	178
	Análisis e Interpretación	178
	Contrastación de Hipótesis General.....	192
	Contrastación de Hipótesis Específica	195
	CONCLUSIONES	197
	RECOMENDACIONES	200
	ANÁLISIS COSTOS BENEFICIO	206
	FUENTE BIBLIOGRÁFICA.....	208

ANEXOS	212
- Diagrama del Proceso Ordinario	213
- Diagrama de Proceso Urgente	214
- Pleno Jurisdiccional Distrital	215
- Pleno Jurisdiccional Regional.....	216
- Resoluciones Judiciales que resuelven medidas cautelares	217

ÍNDICE DE TABLAS

TABLA 1	148
TABLA 2	150
TABLA 3	152
TABLA 4	154
TABLA 5	156
TABLA 6	158
TABLA 7	160

ÍNDICE DE GRÁFICOS

GRÁFICO 1	149
GRÁFICO 2	151
GRÁFICO 3	153
GRÁFICO 4	155
GRÁFICO 5	157
GRÁFICO 6	159
GRÁFICO 7	161
GRÁFICO 8	162
GRÁFICO 9	163
GRÁFICO 10	163
GRÁFICO 11	164
GRÁFICO 12	164
GRÁFICO 13	165
GRÁFICO 14	165
GRÁFICO 15	166
GRÁFICO 16	167
GRÁFICO 17	168

RESUMEN

El presente trabajo de investigación analiza la tutela cautelar, concebida como una manifestación de la tutela jurisdiccional efectiva y mecanismo que asegura la eficacia de la sentencia estimatoria. Sin embargo durante su actuación el Juez desarrolla un comportamiento restrictivo al otorgamiento de tutela cautelar, por ello el objetivo general será determinar si existen límites que restringen el otorgamiento de la Tutela Cautelar en el Proceso Contencioso Administrativo y si afecta la eficacia de la sentencia estimatoria dictada en el distrito judicial de Lima y el objetivo específico determinar la forma idónea para que a la luz del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, se amplíen facultades para el otorgamiento de tutela cautelar diferenciada en el proceso contencioso administrativo que garantice la eficacia de la sentencia estimatoria.

En esa línea se empleará una metodología de investigación descriptiva – explicativa y deductiva. Además la presente investigación tiene un diseño no experimental. Por consiguiente lo investigado nos permitirá conocer si el juez al evaluar los presupuestos de la tutela cautelar: verosimilitud del derecho invocado, peligro en la demora y la adecuación, encuentra en el marco normativo, TUO de la Ley N° 27584, las sentencias del Tribunal Constitucional N°005-2016-PCC/TC del 25 de julio de 2019 y N°00002-2018-PCC/TC del 16 de julio de 2020 y la afectación a la independencia judicial, límites que generan una actuación restrictiva al otorgamiento de tutela cautelar en el proceso contencioso administrativo.

PALABRAS CLAVE: Tutela cautelar, Proceso Contencioso Administrativo, Tutela Jurisdiccional Efectiva, Tutela cautelar diferenciada.

ABSTRACT

This research work analyzes the precautionary measure, conceived as a manifestation of effective jurisdictional protection and a mechanism that ensures the effectiveness of the judgment.

However, during his performance, the Judge develops a restrictive conduct to the granting of the precautionary measure. Therefore, the general objective will be to determine if there are limits that restrict the granting of the Precautionary Measure in the Contentious Administrative Process and if it affects the effectiveness of the favorable sentence issued in the judicial district of Lima. The specific objective will be to determine the suitable way, within the framework of the right to effective judicial protection, to expand the powers to grant precautionary measures and the powers to grant differentiated precautionary measures in the administrative litigation process that guarantee the effectiveness of the favorable judgment.

In this line, a descriptive - explanatory and deductive research methodology will be used. In addition, this research has a non-experimental design. Consequently, the research will allow us to know if the judge, when evaluating the assumptions of the precautionary measure: verisimilitude of the right invoked, danger in the delay and adequacy, finds in the normative framework, "TUO of Law No. 27584, the rulings of the Constitutional Court N°005-2016-PCC/TC of 25 July 2019 and N°00002-2018-PCC/TC of 16 July 2020 and the threat to judicial independence, limits that generate a restrictive action to the granting of precautionary measure in the contentious administrative process.

KEY WORDS: Precautionary Measure, Contentious Administrative Process, Effective Jurisdictional Protection, Differentiated Precautionary Measures

ABREVIATURAS

CPP	Constitución Política del Perú
CPC	Código Procesal Civil - aprobado por Decreto Legislativo 768
LPCA	Ley N° 27584 – Ley que regula el proceso contencioso Administrativo
TUO de la LPCA	Decreto Supremo N° 011-2019-JUS, que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley que regula el proceso contencioso administrativo
LPAG	Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General
TUO de la LPAG	Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General
TUO del CT	Texto Único Ordenado del Código Tributario
TUO de la LOPJ	Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial
PCA	Proceso Contencioso Administrativo

INTRODUCCIÓN

La acción contencioso administrativa en el Perú, se encuentra prevista en el artículo 148 de la Constitución Política de 1993, habiendo sido desarrollada por la Ley N° 27584 - Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, aprobada actualmente mediante su Texto Único Ordenado – Decreto Supremo N° 011-2019-JUS y que a decir de su primer artículo tiene por finalidad el control jurídico por el Poder Judicial de las actuaciones de la administración pública sujetas al derecho administrativo y la tutela de los derechos e intereses legítimos de los administrados, cuando puedan verse afectados por actuaciones procedentes de la administración pública.

El proceso contencioso administrativo es uno de cognición o de debate probatorio de naturaleza escrita, que se genera, evoluciona y llega a su acto terminal con el dictado de la sentencia, no obstante a efectos de impedir que el resultado del proceso se vea frustrado por las contingencias que puedan acaecer durante el decurso de una litis o se genere un daño en el derecho cuya protección se reclama en el proceso, surge la tutela cautelar, concebida como una manifestación de la tutela jurisdiccional efectiva y mecanismo que asegura la eficacia de la sentencia.

La tutela cautelar en el contencioso administrativo se encuentra prevista en los artículos 37 a 39 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584, que regula la oportunidad, los requisitos y las medidas especialmente procedentes en este tipo

de procesos: medida cautelar de innovar y de no innovar, contenidas en el Código Procesal Civil.

No obstante que la disposición legal referida faculta al juez, que para conceder medida cautelar, ha de evaluar sus presupuestos: verosimilitud del derecho invocado, el peligro en la demora y la adecuación, sin embargo durante su actividad jurisdiccional su apreciación viene enfrentando límites, que tienen incidencia al momento de conceder la tutela cautelar.

En atención a ello, al investigador lo motiva analizar, cuáles son los límites que estarían generando un comportamiento restrictivo en el otorgamiento de la tutela cautelar en el proceso contencioso administrativo y si esa tendencia deja a los justiciables expuestos a la afectación de la eficacia de la sentencia estimatoria, por cuanto el no neutralizar el riesgo que implica el transcurso del tiempo, la tornaría en inútil.

En tal sentido se plantea como problema general el siguiente enunciado ¿Existen límites que restringen el otorgamiento de la Tutela Cautelar en el Proceso Contencioso Administrativo y que afecta la eficacia de la sentencia estimatoria dictada en el distrito judicial de Lima? y como problema específico ¿De qué manera a la luz del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, existe la necesidad de otorgar tutela cautelar en el proceso contencioso administrativo que garantice la eficacia de la sentencia estimatoria?.

Asimismo como objetivo general se propone determinar si existen límites que restringen el otorgamiento de la Tutela Cautelar en el Proceso Contencioso

Administrativo y si afecta la eficacia de la sentencia estimatoria dictada en el distrito judicial de Lima y como objetivo específico determinar la forma idónea para que a la luz del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, se amplíen facultades para el otorgamiento de tutela cautelar diferenciada en el proceso contencioso administrativo que garantice la eficacia de la sentencia estimatoria.

En esa línea se empleará una metodología de investigación descriptiva – explicativa y deductiva. Además la presente investigación tiene un diseño no experimental.

Finalmente este trabajo de investigación se ha dividido en 5 Capítulos: en el Capítulo I se desarrolla el planteamiento del problema, en el Capítulo II, el marco teórico, en el Capítulo III, la metodología, en el Capítulo IV, los resultados y en el Capítulo V, la discusión.

CAPITULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1 Descripción de la situación problemática.

La acción contencioso administrativa en el Perú, se encuentra prevista en el artículo 148 de la Constitución Política de 1993, habiendo sido desarrollada por la Ley N° 27584 - Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, aprobada mediante su Texto Único Ordenado – Decreto Supremo N° 011-2019-JUS y que a partir del 15 de abril del 2002, incorporó un cambio paradigmático en la justicia contencioso administrativa, al establecer acorde con su finalidad, el control jurídico por el Poder Judicial de las actuaciones de la administración pública sujetas al derecho administrativo y además el modelo de "plena jurisdicción", es decir un proceso subjetivo de control pleno de la actuación administrativa que tutela de manera efectiva los derechos e intereses legítimos de los administrados, cuando puedan verse afectados por actuaciones procedentes de la administración pública.

El proceso contencioso administrativo se caracteriza por ser escrito y sus plazos aun cuando breves, en la práctica, la secuencia de actos procesales hasta la obtención de una decisión definitiva, implica un largo período de espera, que paradójicamente resulta necesario para el despliegue de todas las garantías y razones que den solución al conflicto; no obstante cuando un justiciable se ve afectado por la ejecución material inmediata de una actuación impugnada, propio de la autotutela de la administración, empero no ajustada

a derecho, por ejemplo: el cese laboral, la separación de su centro de estudios, la revocatoria de la licencia de funcionamiento de su comercio, la suspensión para ejercer cargo público, la inhabilitación para poder contratar con el Estado, etc., le resulta trascendental neutralizar sus efectos y asegurar la efectividad de su pretensión, tanto más por ser conocida la sobrecarga procesal que afronta la justicia contenciosa administrativa. Precisamente el antídoto para hacer frente al tiempo de la demora del proceso es la tutela cautelar, es por ello que al investigador lo motiva el análisis de dicha Institución procesal, por ser una manifestación de la tutela jurisdiccional efectiva y mecanismo que asegura la eficacia de la sentencia estimatoria.

Así tenemos que el capítulo VI, artículos 37 a 39 del Decreto Supremo N° 011-2019-JUS, que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584, regula la tutela cautelar contencioso administrativo, en relación a la oportunidad, los requisitos y las medidas especialmente procedentes en este tipo de procesos; refiriéndose a la medida cautelar de innovar y de no innovar, contenidas en el Código Procesal Civil y especialmente estudiadas por la doctrina argentina, que facultan al juez a restablecer el estado de hecho o de derecho, vulnerado con la actuación impugnada, al momento de interposición de la demanda o disponer el “status quo” del acto administrativo impugnado, lo que no impide a que supletoriamente, pueda optar por el dictado de otras medidas cautelares establecidas en el texto adjetivo citado, atendiendo a su atipicidad y a la diversidad de manifestaciones mediante las cuales se expresa la Administración Pública y requiera de tutela.

Ahora bien, no obstante que la regulación referida faculta al juez, que para conceder la medida cautelar, ha de evaluar sus presupuestos: verosimilitud

del derecho invocado, el peligro en la demora y la adecuación, sin embargo su apreciación enfrenta límites que generan una actuación restrictiva al otorgamiento de tutela cautelar, encontrándose entre ellas:

1. El marco normativo, hay que considerar que conforme al Decreto Supremo N° 011-2019-JUS, que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584 **(i)** el artículo 38, al regular los presupuestos para la concesión de la medida cautelar, en cuanto a la verosimilitud del derecho invocado, establece un test de proporcionalidad con el interés público, el cual en el entendido que beneficia a toda la sociedad puede colocar en inferioridad el interés invocado por el particular; como por ejemplo se presenta; cuando la administración ambiental (OEFA) en su rol tutelar del medio ambiente, impone una multa por daños a la salud y ecosistema frente a la alegación de una empresa minera que afirma no haber superado los límites máximos permisibles en la descarga de relaves y por ende no existir contaminación o cuando PRODUCE como ente rector del sector pesquero, impone una sanción por extraer recursos hidrobiológicos que superan la capacidad de bodega de una embarcación pesquera frente a la afirmación de su titular quien señala que la fórmula aplicada por la administración para establecer la capacidad de la bodega es errónea; de ahí que el parámetro de comparación no sea el adecuado, al no permitir determinar la invalidez de la actuación administrativa impugnada, fomentando así la denegatoria de la medida cautelar solicitada; **(ii)** asimismo otro aspecto que no resulta claro del texto de la Ley, es si el requisito de la inminencia del perjuicio irreparable contenido en las medidas de innovar o no innovar previsto en los artículos 682 y 687 del Código Procesal Civil, debe ser

acreditado por el solicitante, debido a la supletoriedad del citado texto legal o si sólo debe cumplir con los requisitos que establece la Ley N° 27584, atendiendo a sus propias especificaciones. **(iii)** Tampoco la regulación cautelar es clara y abona en la confusión, cuando el solicitante invocando los supuestos de hecho, de las medidas de innovar o de no innovar, equivoca una por otra o peticiona una medida temporal sobre el fondo, prevista en el artículo 674 del Código citado, desconociendo la finalidad y naturaleza de cada medida y aun cuando la tutela cautelar en el contencioso administrativo es atípica y faculta al juez adecuarla, no puede pasar por alto, que esta última contiene una disposición que pueda concederse, siempre que los efectos de la decisión sea de posible reversión y no afecte el interés público, evidenciando a todas luces una norma restrictiva. **(iv)** De otro lado siguiendo el procedimiento establecido por el Código Procesal Civil, la medida cautelar es otorgada “Inaudita altera parte” es decir sin oír a la parte contraria, regla que a nuestro juicio, no sólo evidencia una afectación al derecho al contradictorio o de “igualdad de armas” del afectado, sino que además, desde mi propia experiencia, debido a que el Juez sólo cuenta con la versión y prueba aparejada del solicitante de la medida y no de la administración, que le permita tener una visión completa de los intereses en conflicto que suele fluir del expediente administrativo, se genera un elemento disuasivo de otorgamiento de la tutela cautelar. **(v)** Lo referido encuentra su correlato también en una de las formas en que el juez suele pronunciarse, esto es no te otorgo medida cautelar, por insuficiencia probatoria de tu verosimilitud y que en todo caso debe ser objeto de debate probatorio, al resolver la cuestión de fondo mediante la sentencia. Lo descrito, son algunas de las dificultades que se presentan en

la interpretación y aplicación de la normativa referida que al adolecer de una regulación adecuada, desalientan la concesión de tutela cautelar.

2. La Sentencia del Tribunal Constitucional N° 005-2016-PCC/TC del 25 de julio de 2019, la referida sentencia que fue amparada por mayoría, resolvió declarar fundada la demanda de conflicto de competencia planteada por el Poder Ejecutivo contra el Poder Judicial, por expedir resoluciones judiciales que afectan las atribuciones exclusivas en materia de pesquería y acuicultura, señalando:

“Los jueces no tienen competencia para otorgar autorización, permisos, o derechos de pesca sino para controlar las razones expuestas por la administración en las resoluciones que hubiesen sido impugnadas ante su despacho. Corresponderá al propio Produce enmendar lo que se encuentre viciado según lo declarado por el propio órgano jurisdiccional competente”
(Exp. N° 005-2016-PCC/TC, Fundamento 83)

En otras palabras ello supone que los Jueces no pueden sustituir a la administración pesquera en el ámbito de sus competencias y que se deben limitar a analizar las razones por las cuales la entidad pública, adoptó una decisión para que esta vía reenvío lo corrija. De lo expuesto advertimos una limitación al principio de plena jurisdicción y por ende a la posibilidad que cuando se presente una medida cautelar que pretenda el reconocimiento o restablecimiento de un derecho de pesca, el juez no pueda concederla,

limitándose tan sólo a la suspensión de la actuación administrativa y reenvío a la administración de ser el caso.

De otro lado a propósito de la demanda de conflicto de competencia planteada por el Poder Ejecutivo contra el Poder Judicial sobre reincorporación, otorgamiento de beneficios y ascensos, mediante resoluciones judiciales, al personal de la Policía Nacional del Perú pasado a retiro por renovación de cuadros, el Tribunal Constitucional dictó la **Sentencia, Exp N° 00002-2018-PCC/TC del 16 de julio de 2020**, estableciendo lo siguiente:

“Por tales consideraciones, este Tribunal estima pertinente reafirmar que el otorgamiento de ascensos es una atribución exclusiva del Poder Ejecutivo y que bajo ninguna circunstancia, un juez ordinario o constitucional puede otorgarlos, independientemente del proceso encauzado, sea que se trate de un proceso contencioso administrativo o de procesos constitucionales” (Exp. N° 00002-2018-PCC/TC, Fundamento 150)

Para luego también señalar:

“Finalmente, todo lo desarrollado en la presente sentencia, deberá ser considerado por el juez competente, en lo que respecta también al otorgamiento de **medidas cautelares**, conforme a lo establecido por el ordenamiento jurídico vigente, sea que se trate de una controversia ordinaria o de naturaleza constitucional” (Exp N° 00002-2018-PCC/TC, Fundamento 151)

De lo antes expuesto, pretensiones como el reconocimiento de puntajes o tiempo de servicios con la finalidad de ascenso por el personal de la Policía Nacional del Perú pasado a retiro por renovación de cuadros, serán desestimados, lo que alcanza también a las medidas cautelares, que serán rechazadas, al desvanecerse la posibilidad que se dicte una sentencia estimatoria; ello en buena cuenta se enmarca en la línea restrictiva para el otorgamiento de medidas cautelares de pretensiones como las referidas y que se plantean en un proceso contencioso administrativo.

3. La afectación a la Independencia Judicial, el referido principio y garantía constitucional de la administración de justicia de la Independencia judicial, se encuentra consagrado en el artículo 139 numeral 2 y 146 numeral 1 de la Carta magna y de acuerdo con el artículo 44 de la Ley N° 29277 - Ley de Carrera Judicial -, no da lugar a sanción la discrepancia de opinión ni de criterio en la resolución de los procesos, sin embargo un sector de Jueces en lo contencioso administrativo del Distrito Judicial de Lima, se han visto sometidos a procedimientos administrativos disciplinarios por el Órgano de Control de la Magistratura – OCMA, por la concesión de medidas cautelares que suspenden la inhabilitación de Empresas, impuestas por OSCE y las habilita para contratar con el Estado o que ascienden a oficiales de la Policía Nacional y que derivó en investigaciones ante el Ex Consejo Nacional de la Magistratura - CNM; entre otros, generando ello una interferencia en la labor jurisdiccional y cuestionamiento de la decisión cautelar, a la que se suma la sociedad civil, como el caso del medio digital convoca.pe, que si bien, podría entenderse por el derecho a la crítica de una resolución judicial y en algunos casos por lo

controversial de la medida dispuesta, sin embargo el descrédito público es de tal magnitud, que alimenta una actitud más restrictiva del Juez, quien para evitar sospechas sobre su conducta funcional, opta por denegar la tutela cautelar.

En atención a ello, en la presente investigación se analizará, los límites que estarían generando un comportamiento restrictivo en el otorgamiento de la tutela cautelar en el proceso contencioso administrativo y si esa tendencia deja a los justiciables expuestos a la afectación de eficacia de la sentencia estimatoria, tornándola en inútil.

1.2 Formulación del Problema.

Estando a la situación problemática detallada precedentemente, nuestra investigación se orienta a los siguientes enunciados formulados en forma de pregunta, que serán objeto de estudio durante su desarrollo.

1.2.1 Problema General.

¿Existen límites que restringen el otorgamiento de la Tutela Cautelar en el Proceso Contencioso Administrativo y que afecta la eficacia de la sentencia estimatoria dictada en el distrito judicial de Lima?

1.2.2 Problema Específico.

¿De qué manera a la luz del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, existe la necesidad de otorgar tutela cautelar en el proceso contencioso administrativo que garantice la eficacia de la sentencia estimatoria?

1.3 Objetivos de la Investigación.

1.3.1 Objetivo general.

Determinar si existen límites que restringen el otorgamiento de la Tutela Cautelar en el Proceso Contencioso Administrativo y si afecta la eficacia de la sentencia estimatoria dictada en el distrito judicial de Lima.

1.3.2 Objetivo Específico.

Determinar la forma idónea para que a la luz del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, se amplíen facultades para el otorgamiento de tutela cautelar diferenciada en el proceso contencioso administrativo que garantice la eficacia de la sentencia estimatoria.

1.4 Justificación de la Investigación.

1.4.1 Importancia de la investigación.

La investigación será de suma importancia, pues contribuirá desde el enfoque jurídico y social al estudio de la tutela cautelar en el proceso contencioso administrativo y su incidencia en el aseguramiento de eficacia de la sentencia estimatoria. Tiene especial relevancia, pues se analizará el antecedente histórico desarrollo, finalidad de la tutela cautelar y su manifestación como una

de las formas de la Tutela Jurisdiccional Efectiva y del mismo modo se identificará su regulación en el ordenamiento jurídico peruano, partiendo de la norma vértice, la Constitución y luego los textos legales respectivos a fin de conocer sus particularidades.

En ese sentido la presente investigación analiza, el proceso contencioso administrativo y cómo la interpretación de su finalidad, objeto del proceso y la sentencia estimatoria, resultan relevantes para conocer los alcances de la tutela cautelar como instrumento para neutralizar el tiempo que demora la duración del proceso frente a la eficacia de la actuación impugnada que afecte al justiciable.

Asimismo, la importancia de la investigación radica en mostrar como el marco normativo, Decreto Supremo N° 011-2019-JUS, que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584, Ley que regula el proceso contencioso administrativo, la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 005-2016-PCC/TC y N° 00002-2018-PCC/TC y la afectación de la independencia judicial, por ciertas Entidades y la Sociedad Civil, generan límites en el comportamiento del Juez, respecto al otorgamiento de tutela cautelar.

Finalmente el impacto que la investigación generará en el sistema jurídico, es de vital importancia, puesto que permitirá analizar la implementación de una forma idónea para que a la luz del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y tomando en cuenta las diversas formas en que se manifiesta la administración pública en su relación con el administrado, se otorgue al juez, amplias

facultades de poder de cautela en el proceso contencioso administrativo, que garantice la eficacia de la sentencia estimatoria y evite que se convierta en ilusoria, dada la excesiva morosidad del proceso, experiencia esta última, que he podido comprobar por mi condición de juez contencioso administrativo y que es mi mayor motivación disuadir.

1.4.2 Viabilidad de la Investigación.

El investigador cuenta con la experiencia académica y los recursos económicos necesarios, así como el acceso a la información y otros necesarios para desarrollar la presente investigación, como datos estadísticos, encuestas y resoluciones judiciales en relación a la tutela cautelar en el proceso contencioso administrativo, durante el 2018 - 2020, en el distrito judicial de Lima.

1.5 Formulación de Hipótesis.

1.5.1 Hipótesis General.

El marco normativo, TUO de la Ley Nro. 27584, las sentencias N°005-2016-PCC/TC del 25 de julio de 2019 y N°00002-2018-PCC/TC del 16 de julio de 2020 expedidas por el Tribunal Constitucional y la afectación de la independencia judicial, son límites que restringen el otorgamiento de la tutela cautelar en el proceso contencioso administrativo incidiendo en la eficacia de la sentencia estimatoria.

1.5.2 Hipótesis Específica.

Existe la necesidad para que a la luz del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, se implemente la forma idónea que amplíe facultades para el otorgamiento de tutela cautelar diferenciada en el proceso contencioso administrativo que garantice la eficacia de la sentencia estimatoria.

1.6 Limitaciones de la Investigación.

No existen limitaciones para el desarrollo de la investigación.

CAPITULO II

MARCO TEÓRICO

2.1 Antecedentes de la Investigación.

2.1.1 Antecedentes Nacionales.

En el ámbito nacional, se ha ubicado los antecedentes de estudios anteriores relacionados con la presente investigación, dicho material, consistente en Tesis son los siguientes:

Ticona Ancco, M. (2017) *La Verosimilitud del derecho como juicio de probabilidad para la adopción de medidas cautelares en procesos contenciosos administrativos* (Tesis para título de abogado) Universidad Nacional del Altiplano, Puno, Perú. Recuperado de www.tesis.unap.edu.pe. Se propuso como objetivo: “Analizar e interpretar la verosimilitud del derecho en el artículo 39 inciso 1) de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo conforme a las posiciones doctrinarias y la argumentación de este presupuesto en la adopción de medidas cautelares por los Juzgados Civiles de Puno en el año 2015. Utilizó un enfoque cualitativo y diseño dogmático jurídico así como estudio de casos cualitativos. El método de la investigación comprende tanto el dogmático como el comparativo, ambos ayudan al mejor entendimiento del contenido de verosimilitud del derecho en la doctrina como

en el tratamiento que le da la legislación comparada a este presupuesto ampliamente conocido.

De la investigación empírica efectuada por el autor, arriba a las siguientes conclusiones: (...) La verosimilitud del derecho contenida en el inciso 1) del artículo 39 de la Ley N° 27584, se debe interpretar como aquella probabilidad que se desprende a partir de los fundamentos fácticos y la prueba aportada por el peticionante, dado que estos indicadores son verificables objetivamente, a diferencia de la segunda interpretación que es subjetiva ya que para su adopción exige una discrecionalidad del Juez basado en las máximas de experiencia y los fundamentos expuestos en la solicitud cautelar sin considerar el elemento probatorio. Los Juzgados Civiles de Puno no delimitan adecuadamente el contenido de la verosimilitud del derecho en la argumentación de sus decisiones; solo realizan citas legales de la norma, sin expresar las razones que justifiquen la adopción de las medidas cautelares; es así, que en el proceso de análisis se advirtió que esta deficiente interpretación por parte de los jueces es ocasionado por un error en la redacción del artículo 39° inciso 1 de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo por reunir dos categorías jurídicas ajenas entre sí, porque desnaturaliza el contenido esencial de la verosimilitud del derecho planteado por la doctrina frente a la presencia de la ponderación. Por tal razón se afecta el principio de la tutela jurisdiccional efectiva. Asimismo de los 150 expedientes analizados; 80 expedientes realizan interpretaciones literales, en 25 expedientes interpretan como juicio de probabilidad y en 45 expedientes como apariencia del derecho”.

Urrutia Saccatoma, J. (2015) *La medida cautelar en el proceso contencioso administrativo en materia de contrataciones con el estado, a nivel de la Corte Superior de Justicia de Lima* (Tesis para título de abogada) Universidad Autónoma del Perú, Lima, Perú. Recuperado de www.repositorio.autonoma.edu.pe. Se propuso como objetivo: “Identificar los criterios evaluados en la determinación de la medida cautelar innovativa en relación a la sanción de inhabilitación para contratar con el Estado Peruano en el Proceso Contencioso Administrativo en el Distrito Judicial de Lima, puesto que hoy en día se ve que muchas de las medidas cautelares presentadas ante el órgano jurisdiccional están siendo rechazadas por la autoridad judicial. El tipo de investigación es de naturaleza explicativa. (...) también pretendemos explicar las causas que determinan el manejo inadecuado de algunas medidas cautelares, tanto por los abogados como por los jueces, así como ciertas regulaciones defectuosas e insuficientes de algunos institutos. Es por ello que el presente estudio se justifica (...) teniendo en cuenta que la tutela cautelar permite garantizar que el órgano jurisdiccional, cuando llegue la ocasión, pueda hacer ejecutar lo juzgado”.

Jiménez Vivas, J. (2006) *Las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo, problemas, análisis y alternativas* (Tesis de maestría) Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú. Recuperado de www.cybertesis.unmsm.edu.pe. Se propuso como objetivo: “Primer.- Encontrar y proponer una redacción del Cap. VI de la Ley N° 27584 que rescate los elementos básicos de la teoría cautelar y contenga los puntos de más precisa aplicación en los procesos contenciosos administrativos.

Segundo.- Diseñar un marco teórico normativo de las medidas cautelares que permita su mejor y más exacto empleo por parte de los órganos jurisdiccionales en los procesos contenciosos administrativos. Tercero.- Demostrar que en los procesos contenciosos administrativos es de preferente aplicación la medida cautelar genérica e incluso ante algunos supuestos, formas de tutela procesal diferentes a la cautelar, básicamente de tipo urgente. Utilizó como método descriptivo- explicativo. Asimismo el autor arriba a la siguiente conclusión: El tratamiento jurisdiccional del Instituto de medidas cautelares efectivamente ofrece dudas y contradicciones en muchos de los procesos cautelares resueltos, lo cual surge como consecuencia de un impreciso texto legal y un deficiente conocimiento de la teoría de las medidas cautelares en su aplicación al proceso contencioso administrativo”.

2.1.2 Antecedentes Internacionales.

En el ámbito internacional, se ha ubicado los antecedentes de estudios anteriores relacionados con la presente investigación, dicho material, consistente en Tesis son los siguientes:

Coello Jácome, C. (2019), *Las Medidas Cautelares dentro del Proceso Contencioso Administrativo* (Tesis de maestría), Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, Ecuador. Recuperado de www.uasb.ec. En esta tesis el autor arriba a las siguientes conclusiones: “Que es fundamental que las potestades y prerrogativas de las que goza la administración sean controladas para que no se conviertan en abusos del poder estatal, de ahí que la legislación debe

dotar a los ciudadanos de las herramientas necesarias para que quien ostenta tales ventajas no realice un ejercicio arbitrario de su poder. (...) Las medidas cautelares son instrumentos jurídicos procesales que se deben implementar de forma urgente en el proceso contencioso administrativo ecuatoriano a fin de hacer efectiva la garantía del derecho a una tutela judicial efectiva. Implementación que no debe ser tibia ni limitada a la sola suspensión del acto administrativo, para que se cumpla el fin último de su instauración que es garantizar la tutela judicial a través de sentencias eficaces que no se turben por el paso del tiempo, en desmedro de quienes acuden ante la administración de justicia para impugnar las actuaciones estatales”.

Herrera, D. (2012) *La Ejecución Provisional de Sentencias en lo Contencioso Administrativo* (Tesis de Licenciatura), Universidad de San José, Costa Rica. Recuperado de www.iiij.ucr.ac.cr. Se propuso como Objetivo: “Determinar si es o no necesaria una reforma al Código Procesal Contencioso Administrativo en cuanto a la regulación actual de la figura de la ejecución provisional de sentencias, de manera tal que se considere en cumplimiento del principio constitucional de justicia pronta y cumplida y en atención a la seguridad jurídica, utilizó como métodos: inductivo y deductivo. Arribando a las siguientes conclusiones:

En efecto, se logró determinar que el actual artículo 146 del Código Procesal Contencioso Administrativo, no regula la ejecución provisional de sentencias de una manera correcta, siendo que en el texto de la norma se incurre en un error conceptual al determinar que se ejecutarán provisionalmente los extremos firmes de una sentencia.

Una sentencia solo se ejecuta provisionalmente cuando no está en firme, de lo contrario, se trata de una ejecución definitiva.

Se descartó la posibilidad de que existan similitudes suficientes entre las medidas cautelares y la ejecución provisional de sentencias, tales que se considere que son sustituibles unas por otras.

Las medidas cautelares son figuras complejas, que se han generalizado en las distintas áreas del Derecho y que tienen una serie de características y presupuestos claramente establecidos y desarrollados por la doctrina”.

Domínguez Jiménez, Ad. (2013), *La interpretación de las normas que regulan la suspensión y las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo federal mexicano* (Tesis de maestría), Universidad Panamericana, México. Recuperado de www.scripta.up.edu.mx. Se propuso como objetivo: “El objeto de la investigación son las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo federal mexicanos a partir de 2006. La presente investigación tiene como propósito u objetivo general descubrir cuál es la naturaleza o esencia de las medidas cautelares en el juicio contencioso administrativo federal mexicano a partir de 2006, sus elementos, caracteres, presupuestos, criterios complementarios para su concesión y su clasificación. No como un catálogo conceptual, sino más allá, para lograr una interpretación y aplicación adecuada de las normas que rigen la institución cautelar, utilizó como método: histórico, analítico, inductivo, deductivo, comparativo y sistemático, como Técnica: Las técnicas utilizadas en la presente investigación fueron la documentación sistemática y la observación sistemática.

Arribando a las siguientes conclusiones:

Las medidas cautelares en los juicios contencioso administrativos constituyen una excepción de la ejecutividad inmediata de los actos administrativos, que exigen tener en cuenta, si con su concesión se afectara el interés general.

En la legislación contenciosa administrativa federal mexicana, de la Ley de Justicia Fiscal de 1936 y los Códigos Fiscales de la Federación de 1938, 1966 y 1981, se aprecia que sólo establecieron como medida cautelar en el juicio, la suspensión tradicional y por un periodo breve, el embargo precautorio para el juicio de lesividad, cuando se tenían elementos para determinar que le asistiría la razón a la autoridad fiscal.

Es a partir de 2006 que en la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo se introducen las medidas cautelares necesarias, distintas de la suspensión, como una nueva modalidad que amplía el panorama de medidas cautelares en beneficio de los justiciables.

El objeto material de las medidas cautelares necesarias corresponde a los actos administrativos impugnables en dicho juicio o los vinculados con los mismos, por tanto, las medidas cautelares necesarias serán las relacionadas con esos actos de autoridad”.

2.2 Bases Teóricas.

2. La Tutela Cautelar.

2.2.1 Evolución histórica de la Tutela Cautelar.

La Tutela cautelar bajo distintas formas tuvo su génesis desde la antigüedad, pero su desarrollo doctrinario ha evolucionado a lo largo del tiempo hasta consolidarse como una Institución procesal. Tal como lo propone Ramos (2006, Pág. 54) en su recorrido histórico puede distinguirse tres grandes momentos: “época de la marginalidad, época de la responsabilidad y la época del control judicial”.

Dichas épocas son abordadas por Pérez Ríos, Carlos (2010) en *“Estudio integral de las medidas cautelares en el proceso civil peruano”* (Tesis de Doctorado) Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú.

I.- Época de los orígenes

Esta etapa corresponde al proceso romano y al derecho medioeval en los que la tutela cautelar era una institución circunstancial y accesoria en el litigio y tenía una regulación escueta orientada a la protección de situaciones concretas: representa la infancia de la tutela cautelar. El profesor Ramos Romeu llama a este momento, época de la marginalidad, empero más que la marginalidad se trata de un momento de desarrollo incipiente y limitado a determinadas instituciones jurídicas, con un tratamiento marcadamente sustantivo.

En esta época estudiosos del derecho romano han constatado la existencia de otras instituciones que jugarían un papel similar al de la tutela cautelar tal y como se le conoce hoy en día. Entre estas instituciones reguladas por el derecho romano figuran: El nexum, la cautio damni infecti, la operis novi nunciatio, la pignoris capio, la misio in possessionem, la restitutio ad integrum, entre otras (...).

En el siglo XII, en el Código de las Siete Partidas de Alfonso X el Sabio, en el Título IX de la Partida III se reguló el secuestro de bienes muebles ante seis supuestos debidamente tipificados, correspondía al juez comprobar la concurrencia de las circunstancias previstas para dictar el secuestro. Cuyo precedente romano es la defensa procesal del secuestro conocido como secuestraria.

(...) Como se ha podido apreciar, todas las instituciones presentadas, si bien tienen contenido cautelar por su finalidad, muchas de ellas eran realizadas en ámbito extraprocesal y las llevadas a escenario procesal eran postuladas como pretensiones principales. En suma no tenían tratamiento cautelar procesal sino cautelar sustantivo.

II.- Época de la Responsabilidad

Se ingresa a esta época en el siglo XIX cuando la sanción de nulidad sobre la transmisión de los bienes litigiosos es derogada por no responder a las necesidades de la incipiente economía de mercado. En este momento de evolución de la tutela cautelar se produce el acceso a un sistema de responsabilidad para el solicitante de la medida; integrándose en el ámbito de protección cautelar al propio afectado con la medida, ante el eventual desamparo de la pretensión principal.

A partir de entonces, la tutela cautelar empieza a cobrar mayor importancia práctica y tanto las leyes como la doctrina empiezan a tratarla en forma sistemática.

III.- Época del control judicial

En el siglo XX se produce una revolución en el tratamiento normativo de la tutela cautelar, este cambio está representado por la delegación al juez, de la responsabilidad de establecer las circunstancias en que una medida es óptima, es decir por el establecimiento de un control judicial intenso de las solicitudes de tutela cautelar. (Pág. 52-58)

Pero ciertamente fue la doctrina italiana la que sentó las bases para la construcción de una teoría cautelar, siendo Giuseppe Chiovenda el primero en hablar de tutela cautelar como una forma de tutela jurisdiccional autónoma al mismo nivel de la tutela ejecutiva y declarativa en su obra "Principios del

derecho procesal civil” y luego el destacado procesalista Piero Calamandrei quien en su obra cumbre “Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares” publicada en 1936, generó un cambio radical en el estudio de la teoría cautelar, ratificando la idea de Chiovenda en cuanto a que la tutela cautelar era una forma autónoma de tutela jurisdiccional, junto a la tutela cognitiva y ejecutiva y que el rasgo que la distinguía de aquellas era el peligro en la demora; así entre sus conclusiones Calamandrei (2005) refiere:

Nuestro estudio nos permite también confirmar la insuficiencia y la restricción del criterio sistemático seguido por ciertos autores, especialmente alemanes, que no hacen una categoría por sí mismas de las providencias cautelares sino que las consideran como un apéndice de la ejecución forzada (...) Yo pienso por el contrario, que las providencias cautelares tienen su inconfundible fisonomía procesal que permite colocarlas en la sistemática del proceso como categoría por sí mismas, determinables a base de criterios que, aun no siendo los mismos que sirven para distinguir las providencias de cognición de las de ejecución, no se transforman por eso de procesales en materiales. La definición de las providencias cautelares, sin salir del campo procesal, ha de buscarse, más que a base de un criterio ontológico, a base de un criterio teleológico: no en la cualidad (declarativa o ejecutiva) de sus efectos, sino en el fin (anticipación de los efectos de la providencia principal), a que sus efectos están preordenados; ya que éstos aparecen

desde su iniciación destinados a extinguirse en el momento en que puedan ceder el puesto o los efectos de la providencia principal. (Pág. 135-137).

En la actualidad, según refiere Monroy P. (2002)

La Teoría Cautelar tiene buena parte de sus características perfectamente delineadas, sobre las cuales la doctrina ha formado consenso. (...) Sin embargo el elemento que caracteriza al instituto en cuestión de entre todas las categorías jurídicas, aunque haya otras que indirectamente se encargan de tal finalidad y sobre el cual existe total aceptación, es el hecho de que la medida cautelar está destinada a garantizar la eficacia del proceso. (Pág. 101-102)

2.2.2 Concepto de Tutela Cautelar.

A decir de Monroy P. (2002, Pág. 125) “es un instrumento procesal que contribuye a una tutela jurisdiccional efectiva, asegurando para ello que el proceso concluya con una solución que pueda ser concretada no sólo en el plano jurídico sino en el fáctico”

A su turno Ledesma (2013) nos refiere que:

La tutela cautelar se orienta precisamente a brindar un pronunciamiento provisorio, en tanto se va definiendo la certeza del derecho en litigio. Ese pronunciamiento se

justifica porque se requiere de una tutela efectiva cuando se defina el derecho de fondo; sin embargo, para obtener ese pronunciamiento provisorio no es suficiente justificaciones, sino mostrar indicios que el derecho de fondo que se busca tutelar, sea altamente probable que se ampare. (Pág. 68).

De otro lado la destacada, procesalista Eugenia Ariano (2014) no señala que:

La tutela cautelar se presenta, pues, desde la óptica del sujeto necesitado de tutela (el “justiciable”) como una auténtica garantía de obtener la tutela efectiva y definitiva de sus derechos, en todos aquellos supuestos en los que el tiempo necesario para obtener la razón constituye fuente potencial de ineficacia de aquella, máxime en una realidad como la que estamos viviendo en donde la velocidad en que se desenvuelven las relaciones humanas y jurídicas ha convertido al propio tiempo en un bien. (Pág. 18)

Por su parte el jurista nacional, Giovanni Priori (2019) menciona que:

Dado que la función de la tutela cautelar era asegurar la eficacia de la sentencia que se iba a dictar en el futuro, su elemento característico fundamental y su razón de ser era, precisamente, el temor de que el tiempo que toma el proceso pueda generar un daño a quien se veía en la necesidad de acudir a él. (Pág. 145)

Los textos citados nos brindan una noción de lo que se entiende por tutela cautelar, sin embargo resulta necesario aportar una definición, así consideramos que la tutela cautelar es una técnica que representa la posibilidad que tiene todo justiciable de resguardar la eficacia de la sentencia a dictar, frente al riesgo de la demora que implique el trámite del proceso.

2.2.3 La Tutela cautelar como manifestación de la Tutela Jurisdiccional efectiva.

Conforme a lo señalado en líneas precedentes, fue la doctrina italiana en la figura de Chiovenda y Calamandrei quienes sostuvieron que la tutela cautelar era una forma autónoma de tutela jurisdiccional, pero con una dinámica distinta a la cognitiva y de ejecución.

Concepto de Tutela Jurisdiccional

Priori (2019) nos señala al respecto:

Exige que toda persona tenga la posibilidad de acudir libre e igualitariamente a un órgano jurisdiccional para solicitar la protección de cualquier derecho e interés frente a cualquier lesión o amenaza, en un proceso que reúna las mínimas garantías, luego del cual se expedirá una decisión motivada y definitiva sobre el fondo de la controversia que sea eficaz.

(...) El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva no sólo exige que el diseño legislativo del proceso cumpla con esas exigencias constitucionales, sino que exige también que cada proceso en específico que se desarrolle delante de un juez cumpla con esas exigencias. Esas exigencias por lo demás, se dan desde el inicio del mismo proceso, pues garantizan el libre e igualitario acceso a él y trascienden el momento mismo de la expedición de la sentencia pues la tutela constitucional del proceso se extiende hasta la satisfacción del propio derecho, cuya protección se reclama. (Pág. 80)

Guerra (2019, Pág. 59) nos refiere que “la tutela jurisdiccional constituye el derecho que tienen las personas de recibir una respuesta a sus pretensiones por parte del órgano jurisdiccional – Poder Judicial”.

Indacochea (2008) nos recuerda que la nueva orientación dada por la doctrina al concepto de tutela jurisdiccional efectiva;

Se encuentra íntimamente ligada a la satisfacción del derecho material, pues desde el punto de vista del justiciable, resulta inútil obtener una sentencia que declare que su posición se encuentra respaldada por ese derecho objetivo, si ésta resulta finalmente inejecutable. Lo que importa es que el proceso le brinde resultados concretos.

(...) Así las cosas, resulta evidente que la tutela cautelar se constituye en uno de los elementos más importantes en el

marco de la exigencia contemporánea de una tutela jurisdiccional efectiva, toda vez que, dado su carácter instrumental, permite preservar al proceso de los efectos perniciosos que el tiempo puede tener sobre su objeto, al sustraerlo y volver inútil todo el mecanismo procesal.

(...) Ante ello, la tutela cautelar resulta un instrumento destinado a asegurar la eficacia de la eventual resolución definitiva favorable al demandante y en esa medida constituye uno de los componentes esenciales del derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva, tal como este derecho viene siendo concebido. (Pág. 285-286)

Expuestas dichas ideas y en la línea de Giovanni Priori, en un sistema jurídico, el diseño del proceso es para cumplir una exigencia constitucional, la efectividad de la tutela, el Estado promete a los ciudadanos en que la tutela de sus derechos fundamentales y no fundamentales tiene que ser efectiva, es decir: adecuada, oportuna y eficaz.

En este contexto en que la protección debe ser efectiva, se presentan algunos riesgos o amenazas que impedirían se brinde la tutela que la Constitución garantiza (artículo 139.3), como el tiempo que toma el proceso para dar respuesta o solución a un conflicto.

En el derecho procesal se presenta una paradoja, el tiempo, pues está en la esencia misma de la naturaleza del proceso, por cuanto este debe desplegar todas sus garantías para dar una respuesta fundada en razones, de ahí que se hace necesario diseñar mecanismos, para evitar que ese mismo tiempo termine por afectar su eficacia.

Una de esas técnicas es la tutela cautelar para hacer frente al riesgo que el tiempo genera en el proceso, es por esa razón que su vinculación con la tutela jurisdiccional efectiva es de tal magnitud que se le ha llegado a considerar como un derecho fundamental en sí y una manifestación de ella, que se ofrece a todos los ciudadanos desde la Constitución.

2.2.4 La Medida Cautelar.

Luego de habernos referido a la Institución de la tutela cautelar (género), corresponde ahora mencionar algunos conceptos planteados por la doctrina, sobre la Medida Cautelar (especie), así tenemos:

El insigne procesalista Piero Calamandrei (2005), a finales de la década de los cuarenta señaló:

(...) las providencias cautelares nacen de la relación que se establece entre dos términos: la necesidad de que la providencia, para ser prácticamente eficaz, se dicte sin retardo y la falta de aptitud del proceso ordinario para crear sin retardo una providencia definitiva. (...) Las providencias cautelares representan una conciliación entre las dos exigencias, frecuentemente opuestas, de la justicia: la de la celeridad y la de la ponderación; entre hacer las cosas pronto pero mal, y hacerlas bien pero tarde, las providencias cautelares tienden, ante todo a hacerlas pronto, dejando que el problema del bien y mal, esto es de la justicia intrínseca de

la providencia, se resuelva más tarde, con la necesaria ponderación, en las reposadas formas del proceso ordinario. (Pág. 43-44)

En nuestro medio el jurista Monroy G. (2004) define a la medida cautelar como:

Una institución procesal a través del cual el órgano jurisdiccional, a propuesta de una de las partes, asegura el cumplimiento del fallo definitivo (es decir del que se va a ejecutar), ordenando se adelante algunos efectos del fallo o asegurando que las condiciones materiales existentes a la interposición de la demanda no sean modificadas. (Pág. 123)

Nuestro colega y amigo de la judicatura, Salas (2011) ensaya también una definición, señalando que:

La medida cautelar debe entenderse como un acto procesal que preventivamente reconoce determinados derechos al solicitante, con el propósito de asegurar la eficacia de la decisión definitiva. Se dicta antes o en el curso de un proceso, siempre que exista verosimilitud del derecho invocado y la necesidad de la medida. (Pág. 212)

En mi opinión considero que la medida cautelar es un Instrumento procesal que se plantea con la finalidad de asegurar, conservar, transformar o anticipar provisoriamente la eficacia de la sentencia.

2.2.5 Características de la Medida Cautelar.

En cuanto a las características podemos decir que son aquellos rasgos o cualidades propias de las medidas cautelares que nos permiten comprender su naturaleza, finalidad y utilidad.

- **Prejuzgamiento**

Respecto a esta característica, Ledesma (2013) nos señala que:

Prejuzgar importa emitir opinión precisa y fundada sobre puntos concretos que deberán ser motivo de decisión antes de la oportunidad fijada para pronunciarse. (...) La medida cautelar importa un prejuzgamiento porque el Juez al pronunciarse sobre ella, sea estimándola o desestimándola, anticipa opinión, pero no vincula lo expuesto en la resolución cautelar con la decisión final (sentencia). El Juez no está en condiciones de afirmar que la pretensión demandada será amparada en la sentencia. Si bien se obtuvo la medida cautelar con base en una apariencia del derecho, ese criterio puede ser alterado por lo actuado en la etapa probatoria del proceso, haciendo luego que la decisión final sea diferente a la que se hubiese tomado antes de ella. En otras palabras la

sentencia pronunciada en el expediente principal no se encuentra condicionada por la decisión cautelar, puede ser incluso desfavorable a quien obtuvo la medida.

(...) Este prejuzgamiento se realiza bajo la necesidad de una prevención urgente, para lo cual no se busca la certeza, pues alcanzar esta llevaría un largo tiempo. Lo que se busca es aproximarnos a esa certeza a través de una simple apariencia del derecho como resultado de una cognición mucho más expedita y superficial. (Pág. 485-486)

Coincidimos con la jurista referida, pues desde mi experiencia como magistrado, en efecto, cuando se presenta una petición cautelar, esta es evaluada y analizada, sobre la base del caudal probatorio que presenta el solicitante y que consiste en determinar la existencia de la apariencia del derecho invocado y que en la medida de su acreditación o no, conduzca a la concesión o rechazo de la medida. Dicha decisión desde luego, importa una opinión y en rigor no se trata de un juzgamiento previo, toda vez que dicha etapa se encuentra reservada para el proceso principal, marcado por una secuencia de fases y actos procesales, entre ellos el debate probatorio de la cuestión de fondo que conlleve a la determinación de certeza en la sentencia. Es por esta razón que una medida cautelar concedida o rechazada, no vincula ni mucho menos condiciona el sentido de una sentencia.

- **Provisoria**

Al respecto Monroy P. señala (2002, Pág. 153) “Al constituir la medida cautelar una forma de tutela que se desarrolla al interior del proceso, sus efectos culminarán, en el supuesto más prolongado, cuando se expida la sentencia o auto que ponga fin a la relación procesal”

En tanto que Ledesma (2013) en cuanto a esta característica, señala:

La medida cautelar no es permanente, ni absoluta, ni menos se puede asociar la cosa juzgada material a ella. Eso significa que tiene una duración limitada en el tiempo porque está relacionada con el fallo definitivo. Lo provisorio es lo que está destinado a durar hasta que sobrevenga un evento sucesivo. Está vinculada con su vigencia, en cuanto está destinada a cesar tan pronto agote su función; por lo tanto, en el caso de las medidas cautelares se mantienen sus efectos mientras no se dicte la resolución final en el expediente principal.

(...) dictada la sentencia de fondo, por imperio de esta desaparece el instituto cautelar para dar nacimiento a otra situación, variable según sea que se rechace la demanda a cuya sombra nació la medida precautoria, lo que producirá la extinción automática de esta última, o que, en cambio, se haya hecho lugar y en consecuencia se transformará en uno de los tantos trámites del proceso de ejecución de sentencia, adoptando una forma definitiva” (Pág. 487-488)

Al respecto coincidimos con Monroy P., por cuanto en efecto la provisoriedad o temporalidad de la que goza la medida cautelar, se mantiene vigente en tanto se expida la sentencia o en su caso el auto final que ponga fin al proceso. Respecto de este último diremos que ello puede acaecer, en tanto acontezca el abandono, la conciliación, transacción, el desistimiento del proceso o la pretensión, se declare fundada una excepción que conlleve a la conclusión del proceso o se declare la sustracción de la materia, entre otros supuestos.

Y en cuanto al dictado de la sentencia, la vigencia de la medida cautelar, puede extenderse hasta que esta adquiere la condición de firme o consentida; incluso aun cuando la primera instancia la haya desestimado, pues en dicho supuesto el solicitante bien puede lograr mantener su vigencia hasta que sea revisada por la instancia superior, siempre que ofrezca contracautela de naturaleza real o fianza solidaria, tal como lo permite nuestra legislación procesal (artículo 630 del CPC).

En resumen la medida cautelar no tiene carácter definitivo y por ende no adquiere la autoridad de cosa juzgada, propia de la sentencia; sino ostenta vigencia temporal, pero su medular importancia radica, que en tanto se resuelva el fondo de la controversia, sus efectos neutralizan el riesgo de la morosidad del proceso, anticipando o asegurando la eficacia de una sentencia estimatoria.

- **Instrumentalidad**

Fue el insigne procesalista Piero Calamandrei (2005) quien por primera vez planteó la instrumentalidad del procedimiento cautelar, señalando:

Las cautelas nunca constituyen un fin por sí mismas, sino que están ineludiblemente preordenados a la emanación de una ulterior providencia definitiva, el resultado práctico de la cual aseguran preventivamente. Nacen, por decirlo así, al servicio de una providencia definitiva, con el oficio de preparar el terreno y de aprontar los medios más aptos para su éxito. Esta relación de instrumentalidad o, como lo han dicho otros, de subsidiaridad, que liga inevitablemente toda providencia cautelar a la providencia definitiva en previsión de la cual se dicta, es el carácter que más netamente distingue la providencia cautelar de la llamada declaración de certezas con predominante función ejecutiva: ésta nace, como se ha visto, con la esperanza de que una providencia posterior no sobrevenga y le impida convertirse en definitiva; aquella nace en previsión e incluso en espera de una providencia definitiva posterior, en defecto de la cual no sólo no aspira a convertirse en definitiva sino que está absolutamente destinada a desaparecer por falta de objeto. (Pág. 44-45).

Lo reseñado conllevaría a que Calamandrei las reconozca como “instrumento del instrumento”.

Por su parte Monroy P. (2002) al comentar esta característica, refiere:

La instrumentalidad es una ligazón o vocación de servicio entre el pronunciamiento cautelar y el proceso al que está destinado a proteger, en la medida en que el resultado positivo y oportuno del primero, garantiza la posibilidad de que la decisión final emitida en el segundo pueda desplegar plenamente sus efectos materiales y jurídicos y con ello asegurar la eficacia de la tutela procesal. (Pág. 153)

A su turno Guerra (2019) nos explica que:

(...) al proceso se le denomina instrumento para la realización de derechos; sin embargo muchas veces este gran instrumento requiere de un auxilio o de un medio complementario que contribuya a alcanzar sus fines y ese medio es el procedimiento cautelar o las medidas cautelares. (Pág. 240)

En la línea de los textos esbozados, debemos señalar que la instrumentalidad de la medida cautelar, reposa en que su nacimiento y vigencia se supedita al proceso principal; es decir que en tanto exista un proceso principal, la medida cautelar concedida, seguirá desplegando sus efectos, los mismos que aseguran la eficacia del resultado final obtenido en dicho proceso.

El hecho que una medida cautelar puede plantearse antes de iniciado el proceso principal, no le resta la subordinación a este último, pues su vigencia y eventual caducidad, estará supeditada al planteamiento

posterior de la demanda y nacimiento del proceso principal (artículo 636 del CPC).

En la práctica judicial podemos advertir que esa instrumentalidad se manifiesta en la formación del expediente, la medida cautelar se forma como un cuaderno incidental o acompañado que estará siempre supeditado al expediente principal.

- **Variable**

Respecto a esta característica, Guerra (2019) refiere que:

Es esta característica que principalmente nos sirve para señalar que el dictado y ejecución de una medida cautelar no adquieren la calidad de cosa juzgada. La variabilidad está relacionada con la eficiencia de la medida cautelar, con la razonabilidad y proporcionalidad y con el principio de mínima injerencia. (Pág. 244)

A su vez Ledesma (2013) nos comenta:

La resolución cautelar no causa estado, tampoco configura un prejuzgamiento, como ya se ha explicado y no adquiere eficacia de cosa juzgada, esto permite que durante la vigencia de la medida, pueda sufrir modificaciones. Cuantas veces cambie la situación que motivó la expedición de una medida cautelar, el juez podrá modificarla, por ello se dice

que a través de la variación se busca adaptar la medida al logro de su función.

(...) La variación permite la mutación de los elementos de la resolución cautelar, atendiendo a la modificación de las circunstancias sobre cuyas bases se decretaron; así como también su restablecimiento en consonancia con nuevos elementos de juicio que se aporten, pues la providencia que las decreta no es alcanzada por los efectos de la cosa juzgada material, es decir pueden ser sustituidas unas por otras, ampliadas, revocadas o reducidas en cualquier momento luego del examen correspondiente del juez. (Pág. 493-494)

Por su parte Monroy P. (2002) nos explica que:

La variabilidad es un fenómeno muy relacionado con el tema de la provisionalidad cautelar, de hecho, la cercanía semántica de aquellos términos hace comunes los casos en que ambas características son confundidas por la doctrina. Sin embargo, es claro que se trata de dos elementos distintos, perfectamente identificables cada uno de ellos tanto en el momento de calificar la resolución, como en el de concederla. Mientras que la provisionalidad niega la posibilidad de que la medida cautelar sea un instrumento definitivo, al encontrarse está supeditada a la existencia de

un proceso principal y de los presupuestos de la situación jurídica tutelada, la variabilidad permite, tanto a las partes como al juez, pedir y ordenar respectivamente, la modificación o revocación de la medida durante la tramitación del proceso.

A juicio del referido procesalista (...) la medida cautelar sólo es variable en dos supuestos, originados en un mismo fundamento:

- a. Cuando exista una alteración de las circunstancias en la relación material, al punto que la medida cautelar dictada anteriormente se torne injusta por la ausencia de algún presupuesto procesal presente al momento de su concesión, cuando provoque el riesgo de un perjuicio irreparable, se requiera de una mayor amplitud para continuar siendo eficaz o de su reducción para que no siga causando perjuicios innecesarios; o

- b. Cuando exista una alteración de las circunstancias en la relación procesal, es decir, cuando del desarrollo de la discusión procesal desaparezcan o se alteren los presupuestos procesales que dieron lugar a la medida cautelar antes dictada. Ello sin mayor duda, deberá dar lugar al levantamiento de la medida otorgada, luego de que se haya escuchado la posición de ambas partes. (Pág. 162-164)

A la luz de lo expuesto, la variabilidad implica modificar o sustituir la medida cautelar originalmente concedida en función a haber surgido nuevas circunstancias que determinan la necesidad de dotarla de mayor eficiencia y proporcionalidad durante la tramitación del proceso; así nos encontramos en el supuesto de modificación cuando el titular de la medida o la parte afectada solicitan al juez, la modificación de la forma, la variación de los bienes sobre los que recae o su monto o cambiando al órgano de auxilio judicial, tal como se encuentra regulado en el artículo 617 del CPC. En tanto que nos encontramos en el supuesto de sustitución cuando la medida cautelar garantiza una pretensión dineraria y el afectado deposita el monto fijado en la medida u ofrece una garantía suficiente a criterio del juez para reemplazarla previo traslado al peticionante, tal como establece el artículo 628 del CPC.

2.2.6 Presupuestos de la Medida Cautelar.

Los presupuestos son aquellos elementos que concurren copulativamente para el otorgamiento de una medida cautelar y que en la doctrina se conocen como:

La verosimilitud del derecho invocado, el peligro en la demora y la adecuación.

A continuación explicaremos cada una de ellas;

- **La Verosimilitud del derecho invocado**

Este presupuesto es conocido en la doctrina como el “Fumus bonis iuris” y a decir del insigne procesalista Piero Calamandrei (2005) la cognición cautelar se limita en todos los casos a un **juicio de probabilidades y de verosimilitud**.

Así nos explica:

Declarar la certeza de la existencia del derecho es función de la providencia principal: en sede cautelar basta que la existencia del derecho aparezca verosímil, o sea, para decirlo con mayor claridad, basta que según el cálculo de probabilidades, se pueda prever que la providencia principal declarará el derecho en sentido favorable a aquel que solicita la medida cautelar. El resultado de esta cognición sumaria sobre la existencia del derecho tiene pues, en todos los casos, valor no de declaración de certeza sino de hipótesis; solamente cuando se dicte la providencia principal se podrá ver si la hipótesis corresponde a la realidad. No existe nunca, en el desarrollo de la providencia cautelar, una fase ulterior destinada a profundizar esta investigación provisoria sobre el derecho y a transformar la hipótesis en certeza: el carácter hipotético de este juicio está íntimamente identificado con la naturaleza misma de la providencia cautelar y es un aspecto necesario de su instrumentalidad. (Pág. 77-78)

Pero que debemos entender por Verosimilitud? Verosímil es lo que tiene apariencia de verdadero.

A su turno, Ledesma (2013) nos refiere:

En el caso del presupuesto de verosimilitud del derecho para la concesión de la medida cautelar, este implica que la pretensión tenga un sustento jurídico que la haga discutible, pues lo que se requiere es un “humo” de la existencia del derecho en debate (o al debatir, tratándose de medida cautelar fuera del proceso), debiendo ser probable que se pueda demostrar mediante la comprobación de los hechos. Por ende, la configuración de la verosimilitud o apariencia de buen derecho no requiere la prueba plena y terminante del derecho, sino la posibilidad razonable de que este derecho exista (en una cognición sumaria y breve) y que por lo tanto, la demanda sobre el fondo del litigio prospere, pues la certeza o la falta de ella, se irá obteniendo en el decurso del proceso, plasmándose en la sentencia. (Pág. 77)

Sobre el citado presupuesto, Monroy P. (2002) sostiene:

El solicitante de la medida cautelar deberá demostrar al juez que la pretensión principal que se intenta garantizar tiene una posibilidad razonable de ser declarada fundada al pronunciarse la sentencia. Por tratarse de un mecanismo solicitado durante el transcurso del proceso, mientras se lleva

a cabo la discusión procesal (litis), resulta humanamente imposible que el juez pueda tener **certeza** de que la medida solicitada garantizará el futuro derecho a ser considerado por la sentencia (contingencia). Adicionalmente la propia estructura del pedido cautelar, al buscarse con urgencia un mecanismo que acabe con la situación de peligro, impide un análisis detallado de la fundabilidad de la pretensión llevada al proceso. Tengamos en cuenta que, precisamente, por aquella situación de urgencia, el actor tan sólo se limita a presentar una información sumaria respecto de las posibilidades de su posición frente al proceso. (Pág. 170-171)

A nuestro juicio y en el quehacer de la práctica judicial, este presupuesto es trascendente, pues el Juez debe efectuar un juicio de verosimilitud de la prueba presentada y argumentos del peticionante de la medida cautelar, recurriendo al uso de reglas básicas, lógicas y máximas de la experiencia que lo persuadan de la apariencia razonable o probabilidad que en el futuro pueda dictar sentencia que declare fundada la demanda.

- **Peligro en la demora**

Conocido también como el *periculum in mora*, está referido al temor que existe de que el tiempo que toma el proceso puede terminar generando un daño en el derecho cuya protección se reclama en el proceso. El daño es uno producido o derivado de la demora del trámite del proceso principal.

Monroy P. (2002) sostiene:

El periculum in mora está referido a la amenaza de que el proceso se torne ineficaz durante el tiempo transcurrido desde el inicio de la relación procesal hasta el pronunciamiento de la sentencia definitiva. Su existencia no está sustentada necesariamente en la posibilidad de que actos maliciosos del demandado impidan el cumplimiento de lo pretendido por el demandante, sino también en que el sólo transcurso del tiempo constituye, de por sí, un estado de amenaza que merece una tutela especial. No se trata de proteger al afectado del daño genérico que implica un conflicto de intereses, pues este es tutelado precisamente, por un proceso judicial. El periculum in mora está destinado específicamente, a proteger que lo pedido al momento de demandar (petitorio) sea pasible de obtener una tutela efectiva en caso de que la sentencia declare fundada la demanda” (Pág. 176)

Piero Calamandrei distinguía dos tipos de periculum in mora:

- Peligro de infructuosidad y
- Peligro de la tardanza de la providencia principal

Señalando (2005):

Algunas de las providencias cautelares (...) no tratan de acelerar la satisfacción del derecho controvertido, sino solamente de suministrar anticipadamente los medios idóneos para conseguir que la declaración de certeza (...) o la ejecución forzada (...) del derecho, se produzcan, cuando la lentitud del procedimiento ordinario lo consienta en condiciones prácticamente más favorables, en otras palabras, lo urgente no es la satisfacción del derecho sino el aseguramiento preventivo de los medios aptos para determinar que la providencia principal, cuando llegue sea justa y prácticamente eficaz.

(...) En cambio en otros casos (...) la providencia interina trata de acelerar en vía provisoria la satisfacción del derecho, porque el periculum in mora está constituido no por la temida desaparición de los medios necesarios para la formación o para la ejecución de la providencia principal sobre el mérito, sino precisamente por la prolongación, a causa de dilaciones del proceso ordinario, del estado de insatisfacción del derecho, sobre el que contiene en el juicio de mérito. Aquí, por tanto, la providencia provisoria cae directamente sobre la relación sustancial controvertida. (Pág. 71-72)

Como se podrá advertir de lo expuesto por el gran procesalista italiano, frente al peligro de infructuosidad se podrán emplear aquellas medidas

que garanticen la eficacia del proceso, como por ejemplo una medida de embargo o secuestro conservativo por el riesgo que desaparezcan los bienes; en tanto que frente al peligro de la tardanza de la providencia principal se podrán emplear aquellas que adelanten los efectos que pudiera tener la sentencia de declararse fundada la demanda, como sería el caso de una medida temporal sobre el fondo, para el caso la designación de un administrador de bienes de una sucesión indivisa.

Coincidimos con Juan Monroy cuando señala que la clasificación antes referida del maestro de Florencia, constituye el punto principal desde donde se han iniciado los distintos desarrollos de la teoría cautelar.

- **Adecuación**

El presupuesto de la adecuación consiste en que la medida cautelar propuesta sea congruente y proporcional con la pretensión cuya eficacia se pretende garantizar.

Cuando nos referimos a la **congruencia** estamos haciendo alusión a la correlación lógica o equivalencia que debe existir entre la pretensión cautelar y la pretensión objeto del proceso principal; para graficarlo con un ejemplo diremos que nos encontramos en este supuesto cuando se postula una medida innovativa con la finalidad de suspender los efectos de una resolución administrativa, cuya nulidad se pretende en el proceso principal. También cuando se plantea una medida cautelar en forma de anotación de demanda en los registros públicos y la pretensión discutida en el proceso principal esta referido a derechos inscritos, aquí podríamos

citar el caso de la nulidad de una actuación del Tribunal Registral que confirmando la decisión del registrador público desestima la inscripción de un acto jurídico de compra venta y que en tanto dure la tramitación del proceso principal se pretende cautelar anotando en el registro de propiedad inmueble la demanda planteada contra la actuación impugnada.

Contrariamente a lo citado, cuando se plantea una medida cautelar temporal sobre el fondo para reponer a un trabajador despedido y lo que se discute en el proceso principal es la desnaturalización de su contrato; es evidente la incongruencia, pues la postulada no garantiza la eficacia de la sentencia.

En tanto que la **proporcionalidad** es una exigencia cuantitativa, es decir el grado de efectos que la medida cautelar genere sea de tal magnitud que no termine afectando al demandado; este elemento se suele presentar en situaciones jurídicas con contenido patrimonial; así por ejemplo cuando se plantea una medida cautelar en forma de inscripción sobre un bien inmueble de propiedad del afectado, cuyo monto sea similar a la suma dineraria que se discute en el proceso principal.

En el ejercicio de la práctica judicial hemos podido advertir, que las medidas cautelares son utilizadas como mecanismos de presión por demandantes que actúan de mala fe, de ahí que coincidamos con Monroy P. (2002) cuando este señala que:

(...) implican una modificación fáctica no solamente jurídica y de actuación inmediata respecto de la situación del demandado. Es decir en la búsqueda por asegurar la efectividad del proceso, las medidas cautelares alteran la relación material instaurada al inicio de este, de manera tal que inciden sobre los intereses de una de las partes, pudiendo generar que el proceso se desarrolle de manera desigual.

La alteración de la relación material es una necesidad en muchos casos para que la medida cautelar cumpla su finalidad. Sin embargo esta realidad tiene que ser conjugada con el hecho que el juez debe otorgar aquella medida que afecte lo menos posible los intereses del sujeto sobre quien recae la misma, se trata del principio de mínima injerencia.

(Pág. 186-188)

Un caso típico lo encontramos, cuando en el proceso principal se discute el pago de una obligación de dar suma de dinero equivalente a S/5,000.00 soles y se plantea una medida cautelar de embargo en forma de secuestro conservativo con desposesión sobre 03 vehículos del demandado, por dicho monto. En ese supuesto el Juez deberá evaluar la proporcionalidad de la medida, es decir si la sola afectación de una o dos unidades vehiculares, resulta suficiente para garantizar la pretensión principal; de lo contrario, la afectación de todos ellos puede terminar agravando la situación patrimonial del demandado.

3. La Tutela cautelar y su regulación en el Ordenamiento Jurídico Peruano.

3.3.1 Constitución Política del Perú.

Nuestra Constitución Política del Perú de 1993, en adelante CPP, también conocida como carta política o norma suprema que se ubica en el vértice de la estructura piramidal del ordenamiento jurídico, regula un conjunto de principios, normas y valores sobre los derechos fundamentales de las personas, el régimen económico y la estructura del Estado.

La estructura a la que nos referimos, está compuesta por 03 Poderes; Legislativo, Ejecutivo y Judicial, gozando cada uno de autonomía e independencia que asegure el libre equilibrio y la separación de poderes.

Así en el Capítulo VIII hace referencia al Poder Judicial y en el artículo 139 establece:

“Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...) La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional (...)”

Tal como lo hemos referido en el Capítulo 2, la tutela jurisdiccional se erige como una garantía para la satisfacción de los derechos materiales de los justiciables, siendo la tutela cautelar un componente y manifestación de ella, que se ofrece a todos los ciudadanos desde la Constitución.

Es por esta razón que aun cuando no hay un reconocimiento expreso, la regulación de la tutela cautelar parte desde el propio texto constitucional, en la medida que su contenido se construye a partir del derecho a la tutela jurisdiccional, de ahí que coincidamos plenamente con Ledesma (2013, Pág. 55) cuando señala: “La tutela cautelar debe ser leída desde la Constitución, de lo contrario estaríamos ante una medida cautelar vacía de contenido constitucional sustantivo, propia de un modelo de Estado de derecho formalista y ritualista, donde el legislador regulaba los procesos de forma abstracta, avalorativa y neutral frente a la Constitución”

3.3.2 Código Procesal Civil.

El Poder Ejecutivo (1992) aprobó mediante Decreto Legislativo N° 768, el Código Procesal Civil, norma que contiene un Título preliminar de X artículos, y agrupa 847 artículos, 23 Disposiciones Complementarias Finales, 5 Disposiciones Transitorias, 7 Disposiciones Modificadorias y 2 Disposiciones Derogatorias.

Destacando en su Título Preliminar, el artículo I, que consagra el Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, de la siguiente manera: “Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso”

De otro lado la Sección Quinta del citado código adjetivo comprende a los procesos contenciosos, tales como el proceso de conocimiento, abreviado, sumarísimo y proceso cautelar que menciona el Título IV y en cuyo Capítulo I se destina a las medidas cautelares.

3.3.2.1 Requisitos Art. 610 del CPC.

El proceso cautelar se inicia con la presentación de una solicitud cautelar, que debe ceñirse al cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. “Exponer los fundamentos de la pretensión cautelar
2. Señalar la forma de ésta
3. Indicar, si fuera el caso, los bienes sobre los que debe recaer la medida y el monto de su afectación.
4. Ofrecer contracautela
5. Designar el órgano de auxilio judicial correspondiente, si fuera el caso”.

Como puede apreciarse los requisitos antes señalados constituyen las reglas para toda solicitud cautelar y son de ineludible cumplimiento.

3.3.2.2 Fundamentos Art. 611 del CPC.

En cuanto a los Fundamentos, son los parámetros que el Juez deberá tomar en cuenta al momento de analizar, evaluar y pronunciarse por una solicitud cautelar; así:

“El Juez, atendiendo a la naturaleza de la pretensión principal y a fin de lograr la eficacia de la decisión definitiva, dicta medida cautelar en la forma solicitada o en la que considere

adecuada, siempre que de lo expuesto y la prueba presentada por el demandante, aprecie:

1.- La verosimilitud del derecho invocado

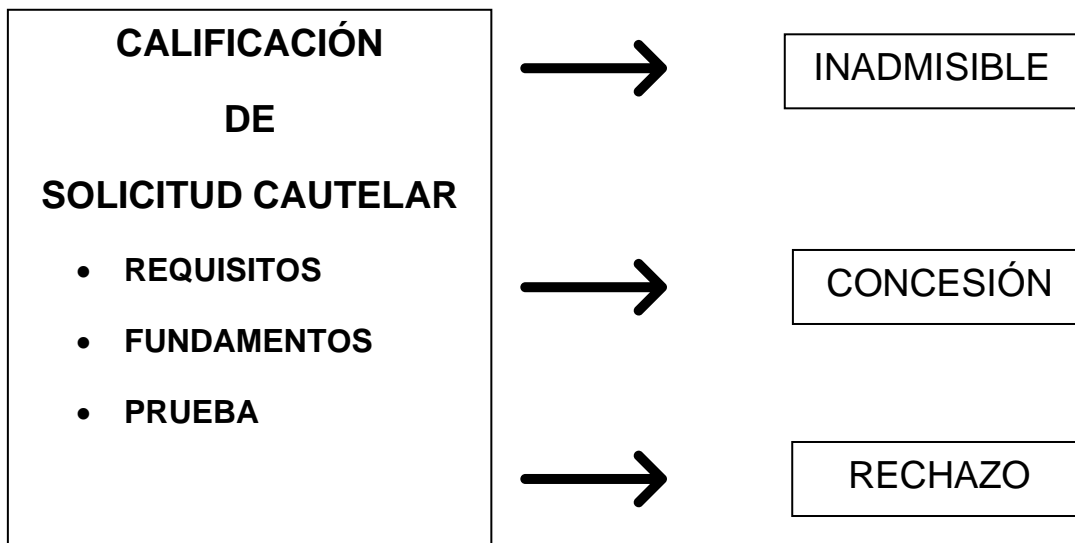
2.- La necesidad de la emisión de una decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso o por cualquier otra razón justificable.

3.- La razonabilidad de la medida para garantizar la eficacia de la pretensión.

(...) La resolución precisa la forma, naturaleza y alcances de la contracautela”.

3.3.2.3 Evaluación y trámite de la medida cautelar.

Gráfico N° 01



Fuente: Código Procesal Civil Elaboración: Propia

- Para la obtención de una medida cautelar se forma un cuaderno especial o incidente, con copia de la demanda, sus anexos, la resolución admisorio, la solicitud cautelar y la prueba acompañada (artículo 635 y 640 del CPC)
- La solicitud cautelar se presenta antes o durante el proceso, cumpliendo con los requisitos, expresando los fundamentos y acompañando la prueba.
- El juez al evaluar la solicitud sin conocimiento de la contraparte “inaudita pars” se encuentra frente a 03 escenarios:
 1. Declarar **Inadmisible**, cuando no se satisface los requisitos de forma
 2. **Conceder**, cuando de lo expuesto y prueba presentada, se verifica el cumplimiento concurrente de los fundamentos
 3. **Rechazar**, cuando de lo expuesto y prueba presentada, se advierte el incumplimiento de uno o más fundamentos.
- Otorgada la medida cautelar, esta es notificada a la parte afectada o terceros (Entidad, funcionario, autoridad), según el caso, para la ejecución de la misma.
- En caso se Rechace la medida cautelar, esta puede ser objeto de apelación con efecto suspensivo, dentro de tercer día de notificado. El superior absuelve el grado, sin intervención alguna del demandado.
- En caso se Conceda la medida cautelar, el afectado puede formular oposición dentro del plazo de cinco días, contado desde que toma

conocimiento del mandato cautelar a fin que formule su derecho de defensa que puede consistir en la ausencia de los requisitos y/o de los fundamentos para su dictado. La oposición no suspende la ejecución de la medida.

- De ampararse la oposición, el juez deja sin efecto la medida cautelar. La Resolución que resuelve la oposición es apelable sin efecto suspensivo (artículo 637 del CPC).

3.3.3 Nuevo Código Procesal Constitucional.

El Congreso de la República (2021) aprobó mediante Ley N° 31307, el Nuevo Código Procesal Constitucional, norma que comprende un Título Preliminar con IX artículos y agrupa 124 artículos, 5 Disposiciones Complementarias, Una Disposición Complementaria Transitoria y Una Disposición Complementaria Derogatoria.

Los procesos constitucionales que se encuentran regulados por este Código son: El hábeas corpus, amparo, hábeas data, cumplimiento, inconstitucionalidad, acción popular y los conflictos de competencia, tal como establece el artículo I de su Título Preliminar.

Por su parte, el artículo II del Título Preliminar hace referencia a los fines de los Procesos Constitucionales, señalando:

“Son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la vigencia efectiva de los derechos constitucionales y supremacía de la Constitución y fuerza normativa”

En cuanto a la regulación general sobre la tutela cautelar en materia constitucional, la encontramos en el artículo 18 al 20 del citado Código y en lo no previsto, supletoriamente por lo dispuesto en el Título IV de la Sección Quinta del Código Procesal Civil, con excepción de los artículos 618, 621, 630, 636 y 642 al 672.

Del texto del artículo 18 y 19, podemos señalar lo siguiente:

- a) La finalidad de la medida cautelar es garantizar la el contenido de la pretensión constitucional
- b) Las medidas cautelares proceden en los procesos de amparo, hábeas data y de cumplimiento
- c) Se hace referencia a medidas cautelares y a la suspensión del acto violatorio
- d) Los requisitos son irreversibilidad, orden público y perjuicio
- e) El pedido cautelar debe ser adecuado, contener apariencia del derecho y certeza razonable de demora.
- f) Medida cautelar se dicta sin conocimiento del demandado.

Cuadro sobre: Procedencia de las medidas cautelares, de acuerdo con el Nuevo Código Procesal Constitucional.

Proceso de Amparo	Procede (artículo 18)
Proceso de Hábeas Data	Procede (artículo 18)
Proceso de cumplimiento	Procede (artículo 18)
Proceso de Hábeas Corpus	No procede
Proceso de Acción Popular	Procede (artículo 93)
Proceso de Inconstitucionalidad	No procede
Proceso competencial	Procede (artículo 110)

3.3.4 Código Tributario.

El Poder Ejecutivo (2013) aprobó mediante Decreto Supremo Nro. 133-2013-EF, el Texto Único Ordenado del Código Tributario, en adelante TUO del CT, publicado en el diario oficial “El Peruano”, el 26 de junio de 2013, en cuyo Título IV regula los procesos ante el Poder Judicial.

Así resalta en su artículo 157 la demanda contenciosa administrativa, señalando que la resolución del Tribunal Fiscal que agota la vía administrativa se podrá impugnar vía el proceso contencioso administrativo, rigiéndose por las normas del Código tributario y supletoriamente por la Ley N° 27584 – Ley que regula el proceso contencioso administrativo.

En cuanto a la regulación de la tutela cautelar en materia contencioso administrativo tributario, se encuentra prevista en el artículo 159 incisos 1 al 6, del TUO del CT, cuyo contenido podemos señalar lo siguiente:

- 1.- Para la concesión de la medida cautelar, el administrado debe presentar contracautela de naturaleza personal o real. No se acepta la caución juratoria.
- 2.- La contracautela de naturaleza personal debe consistir en una carta fianza bancaria o financiera con vigencia de 12 meses, por el importe del 60% del monto por el que se concede la medida cautelar.
- 3.- La contracautela real deberá ser de primer rango y cubrir el 60% del monto por el cual se concede la medida cautelar.
- 4.- La Administración tributaria puede solicitar la variación de la contracautela cuando haya devenido en insuficiente con relación al monto concedido, por la generación de intereses.

- 5.- El dictado es con conocimiento de la contraparte, quien deberá pronunciarse sobre el monto de la deuda tributaria actualizada, la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora del proceso.
- 6.- En caso que mediante resolución firme se declare Infundada o Improcedente la demanda, que cuente con medida cautelar asegurada; el juez dispone la ejecución de la contracautela, destinándose al pago de la deuda tributaria materia del proceso.

Como se puede apreciar, un aspecto que resalta es que para la concesión o rechazo de una medida cautelar en materia contencioso administrativo tributario, **previamente se pone a conocimiento de la contraparte** “audita pars” a diferencia de la regla establecida en el Código Procesal Civil y Código Procesal Constitucional.

3.3.5 Ley de Arbitraje.

Nuestra CPP en su artículo 139, regula el fuero arbitral, señalando:

“Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la **arbitral**”.

La jurisdicción arbitral adquiere su reconocimiento constitucional en el principio valor antes referido, ejerciendo por vía de excepción funciones jurisdiccionales.

El Poder Ejecutivo (2008) aprobó el Decreto Legislativo Nro.1071 norma el arbitraje, agrupándolo en 78 artículos, 14 Disposiciones Complementarias, 03 Disposiciones Transitorias, 04 Disposiciones Modificadorias, Una Disposición Derogatoria y 03 Disposiciones Finales.

La regulación de la tutela cautelar en materia de arbitraje, se ubica en el artículo 47, de la que podemos resaltar lo siguiente:

- 1.- La finalidad de la medida cautelar en materia arbitral es para garantizar la eficacia del laudo, exigiendo las garantías para asegurar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda ocasionar la ejecución de la medida.
- 2.- La medida cautelar es toda medida temporal contenida en una decisión que tenga o no forma de laudo, a fin de mantener o restablecer el statu quo, adoptar medidas que impidan algún daño o menoscabo al proceso arbitral, que proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar el laudo o preservar elementos de prueba relevantes para resolver la controversia.
- 3.- Medida cautelar regular: El Tribunal arbitral la dicta con conocimiento de la contraparte
- 4.- Medida cautelar excepcional: El Tribunal arbitral la dicta si conocimiento de la contraparte, cuando el solicitante justifica la necesidad de no hacerlo para garantizar que la eficacia de la medida no se frustre.
- 5.- Medida cautelar antes del inicio del proceso arbitral; es dictada por el Juez pero una vez ejecutada la medida, el beneficiado debe iniciar el arbitraje dentro de los 10 días siguientes, de no hacerlo, la medida caduca de pleno derecho.

- 6.- El Tribunal arbitral tramita la apelación interpuesta bajo los términos de una reconsideración contra la medida cautelar concedida en sede judicial.
- 7.- El Tribunal arbitral está facultado para modificar, sustituir y dejar sin efecto las medidas cautelares que haya dictado, así como las medidas cautelares dictadas por la autoridad judicial. Esta decisión podrá ser adoptada a iniciativa de parte o excepcionalmente de oficio.

4. El Proceso Contencioso Administrativo.

4.4.1 Antecedente histórico.

Resulta de suma importancia conocer los antecedentes históricos de la jurisdicción contencioso administrativa, para luego poder entender la configuración del proceso contencioso administrativo. Así el destacado administrativista nacional, Huapaya (2019) nos describe la existencia de 02 modelos:

I.- El Modelo Francés

En Francia se desarrolló la denominada “jurisdicción administrativa”, que en un principio estuvo fuertemente basada en la idea de separación de poderes, de forma específica en la necesaria separación que debe existir entre la justicia y la administración. (...) Se estableció un mecanismo de “jurisdicción retenida”, en donde las funciones

de control de los actos o decisiones administrativas, mediante el famoso recurso de “exceso de poder”, fueron encomendadas a los propios departamentos ministeriales integrantes de la administración pública y luego en el propio jefe de Estado, como superior jerárquico de aquellos (la famosa teoría del “ministro-juez”), quienes se apoyaban para resolver tales recursos en las opiniones emitidas por un órgano administrativo consultivo especializado, el Consejo de Estado. (...) Pero no es hasta el famoso Arret Cadot de 1889 que el Consejo de Estado se convirtió en la cabeza del sistema común de la jurisdicción administrativa francesa. (...) La característica inicial del sistema francés fue que se montó en un esquema de control o de revisión de los actos de la administración, mediante la técnica del así llamado “recurso por exceso de poder”, destinado simple y llanamente a controlar la legalidad de su actuación (...). Se moldeó así un “contencioso administrativo objetivo” que privilegiaba la revisión de la legalidad de la actuación administrativa antes que la tutela de los derechos del administrado. (...) Posteriormente aparecieron recursos mucho más sólidos para la defensa de los derechos de los particulares como el de “plena jurisdicción”, el cual fue usado para proteger sus derechos en los casos de recursos contenciosos administrativos en materia de contratación administrativa o de responsabilidad extracontractual. (...) el clásico modelo

francés ha adquirido un estatus casi idéntico a la justicia ordinaria, de manera tal que ya no es posible hablar del modelo francés como un modelo opuesto al sistema judicialista, sino que se trata de un sistema de justicia plenamente sintonizado con las exigencias actuales de tutela de los derechos.

II.- El Sistema Judicialista

(...) En este modelo son órganos ubicados dentro de la estructura del Poder Judicial los llamados a juzgar en el ejercicio de la función jurisdiccional, la actuación administrativa realizada con carácter previo. Claro está que, con el tiempo, el modelo asumió la tarea de incorporar la necesaria especialización en los órganos jurisdiccionales encargados de juzgar los actos de la administración. (...) En los sistemas judicialistas del contencioso administrativo, este se regula como un proceso jurisdiccional en el que lo relevante es la tutela de las situaciones jurídicas de las partes. Es importante precisar que no existe un modelo judicialista, sino países que han ubicado normativamente al contencioso administrativo dentro de la jurisdicción ordinaria o común civil, otros que le han creado una “especialidad” dentro de la jurisdicción ordinaria. (...) Sin embargo una singularidad notoria en Hispanoamérica es que pese a ser regulado como un proceso jurisdiccional, el proceso

contencioso administrativo se moldeó sobre los dogmas del modelo francés (...) como un proceso con un objeto y alcance limitado en cuanto a sus pretensiones y a sus alcances respecto a la administración pública. (...) Hoy en día, luego de un largo tiempo recorrido, podemos afirmar que el contencioso administrativo es concebido como un proceso subjetivo en el cual lo relevante es la tutela del sujeto y sus situaciones jurídicas, sin perjuicio de que también se realice una revisión de la juridicidad de las actuaciones de la administración pública.

Sin embargo los frutos de esta visión subjetiva del contencioso administrativo todavía tardan en aparecer. Se impone por ello un mayor estudio de los temas básicos del contencioso administrativo, con el fin de efectivizar este proceso cuya importancia radica en el control de los excesos del poder administrativo y en el hecho de que sólo el juez puede brindar aquello que la administración no supo tutelar a favor del administrado. (Pág. 18 – 22)

4.4.2 Regulación normativa nacional.

- **Código Procesal Civil**

En nuestro ordenamiento jurídico nacional, el proceso contencioso administrativo se reguló inicialmente en el CPC, en la Sección Quinta, Título II, Subcapítulo 6, denominándolo Impugnación de acto o resolución

administrativa. Así se encontraba escuetamente regulado en los artículos 540 al 545, ciñéndose la demanda, a la vía del proceso abreviado y se dirigía contra acto o resolución de la administración a fin que se declare su invalidez o ineficacia.

Claramente se puede advertir que el rol asignado al juez, que conocía de una demanda contencioso administrativa, era de control objetivo o de mero revisor de la legalidad del acto o resolución, en símil a la característica inicial del modelo francés. Tardaría unos años a que dicha situación variara, en el sentido de apuntalar a una mayor tutela por los derechos de los administrados.

- **Ley 27584**

Precisamente el Congreso de la República (2001) aprobó la Ley N° 27584 - Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, vigente desde el 15 de abril del 2002, en adelante LPCA, que se regula por primera vez y en forma integral el proceso contencioso administrativo, precisando sus principios, las actuaciones impugnables, pretensiones, la competencia, legitimidad para obrar, el agotamiento de la vía administrativa, las vías procedimentales, la actividad probatoria, los medios impugnatorios, las medidas cautelares, la sentencia y su ejecución; incorporando un cambio paradigmático en la justicia contencioso administrativa, al establecer acorde con su finalidad, el control jurídico por el Poder Judicial de las actuaciones de la administración pública sujetas al derecho administrativo y además el modelo de "plena jurisdicción", es decir un proceso subjetivo de control

pleno de la actuación administrativa que tutela de manera efectiva los derechos e intereses legítimos de los administrados, cuando puedan verse afectados por actuaciones procedentes de la administración pública.

Así las cosas, nos refiere el profesor Huapaya (2019):

El contencioso administrativo nace del principio de división de poderes y en concreto del sistema de “frenos y contrapesos” entre los poderes públicos, donde aparece que, si bien es cierto que el Ejecutivo, el gobierno nacional, los regionales y locales, lo administran, el Poder Judicial controla que tales autoridades lo administren de acuerdo a lo que establezcan las leyes y el derecho. (...) Debemos recordar que la tutela contenciosa-administrativa es de naturaleza objetivo-subjetiva. (...) La tutela subjetiva implica que el juez de lo contencioso administrativo es también un protector de los derechos. Ello supone que debe disponer de los medios procesales necesarios para ordenar, compeler y restablecer derechos vulnerados por la acción u omisión administrativa. (Pág. 24 – 25)

A lo largo del tiempo la LPCA ha sido objeto de modificaciones, así mediante Decreto Legislativo N° 1067 se incorpora varios artículos, dando lugar a que mediante Decreto Supremo N° 013-2008-JUS, se apruebe el primer Texto Único Ordenado de la LPCA, que luego fuera modificado por la Ley N° 29782 y Decreto Legislativo N° 1158, respecto a las reglas de competencia funcional y la Ley N° 30137 relacionado a la regulación de la ejecución de sentencia. Posteriormente mediante Ley N°

30914 se incluye la derogación de dos artículos de la LPCA, relativos a suprimir la intervención del Ministerio Público en el proceso, lo que diera lugar a que mediante Decreto Supremo N° 011-2019, se apruebe un nuevo Texto Único Ordenado de la LPCA, en adelante TUO de la LPCA, publicado en el diario oficial “El Peruano” el 04 de mayo de 2019.

El nuevo texto legal consta de 7 capítulos, 49 artículos, 7 disposiciones complementarias finales, una disposición complementaria modificatoria y 2 disposiciones complementarias derogatorias.

4.4.3 Definición.

El Proceso contencioso administrativo es un proceso de cognición en el cual el juez efectúa el control jurídico de las actuaciones y omisiones de la administración pública, sujetas al derecho administrativo a fin de tutelar los derechos e intereses de los administrados.

4.4.2 Principios.

Los principios destacan por su rol interpretativo y supletorio y se asimilan a las columnas sobre las que se sostiene un ordenamiento jurídico, para el caso, el TUO de la LPCA, se rige por los siguientes que establece el artículo 2:

- **“1. Principio de integración**

Los jueces no deben dejar de resolver el conflicto de intereses o la incertidumbre con relevancia jurídica por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos deberán aplicar los principios del derecho administrativo” Este principio encuentra su fundamento constitucional en el inciso 8 del artículo 139 de la Constitución Política y en el plano legal en el artículo III del Título Preliminar del CPC y artículo VIII del título preliminar del Código Civil.

En tal sentido resulta claro que ante el defecto o deficiencia de la norma para resolver una controversia contenciosa administrativa, los jueces deberán aplicar los principios del derecho administrativo, es decir aquellos que establece el artículo IV del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento Administrativo General, en adelante TUO de la LPAG, como el principio de legalidad, debido procedimiento, razonabilidad, informalismo, presunción de veracidad, de verdad material, entre otros, los mismos que no tienen carácter taxativo, de ahí que se admita la vigencia de otros principios generales del derecho administrativo.

- **“2. Principio de igualdad procesal**

Las partes en el proceso contencioso administrativo deberán ser tratadas con igualdad, independientemente de su condición de entidad pública o administrado”

Este principio tiene su fundamento constitucional en el numeral 2 del artículo 2 de la CPP, el derecho “A la igualdad ante la ley”.

Nótese que el legislador incorpora el hecho que las partes en el PCA sean tratadas por igual, es decir entidad pública y administrado, quienes

actúan como demandante o demandado o viceversa y ello encuentra una explicación cuando advertimos que la administración en el ejercicio de su autotutela, tiene la potestad o prerrogativa de declarar o extinguir derechos y ejecutarlos, frente a la posición del administrado peticionante, receptor de los mismos, evidenciándose así un tratamiento diferenciado, que debe superarse en el iter del PCA.

- **“3. Principio de favorecimiento del proceso**

El Juez no podrá rechazar liminarmente la demanda en aquellos casos en los que por falta de precisión del marco legal exista incertidumbre respecto del agotamiento de la vía previa.

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

Este principio encuentra su sustento en el principio “pro actioni” y de acceso a la justicia, tal como señala nuestro colega, el magistrado Jiménez (2020) sitúa su aplicación al momento de la calificación de demanda.

El principio en mención, así planteado, es la respuesta a dos problemas: primero, las posibles imprecisiones del marco legal en materia de agotamiento de la vía administrativa; y segundo, las dudas que pudiesen asaltar al juez acerca de la procedencia o no de la demanda. Es así como la norma nos permite identificar dos momentos o grados de favorecimiento del proceso: el primero, que compromete a las normas

reguladoras del agotamiento de la vía administrativa; y el segundo que apunta a las disposiciones que contienen los requisitos de procedencia de la demanda. (Pág. 30)

Al respecto en el desarrollo de mi ejercicio jurisdiccional, en más de una oportunidad he aplicado dicho principio y admitido a trámite la demanda, precisamente porque no obstante la regla sobre el agotamiento de la vía administrativa establecida en el artículo 228 del TUO de la LPAG, la falta de precisión del marco legal respecto del agotamiento de la vía que compromete a la administración emplazada, ha abonado en favor del administrado o en otras ocasiones cuando no obstante que la actuación impugnada sometida a control judicial, determina la improcedencia de un recurso administrativo, por extemporaneidad del plazo, existe duda sobre la notificación del acto administrativo y por ende del adecuado agotamiento de la vía administrativa. Respecto a la procedencia de la demanda interpuesta, en ciertas ocasiones salta la duda si se presentó dentro o fuera de los plazos exigidos por la ley y dado que el administrado suele referirse a que la notificación de la actuación impugnada obra en el expediente administrativo se opta por dar trámite a la misma. Finalmente el principio apunta a favorecer la procedencia de las demandas y a que luego de su trámite regular se expida un pronunciamiento de fondo de la materia controvertida.

- **“4. Principio de suplencia de oficio**

El Juez deberá suplir las deficiencias formales en las que incurran las partes, sin perjuicio de disponer la subsanación de las mismas en un plazo razonable en los casos en que no sea posible la suplencia de oficio” Este principio tiene como finalidad, suplir una deficiencia formal subsanable en la que haya incurrido las partes. En principio será el Juez quien de oficio la efectúe siempre que sea posible, como sería el caso de adaptar la demanda a la vía procedimental, apropiada (artículo 51.1 del CPC) caso contrario corresponderá hacerlo a la parte. En la práctica jurisdiccional y en aplicación del artículo 21 del TUO de la LPCA, que nos remite a los artículos 424 y 425 del CPC, el Juez suele declarar inadmisibile la demanda y dispone que el demandante en el plazo que determine, adjunte los requisitos legales, los anexos exigidos por ley o precise o aclare su petitorio. Tal mandato también podría acontecer en el estadio del saneamiento procesal a fin de librar al proceso de vicios o nulidades o sea un impedimento para emitir un pronunciamiento de fondo.

4.4.3 Objeto del Proceso.

Al respecto nos señala Huapaya (2019, Pág. 49) “el objeto del proceso contencioso administrativo es la pretensión procesal administrativa: una petición realizada por un sujeto y dirigida a un juez a fin de que una entidad de la administración pública le satisfaga un interés legítimo o un derecho subjetivo reconocido por el ordenamiento jurídico”.

No obstante dicha definición, cuando el capítulo II del TUO de la LPCA, hace referencia al objeto del proceso, comprende a la exclusividad, actuaciones impugnables y las pretensiones.

4.4.3.1 Exclusividad

El artículo 3 del TUO de la LPCA establece:

“(…) Las actuaciones de la administración pública sólo pueden ser impugnadas en el proceso contencioso administrativo, salvo en los casos en que se pueda recurrir a los procesos constitucionales”

Dicha disposición ratifica la exclusividad del PCA, al erigirse como el mecanismo de control jurídico de la actividad de la administración pública desde un plano objetivo (control de la legalidad) y subjetivo (efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados).

Sin embargo sería el Tribunal Constitucional el que resaltaría dicha exclusividad, como nos comenta Jiménez (2020):

Producto de las sentencias emitidas a partir del año 2005 en los casos “Manuel Anicama Hernández”, “César Baylón Flores”, sobre todo y en menor cantidad en el caso “Julia Benavides García”, el fenómeno de la “amparización de la jurisdicción” (a su vez generado en el carácter alternativo que durante años tuvo el proceso constitucional de amparo), fue trasladado por el Tribunal Constitucional al proceso contencioso administrativo en las materias previsional, laboral pública y también municipal, decisión que solo en su

primer impacto representó varios miles de procesos.

(Pág. 35)

La disposición nos deja un salvo, para los casos en que se pueda recurrir a los procesos constitucionales, entendido ahora como una vía residual y que actúa en tanto no existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, porque de haberlo la demanda incurriría en causal de improcedencia, conforme a lo previsto por el inciso 2 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional.

En este sentido si bien la jurisdicción contenciosa administrativa es la competente para efectuar el control de las actuaciones y omisiones de la administración pública, existe la salvedad que también pueda ser objeto de control en sede constitucional, para ello el juez al calificar una demanda de amparo deberá hacerlo a la luz del precedente constitucional Elgo Ríos, recaída en la sentencia N° 02383-2013-PA/TC aplicando al caso concreto la perspectiva objetiva y subjetiva, de acuerdo con la segunda ponencia aprobada en el Encuentro Jurisdiccional Nacional de Jueces Especializados en materia constitucional y contencioso administrativo, Tumbes 2019, que acordó:

Es decir, se debe de analizar dentro de la perspectiva objetiva **a)** la idoneidad de la estructura del proceso (¿el proceso ordinario es una vía célere y eficaz?) y **b)** la idoneidad de la tutela (¿la vía ordinaria resolverá el caso?), a su vez se debe analizar dentro de la perspectiva subjetiva **c)** la urgencia como amenaza de irreparabilidad (¿la vía

ordinaria no pone en grave riesgo la reparabilidad del derecho afectado?) y **d)** la urgencia por la magnitud del bien involucrado o del daño (¿no es necesaria la tutela urgente?), bastando que no se cumpla uno de esos requisitos para que la vía constitucional del amparo quede habilitada para la emisión del pronunciamiento de fondo. (Pág. 628)

Estructura de los Órganos jurisdiccionales de la Especialidad contencioso administrativa Distrito Judicial de Lima

El Poder Ejecutivo (1993) aprobó mediante Decreto Supremo Nro. 017-93-JUS, el Texto Único ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que en su artículo 26 establece: “Son órganos jurisdiccionales del Poder Judicial:

1. La Corte Suprema de Justicia de la República;
2. Las Cortes Superiores de Justicia, en los respectivos Distritos Judiciales
3. Los Juzgados Especializados y Mixtos, en las Provincias respectivas
4. Los Juzgados de Paz Letrados, en la ciudad o población de su sede y
5. Los Juzgados de Paz”

En el Distrito Judicial de Lima, la Especialidad contenciosa administrativa se encuentra estructurada de la siguiente manera:

- 05 Salas Contenciosas Administrativas
- 17 Juzgados Especializados en lo Contencioso Administrativo
- 03 Salas Contenciosas Administrativas, 01 sub especialidad temas de mercado y 02 sub especialidad de temas tributarios
- 09 Juzgados Especializados en lo Contencioso Administrativo, sub especialidad en temas de mercado y tributario
- 04 Salas labores, sub especialidad en lo contencioso administrativo

- 09 Juzgados Especializados de trabajo, sub especialidad contencioso administrativo
- 07 Juzgados Especializados de trabajo, sub especialidad contencioso administrativo – previsional

Cada año la carga procesal se incrementa exponencialmente en la jurisdicción contenciosa administrativa, para tener una idea, una Sala Contenciosa administrativa bordea los 5,000 expedientes, en tanto que un juzgado especializado soporta una carga de 2,500 expedientes en promedio, situación más grave acontece en la especialidad laboral con sub-especialidad contencioso administrativo y en particular la previsional, cuya carga se encuentra por encima de los 3,000 procesos; una situación distinta acontece en la sub especialidad a cargo de los temas de mercado y tributarios, básicamente porque atiende una sub especialidad específica y por el hecho de contar con presupuesto por resultado – PPR; no obstante el aumento de la población y por ende del índice de litigiosidad, la demanda de los usuarios del servicio de justicia viene siendo atendida por los mismos órganos jurisdiccionales creados años atrás y cuya falta de incremento explica de algún modo la morosidad existente para la resolución de dichos conflictos, 2 a 3 años en 1° instancia, 1 año en 2° instancia y 02 años en la Corte Suprema de Justicia de la República.

4.4.3.2 Actuaciones impugnables.

El artículo 4 del TUO de la LPCA señala que:

“Conforme a las previsiones de la presente Ley y cumpliendo los requisitos expresamente aplicables a cada caso, procede la demanda contra toda actuación realizada en ejercicio de potestades administrativas. Son impugnables en este proceso las siguientes actuaciones administrativas:

1.- Los actos administrativos y cualquier otra declaración administrativa (...)”

Al respecto el artículo 1 del TUO de la LPAG establece el concepto de acto administrativo, señalando:

“Son actos administrativos, las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta (...)”

Sobre el particular el destacado administrativista Morón (2014) nos comenta:

La ley 27444 da al acto administrativo un tratamiento independiente y equiparado al procedimiento administrativo (...). Se quiso acompañar el derecho administrativo del procedimiento, con el derecho administrativo de la actuación administrativa propiamente dicha. Pero no solamente eso, sino que también se quiso clarificar que el concepto acto administrativo no sólo se manifiesta en la decisión constitutiva de la resolución del procedimiento, también denominado acto administrativo final, sino que a lo largo del procedimiento se van sucediendo diversos actos administrativos, cuyo régimen general es necesario precisar. (Pág. 122)

A su turno la profesora Indacochea (2008) no señala:

Como regla general, la pretensión contenciosa administrativa se dirige siempre a impugnar actos administrativos. Dicha exigencia se fundamenta en el principio de la decisión previa recogido en la mayoría de ordenamientos procesales, según el cual sólo es posible iniciar un proceso contencioso administrativo cuando preexiste una manifestación de voluntad expresa de la Administración Pública, cuya invalidez será solicitada a través de la pretensión contencioso – administrativa.

Sin embargo esta regla general admite ciertas matizaciones pues tanto la doctrina como la legislación que regula en nuestro país la tramitación del proceso contencioso administrativo, han desplazado el concepto de acto administrativo por el de actuación administrativa, de mayor amplitud, con la finalidad de permitir la impugnación de otras manifestaciones del poder público. (Pág. 293-294)

Precisamente aquellas otras manifestaciones de la administración pública, a los que se refiere la citada autora, nos referiremos seguidamente;

- 2.- El silencio administrativo, la inercia y cualquier otra omisión de la administración pública.

Sobre el particular Morón (2014, Pág. 876) nos refiere: "(...) en el ámbito de las relaciones entre los administrados y las entidades públicas, el silencio de éstas últimas conducen a que (...) la no manifestación

oportuna de voluntad de la entidad es considerada como un hecho administrativo al cual le sigue un tratamiento jurídico de declaración ficta” Y la profesora Indacochea (2008, Pág. 294) nos recuerda: “En estos casos no existe una manifestación de voluntad expresa de la Administración Pública, contenida formalmente en un acto administrativo, pero por disposición legal y con la finalidad de cumplir con el principio de decisión previa, se entiende que el silencio u omisión de la Administración ante un reclamo o pedido del administrado corresponde con su voluntad de denegar el pedido”

El artículo 38 del TUO de la LPAG establece aquellos procedimientos de evaluación previa con silencio negativo, así el artículo 38.1 establece:

“Excepcionalmente, el silencio negativo es aplicable en aquellos casos en los que la petición del administrado puede afectar significativamente el interés público e incida en los siguientes bienes jurídicos: la salud, el medio ambiente, los recursos naturales, la seguridad ciudadana, el sistema financiero y de seguros, el mercado de valores, la defensa comercial, la defensa nacional y el patrimonio cultural de la nación, así como en aquellos procedimientos de promoción de inversión privada, procedimientos trilaterales, procedimientos de inscripción registral y en los que generen obligación de dar o hacer del Estado y autorizaciones para operar casinos de juego y máquinas tragamonedas.

La calificación excepcional del silencio negativo se produce en la norma de creación o modificación del procedimiento administrativo, debiendo sustentar técnica y legalmente su calificación en la exposición de motivos, en la que debe precisarse la afectación en el interés público y la

incidencia en alguno de los bienes jurídicos previstos en el párrafo anterior.

Por Decreto Supremo, refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros, se puede ampliar las materias en las que, por afectar significativamente el interés público corresponde la aplicación del silencio administrativo negativo”.

El silencio administrativo opera pues como una presunción o ficción legal en favor del administrado a fin que habiendo transcurrido el plazo sin que exista un pronunciamiento expreso, este tenga habilitado su acceso a los órganos jurisdiccionales.

3.- La actuación material que no se sustenta en acto administrativo

En este rubro se sitúan las denominadas “vías de hecho”, por cuanto como bien lo refiere la profesora Indacochea (2008):

Existen supuestos en los cuales la administración pública realiza actividad material sin la cobertura de una resolución administrativa o aun existiendo dicha resolución, resulta evidente que no se actúa en ejercicio de una potestad administrativa ni en virtud de ninguna norma jurídica, por lo que no es posible impugnar una manifestación expresa de voluntad de la administración. (Pág. 295)

Casos de esta naturaleza se presentan cuando la administración realiza el despido o cese de un trabajador, como resultado de una actividad material y no de un acto administrativo.

4.- La actuación material de ejecución de actos administrativos que transgrede principios o normas del ordenamiento jurídico

Esta disposición guarda relación con el numeral anterior, es decir está referido a las vías de hecho que se llevan adelante como consecuencia de la ejecución de actos administrativos que lesionan o vulneran los principios o normas del ordenamiento jurídico. Nos encontramos en este supuesto, por ejemplo, cuando la Municipalidad inobservando disposiciones del TUO de la LPAG, revoca irregularmente la licencia de funcionamiento de un negocio que opera en la vía pública y luego procede al decomiso de la mercadería.

- 5.- Las actuaciones u omisiones de la administración pública respecto de la validez eficacia, ejecución o interpretación de los contratos de la administración pública, con excepción de los casos en que es obligatorio o se decida, conforme a ley, someter a conciliación o arbitraje la controversia.

Al respecto, dado que los conflictos que se suscitan en el marco de los contratos públicos, han sido entregados a la jurisdicción arbitral y por tanto esta disposición es de escasa, por no decir nula aplicación, según nos refiere Huapaya (2019), sin embargo:

Recordemos que la LPCA entra en vigencia en una situación diferente a la actual, en la que prácticamente el universo de las controversias contractuales, donde son parte las entidades de la administración pública, se resuelven en arbitraje. En ese sentido, esta disposición tenía sentido para resolver el aspecto relativo a los contratos celebrados antes de la Ley 26850, Ley de contrataciones del Estado, ahora derogada, muchos de los cuales se encontraban en

ejecución en el año 2001, en cuyo caso en defecto de una cláusula arbitral, era de aplicación las normas de la LPCA.

(Pág. 59)

- 6.- Las actuaciones administrativas sobre el personal dependiente al servicio de la administración pública.

En cuanto a este tipo de actuación administrativa, Huapaya (2019, Pág. 60-61) señala que:

“(…) tal como están las cosas, esta actuación impugnada estaría derogada tácitamente por las normas del numeral 4 del artículo 1 de la Ley Procesal de Trabajo – Ley 29497 que regulan el contencioso administrativo laboral para todas las cuestiones vinculadas a relaciones jurídicas entre la administración pública y el personal a su servicio, sean propias del servicio activo o del régimen previsional público (…)”

Efectivamente, coincidimos con el referido administrativista, por cuanto estando a la característica omnicomprensiva que la Ley 29497, ha establecido respecto del Juez laboral, compete a este conocer de acuerdo con el numeral 4 del artículo 2:

“En proceso contencioso administrativo conforme a la ley de la materia, las pretensiones originadas en las prestaciones de servicios de carácter personal, de naturaleza laboral, administrativa o de seguridad social, de derecho público; así como las impugnaciones contra actuaciones de la autoridad administrativa de trabajo (…)”.

4.4.3.3 Pretensiones.

a) Declaración de nulidad total o parcial o ineficacia de actos administrativos

La pretensión de nulidad tiene por objeto que un órgano jurisdiccional en el marco de un proceso contencioso administrativo, deje sin efecto un acto administrativo, en forma total o parcial, por haber incurrido en alguna de las causales previstas en el artículo 10 del TUO de la LPAG o en normas especiales.

De acuerdo con el artículo 9 del TUO de la LPAG, todo acto administrativo goza de la presunción de validez, así dicho precepto señala:

“Todo acto administrativo se considera válido en tanto su pretendida nulidad no sea declarada por autoridad administrativa o jurisdiccional, según corresponda”.

Al respecto el profesor Huapaya nos refiere (2019, Pág. 61)

“La nulidad es la sanción procesal aplicable a los actos administrativos aquejados de los vicios más graves previstos por el ordenamiento, es decir, aquellos actos administrativos inválidos no conservables”

Precisamente aquellos vicios graves o causales los encontramos en el artículo 10 del TUO de la LPAG, que establece:

“Son vicios del acto administrativo que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

1. La Contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.
2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente algunos de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el artículo 14.

3. Los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o trámites esenciales para su adquisición.
4. Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que dicten como consecuencia de la misma.”

En cuanto a los requisitos de validez de los actos administrativos, el artículo 3 del TUO de la LPAG, hace referencia a:

- La competencia
- Objeto o contenido
- Finalidad pública
- Motivación
- Procedimiento regular

La ausencia de alguno de ellos determinará la nulidad del acto administrativo, salvo los supuestos de conservación a que se refiere el artículo 14 del TUO de la LPAG.

En la casuística nacional, la pretensión de nulidad de actos administrativos suele ser la más recurrente y se plantean contra las diversas manifestaciones de la administración pública, como por ejemplo:

- Nulidad de Resoluciones Ministeriales, Vice Ministeriales, Jefaturales, Directorales, de Gerencia, Sub Gerencia, de Resoluciones de Sanción, papeletas de infracción, actas de control, de aquellos actos administrativos provenientes de los

Organismos Reguladores de Servicios y Organismos colegiados;
OEFA, OSINERGMIN, OSIPTEL, OSITRAN, SUTRAN, ATU,
SUNASS, CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA,
OSCE, SUNARP, CONASEV, SBN, SBS, ANA, SUCAMEC, etc.

b) Reconocimiento o restablecimiento del derecho – plena jurisdicción

En cuanto a este tipo de pretensión, encontramos plena coincidencia con nuestro colega magistrado, Salas, cuando señala (2012-2013, Pág. 226) “Es en esta pretensión, en la que se pone en evidencia la nueva concepción que orienta el PCA (...) permite que de manera efectiva se tutele todos los derechos o intereses concretos de los administrados. Viabiliza la plena jurisdicción en la medida que permite al juez reconocer o restablecer los derechos subjetivos de los administrados y disponer que se adopten todas las medidas que sean necesarias para el reconocimiento y restablecimiento de la situación jurídica lesionada (satisfacción plena)”

Precisamente, dada su importancia y trascendencia, la pretensión de plena jurisdicción fue objeto de debate en el Encuentro Jurisdiccional Nacional de Jueces Especializados en materia constitucional y contencioso administrativo, organizado por el Centro de Investigaciones Judiciales y la Corte Superior de Justicia de Tumbes y que tuvo lugar en la Ciudad de Tumbes, Zorritos, el 10 y 11 de octubre del 2019, en la que el suscrito tuvo la oportunidad de participar, formando parte del Tema 2 el enunciado:

Límites al principio de plena jurisdicción en los procesos contenciosos administrativos.

¿Cuál es el límite del principio de plena jurisdicción en los procesos Contencioso Administrativo?

Al respecto se plantearon 02 ponencias:

Primera Ponencia

El principio de plena jurisdicción tiene sus límites en el principio de congruencia (pretensión de la demanda)

Segunda Ponencia

El principio de plena jurisdicción no tiene límites, el Proceso Contencioso Administrativo no es el típico mecanismo formal de protección de la legalidad administrativa, sino que todo juez en el caso concreto debe de valorar la constitucionalidad o legalidad de la actividad administrativa, haciendo efectiva la tutela de los derechos e intereses de los administrados.

Fue esta segunda ponencia, la adoptada mayoritariamente por los Jueces Especializados en lo Constitucional y Contencioso Administrativo, provenientes de 34 Cortes Superiores de Justicia del país y cuyos fundamentos consistió en:

Dado que el modelo procesal de plena jurisdicción que ha adoptado el Proceso Contencioso Administrativo Peruano, permite que ya no se vea como el típico mecanismo formal de protección de la legalidad administrativa, sino que habilita al juez a velar por efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados; se entiende como consustancial, que la controversia y/o problemática que es conocida por

el juzgador, solucione el problema de fondo, que es el restablecimiento o reconocimiento del derecho subjetivo que motivó al demandante a activar el mecanismo procesal.

De esa manera ha sido instaurada en su origen con la dación de la Ley 27584 y hasta la fecha, con las sucesivas modificaciones se ha mantenido la habilitación legal (Art. 40 TUO de la LPCA), para que el Juez en caso de sentencias estimatorias, se pronuncie más allá del límite de la pretensión, aun cuando no haya sido invocada por el demandante. Sin embargo el límite no es infinito, recientemente el Tribunal Constitucional en la STC N° 005-2016-PCC/TC, fundamento 83°, ha expresado, con otras palabras que los jueces no pueden sustituir a la administración en el ámbito de sus competencias y que se deben limitar a analizar las razones por las cuales una entidad pública, adoptó una decisión. (Pág. 267 – 268)

Si bien tal como se encuentra regulada en el TUO de la LPCA, la plena jurisdicción puede plantearse como pretensión principal o autónoma, como podría darse en los siguientes ejemplos:

- cuando se peticiona el derecho a que se reconozca la nivelación de una pensión,
- el derecho a que la administración municipal inicie el trámite para la renovación de una inspección técnica de seguridad o
- que la Universidad reconozca el derecho a que un doctorando sustente una tesis doctoral;

No es menos cierto que en la casuística cotidiana, suele plantearse la pretensión de anulación de la actuación impugnada que rechaza

un derecho o interés de un administrado y seguidamente a ello, la pretensión de plena jurisdicción, así lo podemos apreciar en los siguientes ejemplos:

- Cuando el Tribunal Registral confirma la denegatoria de una inscripción registral y el demandante plantea la nulidad del acto administrativo y además que se ordene la inscripción registral del acto jurídico.
- Cuando la Administración municipal, deniega el otorgamiento de una licencia de funcionamiento de un negocio y el actor plantea la nulidad de la actuación impugnada y además que se ordene el otorgamiento de la licencia.
- Cuando el Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado – Osce, sanciona a un postor que participó en un concurso público y este plantea la nulidad de su inhabilitación y además que se ordene sea declarado ganador de la obra, objeto del concurso público.
- Cuando la Sunedu, deniega la inscripción de un grado académico y el demandante plantea la nulidad de la denegatoria y además se ordene la inscripción de su grado académico.
- Cuando el Ministerio del Interior pasa a retiro a un Oficial de la Policía Nacional del Perú y éste plantea la nulidad de dicho acto administrativo y además que se ordene su reincorporación al servicio activo.

En cada uno de los ejemplos planteados, es evidente que si prospera la pretensión de anulación, recién el juez podrá examinar la pretensión de

plena jurisdicción y es en ese escenario en que deberá evaluar si cuenta con los elementos de juicio necesarios, es decir si del Expediente administrativo, puede advertir el cumplimiento de los requisitos legales, que el actor reclama cumplir, a efectos que pueda sustituirse a la administración en el ámbito de sus competencias; la omisión de ello podría acarrear que el juez opte por el reenvío a la administración para un nuevo pronunciamiento o la desestimación de la pretensión de plena jurisdicción.

c) Declaración de contraria a derecho y cese de actuación material

Este tipo de pretensión es muy particular en la medida que esta específicamente destinada a impugnar a la actuación contenida en el inciso 3 del artículo 4 del TUO de la LPCA; *“la actuación material que no se sustenta en acto administrativo”*.

Esta pretensión tiene un doble efecto una declarativa; es decir el hecho que el Juez declare contrario a derecho una actuación material, por vulnerar la Constitución, normas, reglamentos, etc. y una de condena, es decir el cese o poner fin a dicha actuación material ilícita que no se sustente en acto administrativo.

Sabido es que la administración no sólo se manifiesta mediante actos administrativos, sino también mediante actos materiales denominados “vías de hecho”, a manera de ejemplo, podemos citar;

- El despido efectuado por una Municipalidad a un trabajador, que adquirió el derecho de la Ley 24041 o pertenezca al régimen laboral CAS.

- La erradicación de un puesto ambulatorio, no obstante contar con la autorización municipal para el uso de la vía pública.

Un aspecto importante a resaltar es que esta pretensión, se tramita como proceso urgente, en la medida que de la demanda y sus recaudos, se advierta concurrentemente la existencia de:

- Interés tutelable cierto y manifiesto
- Necesidad impostergable de tutela y
- Que sea la única vía eficaz para la tutela del derecho invocado

Así se desprende del artículo 25 del TUO de la LPCA.

- d) Orden a la administración pública de la realización de determinada actuación

Esta es la típica pretensión de cumplimiento, en el que frente a la inactividad de la administración pública se recurre al juez a fin que ordene la realización de una actuación a la que se encuentra obligado por mandato de la ley o en virtud de un acto administrativo firme.

Un aspecto a tomar en cuenta es la existencia de un título habilitante; ley o acto administrativo firme; en el primer caso que establezca la obligación de un deber y en el segundo de un hacer o dar.

Podemos citar los siguientes casos, a manera de ejemplo:

- Cuando un administrado al amparo de lo previsto en la Ley 27972 - Ley Orgánica de Municipalidades, solicita se ordene a la Municipalidad que ejercite su deber de fiscalización de la instalación de una antena de telecomunicaciones.
- Cuando un demandante solicita que se ordene a la administración el pago de una obligación contenida en un acto administrativo firme.

De acuerdo con el profesor Huapaya (2019)

Un tema que no debe escapar a esta problemática es que, en la práctica procesal peruana, esta pretensión es aplicada comúnmente sólo a los casos de inactividad material y no así a los casos de inactividad formal (silencio negativo), puesto que en casos de falta de pronunciamiento de la administración pública en el marco de un procedimiento administrativo lo que procede en los hechos es impugnar el silencio administrativo negativo por la vía de la pretensión de nulidad, lo cual es un contrasentido. En puridad esta práctica es errónea. (...) Sin embargo, el diseño de esta pretensión no es el mejor (...) Con lo cual en los hechos, en nuestro medio se sigue empleando la pretensión de nulidad para los casos de impugnación del silencio negativo” (Pág. 67 – 68)

Finalmente coincidimos con nuestro colega Salas (2012-2013) cuando refiere:

De otro lado, no podemos dejar desapercibida la vinculación existente entre la pretensión de cumplimiento, que se plantea en el proceso contencioso administrativo y la acción de cumplimiento que es un proceso constitucional.

Para exigir la prestación debida en el proceso de cumplimiento el Tribunal Constitucional en las sentencias correspondientes a los expedientes 191-2003-AC/TC, 168-2005-PC/TC y otras, ha establecido determinados requisitos,

entre ellos: 1) Que el mandato sea incondicional, 2) En caso sea condicional, que se acredite el cumplimiento de las condiciones, 3) Que el mandato sea cierto e indubitable, 4) Que tanto la ley o el acto administrativo que lo contienen deben encontrarse vigentes.

Al respecto, cabe precisar que estos requisitos son referenciales para examinar la pretensión de cumplimiento planteada en el PCA, en la medida que tales exigencias han sido establecidas para el proceso de cumplimiento que es un proceso que sea usa como vía extraordinaria y que tiene características propias. (Pág. 233)

Al igual que la pretensión anterior, esta también se tramita como proceso urgente, en la medida que concurren las condiciones establecidas en el artículo 25 del TUO de la LPCA.

e) Indemnización por daño causado

La administración en el ejercicio de sus funciones y mediante una actuación administrativa, también puede ocasionar daño a un administrado; quien frente a ello, puedo plantear esta pretensión, con la finalidad que se determine su responsabilidad resarcitoria.

Cabe resaltar que la indemnización por el daño causado con alguna actuación impugnada, debe efectuarse en concordancia con lo previsto en el artículo 238 de la Ley N° 27444, actualmente artículo 260 del TUO de la LPAG, que establece las Disposiciones Generales, desde el artículo 260.1 al 260.6; en virtud de las cuales, las entidades son

patrimonialmente responsables frente a los administrados por los daños directos e inmediatos causados por los actos de la administración o los servicios públicos directamente prestados por aquellas.

Un aspecto importante a resaltar es que el daño alegado debe ser efectivo, valuable económicamente e individualizado con relación a un administrado o grupo de ellos.

Asimismo esta pretensión no puede plantearse como pretensión autónoma, sino acumulativamente a cualquiera de las pretensiones anteriormente analizadas; es decir a una pretensión de anulación, plena jurisdicción, declaración de contraria a derecho de una actuación material o de cumplimiento, podrá acumularse accesoriamente la pretensión de indemnización, conforme a lo previsto por el artículo 7 del TUO de la LPCA y 87 del CPC.

4.4.3.4 Sujetos del Proceso.

En el proceso contencioso administrativo, los sujetos son aquellos que ostentan la calidad de demandante y demandado.

Demandante será aquel que cuente con legitimidad para obrar activa y afirme ser titular de la situación jurídica sustancial protegida que haya sido o esté siendo vulnerada por la actuación administrativa impugnada materia del proceso.

Pero también lo podrá ser la Entidad pública facultada por ley para impugnar cualquier actuación administrativa que declare derechos subjetivos que agravan la legalidad administrativa y el interés público; es lo que se conoce

como la “acción de lesividad” y siempre que haya vencido el plazo para que la entidad declare su nulidad de oficio en sede administrativa.

Ambas posiciones la ubicamos en el artículo 13 del TUO de la LPCA.

Demandado, será aquel que cuente con legitimidad para obrar pasiva, por regla general recae en la Entidad administrativa generadora de la actuación impugnada.

Pero también lo podrá ser el particular o administrado, titular de los derechos declarados por el acto cuya nulidad pretenda la entidad administrativa.

Tal posición se ubica en el artículo 15, incisos 1 al 7 del TUO de la LPCA.

Mención aparte merece, cuando se trate de la **tutela de intereses difusos**, en este caso la legitimidad para obrar activa según el artículo 14 del TUO de la LPCA, recae en:

- El Ministerio Público
- El Defensor del Pueblo
- Cualquier persona natural o jurídica

4.4.3.5 Desarrollo del Proceso - Ordinario y Urgente-Diagramas (Anexos 1 y 2).

4.4.3.6 Sentencia estimatoria y su Eficacia.

La sentencia es la decisión lógica que pone fin al proceso y en virtud del cual se emite un pronunciamiento respecto de la cuestión de fondo o sobre la validez de la relación procesal.

Al respecto el artículo 121 del CPC en su tercer párrafo señala:

“(…) Mediante la sentencia el Juez pone fin a la instancia o al proceso en definitiva, pronunciándose en decisión expresa, precisa y motivada sobre la cuestión controvertida declarando el derecho de las partes o excepcionalmente sobre la validez de la relación procesal”

Del citado artículo se desprende que las sentencias a expedir, pueden ser:

- Aquellas que se pronuncian sobre el fondo de la cuestión
- Aquellas que excepcionalmente se pronuncian sobre la validez de la relación procesal (Inhibitorias por carecer de competencia funcional o por materia)

En cuanto a aquellas que se pronuncian sobre el fondo de la cuestión; pueden ser:

Estimatorias; es decir que amparan las pretensiones del demandante, declarándose fundada en todos sus extremos o en parte.

Desestimatorias; no amparan las pretensiones del demandante y por tanto se declara infundada.

En el proceso contencioso administrativo, las sentencias estimatorias, se dictan en función de la pretensión planteada, tal como señala el numeral 40 del TUO de la LPCA, pudiendo ser:

- **Declarativas:** Son aquellas que ponen fin a la controversia, determinando una situación jurídica; tal es el caso de la nulidad total o parcial de un acto administrativo y de la declaración de contraria a derecho
- **Constitutivas:** Son aquellas que modifican o extinguen una situación jurídica existente y crean una nueva; tal es el caso de la pretensión de plena jurisdicción en la que se restablece o reconoce una situación

jurídica individualizada o en el cese de una actuación material que no se sustenta en acto administrativo.

- **Condena:** Son aquellas que imponen el cumplimiento de una obligación de dar, hacer o no hacer; este es el caso de la pretensión de cumplimiento de una determinada actuación a la que se encuentra obligada la administración, por mandato de la ley, de acto administrativo firme, decisión judicial o determinación de la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados.

Eficacia de las sentencias estimatorias:

En nuestro quehacer jurisdiccional, advertimos que las sentencias declarativas sólo producen efectos jurídicos procesales y no son ejecutables; es decir el hecho que en un proceso contencioso administrativo se declare nulo un acto administrativo será suficiente para considerarlo inválido y que no genere efecto legal alguno.

Distinto es el caso de las sentencias constitutivas y de condena; pues por efectos de la cosa juzgada ambas son ejecutables; en el caso de las constitutivas por la creación de la nueva situación jurídica y en el caso de las de condena, por existir un título sobre el que subyace una obligación.

Finalmente en el proceso contencioso administrativo, suelen presentarse situaciones mixtas, así:

Sentencias declarativas y constitutivas; por ejemplo cuando se anula una sanción pecuniaria a un administrado y a la vez se reconoce que la administración no tiene derecho a iniciarle un procedimiento administrativo sancionador por carecer de competencia.

Sentencias declarativas y de condena; cuando se anula un acto administrativo y se ordena que la administración vuelva a expedir uno nuevo que reconozca un derecho pensionario, el pago de devengados e intereses.

Sentencias constitutivas y de condena; por ejemplo cuando se reconoce el derecho a ser reincorporado a su centro de labores a un administrado y a la vez se le abone una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por su indebido cese.

5. La Tutela Cautelar en el Proceso Contencioso Administrativo.

5.5.1 La constitucionalización de la medida cautelar en el contencioso administrativo.

El gran administrativista español García de Enterría (2004) al reflexionar sobre la constitucionalización de las medidas cautelares en el contencioso administrativo, nos relata:

“Con posterioridad a la serie de mis trabajos sobre las medidas cautelares, recogidos luego en la 1º edición de mi libro la batalla por las medidas cautelares. Derecho comunitario Europeo y proceso contencioso administrativo español, 1992, veo que en dos revistas diferentes se propone ahora en Francia la misma necesidad de adaptar el restrictivo régimen de las medidas cautelares en el contencioso-administrativo, por una parte, al hecho, de la constitucionalización de un verdadero derecho a la

protección cautelar como exigencia de una tutela judicial efectiva; por otra parte, a “las exigencias de la jurisprudencia europeas” sobre el Derecho Administrativo Francés.

(...) Dentro del proceso contencioso administrativo, las reglas relativas al “*sursis a execution*” o suspensión de la ejecución del acto recurrido han adquirido lo que se puede llamar ya un verdadero status constitucional. Ningún autor en la amplia y constante doctrina sobre el contencioso administrativo, había llegado a imaginar siquiera que la suspensión de la ejecución “pudiese formar parte del bloque de constitucionalidad y situarse así al abrigo frente a la intervención del legislador mismo”. Tampoco la jurisprudencia del Consejo de Estado, tan innovador en otros campos, pero tan conservador en éste, “permitía esperar un porvenir tan brillante”. La suspensión de la ejecución del acto recurrido no goza en la jurisprudencia del Consejo de Estado, ni siquiera de una posición preeminente, dado el apego de dicho Consejo a las prerrogativas del poder público, que parecen quebrar en este caso; sin exceso puede decirse que el Consejo de Estado, en su larga historia, ve a la institución de la suspensión con clara desconfianza.

Pero ha sido el juez constitucional el que ha cambiado muy recientemente los datos del problema, sobre el que ha

echado “una nueva luz”. La oposición entre las fuentes constitucionales y las del contencioso administrativo da a esta materia un interés particular. Puede hablarse incluso de asombro: el juez constitucional incursiona en el contencioso administrativo y consagra el valor constitucional de una regla procedimental sobre la que el juez contencioso administrativo no había manifestado ninguna afección particular.

La jurisprudencia constitucional tiene aquí un carácter voluntarista, creativo, difícilmente cuestionable. Podría discutirse si el Consejo Constitucional ha dado a la nueva regla constitucional un carácter absoluto o se ha limitado más bien a imponer su respeto a la ley en ciertos contenciosos-administrativos, dado que hasta ahora sólo se ha pronunciado a propósito de ciertas medidas de policía y de las sanciones impuestas por ciertas “autoridades administrativas independientes”. Ello lleva al autor a examinar con todo detalle las decisiones del Consejo Constitucional de donde ha “emergido el status constitucional” de la suspensión cautelar.

(...) Sólo las medidas cautelares ponderadas podrán evitar que ese formidable privilegio posicional de la Administración no degenere, como por desgracia no es infrecuente, en un abuso, donde la simple prepotencia encubre la arbitrariedad,

que tan expresamente prohíbe el propio texto constitucional, artículo 9.3. Sólo esas medidas serán capaces también de evitar la frustración completa o parcial del derecho fundamental del artículo 24 de la Constitución, que es para esta uno de sus “valores superiores” (arts. 1 y 10.1) frustración que ya no tiene cabida posible en el sistema, como bien se comprende. (Pág. 296-321)

5.5.2 Oportunidad y Finalidad.

De acuerdo con el artículo 37 del TUO de la LPCA, la oportunidad para plantear una medida cautelar en el proceso contencioso peruano es la siguiente:

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

De acuerdo con el citado artículo, la medida cautelar puede dictarse antes de iniciado un proceso contencioso administrativo o dentro de éste, en ambos casos con la finalidad de asegurar la eficacia de la decisión definitiva.

En nuestra experiencia jurisdiccional si la posibilidad que se conceda una medida cautelar dentro de proceso, tiene sus resistencias, lo es más cuando es fuera de proceso, dado que no existe una demanda en curso y el Juez al no tener un conocimiento pleno de los hechos, tendrá que resolver sobre la

base de las alegaciones y prueba adjunta que evidencie realmente la apariencia del derecho, el peligro en la demora y su adecuación.

Asimismo la tutela cautelar en el TUO de la LPCA, contiene escuetamente sólo 03 artículos; 37, 38 y 39; de modo que la remisión al Código Procesal Civil, resulta razonable y necesaria a fin de integrarla vía una interpretación sistemática por comparación.

No obstante dicha remisión, viene generando en algunos operadores judiciales cierta confusión en su aplicación, en la medida de no tener claro, si el requisito de la inminencia del perjuicio irreparable contenido en las medidas de innovar o no innovar previsto en los artículos 682 y 687 del Código Procesal Civil, debe ser acreditado por el solicitante, debido a la supletoriedad del citado texto legal o si sólo debe cumplir con los requisitos que establece el TUO de la LPCA, atendiendo a sus propias especificaciones.

Tampoco la regulación cautelar es clara y abona en la confusión, cuando el solicitante invocando los supuestos de hecho, de las medidas de innovar o de no innovar, equivoca una por otra o peticiona una medida temporal sobre el fondo, prevista en el artículo 674 del Código citado, desconociendo la finalidad y naturaleza de cada medida y aun cuando la tutela cautelar en el contencioso administrativo es atípica y faculta al juez adecuarla, no puede pasar por alto, que esta última contiene una disposición que pueda concederse, siempre que los efectos de la decisión sea de posible reversión y no afecte el interés público, evidenciando a todas luces una norma restrictiva.

Consideramos que si bien han de seguirse las disposiciones del CPC en materia cautelar, por ejemplo cuando se trata de la medida cautelar fuera de proceso, aplicar el artículo 636 del CPC; sin embargo el operador judicial

deberá atenerse a las especificaciones establecidas en el TUO de la LPCA, es decir a su oportunidad, finalidad, presupuestos, ofrecimiento de contracautela y tipos de medidas cautelares especialmente procedentes.

5.5.3 Presupuestos de la medida cautelar.

De acuerdo con el artículo 38 del TUO de la LPCA,

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

Dicho artículo regula expresamente la posibilidad que el juez contencioso administrativo pueda conceder la medida cautelar en la forma solicitada por el demandante u otorgar discrecionalmente cualquier otra forma que considere adecuada para lograr la eficacia de la decisión definitiva.

Ello se explica porque una de las características de la tutela cautelar contencioso administrativa es ser atípica, es decir dada la diversidad de formas en que se manifiesta la administración y a que se contrae el artículo 4 del TUO de la LPCA, resulta necesario que el Juez pueda conceder medidas cautelares adecuadas.

A continuación examinaremos los presupuestos centrales para el otorgamiento de la medida cautelar.

5.5.3.1 Verosimilitud del derecho invocado – ponderación.

La Verosimilitud o también conocido en la doctrina como el “Fumus bonis iuris” es lo que tiene apariencia de verdadero, esto es la posibilidad razonable que el derecho exista.

A decir de MONROY P. (2002, Pág. 172) el juez debe considerar presente la verosimilitud como requisito de procedencia, en el siguiente supuesto:

“(…) que el juez considere que la pretensión tiene algún sustento jurídico a considerar, que la posición del demandante sea discutible o en todo caso que exista una posibilidad razonable de que la pretensión sea declarada fundada (…)”

Siguiendo las normas del CPC, en el artículo 611 numeral 1, encontramos a la verosimilitud del derecho, como uno de los presupuestos para la concesión de la medida cautelar, así:

“El Juez atendiendo a la naturaleza de la pretensión principal y a fin de lograr la eficacia de la decisión definitiva, dicta medida cautelar en la forma solicitada o en la que considere adecuada, siempre que, de lo expuesto y la prueba presentada por el demandante, aprecie:

1. La verosimilitud del derecho invocado (…)”

En tanto que el artículo 38 numeral 1 del TUO de la LPCA, referido precedentemente, establece:

“(…) siempre que de los fundamentos expuestos por el demandante:

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

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

En cuanto a la verosimilitud del derecho invocado, el citado numeral establece un test de proporcionalidad que deberá realizar el Juez, entre la eventual afectación al interés público o a terceros, por el dictado de la medida cautelar y el perjuicio al interés particular que causa la eficacia de la actuación inmediata.

Al respecto nuestro colega, Salas (2011) efectúa una crítica a dicha disposición, al señalar que la verosimilitud no tiene relación con la eventual afectación del interés público o a terceros ni con el perjuicio al recurrente del acto administrativo impugnado, así nos refiere:

En efecto, la verosimilitud tiene que ver con la alta probabilidad que el derecho invocado le corresponde al peticionante cautelar, mientras que lo segundo tiene que ver con el análisis de los efectos de una medida cautelar, es decir con valorar o ponderar los eventuales daños que podría causar al interés público o a terceros el otorgamiento de una medida cautelar y el perjuicio que causaría al demandante el rechazo de la medida cautelar.

Como puede observarse se trata de asuntos diferentes, razón por la cual es evidentemente incorrecto que el legislador señale que para determinar la verosimilitud del derecho invocado, el juez deberá ponderar la proporcionalidad entre la afectación que causaría al interés público o a terceros el otorgamiento de la medida cautelar y

el perjuicio que causaría al demandante la denegatoria de la medida cautelar. (Pág. 221)

En esa misma línea se expresa el profesor Huapaya (2019) cuando señala que:

La verosimilitud no debe analizarse contra el interés público.

Pero ¿Qué sucede en la práctica?

Si se entiende que el interés público es algo que beneficia a toda la colectividad, es muy probable que el juez señale que no existe verosimilitud del derecho, ya que en la ponderación, siempre perderá la verosimilitud del derecho particular versus la protección del interés público, por ejemplo, en el cobro y recaudación de las deudas tributarias para financiar el funcionamiento del Estado y la satisfacción de las necesidades de la población.

De ahí se propone que el requisito de verosimilitud del derecho invocado por el particular no debe ser confrontado con el interés público, sino que, por el contrario debe ser comparado con la existencia de causas evidentes o notorias de ilegalidad de la actuación u omisión administrativa impugnada. (Pág. 134)

El citado profesor propone incluso corregir el texto del artículo 38 y eliminar la referencia a la ponderación de la verosimilitud del derecho con el interés público, esgrimiendo como razones:

El interés público no es el canon que permite determinar la ilegalidad de la actuación administrativa, sino que por el contrario, la verosimilitud del derecho debe ser enfrentada a la existencia de una evidente o manifiesta ilicitud de la actuación u omisión administrativa, lo cual debe ser sustentado por el pretensor cautelar.

Un escenario de tutela de derechos fundamentales no permite subordinarlos al interés público. (Pág. 135)

El suscrito coincide con lo expresado por el profesor Huapaya y es que en efecto el artículo 38, al regular los presupuestos para la concesión de la medida cautelar, en cuanto a la verosimilitud del derecho invocado, establece un test de proporcionalidad con el interés público, el cual en el entendido que beneficia a toda la sociedad puede colocar en inferioridad el interés invocado por el particular; como por ejemplo se presenta; cuando la administración ambiental (OEFA) en su rol tutelar del medio ambiente, impone una multa por daños a la salud y ecosistema frente a la alegación de una empresa minera que afirma no haber superado los límites máximos permisibles en la descarga de relaves y por ende no existir contaminación o cuando PRODUCE como ente rector del sector pesquero, impone una sanción por extraer recursos hidrobiológicos que superan la capacidad de bodega de una embarcación pesquera frente a la afirmación de su titular quien señala que la fórmula aplicada por la administración para establecer la capacidad de la bodega es errónea; de ahí que el parámetro de comparación no sea el adecuado, fomentando así implícitamente la denegatoria de la medida cautelar solicitada.

Por tanto dicha exigencia legal no es feliz y por el contrario recarga la evaluación que el Juez debe hacer del presupuesto de la verosimilitud del derecho invocado alentando así una idea más restrictiva para la concesión de una medida cautelar; por el contrario consideramos que la redacción original del artículo 36 de la Ley N° 27584 era menos exigente, pues establecía:

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

1. De los fundamentos expuestos por el demandante se considere verosímil el derecho invocado. Para tal efecto se deberá ponderar los fundamentos expuestos por el demandante con el principio de presunción de legalidad del acto administrativo, sin que este último impida al órgano jurisdiccional conceder una medida cautelar. (...)”

Conforme se puede apreciar la verosimilitud del derecho invocado por el particular se confrontaba con la presunción de validez del acto administrativo a que se contrae el artículo 9 del TUO de la LPAG; es decir el interesado en la concesión de la medida cautelar debía acreditar, que ese acto administrativo está viciado de nulidad, porque de no haber información de su manifiesta ilicitud, la presunción sigue vigente.

Sin embargo dicho artículo fue modificado mediante el Decreto Legislativo N° 1067, publicado el 28 de junio de 2008, a propósito del caso de los “ascensos de oficiales de la PNP”, con lo cual nos quedamos con el actual texto del artículo 38, cuyo mensaje es que si hay algo que afecte el interés público, no concedes la medida cautelar, resultando así un error para la evaluación de la verosimilitud.

No obstante en el actual escenario, corresponde al Juez realizar ese juicio de ponderación entre la afectación al interés público y el que se causa al interés particular ligándolo a la argumentación, tal como sugiere el destacado jurista GARCIA (2017) quien nos refiere:

Podemos formular la regla siguiente: cuanto más pesamos, menos tenemos que argumentar y donde más hemos de argumentar es porque menos objetivo es el pesaje. Ahí se halla una de las grandes tensiones de la actual teoría de la ponderación aplicada en el campo jurídico; si en verdad principios y valores jurídicos pesarán, poco habría que argumentar y si mucho hay que argumentar es porque quien dice que pondera en realidad no pesa, sino que valora personalmente con mayor o menor razonabilidad. Lo que no es honesto, en términos de racionalidad argumentativa, es que el ponderador se señale a sí mismo como quien indica una balanza objetiva y en perfecto funcionamiento o que pretenda que sus razones son más que razones suyas, que son datos objetivos y demostrativos. (Pág. 60)

De otro lado, no obstante haber señalado que la verosimilitud es lo que aparenta o parece verdadero, suele ser una práctica en el proceso contencioso administrativo denegar la medida cautelar, por insuficiencia probatoria de la verosimilitud o que en todo caso la controversia deba ser objeto de debate probatorio y resuelto en la sentencia (Por ejemplo cuando se trata de aspectos técnicos que dieron lugar a la actuación impugnada o la interpretación de normas vinculadas a la prescripción o retroactividad

benigna); es decir implícitamente se exige la casi certeza del derecho invocado.

5.5.3.2 Peligro en la demora.

El peligro en la demora o conocido también en la doctrina como “el periculum in mora” es aquella circunstancia que pone en riesgo la eficacia de la decisión definitiva. Tal como lo señalamos al explicar la tutela cautelar, se configura por el temor que existe de que el tiempo que toma el proceso puede terminar generando un daño en el derecho cuya protección se reclama. El daño es uno producido o derivado de la demora del proceso principal.

El peligro en la demora es abordado por el artículo 611 numeral 2 del CPC de la siguiente forma:

“El Juez atendiendo a la naturaleza de la pretensión principal y a fin de lograr la eficacia de la decisión definitiva, dicta medida cautelar en la forma solicitada o en la que considere adecuada, siempre que, de lo expuesto y la prueba presentada por el demandante, aprecie:

2. La necesidad de la emisión de una decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso o por cualquier otra razón justificable (...)

En tanto que el artículo 38 numeral 2 del TUO de la LPCA, establece:

“(...) siempre que de los fundamentos expuestos por el demandante:

- 2 Se considere necesaria la emisión de una decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso o por cualquier otra razón justificable. No es exigible este requisito cuando se trate de pretensiones relacionadas con el contenido esencial del derecho a la pensión. (...)

Cabe anotar que el legislador ha regulado la posibilidad, que además de la morosidad del proceso, el interesado pueda acreditar otra razón que justifique el dictado de una medida preventiva.

En nuestra experiencia jurisdiccional, en más de una oportunidad, hemos podido apreciar el peligro en la demora invocado por el solicitante.

Citaremos alguno de ellos:

- Cuando un cadete que había sido expulsado indebidamente de la Policía Nacional del Perú, solicitó su reincorporación aduciendo que su promoción se encontraba próxima a egresar; viéndose perjudicado en sus estudios y obtención del grado y alta respectiva.
- En una oportunidad, un solicitante, que había obtenido una sentencia estimatoria (impugnada), solicitó ser reincorporado a su centro laboral, alegando que al estar próximo a jubilarse, la decisión que ordenaba su reposición, sería ilusoria, toda vez al alcanzar la edad límite, su empleador sólo cumpliría con el abono de sus beneficios sociales.
- Un abogado que obtuvo una sentencia estimatoria (impugnada) y se encontraba postulando a la Junta Nacional de Justicia, solicitó la suspensión de la sanción de 01 mes, impuesta por el Colegio de Abogados de Lima, argumentando que de no obtener la misma, vería frustrado su derecho, por el demérito que representaba la sanción.
- Una Empresa constructora solicitó la suspensión de la inhabilitación de 06 meses que le impuso el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE, alegando que el plazo de 07 días que tuvo para presentar la documentación, por ser beneficiario de la buena pro de un contrato, no lo pudo efectuar por problemas en el sistema técnico de la

Entidad; generándole un perjuicio económico, al no poder contratar con el Estado.

5.5.3.3 Adecuación.

La adecuación significa la idoneidad de la medida al derecho material; es decir esa congruencia que debe existir entre la forma de la medida cautelar y la pretensión a fin de garantizar la decisión definitiva.

El artículo 611 numeral 3 del CPC en lugar de adecuación, emplea el término razonabilidad de la siguiente forma:

“El Juez atendiendo a la naturaleza de la pretensión principal y a fin de lograr la eficacia de la decisión definitiva, dicta medida cautelar en la forma solicitada o en la que considere adecuada, siempre que, de lo expuesto y la prueba presentada por el demandante, aprecie:

3. La razonabilidad de la medida para garantizar la eficacia de la pretensión”

En tanto que el artículo 38 numeral 3 del TUO de la LPCA, establece:

“(…) siempre que de los fundamentos expuestos por el demandante:

3 Se estime que resulte adecuada para garantizar la eficacia de la pretensión (…)”

Queda claro que en lo que respecta a este presupuesto, el Juez luego de evaluar la idoneidad, puede conceder la medida propuesta o la que el considere pertinente para garantizar la decisión definitiva.

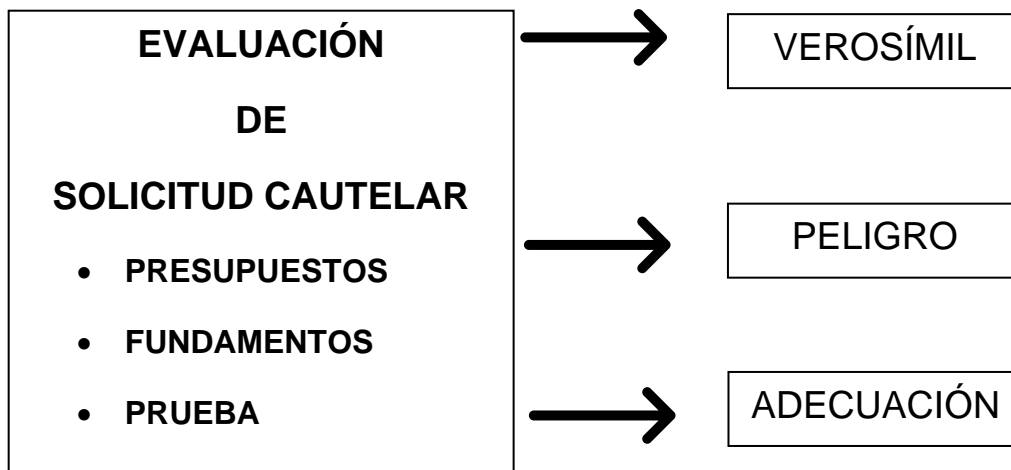
Un ejemplo de lo primero se presenta cuando el solicitante cuya pretensión en el proceso principal es la nulidad de un acto administrativo que lo sanciona con inhabilitación, plantea una medida cautelar innovativa a fin de suspender

los efectos de dicha sanción. La pretensión cautelar es adecuada a la pretensión principal.

En el segundo caso, el solicitante cuya pretensión versa sobre derechos inscritos, postula una medida cautelar de no innovar a fin de mantener el status quo de una partida registral; el Juez considera que la anotación de demanda es la medida cautelar apropiada para garantizar la eficacia de la decisión definitiva.

5.5.4 Juicio cautelar.

Gráfico N° 02



Fuente: TUO de Ley 27584

Elaboración: Propia

5.5.5 ¿Resulta razonable mantener el “inaudita altera pars”?

El artículo 637 del CPC, regula el trámite de la medida cautelar, señalando:

term“ La solicitud cautelar es concedida o rechazada sin conocimiento de la parte afectada en atención a los fundamentos y prueba de la solicitud (...).

Una vez dictada la medida cautelar, la parte afectada puede formular

oposición dentro de un plazo de cinco (5) días, contado desde que toma conocimiento de la resolución cautelar, a fin de que pueda formular la defensa pertinente (...)"

Nuestro CPC, ratifica la regla "**inaudita altera pars**", es decir que la medida cautelar se otorga o rechaza si oír a la parte contraria. Dicha regla se aplica en el proceso contencioso administrativo y en la práctica judicial, suele ser un elemento que disuade al Juez de conferir la tutela cautelar, ello debido a que cuando evalúa una solicitud cautelar, lo hace sólo sobre la base de las alegaciones y prueba ofrecida por el solicitante, sin tener una visión completa de los intereses en conflicto o que se haya logrado desvirtuar la presunción de validez que ostenta la actuación impugnada.

Recordemos que es en el solicitante, sobre quien recae la carga de la prueba, para acreditar, demostrar y justificar la existencia de los presupuestos procesales; la falta de ello acarreará el rechazo de la medida cautelar.

Tal escenario, nos lleva a formular la pregunta de si es razonable mantener dicha regla; la respuesta es **NO**; ello por el hecho que el contradictorio debe acompañar todo el iter del proceso y aun cuando existe la figura de la oposición, consideramos si mantener como una excepción para casos urgentes, debiendo el contradictorio, ser la regla general previa al dictado de la medida cautelar, tal como viene ocurriendo en materia arbitral y contencioso administrativo – tributario, tanto más al ser este una manifestación del Derecho fundamental al debido proceso, establecido en el numeral 139.3 de la CPP.

El contradictorio es sinónimo de transparencia; los Jueces deben oír a las partes y no ajena a ello, la destacada procesalista ARIANO (2014), nos comenta:

Por ello asumiendo este riesgo, quisiera dejar muy en claro que mis reservas sobre la tutela cautelar no están ni en su función ni en la amplitud del poder del que efectivamente gozan nuestros jueces para disponer las cautelas “atípicas” que se ajusten a las necesidades de cada caso concreto. Mis reservas sobre la tutela cautelar están todas en el procedimiento que el Código Procesal Civil (en su versión original y la modificada en el 2009) establece: el que siempre se conceda (o deniegue) inaudita altera parte, fuente primaria, en mi concepto, de todas las distorsiones y descréditos que esta noble forma de tutela ha sufrido en estos más de veinte años de vigencia del CPC.

De allí que si algún valor tienen mis trabajos, esta en el bregar por salir del impasse provocado por el CPC de 1993, que bajo la errónea idea de que es inherente a la tutela cautelar el que esta sea otorgada bajo el signo de la “reserva”, es decir, sin darse audiencia al (futuro o actual) demandado, ha, en buena cuenta inado por esterilizarla. (Pág. 5)

5.5.6 Medidas Cautelares especialmente procedentes.

El artículo 39 del TUO de la LPCA, dispone que:

“Son especialmente procedentes en el proceso contencioso administrativo las medidas cautelares de innovar y no innovar”

El citado artículo establece que en el abanico de medidas cautelares existentes y en un proceso contencioso administrativo, el solicitante preferentemente podrá optar por las medidas cautelares de innovar y no innovar, a fin que el Juez haga la evaluación y en la medida que se cumpla con los presupuestos procesales, la conceda.

5.5.6.1 Medida Innovativa.

El artículo 682 del CPC, describe a la medida innovativa, señalando:

“Ante la inminencia de un perjuicio irreparable, puede el Juez dictar medidas destinadas a reponer un estado de hecho o de derecho cuya alteración vaya a ser o es el sustento de la demanda. Esta medida es excepcional, por lo que sólo se concederá cuando no resulte de aplicación otra prevista en la ley”

Un aspecto que no resulta claro y que da lugar a interpretaciones distintas, es si la inminencia del perjuicio irreparable a que alude la medida innovativa, debe ser acreditada por el solicitante o si sólo debe cumplir con los presupuestos que establece el TUO de la LPCA. Consideramos que lo atinado es lo segundo, atendiendo a sus propias especificaciones.

Asimismo es importante tener en cuenta la diferencia que existe entre una medida innovativa y una medida temporal sobre el fondo, prevista en el artículo 674 del CPC, pues en la práctica judicial suele darse un mismo tratamiento, no obstante la finalidad y naturaleza de cada medida; pues en el caso de la medida de innovar es aquella destinada a reponer un estado de hecho o de

derecho cuya alteración vaya a ser o es el sustento de la demanda, en tanto que la medida temporal sobre el fondo es una medida anticipatoria de lo que el juez va a decidir en la sentencia, en forma íntegra o parcial, siempre que los efectos de la decisión sea de posible reversión y no afecten el interés público, sin duda esta última, tiene una connotación más restrictiva.

Citaremos algunos ejemplos de este tipo de medida que suele ser recurrente en el PCA:

- Cuando una Empresa constructora, solicita la suspensión del acto administrativo emitido por el OSCE, que lo inhabilita por 03 años, para contratar con el Estado.
- Cuando una Empresa petrolera, solicita la suspensión de la sanción pecuniaria impuesta por el OEFA, por el derrame de hidrocarburos.
- Cuando una Empresa de telecomunicaciones, solicita la suspensión del acto administrativo que anulo la aprobación automática de su infraestructura de telecomunicaciones.
- Cuando un trabajador solicita la suspensión del acto administrativo que lo cesa y su reincorporación a su Centro de labores.

5.5.6.2 Medida de No Innovar.

A su turno el artículo 687 del CPC, contempla la medida de no innovar, refiriendo:

“Ante la inminencia de un perjuicio irreparable, puede el Juez dictar medidas destinadas a conservar la situación de hecho o de derecho cuya situación vaya

a ser o sea invocada en la demanda y se encuentra en relación a las personas y bienes comprendidos en el proceso. Esta medida es excepcional por lo que se concederá sólo cuando no resulte de aplicación otra prevista en la ley”.

En cuanto a la medida cautelar de no innovar está destinada a conservar la situación de hecho o de derecho cuya situación vaya a ser o sea invocada en la demanda y se encuentra en relación a las personas y bienes comprendidos en el proceso.

En la práctica judicial, suele presentarse una confusión, al plantear una medida de no innovar, siendo el supuesto de hecho de una innovativa y plantear una medida innovativa, siendo el supuesto de no innovar, arrastrando dicha confusión el Juez contencioso administrativo, al momento de resolver.

Sin embargo existe una diferencia sustancial entre una y otra, dado que la medida innovativa se repone el estado de hecho o de derecho afectado, en tanto que la medida de no innovar tiende a mantener el “status quo” de la situación de hecho o de derecho.

Citaremos algunos ejemplos de este tipo de medida que suele plantearse en el PCA:

- Cuando un trabajador a quien se le ha cursado una carta de despido, solicita mantener vigente la relación laboral con su empleador
- Cuando una empresa de telecomunicaciones solicita mantener vigente la autorización automática de su infraestructura
- Cuando un administrado solicita mantener vigente su certificado de defensa civil de su negocio

5.5.7 La Tutela cautelar y la Jurisprudencia.

Consideramos de suma importancia señalar, cual ha sido el comportamiento del Tribunal Constitucional, así como de los Tribunales de justicia, específicamente de la especialidad contencioso administrativa, al momento de pronunciarse por el pedido de tutela cautelar, pues el análisis de sus resoluciones, nos permite conocer la forma en que se viene aplicando e interpretando sus presupuestos y la tendencia para su otorgamiento o denegatoria.

5.5.7.1 Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de tutela cautelar, advertimos que el Defensor del Pueblo planteó la inconstitucionalidad del tercer y cuarto párrafo del artículo 15 de la Ley N° 28237, Código Procesal Constitucional, que establece la procedencia de la medida cautelar en los procesos de amparo, en los que se cuestionen actos administrativos expedidos por los gobiernos locales y regionales y en el que el supremo interprete de la Constitución concluyó declarándola Infundada, señalando:

“(…) Como se aprecia, el legislador ha creado dos procedimientos cautelares diferentes. Un procedimiento especial para el caso de los gobiernos locales y regionales y otro general para los demás casos. Ello en principio es constitucional, en la medida que pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencia de las personas, según lo dispone el artículo 103° de la Constitución (…)” (Exp N° 0023-2005-PI/TC del 27 de octubre de 2006, Fundamento 27)

“(…) De lo cual se desprende que la función de las medidas cautelares está orientada en su carácter instrumental a asegurar la efectividad del derecho demandado en el marco de un debido proceso, no sólo cuando se trate de procesos que adolecen de dilaciones indebidas o que no se resuelvan dentro de los plazos establecidos, sino también cuando se trate de la duración ordinaria de los procesos. Existen procesos que por su duración, aunque tramitados dentro de los respectivos plazos, pueden constituir un serio peligro para la eficacia del derecho (…)” (Exp N° 0023-2005-PI/TC, Fundamento 38)

“(…) En consecuencia los referidos extremos del artículo 15° no son inconstitucionales, sino que son una razonable modulación, en tanto no supone dificultar la efectividad del proceso constitucional, sino proteger con prudencia bienes o derechos constitucionales (…).” (Exp N° 0023-2005-PI/TC, Fundamento 58)

A su turno en el caso de la Compañía Cervecera Ambev Perú SAC, publicada el 30 de noviembre del 2006, el Tribunal Constitucional sostuvo:

“(…) debe recordarse que la tutela cautelar si bien constituye un derecho para garantizar el cumplimiento de la sentencia que se dicte sobre el fondo, supone al mismo tiempo, un juzgamiento en base a probabilidades, por tanto, su potencial de constituirse en acto arbitrario es incluso mayor al de una sentencia que ha merecido una mayor cautela y conocimiento por parte del Juez” (Exp N° 1209-2006-PA/TC, Fundamento 12)

De otro lado a propósito de la demanda de conflicto de competencia planteada por el Poder Ejecutivo contra el Poder Judicial sobre permisos de pesca otorgados mediante resoluciones judiciales, el Tribunal Constitucional señaló lo siguiente:

“Los jueces no tienen competencia para otorgar autorización, permisos o derechos de pesca sino para controlar las razones expuestas por la administración en las resoluciones que hubiesen sido impugnadas ante su despacho. Corresponderá al propio Produce enmendar lo que se encuentre viciado según lo declarado por el órgano jurisdiccional competente” (Exp N° 0005-2016-PCC/TC del 25 de julio de 2019, Fundamento 83)

“(…) En todo proceso judicial relacionado, directa o indirectamente, con el otorgamiento de permisos de pesca, con el derecho de sustitución de bodega, con el límite máximo de captura por embarcación y en general, con cualquier autorización, permiso o derecho que involucre la explotación de recursos hidrobiológicos, deben observarse las disposiciones de la Ley 29639, “Ley que regula el otorgamiento de medidas cautelares referidas al uso, aprovechamiento, extracción o explotación de recursos naturales hidrobiológicos (...)” (Exp N° 0005-2016-PCC/TC del 25 de julio de 2019, Fundamento 142)

A decir del Tribunal Constitucional, una de las razones que conllevo a estimar la demanda competencial, era por el hecho que el Poder Judicial había incurrido en incumplimiento de lo dispuesto en la Ley N° 29639.

Al respecto debemos enfatizar que de 18 casos analizados por el TC y reseñados en su fundamento 102, en 04 de ellos; 01 proceso contencioso administrativo y 03 amparos, es que se detectó el incumplimiento de la Ley 29639; sea por la ausencia de la verosimilitud o por falta de contracautela (carta fianza).

Conforme el propio TC, lo reconoce en su Fundamento 121, son determinados jueces del Poder Judicial quienes no cumplieron con lo dispuesto en la Ley

29639 y en el caso en concreto en 04 de ellos; lo que no es motivo para generalizar la situación e imputar al Poder Judicial en su conjunto, una conducta reiterativa a la inobservancia de la ley citada.

En cuanto a lo establecido por el TC en su fundamento 83, supone que los Jueces no pueden sustituir a la administración pesquera en el ámbito de sus competencias y que se deben limitar a analizar las razones por las cuales la entidad pública, adoptó una decisión para que esta vía reenvío lo corrija. De lo expuesto advertimos una limitación al principio de plena jurisdicción y por ende a la posibilidad que cuando se presente una medida cautelar que pretenda el reconocimiento o restablecimiento de un derecho de pesca o de explotación de recursos naturales hidrobiológicos, el juez no pueda concederla, limitándose tan sólo a la suspensión de la actuación administrativa y reenvío a la administración de ser el caso.

Asimismo a propósito de la demanda de conflicto de competencia planteada por el Poder Ejecutivo contra el Poder Judicial sobre reincorporación, otorgamiento de beneficios y ascensos, mediante resoluciones judiciales, al personal de la Policía Nacional del Perú pasado a retiro por renovación de cuadros, el Tribunal Constitucional dictó sentencia señalando lo siguiente:

“(...) Por tales consideraciones, este Tribunal estima pertinente reafirmar que el otorgamiento de ascensos es una atribución exclusiva del Poder Ejecutivo y que bajo ninguna circunstancia, un juez ordinario o constitucional puede otorgarlos, independientemente del proceso encauzado, sea que se trate de un proceso contencioso administrativo o de procesos constitucionales (...)”
(Exp N° 00002-2018-PCC/TC del 16 de julio de 2020, Fundamento 150)

“(…) Finalmente, todo lo desarrollado en la presente sentencia, deberá ser considerado por el juez competente, en lo que respecta también al otorgamiento de **medidas cautelares**, conforme a lo establecido por el ordenamiento jurídico vigente, sea que se trate de una controversia ordinaria o de naturaleza constitucional (…)” (Exp N° 00002-2018-PCC/TC, Fundamento 151)

“(…) De esta manera, en el supuesto mencionado supra, es decir, cuando se estime una demanda de reincorporación a la situación de actividad en la PNP en aplicación de las reglas de la Sentencia 0090-2004-AA/TC, las pretensiones accesorias por las que se solicite el reconocimiento del tiempo transcurrido en retiro como tiempo de servicios reales y efectivos para la promoción al grado inmediato superior, la reposición en el cargo ocupado antes del pase a retiro, el reconocimiento de estudios realizados durante el período de retiro que no sean razonablemente compatibles, en principio con lo exigido en el Decreto Legislativo 1149, su reglamento y demás normas reglamentarias en esta materia, el otorgamiento de puntajes, la declaración de aptitud en procesos de ascenso, entre otras de similar naturaleza, deberán ser declarados improcedentes, tanto en la vía ordinaria como en la vía constitucional, especialmente en el proceso de amparo, por cuanto solo el Poder Ejecutivo puede ejercer tales atribuciones legítimamente (…)” (Exp N° 00002-2018-PCC/TC, Fundamento 165)

A decir del Tribunal Constitucional, una de las razones que conllevo a estimar la demanda competencial, era por el hecho que el Poder Judicial había incurrido en menoscabo de atribuciones constitucionales en detrimento del Poder Ejecutivo.

De la fundamentación antes expuesta, podemos colegir que el Tribunal Constitucional, define el derrotero a seguir por los órganos jurisdiccionales, para la desestimación de determinadas pretensiones relacionadas con el pase a retiro por renovación de cuadros del personal policial, lo que alcanza también a las medidas cautelares, que serán rechazadas, al desvanecerse la posibilidad que se dicte una sentencia estimatoria; ello en buena cuenta se enmarca en la línea restrictiva para el otorgamiento de medidas cautelares de pretensiones como las referidas y que se plantean en un proceso contencioso administrativo.

5.5.7.2 Jurisprudencia de las Salas Contenciosas Administrativas de la Corte Superior de Justicia de Lima.

En materia contencioso administrativa, cuando la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema fija en sus resoluciones principios jurisprudenciales, constituyen precedente vinculante, así lo establece el artículo 36 del TUO de la LPCA.

Sin embargo la posibilidad que las resoluciones expedidas por las Salas Contenciosas Administrativas de la Corte Superior de Justicia de Lima y en general por cualquier Sala Superior del País, que deniega o concede una medida cautelar, sea conocida por la Corte Suprema, es inviable, pues a tenor de lo dispuesto por el artículo 34 del TUO de la LPCA, son objeto del recurso de casación de acuerdo con el numeral 3.2:

“Los autos expedidos por las Cortes Superiores que en revisión, ponen fin al proceso”

Es decir aquellos autos que evitan la posibilidad que se dicte una sentencia que resuelva el fondo de la controversia, lo que no es propio de la resolución cautelar, por sus características ya explicadas.

Esta situación conlleva a que sean las Salas Contenciosas Administrativas de Lima, las que a través de sus resoluciones vengán definiendo las líneas jurisprudenciales en materia de tutela cautelar, algunas de ellas son analizadas líneas adelante.

Aun cuando en estricto, no constituyen jurisprudencia ni son vinculantes los plenos jurisdiccionales, sin embargo sirve para que los jueces de una materia y localidad unifiquen sus criterios, tal cual aconteció con el Pleno Jurisdiccional Distrital en materia de Familia, Civil y Laboral desarrollado en Moquegua en el 2007 (**Anexo 3**) en que se acordó por unanimidad el cumplimiento del test de fundabilidad de la pretensión, peligro en la demora e irreversibilidad, para el otorgamiento de una medida cautelar en el PCA, así como el Pleno Jurisdiccional Regional Contencioso Administrativo llevado a cabo en el 2009 (**Anexo 4**), en que se acordó por mayoría que el requisito de la ponderación de intereses sea evaluado al examinar la adecuación de la medida. Ambos documentos tienen como **Fuente: María Elena Guerra Cerrón (2019 – Pág. 854 – 855)**

6. La Tutela cautelar en el contencioso administrativo y la Independencia Judicial.

6.7.1 Noción de Independencia judicial.

La Independencia judicial se encuentra reconocida en el numeral 2) del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, cuando señala:

“Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución”.

Así también la ubicamos, en el numeral 1) del artículo 146 de la citada carta magna, cuando establece:

“(…) El Estado garantiza a los magistrados judiciales:

1. Su independencia. Sólo están sometidos a la Constitución y la ley”.

De dichos enunciados constitucionales se desprende que la independencia judicial constituye una garantía para que los derechos de los ciudadanos sean protegidos adecuadamente.

A su turno el artículo 2 del TUO de la LOPJ, establece:

“El Poder Judicial en su ejercicio funcional es autónomo en lo político, administrativo, económico, disciplinario e independiente en los jurisdiccional, con sujeción a la Constitución y a la presente ley.”

A su vez el artículo 35 inciso 1 de la Ley de la Carrera Judicial - Ley N°29277 señala:

“Son derechos de los Jueces:

1. La independencia en el desempeño de la función jurisdiccional. Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante ellos o interferir en su actuación”

Sobre la Independencia judicial se ha escrito mucho, cientos de investigaciones, manuscritos, artículos, libros, etc., precisamente, una que quiero rescatar es aquel denominado “Independencia Judicial – visión y perspectivas” a cargo de la Asociación de Jueces para la Justicia y Democracia – JUSDEM, una organización creada por jueces en el año de 1999 y que es reconocida por su vocación democrática y por su apertura a las iniciativas de la sociedad civil y que tuvo a bien publicar en agosto de 2007.

Precisamente, pese al transcurso de los años desde su publicación, mucho de lo ahí escrito, sigue vigente, como cuando la destacada docente y ex magistrada Roxana Jiménez Vargas Machuca (2007, Pág. 09) reflexiona sobre el **Juez independiente**, esto es

“(…) que se mantenga libre de toda injerencia, orden, presión directa o indirecta que lo pueda desviar del mismo. Es claro que la independencia es un medio y no un fin y asimismo, que es mucho más que un derecho: es un deber, una obligación; más aún debe ser un presupuesto indispensable para ejercer la función, así como para que la institución exista”

O cuando ante la pregunta, **¿Qué caracteriza al Juez independiente?** El insigne jurista Carlos Fernández Sessarego (2007, Pág. 264) respondía:

“Lo que caracteriza al Juez independiente es preponderadamente su honestidad y su formación moral, su riqueza espiritual, su honda vocación capaz de superar todas las tentaciones que a diario se presentan para alejarlo de su deber con la comunidad y lesionar su propia dignidad”

Y ante la misma pregunta, el extinto ex defensor del pueblo, Jorge Santisteban de Noriega (2007, Pág. 271) absolvía:

“(…) La independencia del magistrado se define por su capacidad de decidir con criterio propio y con estricto apego a la Constitución y a la Ley”.

6.7.2 Afectación a la Independencia judicial.

No obstante existir un marco constitucional y legal que garantiza la independencia judicial y por ende la del Juez, sin embargo no es extraño afirmar, que en el ejercicio de su función de garante de los derechos fundamentales de las personas, ha de enfrentar una serie de presiones de índole endógeno y exógeno, como la que acontece cuando ha de efectuar el control jurídico de las actuaciones de la administración pública y específicamente cuando se trata del dictado de medidas cautelares, solicitadas al interior de un proceso contencioso administrativo.

6.7.2.1 Investigación disciplinaria del Ocma.

En la Estructura Orgánica del Poder Judicial, el Órgano de Control de la Magistratura – Ocma, funciona como un órgano de control y apoyo, cuyas funciones se mantienen, en tanto no entre en funcionamiento la Autoridad Nacional de Control del Poder Judicial, establecida mediante la Ley N° 30943, publicada el 08 de mayo de 2019. El Ocma se encuentra a cargo del control funcional de los jueces de todas las instancias y del personal auxiliar jurisdiccional del Poder Judicial, salvo el caso de los jueces supremos que es de competencia exclusiva de la Junta Nacional de Justicia.

De acuerdo con el artículo 44 de la Ley de la Carrera Judicial – Ley N° 29277, no da lugar a sanción la discrepancia de opinión ni de criterio en la resolución de los procesos, sin embargo en más de una oportunidad un sector de Jueces en lo contencioso administrativo del Distrito Judicial de Lima, se han visto sometidos a procedimientos administrativos disciplinarios por el Órgano de Control de la Magistratura – OCMA, por la concesión de medidas cautelares que suspenden la inhabilitación de Empresas, impuestas por Órgano Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE y las habilita para contratar con el Estado.

Lo que sorprende es que el órgano contralor, haya actuado, no precisamente por la presentación de una queja o denuncia de alguna parte que se considere afectada, sino que lo hace de oficio, sobre la base de la publicación que efectúa el OSCE en el observatorio de su portal institucional, respecto de las medidas cautelares concedidas por los órganos jurisdiccionales de la especialidad contencioso administrativa o de otra especialidad y que puso en

funcionamiento a partir del año 2013, tal como se podrá apreciar de su página web: www.osce.gob.pe.

Si bien el propósito de dicho organismo es publicitar que proveedores han obtenido medidas cautelares a su favor para seguir contratando con el Estado, lo cual es razonable en el marco de la transparencia que debe existir; no es menos cierto que el Ocma, toma como insumo dicha publicación, para instaurar diligencias investigatorias o procedimientos administrativos disciplinarios, al considerar que pudiera existir un sesgo de corrupción; constituyéndose así, dicha práctica en un factor de presión interno, que afecta la independencia y disuade el otorgamiento de medidas cautelares.

Cabe recalcar que cuando se concede una medida cautelar; el afectado con ella, puede ejercer su defensa a través del recurso de oposición y si es desestimado vía el recurso de apelación, con lo cual el CPC, garantiza el uso de los recursos para revertir una medida cautelar que no se ajusta a derecho; por tanto al existir una vía idónea en el ámbito procesal, no se explica la actitud asumida por el Ocma, no obstante que la discrepancia de opinión o criterio no da lugar a sanción, como si ocurre cuando se trata de una conducta funcional.

6.7.2.2 Investigación disciplinaria del CNM.

El extinto Consejo Nacional de La Magistratura, antes de ser reemplazado por la Junta Nacional de Justicia, tenía a su cargo de acuerdo con el artículo 150 de nuestra Constitución Política del Perú:

“(…) de la selección y el nombramiento de los jueces y fiscales, salvo cuando éstos provengan de elección popular.

El Consejo Nacional de la Magistratura es independiente y se rige por su Ley Orgánica”

Cabe señalar que de acuerdo con el artículo 154, una de sus funciones a decir del inciso 3, era el de:

“Aplicar la sanción de destitución (…) y a solicitud de la Corte Suprema o de la Junta de Fiscales Supremos, respectivamente, a los jueces y fiscales de todas las instancias (…)”.

Precisamente a propósito de una solicitud de destitución promovida por el Pdte. Del Poder Judicial de aquel entonces, Francisco Távara Córdova, sobre la base de lo propuesto por el Ocmá, el CNM, en junio de 2009, tomó conocimiento de dicho pedido presentado contra la Juez del noveno juzgado contencioso administrativo, Alicia Dolores Salinas Larriviére, quien había dictado medidas cautelares de ascenso en favor de oficiales de la PNP, en diversos procesos contenciosos administrativos, dando lugar a la apertura del proceso disciplinario N° 041-2009-CNM. A la citada magistrada se le imputaron 09 cargos, que finalmente desencadenó en la polémica Resolución N° 245-2010 de fecha 05 de julio de 2010, que dispuso por mayoría el pedido de destitución, por el octavo cargo imputado, es decir haber concedido en el Exp N° 2007-2848, un doble ascenso al oficial PNP Erick Arturo Antúnez Rivadeneyra, vulnerando lo dispuesto por el Decreto Legislativo N° 745 y absolviéndola de los demás cargos. No obstante la gravosa medida, la

magistrada interpuso recurso de reconsideración, la que finalmente fue resuelta mediante Resolución N° 078-2011-CNM de fecha 23 de febrero de 2011, declarando Fundado su recurso.

Para el caso citaremos el décimo cuarto considerando de la citada resolución, que menciona nuestro colega Quispe (2016, Pág. 304)

“Que lo expuesto revela que en el presente caso, nos encontramos frente a una actuación netamente jurisdiccional, en la que la actuación de la doctora Salinas Larriviere no resulta aislada de los informes de la Policía Nacional del Perú y resoluciones emanadas por el Poder Judicial que han decidido en el mismo sentido que ella sobre ascensos en la Policía Nacional, encontrándose la resolución que concedió la citada medida cautelar debidamente motivada, por lo que el recurso de reconsideración resulta fundado, debiéndosele absolver del octavo cargo imputado”

En relación a lo expuesto el Ex – CNM, reconoció que la actitud de la Juez al conceder la medida cautelar, obedeció a su actuación o criterio jurisdiccional, por ende resulta evidente que además del tormentoso proceso disciplinario al que fue sometida dicha magistrada, quien fuera el 05 de junio del 2008, separada provisionalmente por la OCMA, se percibe en el caso en concreto, la afectación al principio constitucional de la independencia judicial y en un factor de presión externo.

Precisamente a propósito de este caso, nuestro colega y amigo Quispe (2016) nos relata:

Estas resoluciones judiciales que dieron lugar a la Resolución disciplinaria del CNM acontecieron hace, aproximadamente, seis años cuando la Magistrada investigada al igual que otro Juez suplente de la joven especialidad contencioso administrativa, decidieron la concesión de medidas cautelares consistentes en ascender provisionalmente al grado de General PNP, que sintetizamos a continuación con el nombre de “Evento Activista”. Ambos magistrados fueron sometidos a procedimientos disciplinarios y provisionalmente separados del Poder Judicial por el Órgano de control de la magistratura al interior de un procedimiento disciplinario. Al poco tiempo de sucedidos estos hechos, con fecha 28 de junio de 2008, mediante los Decretos Legislativos 1067 y 1069, el Poder Ejecutivo por delegación del Congreso modificaba el original artículo 36 de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo (LPCA) Ley 27584, así como el artículo 674 del Código Procesal Civil haciéndose al menos a nivel legal, literalmente más restrictiva las medidas temporales sobre el fondo en los procesos civiles en general y específicamente en materia contencioso administrativo. Tal sucesión de acontecimientos sugiere espontáneamente una relación causa efecto entre el “Evento activista” consistente en la concesión de tales cautelares y el legislador

restrictivo que hizo previsoramente y reactivamente las modificaciones. (Pág. 305 – 306)

6.7.2.3 Investigación de Prensa: Convoca.pe.

El 04 de junio del 2020, el periódico virtual, Convoca.pe publicó en su plataforma web, www.convoca.pe una serie investigativa denominada “Medidas Cautelares S.A.”, en alianza con la plataforma latinoamericana Connectas y con el apoyo del International Center for Journalists (ICFJ), que a decir del indicado medio expone el entramado desconocido que hay detrás de las resoluciones judiciales a favor de compañías inhabilitadas para contratar con entidades del Estado, empresas que terminan por adjudicarse contratos millonarios con fondos públicos. Asimismo señala que su investigación implicó la construcción de una base de datos con información del OSCE y del Poder Judicial (más de 6,000 folios) para conocer los alcances de las resoluciones judiciales a favor de las empresas sancionadas y detectar posibles esquemas de corrupción en su otorgamiento a lo largo de 11 años, entre 2008 y 2019. Refiere haberse identificado a los diez jueces que emitieron más número de medidas cautelares favorables a compañías inhabilitadas con las cuales estas empresas finalmente consiguieron contratos con el Estado por más de 5,300 millones de soles, mientras las decisiones judiciales estaban vigentes durante el período de análisis.

En total fueron más de 100 jueces de primera instancia y miembros de salas que dieron este tipo de fallos. En juzgados y salas judiciales de Lima, se

expidieron un poco más de 200 medidas cautelares y en regiones esa cifra superó los 160.

El indicado medio digital sostiene que la metodología aplicada consistió en:

- Acceder a la relación de empresas inhabilitadas por OSCE que habían logrado seguir como proveedores del Estado con medidas cautelares otorgadas por el PJ, durante el 2008 – 2019.
- Revisión de las resoluciones de sanciones emitidas por el OSCE.
- Obtención de las medidas cautelares expedidas por los jueces de Lima y otras regiones del país.
- Sistematización de la información y elaboración de la matriz del proyecto.

Como se puede apreciar dicha investigación es sesgada, pues no da a conocer:

- Las irregularidades contenidas en las medidas cautelares concedidas.
- Tampoco existe una contrastación entre las sanciones dictadas por el OSCE y las medidas cautelares; en cuanto a que estas últimas no hayan cumplido con los presupuestos para su concesión (verosimilitud del derecho invocado, peligro en la demora y adecuación)
- Asimismo, no se da a conocer si en su caso, dichas medidas cautelares fueron anuladas o revocadas por la segunda instancia judicial.
- Finalmente, se señala la expedición de poco más de 200 medidas cautelares en 11 años, por Jueces de Lima (2008 – 2019) que supone el dictado proporcional de 18 medidas cautelares anual; empero no se indica cuanto representa ello frente al universo de órganos jurisdiccionales existentes en Lima o cuantas medidas cautelares en

forma anual, ingresan a los juzgados especializados de la especialidad contenciosa administrativa, donde sea parte el OSCE y que se hayan rechazado.

Debemos enfatizar que estamos de acuerdo con el rol de los medios de comunicación y con el despliegue de acciones en favor de la transparencia y combate contra la corrupción de cualquier estamento de la sociedad y del Estado; sin embargo omisiones, como las anotadas, restan credibilidad a una investigación seria y objetiva de un medio de comunicación, lo que consideramos ha conllevado a que efectuada la búsqueda de dicha investigación en su medio digital, arroje a la fecha **“Sin resultados”**; sin embargo el sólo hecho de publicar una grave acusación que detrás de las medidas cautelares concedidas a empresas proveedoras del Estado, sancionadas por OSCE, existiría un esquema de corrupción, constituye un factor de presión exógeno que afecta la independencia judicial y alimenta una actitud más restrictiva del Juez, quien para evitar sospechas sobre su conducta funcional, optará por denegar la tutela cautelar.

7. La Tutela jurisdiccional diferenciada en el contencioso administrativo.

7.1 Noción de Tutela jurisdiccional diferenciada.

A decir del destacado procesalista nacional Priori (2019 – Pág. 137)

“El proceso debe estar en condiciones de conceder tantas vías y formas de tutela jurisdiccional como requieran las necesidades de protección del derecho material. En ello consiste la tutela diferenciada.”

Luego nos refiere:

Una de las manifestaciones del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es la de reconocer que todos los derechos e intereses jurídicamente protegidos son pasibles de ser llevados al proceso para solicitar su protección. De este modo, todo derecho tendrá un proceso en el que se pueda solicitar su protección. No se hace preciso que se indique qué proceso es, siempre habrá uno. Esto es lo que se conoce como la “atipicidad del derecho de acción” que es una expresión del acceso a la jurisdicción.

(...) La expresión tutela diferenciada surge en oposición a la idea de que debe existir un solo modelo de proceso, el del proceso ordinario, para la protección de todos los derechos. El proceso ordinario es una técnica procedimental específica en la que el diseño del proceso se centra en dar a las partes una amplia posibilidad de debate y prueba, luego de lo cual el juez está en condiciones de sentenciar. (Pág. 137 – 138)

En cuanto a la expresión Tutela diferenciada, el indicado procesalista nos refiere que:

“Es utilizada por primera vez en 1955 por el procesalista italiano Mauro Cappelletti en su libro La jurisdicción constitucional de las libertades, en el que uso dicha expresión para indicar la necesidad de establecer mecanismos procesales especiales para la tutela de los derechos fundamentales. (...) se hace necesario diferenciar el modo como se brinda la tutela para dar una respuesta adecuada a la peculiar naturaleza que tienen los derechos fundamentales. (...) Cappelletti introdujo la expresión “diferenciada” para hacer referencia a la necesidad de que el proceso se adecue a las exigencias de protección del derecho material” (Pág. 138 – 139)

7.2 Necesidad de una tutela cautelar diferenciada para el proceso contencioso administrativo.

Al respecto la profesora Indacochea en un artículo (2008) nos refería:

Pues bien dicha exigencia de adecuación se advierte claramente en el proceso contencioso administrativo, en el que se encuentra comprometida una variable de interés público, ya que su finalidad es controlar la legalidad de la actuación administrativa y tutelar los derechos e intereses legítimos de los administrados. A ello debe agregarse la duración del proceso y la posibilidad de que antes de emitirse

la sentencia de fondo se produzca la ejecución material de las actuaciones administrativas impugnadas, lo que nos conduce a afirmar la necesidad de medidas cautelares adecuadas a dichas particularidades, como parte de una Tutela Cautelar Diferenciada en materia contencioso administrativa. (Pág. 289)

Sobre el particular, somos del mismo parecer de lo expuesto por la profesora Indacochea, ello atendiendo a la diversidad de manifestaciones en que puede expresarse la administración pública y a que se contrae el artículo 4 del TUO de la LPCA, que regula las actuaciones administrativas que pueden ser impugnadas en un proceso contencioso administrativo, tales como los actos administrativos, el silencio administrativo, la actuación material, entre otros; surge la necesidad de adoptar medidas cautelares necesarias para la eficacia de una situación material que puede estar siendo afectada por el acto impugnado.

Tal es el caso por ejemplo de:

- El no otorgamiento de una pensión
- La denegatoria de una licencia de funcionamiento
- La denegatoria de un certificado de defensa civil
- La denegatoria de la inscripción de la junta directiva de una Asociación por el Fuero registral
- El no reconocimiento de un título posesorio por el Organismo de Formalización de la Propiedad Informal – COFOPRI

- El despido sustentado en una actuación material
- La nulidad de una resolución ficta generada por el silencio negativo como consecuencia de un pedido de nulidad de sanción

En casos como los mencionados y que son judicializados a través de un proceso contencioso administrativo, es posible que la medida innovativa o de no innovar no brinde la misma eficacia, que si podría otorgar una medida cautelar genérica, en tanto siendo una no prevista o atípica, pueda asegurar de la forma más adecuada el cumplimiento de la decisión definitiva, tal como establece el artículo 629 del Código Procesal Civil, así:

“Además de las medidas cautelares reguladas en este Código y en otros dispositivos legales, se puede solicitar y conceder una no prevista, pero que asegure de la forma más adecuada el cumplimiento de la decisión definitiva”

Por ende en la línea de dotar al proceso contencioso administrativo de una tutela cautelar diferenciada, fuertemente influida por la exigencia constitucional de una tutela jurisdiccional efectiva, para la protección de situaciones materiales que puedan verse afectadas por las actuaciones impugnadas, producto de la diversidad de formas en que se manifiesta la administración pública; consideramos la necesidad de ampliar su especial procedencia establecida en el artículo 39 del TUO de la LPCA, a la medida cautelar genérica.

7.3 Definición de términos básicos.

- **Tutela cautelar**

Es una manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional, cuyo objetivo es hacer frente al riesgo de la demora del proceso y garantizar la eficacia práctica o utilidad de la sentencia.

- **Medida cautelar**

Instrumento procesal que se plantea con la finalidad de asegurar, conservar, transformar o anticipar provisoriamente la eficacia de la sentencia.

- **Verosimilitud del derecho invocado**

Presupuesto de la medida cautelar que implica que el derecho que invoca el solicitante, tenga la apariencia o probabilidad de ser verdadero.

- **Peligro en la demora**

Temor que existe de que el tiempo que toma el proceso puede terminar generando un daño en el derecho cuya protección se reclama en el proceso.

- **Adecuación**

Idoneidad de la medida cautelar para garantizar la eficacia de la sentencia.

- **Proceso contencioso administrativo**

Proceso judicial cuya finalidad es efectuar el control jurídico de las actuaciones de la administración pública sujetas al derecho

administrativo y la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados.

- **Administrado**

Aquella persona natural o jurídica que interactúa con la Administración con la finalidad que se tutele sus derechos o intereses, con sujeción al ordenamiento jurídico.

- **Acto administrativo**

Declaración de la entidad, que en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta.

- **Actuación impugnabile**

Actuación administrativa susceptible de ser impugnada en un proceso contencioso administrativo

- **Pretensión**

Manifestación de voluntad expresada por el demandante y sustentada en fundamentos fácticos y jurídicos, en virtud del cual solicita al órgano jurisdiccional, el reconocimiento o satisfacción de un derecho.

- **Sentencia estimatoria**

Acto jurídico procesal que declara fundada la demanda, de carácter declarativo, constitutivo o de condena.

- **Eficacia**

Capacidad de realizar un efecto deseado, esperado o anhelado.

CAPITULO III

METODOLOGÍA

3.1 Diseño metodológico.

a) Nivel y Tipo de investigación

El presente trabajo es una investigación descriptiva – explicativa; por cuanto requiere de una descripción de los conceptos y características más significativas de la Tutela cautelar y del proceso contencioso administrativo y de cómo se vinculan los presupuestos del primero con la finalidad y objeto del proceso del segundo, para lograr el aseguramiento de eficacia de la sentencia estimatoria.

b) Método de investigación

El método de investigación es deductivo, que será utilizado con la finalidad de alcanzar conclusiones a través del razonamiento lógico, para luego en mérito de toda la información se contraste las hipótesis y así obtener conclusiones y las recomendaciones del caso.

c) Diseño de la investigación

El diseño de la presente investigación es No experimental, porque se va a estudiar el fenómeno tal cual se ha planteado, es decir si existen límites que restringen el otorgamiento de la Tutela Cautelar en el Proceso Contencioso Administrativo y que afecta la eficacia de la sentencia estimatoria dictada en el distrito judicial de Lima.

d) Técnicas y Recolección de datos

Las técnicas de recolección de información a emplear para el desarrollo de la investigación son:

- Tablas y gráficos de medidas cautelares ingresadas durante el 2018 - 2020 del 1° al 26° Juzgado de la Especialidad Contencioso administrativa del Distrito Judicial de Lima, medidas cautelares resueltas por un grupo de ellos y una muestra específica del 1° Juzgado Contencioso Administrativo de Lima.
- Encuesta: a realizar a Jueces de la Especialidad contencioso administrativa de la Corte Superior de Justicia de Lima y Abogados especialistas en derecho contencioso administrativo, derecho procesal y administrativo, seleccionados previamente.
- Análisis documental de resoluciones judiciales (autos) que conceden y rechazan medidas cautelares, expedidas por los juzgados y salas de la especialidad contencioso administrativo del Distrito Judicial de Lima

e) Descripción de los instrumentos

Fichaje.- utilizado para el desarrollo de la información contenida en libros, revistas, artículos, reportes estadísticos y resoluciones judiciales, para su análisis y sistematización.

Encuesta.- conjunto de preguntas dirigida a Jueces de la Especialidad contencioso administrativa y Abogados especialistas en derecho contencioso administrativo, derecho procesal y administrativo.

f) Validez y confiabilidad de los documentos

En la presente investigación se utilizarán instrumentos de validación que se anexaran a la presente investigación.

3.2 Aspectos Éticos.

El investigador declara bajo juramento que la presente investigación es de su autoría y que respetará los derechos de autor y citará las fuentes de información que utiliza.

CAPITULO IV
RESULTADOS

Tabla 1

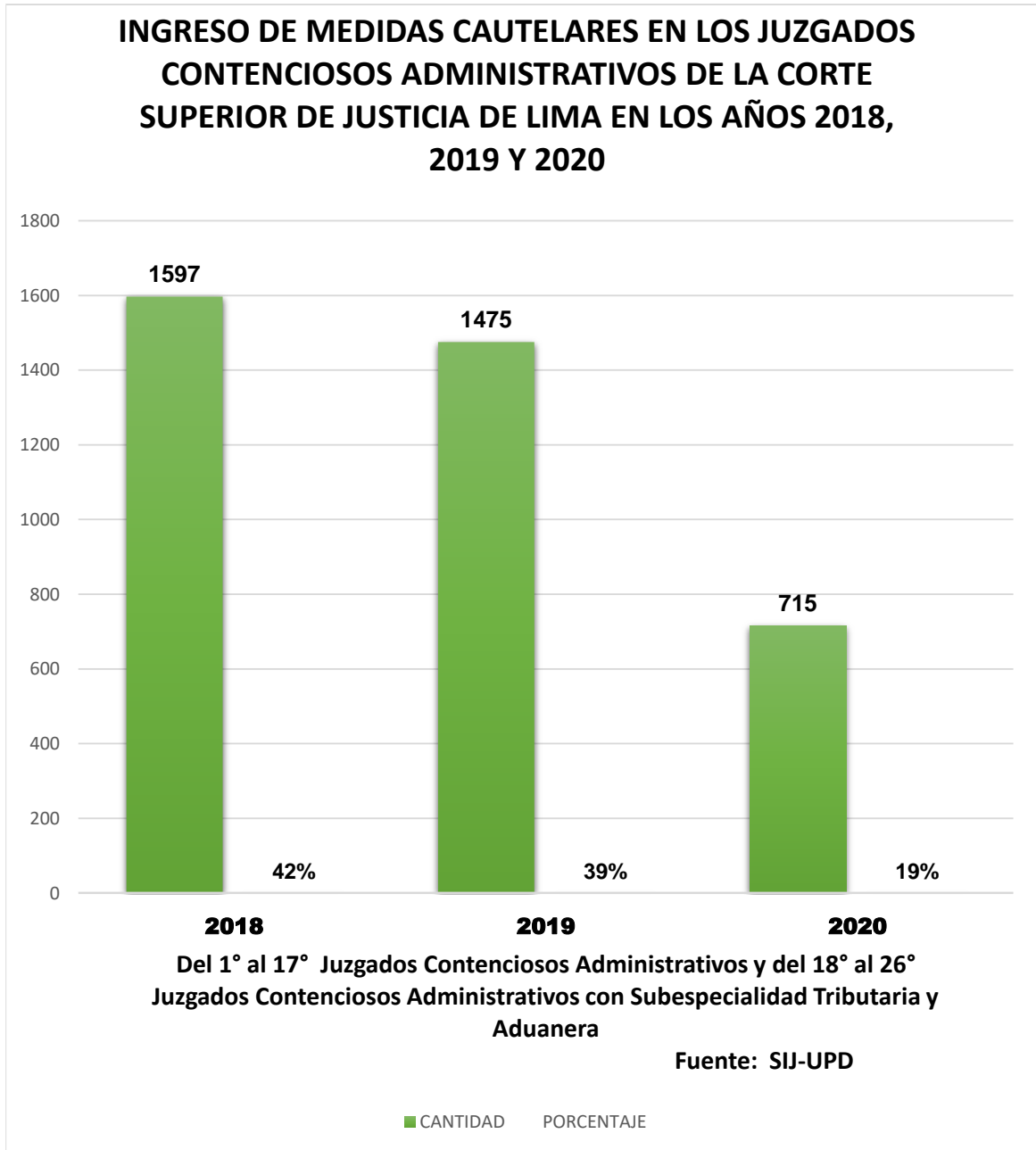
Ingreso de Medidas Cautelares en los Juzgados Contenciosos Administrativos de la Corte Superior de Justicia de Lima, años 2018, 2019 y 2020.

AÑO	CANTIDAD	PORCENTAJE
2018	1597	42%
2019	1475	39%
2020	715	19%
Total	3787	100%

Fuente: Unidad de Planeamiento y Desarrollo de la Corte Superior de Justicia de Lima – UPD y Sistema Integrado Judicial – SIJ

Elaboración: Propia

Gráfico 1



Descripción: El gráfico 1, expresa el número de medidas cautelares que ingresaron durante el año 2018 al 2020 en los veintiséis Juzgados Contenciosos Administrativos de la Corte Superior de Justicia de Lima.

Elaboración: Propia

Tabla 2

Medidas Cautelares resueltas en los JCA en la CSJLI – año 2018

AÑO	NOMB_DEP_SIGA	MEDIDAS CAUTELARES RESUELTAS - FUNDADO/PROCEDENTE	MEDIDAS CAUTELARES RESUELTAS - INFUNDADO / IMPROCEDENTE	MEDIDAS CAUTELARES RESUELTAS - RECHAZADO
2018	1º Juzgado Contencioso Administrativo	1	1	10
2018	2º Juzgado Contencioso Administrativo			6
2018	3º Juzgado Contencioso Administrativo	2		31
2018	7º Juzgado Contencioso Administrativo			4
2018	9º Juzgado Contencioso Administrativo	1		
2018	10º Juzgado Contencioso Administrativo			1
2018	15º Juzgado Contencioso Administrativo	5	3	24
2018	23º Juzgado Contencioso Administrativo con Subespecialidad en Temas de Mercado	1	3	18
2018	24º Juzgado Contencioso Administrativo con Subespecialidad en Temas de Mercado			4
2018	25º Juzgado Contencioso Administrativo con Subespecialidad en Temas de Mercado	1		3
2018	26º Juzgado Contencioso Administrativo con Subespecialidad en Temas de Mercado	1		5
	Cantidad	12	7	106
	Porcentaje	10%	5%	85%

Fuente y Elaboración: Unidad de Planeamiento y Desarrollo de la Corte Superior de Justicia de Lima – UPD y Sistema Integrado Judicial - SIJ

Gráfico 2

Descripción: El gráfico 2 expresa una muestra de 125 medidas cautelares resueltas por 11 JCA de la CSJLI, en el año 2018.

Elaboración: Propia

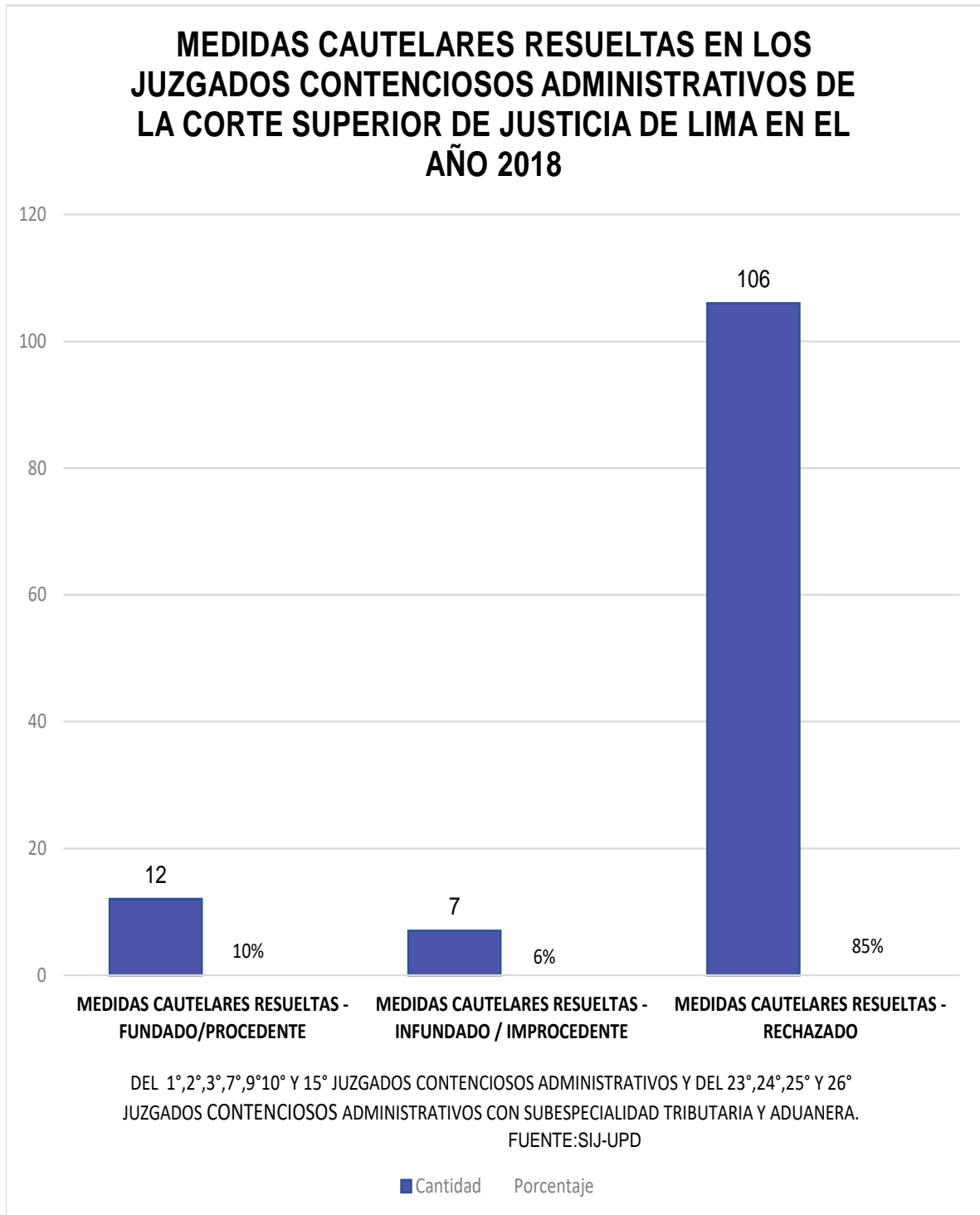


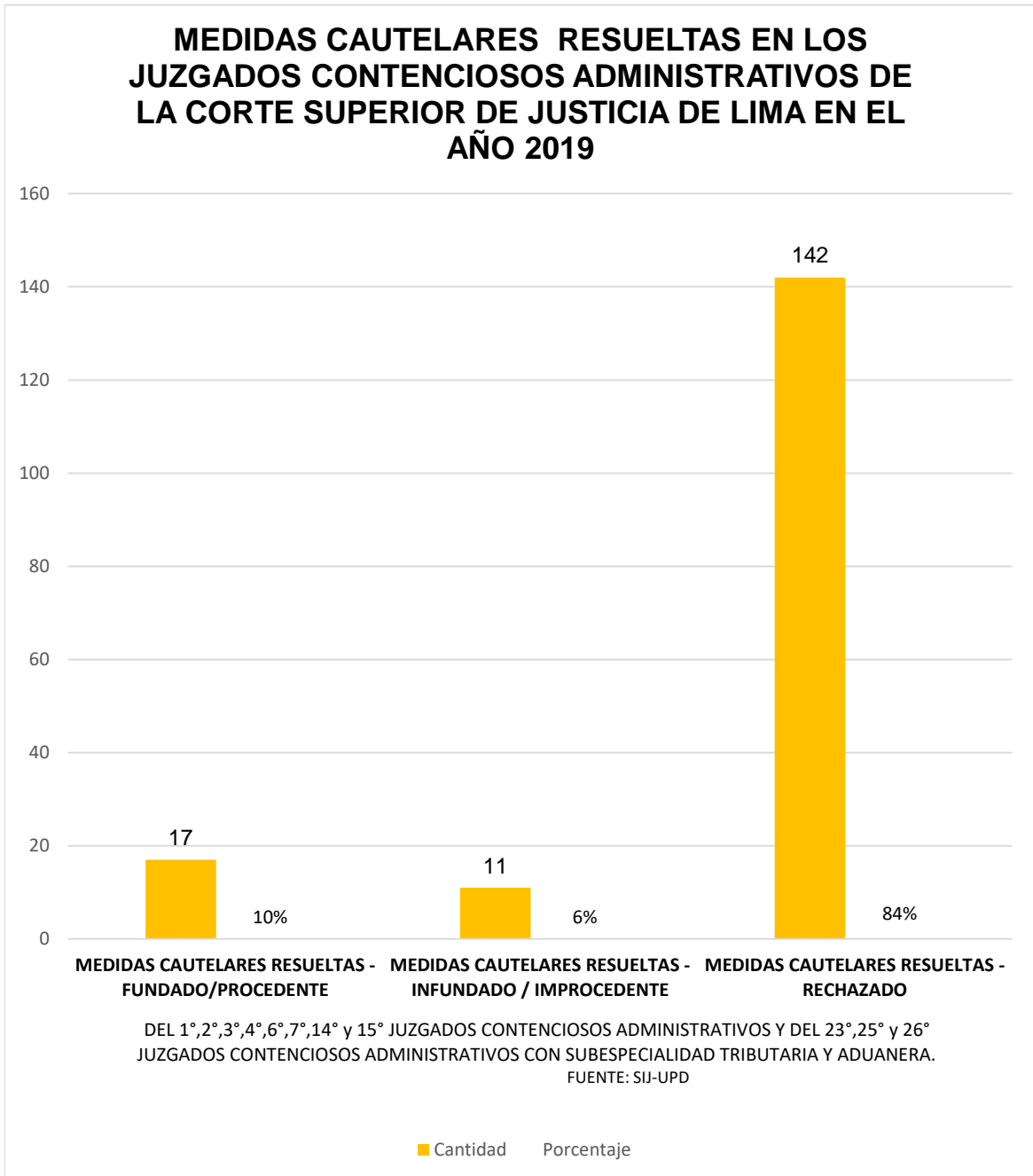
Tabla 3

Medidas Cautelares resueltas en los JCA en la CSJLI – año 2019

AÑO	NOMB_DEP_SIGA	MEDIDAS CAUTELARES RESUELTAS - FUNDADO/PROCEDENTE	MEDIDAS CAUTELARES RESUELTAS - INFUNDADO / IMPROCEDENTE	MEDIDAS CAUTELARES RESUELTAS - RECHAZADO
2019	1º Juzgado Contencioso Administrativo	1	2	20
2019	2º Juzgado Contencioso Administrativo		2	6
2019	3º Juzgado Contencioso Administrativo	5		23
2019	4º Juzgado Contencioso Administrativo			1
2019	6º Juzgado Contencioso Administrativo		1	9
2019	7º Juzgado Contencioso Administrativo		1	
2019	14º Juzgado Contencioso Administrativo	3	1	44
2019	15º Juzgado Contencioso Administrativo	4	2	11
2019	23º Juzgado Contencioso Administrativo con Subespecialidad en Temas de Mercado	1		1
2019	25º Juzgado Contencioso Administrativo con Subespecialidad en Temas de Mercado	3	2	6
2019	26º Juzgado Contencioso Administrativo con Subespecialidad en Temas de Mercado			21
	cantidad	17	11	142
	porcentaje	10%	6%	84%

Fuente y Elaboración: Unidad de Planeamiento y Desarrollo de la Corte Superior de Justicia de Lima – UPD y Sistema Integrado Judicial - SIJ

Gráfico 3



Descripción: El gráfico 3 expresa una muestra de 170 medidas cautelares resueltas por 11 JCA de la CSJLI, en el año 2019.

Elaboración: Propia

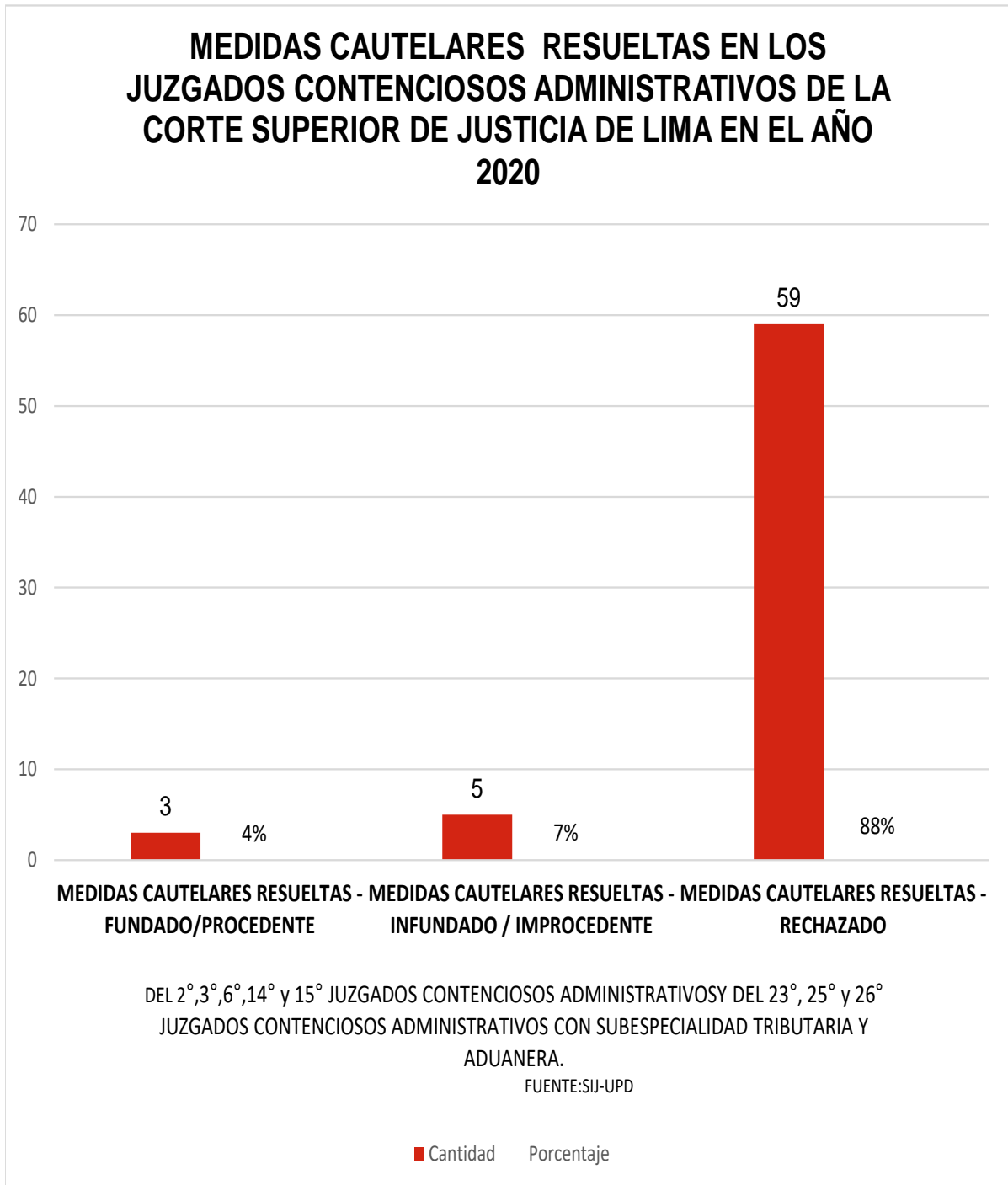
Tabla 4

Medidas Cautelares resueltas en los JCA de la CSJLI en el año 2020

AÑO	NOMB_DEP_SIGA	MEDIDAS CAUTELARES RESUELTAS - FUNDADO/PROCEDENTE	MEDIDAS CAUTELARES RESUELTAS - INFUNDADO / IMPROCEDENTE	MEDIDAS CAUTELARES RESUELTAS - RECHAZADO
2020	2° Juzgado Contencioso Administrativo		3	3
2020	3° Juzgado Contencioso Administrativo	1		11
2020	6° Juzgado Contencioso Administrativo			4
2020	14° Juzgado Contencioso Administrativo			7
2020	15° Juzgado Contencioso Administrativo	2	2	10
2020	23° Juzgado Contencioso Administrativo con Subespecialidad en Temas de Mercado			4
2020	25° Juzgado Contencioso Administrativo con Subespecialidad en Temas de Mercado			10
2020	26° Juzgado Contencioso Administrativo con Subespecialidad en Temas de Mercado			10
	cantidad	3	5	59
	porcentaje	4%	7%	89%

Fuente y Elaboración: Unidad de Planeamiento y Desarrollo de la Corte Superior de Justicia de Lima – UPD y Sistema Integrado Judicial - SIJ

Gráfico 4



Descripción: El gráfico 4 expresa una muestra de 67 medidas cautelares resueltas por 8 JCA de la CSJLI, en el año 2020.

Elaboración: Propia

Tabla 5

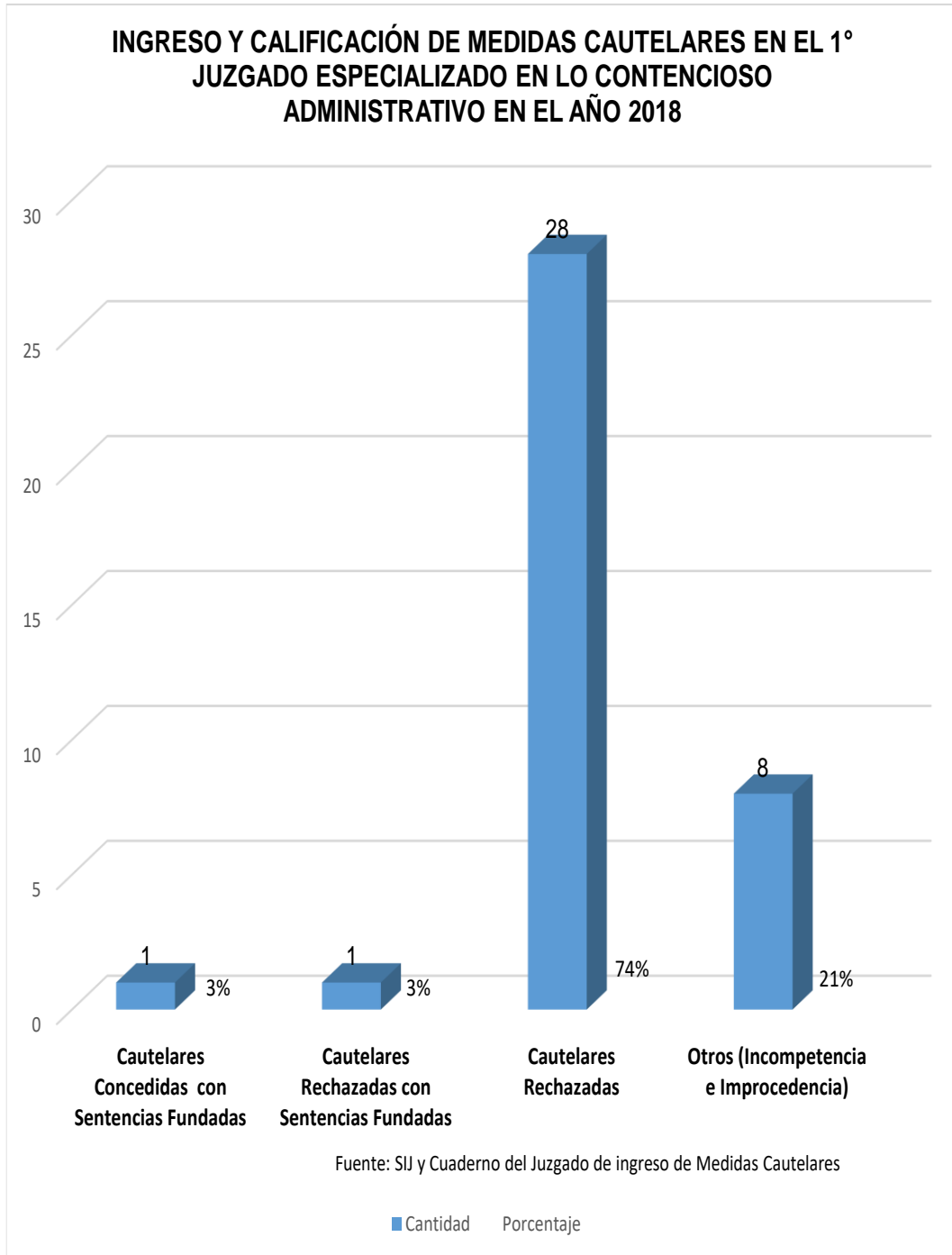
Ingreso y calificación de Medidas Cautelares en el 1° Juzgado Contencioso Administrativo de Lima, en el año 2018.

Nombre	Cantidad	Porcentaje
Cautelares Concedidas con Sentencias Fundadas	1	3%
Cautelares Rechazadas con Sentencias Fundadas	1	3%
Cautelares Rechazadas	28	73%
Otros (Incompetencia e Improcedencia)	8	21%
Total	38	100%

Fuente: Fuente: Sistema Integrado Judicial – SIJ y cuaderno de ingreso del 1° JCA

Elaboración: Propia

Gráfico 5



Descripción: El gráfico 5 expresa 38 medidas cautelares resueltas por el 1 Juzgado Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el año 2018.

Tabla 6

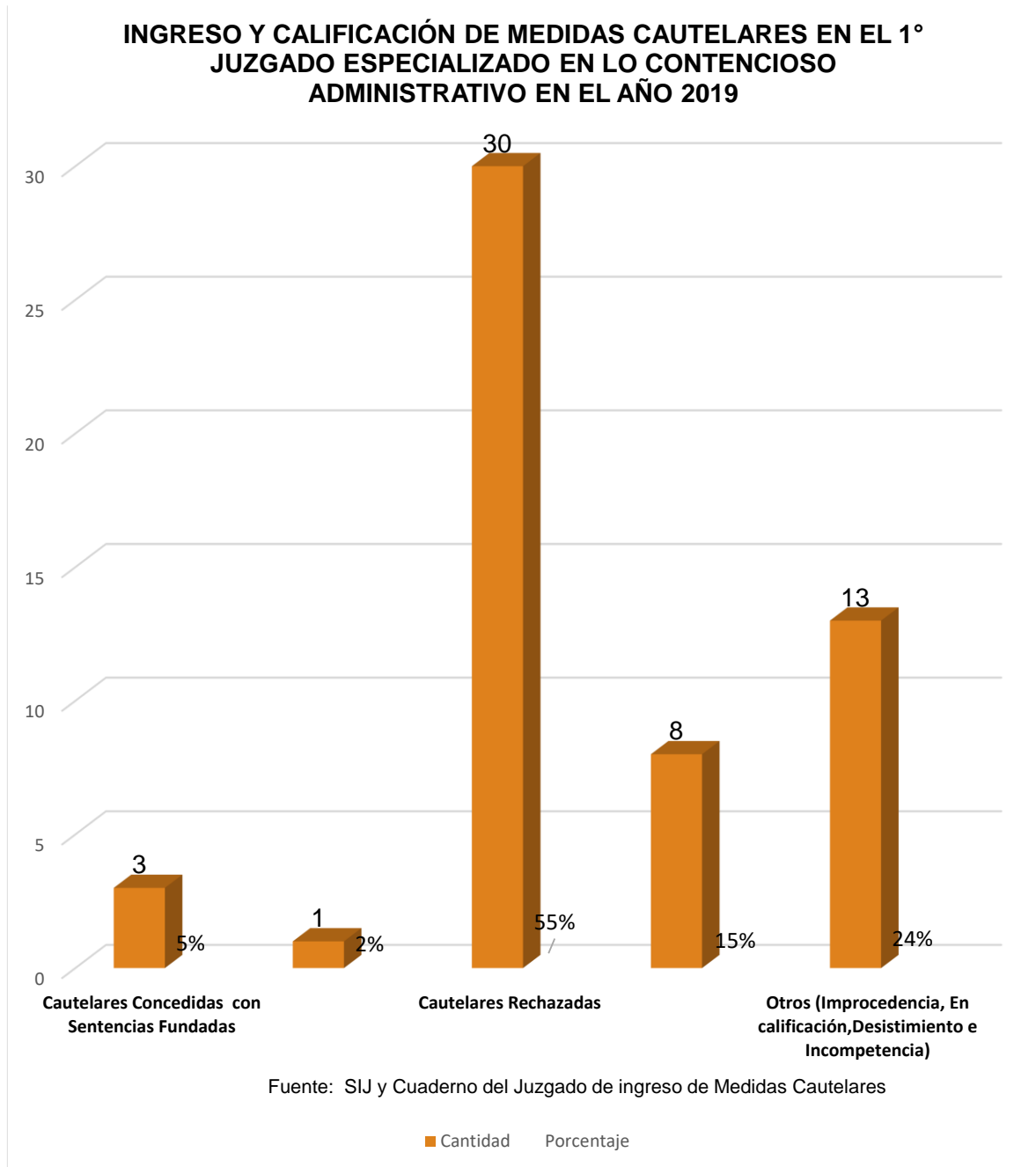
Ingreso y calificación de Medidas Cautelares en el 1° Juzgado Contencioso Administrativo de Lima, en el año 2019.

Nombre	Cantidad	Porcentaje
Cautelares Concedidas con Sentencias Fundadas	3	5%
Cautelares Rechazadas con Sentencias Fundadas	1	1%
Cautelares Rechazadas	30	55%
Cautelares Concedidas	8	15%
Otros (Improcedencia, En calificación, Desistimiento e Incompetencia)	13	24%
Total	55	100%

Fuente: Sistema Integrado Judicial – SIJ y cuaderno de ingreso del 1° JCA

Elaboración: Propia

Gráfico 6



Descripción: El gráfico 6 expresa 55 medidas cautelares resueltas por el 1 Juzgado Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el año 2019.

Elaboración: Propia

Tabla 7

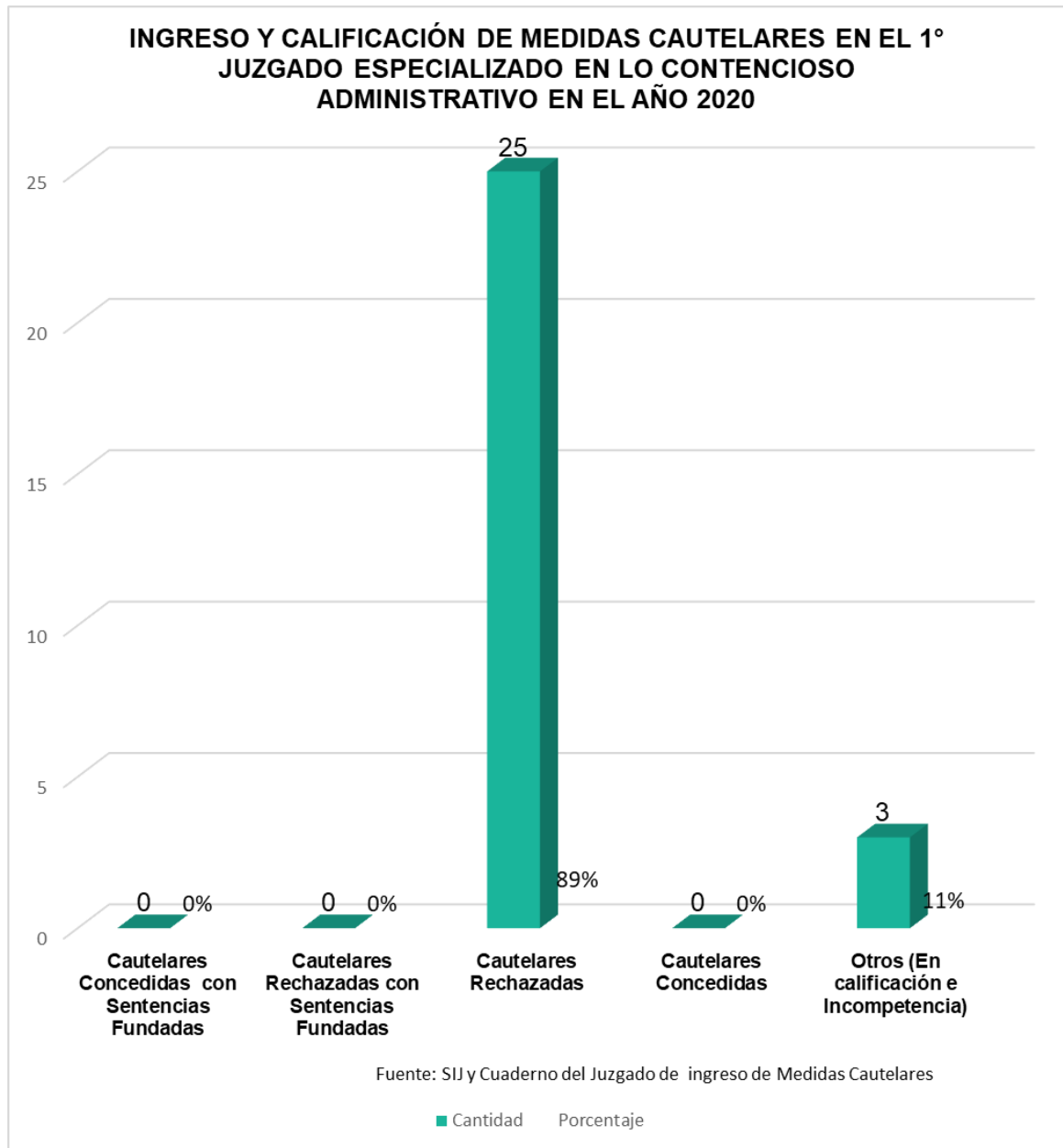
Ingreso y calificación de Medidas Cautelares en el 1° Juzgado Contencioso Administrativo de Lima, en el año 2020.

Nombre	Cantidad	Porcentaje
Cautelares Concedidas con Sentencias Fundadas	0	0%
Cautelares Rechazadas con Sentencias Fundadas	0	0%
Cautelares Rechazadas	25	89%
Cautelares Concedidas	0	0%
Otros (En calificación e Incompetencia)	3	11%
Total	28	100%

Fuente: Sistema Integrado Judicial – SIJ y cuaderno de ingreso del 1° JCA

Elaboración: Propia

Gráfico 7



Descripción: El gráfico expresa 28 medidas cautelares resueltas por el 1 Juzgado Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el año 2020.

Elaboración: Propia

Gráfico 8

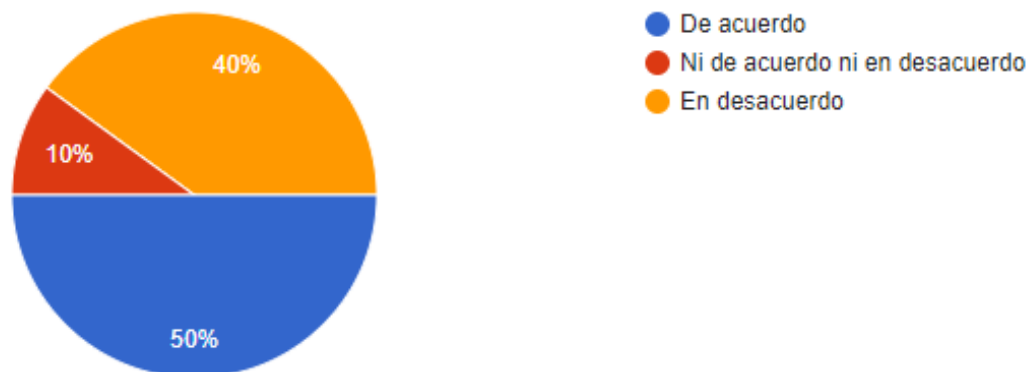
Encuesta: a realizar a Jueces de la Especialidad contencioso administrativa de la Corte Superior de Justicia de Lima y Abogados especialistas en derecho contencioso administrativo, derecho procesal y administrativo.

Jueces encuestados = 24

Abogados encuestados = 26

Total encuestados = 50

1° Considera que el juicio de ponderación de la afectación al interés público y el que causa al particular, establecido en el artículo 38.1 del TUO de la Ley Nro. 27584, es un parámetro inadecuado para determinar la verosimilitud del derecho invocado, pues alienta una posición restrictiva para el otorgamiento de tutela cautelar en el proceso contencioso administrativo.

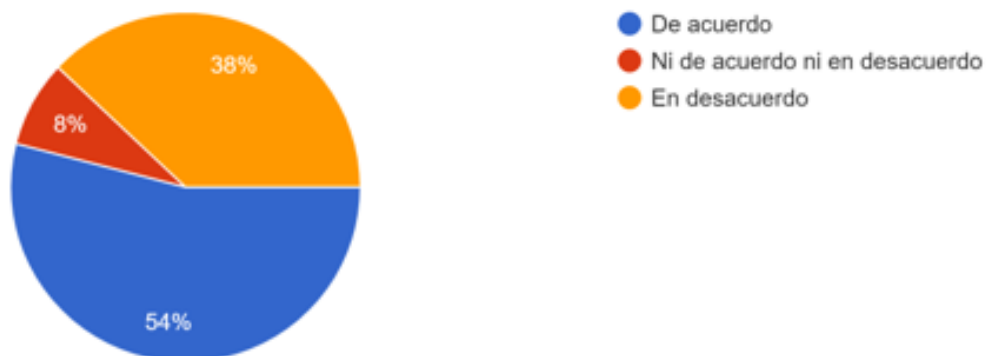


Fuente: Jueces y Abogados encuestados

Elaboración: Propia

Gráfico 9

2° Considera que el artículo 38.1 del TUO de la Ley Nro. 27584, debe modificarse a fin que el juicio ponderativo se efectúe entre la verosimilitud del derecho invocado y la presunción de validez del acto administrativo.

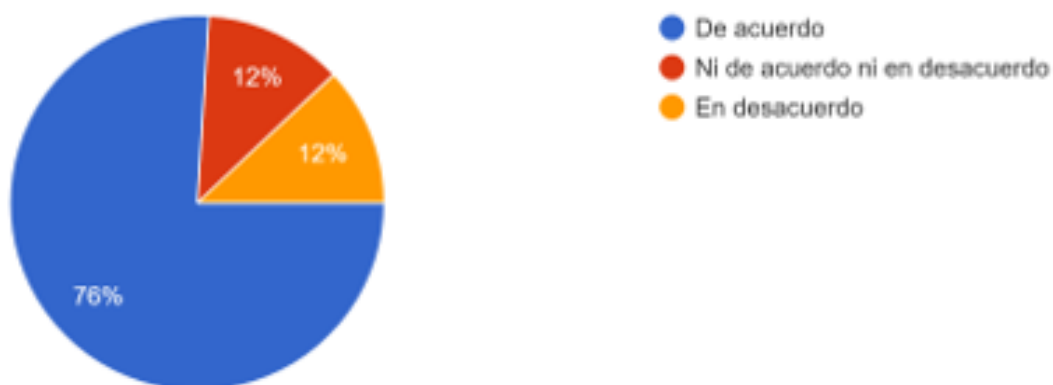


Fuente: Jueces y Abogados encuestados

Elaboración: Propia

Gráfico 10

3° Considera que cuando el Juez evalúa la verosimilitud del derecho invocado y argumenta que la pretensión cautelar requiere de un debate probatorio, su objeto son temas técnicos o de puro derecho, elevan el estándar de apariencia a la casi certeza del derecho invocado.

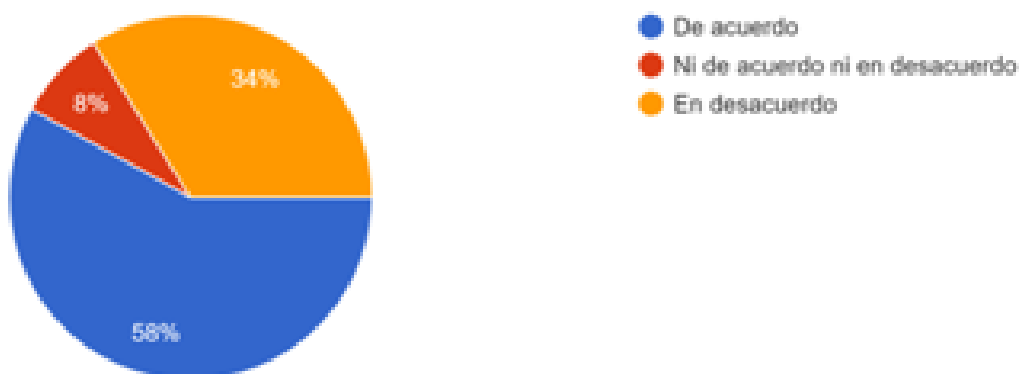


Fuente: Jueces y Abogados encuestados

Elaboración: Propia

Gráfico 11

4° Se podría decir que si bien el artículo 37 del TUO de la Ley N° 27584, establece la remisión a las normas del Código Procesal Civil, con las especificaciones establecidas en esta Ley, sin embargo, cuando el Juez exige acreditar la inminencia del perjuicio irreparable contenido en las medidas de innovar o no innovar, alienta una tendencia restrictiva para el otorgamiento de tutela cautelar.

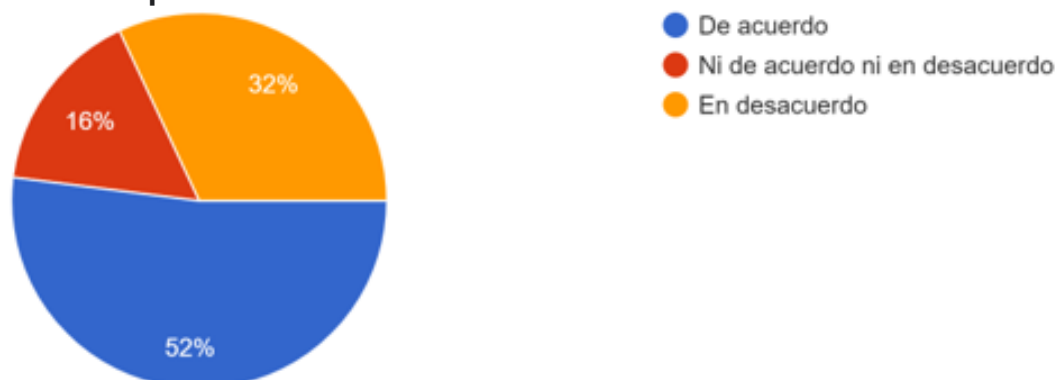


Fuente: Jueces y Abogados encuestados

Elaboración: Propia

Gráfico 12

5° Considera que la regulación en el Código Procesal Civil, de la medida temporal sobre el fondo es similar con la medida cautelar innovativa, lo que genera confusión en su planteamiento y aplicación para brindar tutela cautelar en el proceso contencioso administrativo.

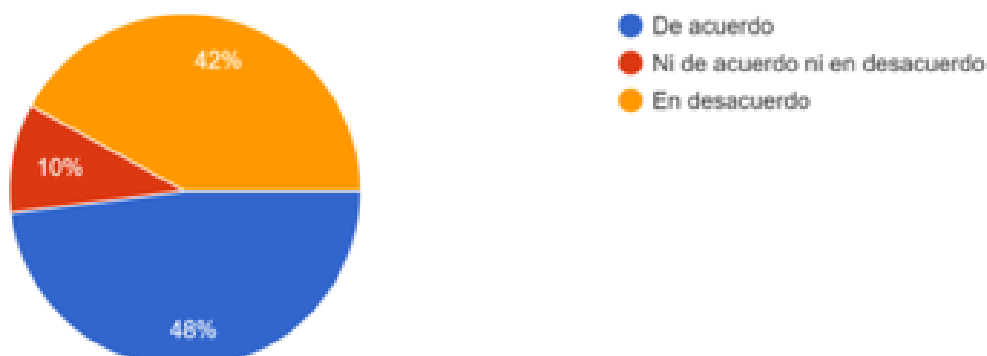


Fuente: Jueces y Abogados encuestados

Elaboración: Propia

Gráfico 13

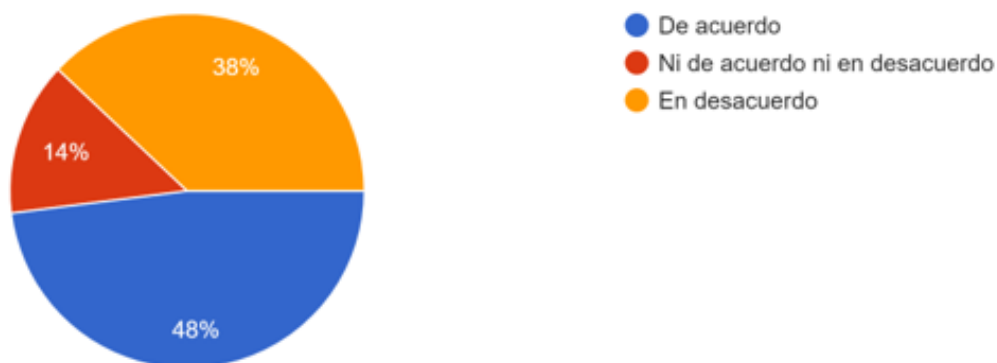
6° Considera que la ausencia del contradictorio previo, disuade al Juez del otorgamiento de la tutela cautelar en el proceso contencioso administrativo, en la medida que sólo cuenta con la alegación y prueba del solicitante.



Fuente: Jueces y Abogados encuestados
Elaboración: Propia

Gráfico 14

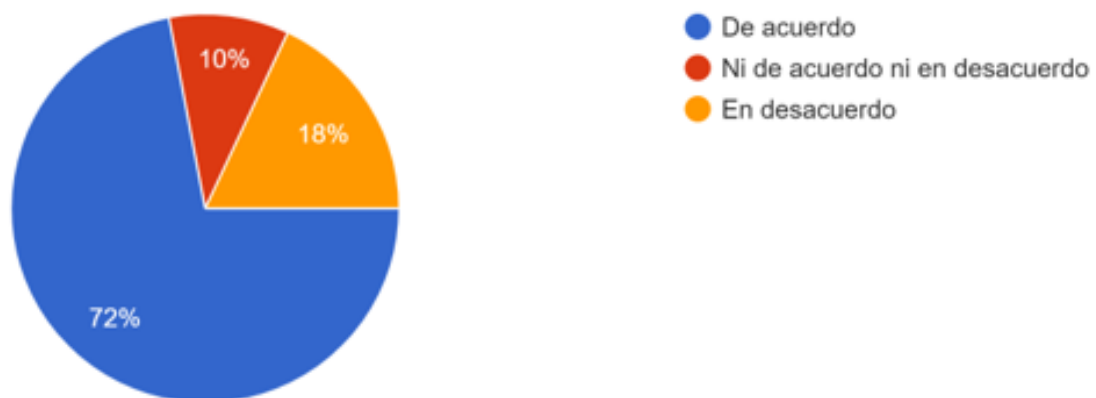
7° Considera que la Sentencia, Expediente N° 0005-2016-PCC/TC del 25 de julio de 2019, en la cual el Tribunal Constitucional señaló que los jueces no tienen competencia para otorgar autorización, permisos o derechos de pesca sino para controlar las razones expuestas por la administración en las resoluciones que hubiesen sido impugnadas ante su despacho, limita el otorgamiento de tutela cautelar de dichas pretensiones que se planteen en el proceso contencioso administrativo.



Fuente: Jueces y Abogados encuestados
Elaboración: Propia

Gráfico 15

8° Considera que la Sentencia, Exp N° 00002-2018-PCC/TC del 16 de julio de 2020, en la cual el Tribunal Constitucional estableció que las pretensiones en que se solicite el reconocimiento de tiempo de servicios o declaración de aptitud para el ascenso de miembros de la PNP, entre otras de similar naturaleza, deberán ser declarados improcedentes, tanto en la vía ordinaria como en la vía constitucional, por cuanto solo el Poder Ejecutivo puede ejercer tales atribuciones; limita el otorgamiento de tutela cautelar de dichas pretensiones que se planteen en el proceso contencioso administrativo.

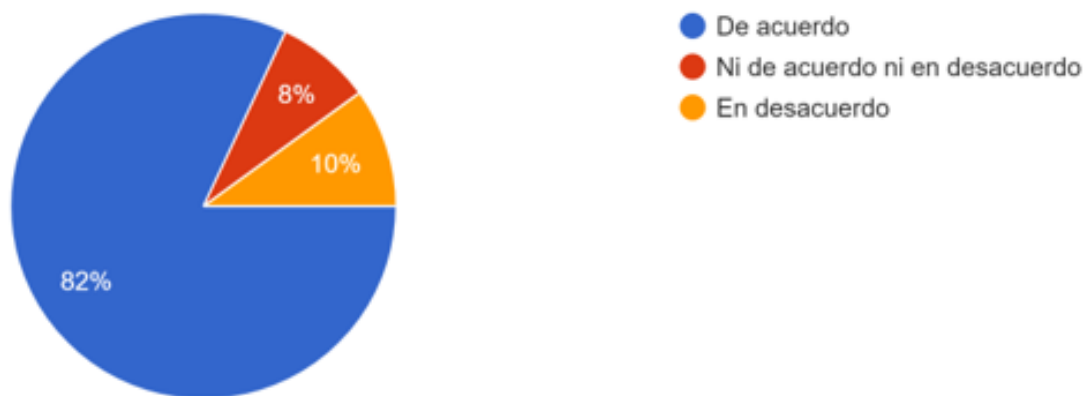


Fuente: Jueces y Abogados encuestados

Elaboración: Propia

Gráfico 16

9° Considera que no obstante existir un marco constitucional y legal que garantiza la independencia judicial, sin embargo cuando la OCMA, apertura procedimiento disciplinario por la concesión de medida cautelar que suspende la inhabilitación de Empresas, el Ex -CNM instauraba procedimientos sancionadores en materia de ascenso de miembros de la PNP o cuando medios de comunicación como Convoca.pe, alega un esquema de corrupción detrás de medidas cautelares concedidas a proveedores del Estado, sancionados por OSCE, sin la contrastación debida; dicho principio se ve afectado, alimentando una actitud restrictiva para otorgar tutela cautelar en el proceso contencioso administrativo.

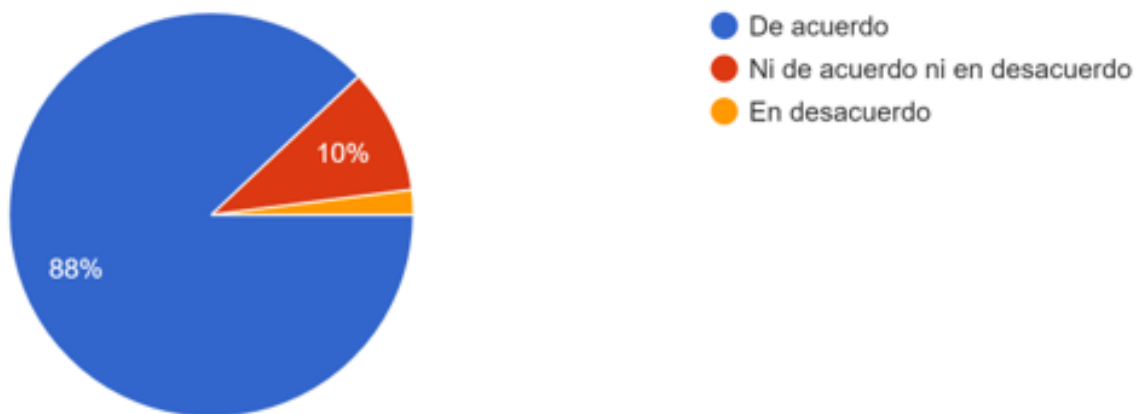


Fuente: Jueces y Abogados encuestados

Elaboración: Propia

Gráfico 17

10° Considera que, a la luz del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, existe la necesidad que se implemente la tutela cautelar diferenciada en el proceso contencioso administrativo a fin de ampliar la protección de situaciones materiales que pueden verse afectadas por actuaciones impugnadas y que garantice la eficacia de la sentencia estimatoria.



Fuente: Jueces y Abogados encuestados

Elaboración: Propia

- **Análisis documental de resoluciones judiciales que conceden y rechazan medidas cautelares, expedidas por los Juzgados y Salas de la especialidad contencioso administrativo del Distrito Judicial de Lima**

1° Expediente Nro. 903-2021-57 - 3° Juzgado Contencioso Administrativo de Lima

Demandante: Jorge Andrés Martínez Zacarías

Demandado: Superintendencia Nacional de Registros Públicos (**Anexo 5**)

Se trata de una medida cautelar de anotación de demanda de nulidad de la Resolución del Tribunal Registral que solicita ser inscrita en la partida de un inmueble, fundamentando en que la instancia registral rechazó su pedido de anotar una resolución judicial dictada por el 37° Juzgado Civil de Lima, que rechaza una demanda y ordena su archivamiento.

El juez señala que toda inscripción se hace en virtud de título que conste en instrumento público, para el caso partes judiciales y que el proceso donde tendría algún interés el demandante fue rechazado, por lo que habiendo actuado el Tribunal registral con arreglo a sus competencias y no existir verosimilitud del derecho invocado, rechaza la medida cautelar, criterio con el que nos encontramos plenamente de acuerdo.

2° Expediente Nro. 570-2019-83 - 9° Juzgado Contencioso Administrativo de Lima

Peticionante: América Móvil Perú SAC

Afectado: Municipalidad Metropolitana de Lima (**Anexo 6**)

Se trata de una medida cautelar de no innovar a fin que se suspenda los efectos de la Resolución de Sub Gerencia de Autorizaciones Urbanas que declaró infundado su recurso de apelación contra una resolución que declaró infundada su reconsideración contra una resolución de sanción, fundamentando que en el 2006, comunicó al Ministerio de Transportes respecto a la instalación de su estación de telecomunicaciones y que obtuvo autorización.

El juez refiere que a la fecha de la fiscalización no se contaba con autorización de la Municipalidad, por lo que la sanción es correcta, no obstante advierte

que la multa impuesta de 25 UIT no ha tenido en consideración el artículo 231 A de la Ley de procedimiento administrativo general, por lo que considera que la medida solicitada es necesaria y razonable, efectuando la ponderación de intereses al examinar la adecuación y optando por conceder la medida cautelar de no innovar y suspendiendo los efectos de la Resolución Gerencial, de Sub gerencia y de la Resolución de sanción administrativa.

Al respecto si bien coincidimos con la concesión de la medida cautelar, empero discrepamos con la forma de la medida de no innovar dispuesta, cuyo fin precisamente es mantener el status quo y no la suspensión de los efectos del acto administrativo, que es propio de la medida innovativa; tal situación demuestra lo que en su oportunidad alegamos, sobre la confusión en el operador jurídico respecto a la naturaleza y efectos de ambas medidas. Asimismo llama la atención que la ponderación de intereses se haya evaluado en el presupuesto de adecuación y no en la verosimilitud del derecho invocado.

3° Expediente Nro. 6817-2018-95 – 15° Juzgado Contencioso Administrativo
Lima

Solicitante: Héctor Alberto Cuadros de la Cruz

Afectado: Servicio de Administración Tributaria – SAT (**Anexo 7**)

Se trata de una medida cautelar de no innovar para conservar la situación de hecho y de derecho al momento de interponer la demanda, esto es que no se ejecute la Resolución de Sanción y la Resolución de Gerencia Central de Normativa, por cuanto no ha sido notificado y se afecta su derecho de defensa.

La juez refiere que se habría notificado en dirección distinta a la señalada en la licencia de conducir y papeleta de infracción, por tanto al haberse afectado el debido procedimiento se satisface el requisito de verosimilitud del derecho invocado, (resaltando que la ponderación de intereses se encuentra implícita en dicho presupuesto), adecuación y peligro en la demora, optando por conceder medida cautelar innovativa y conservar la situación de hecho al momento de interponer la demanda y ordenando la suspensión de la Resolución de Sanción y de Gerencia Central de Normativa.

En este caso también coincidimos con la concesión de la medida cautelar, pero al igual como en el caso anterior, también advertimos cierta confusión en la operadora jurídica, pues habiéndose solicitado medida de no innovar, sin adecuarse la misma se dispone medida innovativa, para luego conservar la situación de hecho propia de la medida de no innovar y suspender los efectos de los actos administrativos, propio de la medida innovativa.

4° Expediente Nro. 6275-2018-1 – 1° Juzgado Contencioso Administrativo de Lima

Demandante: Desarrollos Terrestres SA

Demandado: Municipalidad Metropolitana de Lima (**Anexo 8**)

En el presente caso, se plantea una medida cautelar de no innovar fuera de proceso para que se suspendan los efectos de una Resolución de Sub Gerencia, el suscrito declaró inadmisibile a fin que el solicitante adecúe su pedido cautelar y sustente la inminencia del perjuicio irreparable (respecto de esto último, una autocrítica en cuanto a haberlo exigido, por no ser un

presupuesto, conforme a lo expuesto en la presente investigación) subsanada la misma funda su pedido en que la citada resolución anuló la autorización otorgada para la instalación de una estación de radiocomunicación, proviniendo de autoridad incompetente para hacerlo.

El suscrito titular de dicha judicatura, rechazó la medida cautelar, al sostener que de acuerdo con el TUPA de la Municipalidad, la Sub gerencia de Autorizaciones Urbanas era el órgano competente para anular la autorización y que las fotografías adjuntadas eran insuficientes para acreditar que la estructura de la estación de telecomunicaciones no generaba una afectación paisajista, no habiéndose acreditado la verosimilitud del derecho invocado.

5° Expediente Nro. 6275-2018-1 – 1° Sala Contenciosa Administrativa de Lima

Demandante: Desarrollos Terrestres SA

Demandado: Municipalidad Metropolitana de Lima **(Anexo 9)**

En el presente caso, la 1° Sala contenciosa administrativa de Lima confirma la apelada que rechazó la medida cautelar, al no haberse acreditado la verosimilitud del derecho invocado. Al igual que el juzgado, alega que las fotografías por si solas no rebaten los argumentos de la Resolución de Subgerencia de Autorizaciones Urbanas. También se alude que en todo caso en el proceso principal se realizará un análisis más profundo, con el expediente administrativo, que conlleve a un pronunciamiento de fondo basado en instrumentos probatorios que generen certeza. Esto último va en la línea de lo investigado, en el sentido de elevar el estándar de lo verosímil a la certeza.

6° Expediente Nro. 4000-2020-66 – 1° Sala Contenciosa Administrativa de Lima

Demandante: Ralva EIRL

Demandado: Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - Osce

(Anexo 10)

En este caso, la Sala Superior referida confirma la apelada que rechazó la medida cautelar de no innovar, alegando que no existe la verosimilitud del derecho invocado y que la prescripción de la sanción, importa analizar la norma vigente que regulaba la prescripción cuando sucedieron los hechos materia de infracción, requiriéndose del análisis de medios probatorios que correspondería debatirse en el proceso principal, al constituir un aspecto relativo al fondo de la controversia y no a la vía cautelar.

Dicho argumento, confirma lo expuesto por el suscrito en la presente investigación, en el sentido que a criterio del colegiado, los hechos ameritan un debate probatorio y fondo de la controversia, elevando así el estándar de la verosimilitud a la casi certeza del derecho.

7° Expediente Nro. 5816-2019-3 – 2° Sala Contenciosa Administrativa de Lima

Demandante: Desarrollos Terrestres Perú SA

Demandado: Municipalidad de Lima **(Anexo 11)**

En este caso, la 2° Sala contenciosa administrativa de Lima confirma la apelada que rechazó la medida cautelar de no innovar, afirmando que no evidencia la verosimilitud del derecho invocado, toda vez que la recurrente no

cumpliría con las condiciones para la autorización de su estación de telecomunicaciones, refiriendo que dicha situación será materia de análisis en el principal con el expediente administrativo y demás actuados obrantes.

Al igual como en el caso anterior, se confirma lo expuesto por el suscrito en la presente investigación, en el sentido que a criterio de este colegiado, los hechos ameritan el examen de una prueba (expediente administrativo) y fondo de la controversia, elevando así el estándar de la verosimilitud a la casi certeza del derecho; esta situación fue advertida por el apelante en su agravio, cuando señaló: “el Aquo establece arbitrariamente un estándar de exigencia similar al que debe efectuarse para el examen de nuestras pretensiones en el proceso principal”.

8° Expediente Nro. 2865-2019-20 – 5° Sala en lo contencioso administrativo, sub especialidad en Temas de mercado.

Demandante: Easy Taxi Perú SAC

Demandado: Indecopi (**Anexo 12**)

En este caso la 5° Sala en lo contencioso administrativo, sub especialidad en Temas de mercado confirma la apelada que rechazó la medida cautelar de no innovar, alegando que la solicitud cautelar no supera el análisis de la verosimilitud del derecho invocado en la medida que el demandante siendo un proveedor virtual, no contaba con el libro de reclamaciones virtual en el portal web.

Resultante importante advertir que el colegiado refiere que el demandante no ha logrado desvirtuar la presunción de validez del acto administrativo

contenido en la Resolución de Indecopi, postura que encuentra coincidencia con la posición de la investigación, en el sentido que la verosimilitud del derecho invocado debe ponderarse con la presunción de validez del acto administrativo.

- 9° Expediente Nro. 8215-2018-93 – 5° Sala en lo contencioso administrativo, sub especialidad en Temas de mercado.

Demandante: Universidad Inca Garcilaso de la Vega Asociación Civil

Demandado: Indecopi (**Anexo 13**)

En este caso la 5° Sala en lo contencioso administrativo, sub especialidad en Temas de mercado confirma la apelada que rechazó la medida cautelar innovativa, alegando que la solicitud cautelar no acredita la verosimilitud del derecho invocado en razón a que el análisis de la Sala especializada de Indecopi no implicaría una variación de los cargos o nueva calificación de hechos, a propósito del curso de actualización profesional que realizó la demandante a los denunciados a quienes habría ofrecido la posibilidad de obtener sus títulos profesionales a pesar que sus grados de bachiller serían emitidas por la Universidad Carlos Mariátegui; sino sólo la evaluación de idoneidad del servicio ofrecido, previsto en el Código de Protección al Consumidor.

Cabe advertir que el Colegiado señala que en todo caso, será en el proceso principal y a la luz de los actuados administrativos en su totalidad que se podrá verificar si los errores denunciados se encuentran probados, con lo cual confirma lo expuesto por el suscrito en la presente investigación, en el sentido

que los hechos ameritan un debate probatorio y análisis del fondo de la controversia.

10° Expediente Nro. 2937-2018-20 – 1° Juzgado Contencioso Administrativo

Demandante: José Alberto Echavarría Canazas

Demandado: Ejército del Perú (**Anexo 14**)

En el presente caso el suscrito, concedió medida cautelar innovativa, disponiendo la suspensión de la Resolución administrativa que dio de baja al demandante, cadete del I año de la Escuela Militar de Chorrillos, disponiendo su reincorporación hasta que se resuelva en definitiva el proceso principal.

La prueba anexa a la solicitud evidenció vulneración al derecho de defensa del actor, al no haber contado con abogado al momento de realizar su control de rendimiento físico y no haberse valorado el informe médico que le diagnosticaba tendinitis y desgarró muscular en la pierna derecha, acreditándose prima facie la verosimilitud del derecho invocado.

Cabe señalar que al analizarse el peligro en la demora se evaluó la carga procesal que soportan los Juzgados y Salas Contenciosas Administrativas de Lima y que la falta de pronunciamiento en tiempo oportuno, tendría un efecto implicate respecto de la baja del cadete, porque la morosidad del proceso podría afectar el proyecto de vida y causar daño, de ahí la necesidad de emitir medida provisional que asegure la eficacia de la sentencia.

Asimismo se efectuó el test de ponderación entre el interés público y el particular, primando este último por el perjuicio que venía causando la actuación impugnada.

Un dato importante es que la medida cautelar fue concedida el 13 de agosto del 2018 y la sentencia el 10 de setiembre del 2021, resultando por tanto evidente que la tutela cautelar otorgada al demandante garantizo la eficacia de la sentencia estimatoria; lo cual es objeto de nuestra investigación.

V DISCUSIÓN

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LOS RESULTADOS

TABLAS Y GRÁFICOS

De La tabla y gráfico 1, se aprecia los resultados del ingreso de Medidas Cautelares a los 26 Juzgados Contenciosos Administrativos de la Corte Superior de Justicia de Lima, que lo conforman del:

- 1 al 17 Juzgado Contencioso Administrativo
- 18 al 26 Juzgado Contencioso Administrativo sub especialidad Tributaria y Aduanera

Correspondiente a los años:

- 2018: 1597
- 2019: 1475
- 2020: 715

Total se registró un ingreso de: 3787 medidas cautelares.

Los resultados reflejan una disminución del 50% de medidas cautelares ingresadas el año 2020, con respecto al año 2019, que atribuimos es una consecuencia de la afectación al servicio de justicia, producto de la pandemia del Covid 19.

Cabe señalar que dicha información fue proporcionada por la Unidad de Planeamiento y Desarrollo – UPD de la Corte Superior de Justicia de Lima y se encuentra contenida en el Sistema Integrado Judicial – SIJ.

De la tabla y gráfico 2, se aprecia una muestra de 125 medidas cautelares resueltas por 11 de los 26 Juzgados Especializados en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el año 2018.

Los resultados muestran de un total de: 125

- 106 medidas cautelares rechazadas = 85%
- 7 medidas cautelares improcedentes = 5%
- 12 medidas cautelares procedentes = 10%

Como se puede advertir de un 100%, sólo se declaró procedente el 10%, lo que se interpreta como una tendencia restrictiva para la concesión de medidas cautelares.

Cabe señalar que las medidas cautelares resueltas no forman parte de la producción jurisdiccional del juez, de ahí que la muestra presentada sea el reflejo de la información brindada por sólo 11 Juzgados Contenciosos Administrativos de la Corte Superior de Justicia de Lima, que se encuentra registrada en el Sistema Integrado Judicial – SIJ.

De la tabla y gráfico 3, se aprecia una muestra de 170 medidas cautelares resueltas por 11 de los 26 Juzgados Especializados en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el año 2019.

Los resultados muestran de un total de: 170

- 142 medidas cautelares rechazadas = 84%
- 11 medidas cautelares improcedentes = 6%
- 17 medidas cautelares procedentes = 10%

Como se puede advertir de un 100%, sólo se declaró procedente el 10%, lo que también interpreta una tendencia restrictiva para la concesión de medidas cautelares durante el año 2019.

De la tabla y gráfico 4, se aprecia una muestra de 67 medidas cautelares resueltas por 08 de los 26 Juzgados Especializados en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el año 2020.

Los resultados muestran de un total de: 67

- 59 medidas cautelares rechazadas = 89%
- 5 medidas cautelares improcedentes = 7%
- 3 medidas cautelares procedentes = 4%

Como se puede advertir de un 100%, sólo se declaró procedente el 4%, lo que también interpreta una tendencia restrictiva para la concesión de medidas cautelares durante el año 2020.

La tabla y gráfico 5, expresa 38 medidas cautelares ingresadas y resueltas por el 1 Juzgado Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el año 2018.

Los resultados muestran de un total de: 38

- 28 medidas cautelares rechazadas = 73%
- 21 medidas cautelares improcedentes = 21%
- 1 medida cautelar rechazada con sentencia fundada = 3%
- 1 medida cautelar procedente con sentencia fundada = 3%

En esta oportunidad, la muestra elegida es del 1° Juzgado Contencioso Administrativo del cual es titular el suscrito, como se puede advertir de un 100%, sólo se declaró procedente el 3%, es decir 1 medida cautelar.

Cabe anotar una particularidad, 1 medida cautelar rechazada, luego obtuvo una sentencia estimatoria y a su vez 1 medida cautelar procedente, luego obtuvo una sentencia fundada. Se pretende verificar el impacto de la tutelar cautelar en la eficacia de la sentencia estimatoria.

Dicho resultado debe interpretarse que en el primer caso y a manera de autocrítica, el rechazo de la medida cautelar no aseguro oportunamente la eficacia de la sentencia estimatoria, a diferencia con lo que ocurrió en el segundo caso en que la concesión de la medida cautelar satisfizo la tutela urgente y garantizó la eficacia de la sentencia estimatoria, este caso figura en el **Anexo 14** de la presente investigación.

La tabla y gráfico 6, expresa 55 medidas cautelares ingresadas y resueltas por el 1 Juzgado Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el año 2019.

Los resultados muestran de un total de: 55

- 30 medidas cautelares rechazadas = 55%
- 13 medidas cautelares improcedentes = 24%
- 8 medidas cautelares procedentes = 15%
- 1 medida cautelar rechazada con sentencia fundada = 1%
- 3 medidas cautelares procedentes con sentencia fundada = 5%

Aquí se puede advertir de un 100%, se declaró procedente el 20%, de medidas cautelares, lo que supone un incremento en el otorgamiento de la tutela cautelar en los procesos contenciosos administrativos durante el año 2019.

Cabe anotar una particularidad, 1 medida cautelar rechazada, luego obtuvo una sentencia estimatoria y a su vez 3 medidas cautelares procedentes, luego obtuvieron sentencia fundada.

Dicho resultado debe interpretarse que en el primer caso y también a manera de autocrítica, el rechazo de la medida cautelar no aseguro oportunamente la eficacia de la sentencia estimatoria, a diferencia con lo que ocurrió en el segundo caso en que la concesión de las 3 medidas cautelares garantizó la eficacia de las sentencias estimatorias.

La tabla y gráfico 7, expresa 28 medidas cautelares ingresadas y resueltas por el 1 Juzgado Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el año 2020.

Los resultados muestran de un total de: 28

- 25 medidas cautelares rechazadas = 89%
- 3 medidas cautelares incompetencia = 11%
- medidas cautelares procedentes = 0%
- medida cautelar rechazada con sentencia fundada = 0%
- medida cautelar procedente con sentencia fundada = 0%

Aquí se puede advertir de un 100%, no se declaró procedente ninguna medida cautelar, lo que supone un descenso en el otorgamiento de la tutela cautelar en los procesos contenciosos administrativos durante el año 2020.

ENCUESTA

Realizada a Jueces de la Especialidad contencioso administrativa de la Corte Superior de Justicia de Lima y Abogados especialistas en derecho contencioso administrativo, derecho procesal y administrativo.

Jueces encuestados: 11 jueces especializados contenciosos administrativos, 02 jueces contenciosos administrativos sub especialidad tributario y aduanero, 01 juez laboral sub especialidad contencioso administrativo, 01 juez laboral previsional sub especialidad contencioso administrativo, 05 jueces superiores de las Salas Contenciosas Administrativas, 01 juez superior de la Sala Contenciosa Administrativa sub especialidad en Temas de Mercado, 02 jueces superiores de la Sala Contenciosa Administrativa sub especialidad en Temas Tributarios y Aduaneros y 01 juez supremo de la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República = 24

Abogados encuestados especialistas en derecho contencioso administrativo, derecho procesal y administrativo. = 26

Total encuestados = 50

Del gráfico 8, tenemos que el 50% de los operadores jurídicos están de acuerdo con la pregunta Nro. 1, lo que genera una tendencia favorable.

Los resultados se deben interpretar en el sentido que los operadores jurídicos consideran que el juicio de ponderación de la afectación al interés público y el que causa al particular, establecido en el artículo 38.1 del TUO de la Ley N° 27584, es un parámetro inadecuado para determinar la verosimilitud del derecho invocado, pues alienta una posición restrictiva para el otorgamiento de tutela cautelar en el proceso contencioso administrativo.

Dicho resultado se alinea con la posición del profesor Ramón Huapaya, quien recordemos nos señalaba que la verosimilitud no debe ponderarse con el interés público, pues en la confrontación perderá el derecho particular versus la protección del interés público; similar parecer es de nuestro colega Salas, cuando refiere que la verosimilitud no tiene relación con la eventual afectación del interés público sino con los efectos de la medida cautelar y para valorar los daños. Asimismo coincide plenamente con nuestro criterio, pues la supremacía del interés público o colectivo sobre el particular, lo convierte en un parámetro inadecuado, alentando en el Juez una posición restrictiva para la concesión de tutela cautelar.

Del gráfico 9, tenemos que el 54% de los operadores jurídicos están de acuerdo con la pregunta Nro. 2, lo que genera una tendencia favorable.

Los resultados se deben interpretar en el sentido que los operadores jurídicos consideran que el artículo 38.1 del TUO de la Ley N° 27584, debe modificarse a fin que el juicio ponderativo se efectúe entre la verosimilitud del derecho invocado y la presunción de validez del acto administrativo.

El resultado va de la mano con la postura del profesor Ramón Huapaya y también con la nuestra, en el sentido de instar a una modificación legislativa del artículo 38.

1 del TUO de la LPCA, de forma tal que el test comparativo para determinar la verosimilitud del derecho sea con la presunción de validez de la actuación impugnada. En otras palabras volver al texto originario del artículo 36 de la Ley 27584, pero esta vez con una técnica mejorada, empleando la presunción de validez, establecida en el artículo 9 del TUO de la LPAG.

Del gráfico 10, tenemos que el 76% de los operadores jurídicos están de acuerdo con la pregunta Nro. 3, lo que genera una tendencia favorable.

Los resultados se deben interpretar en el sentido que los operadores jurídicos consideran que cuando el Juez evalúa la verosimilitud del derecho invocado y argumenta que la pretensión cautelar requiere de un debate probatorio, su objeto son temas técnicos o de puro derecho, elevan el estándar de apariencia a la casi certeza del derecho invocado.

El resultado coincide plenamente con nuestra posición y está referido al criterio interpretativo que sigue el Juez al evaluar una medida cautelar, hemos podido comprobar por nuestra experiencia jurisdiccional, que suele referirse a la necesidad de un debate probatorio, propio del proceso principal, o que se trata de temas técnicos con cierta complejidad o de puro derecho; en estos supuestos se aprecia que no basta con la acreditación de lo verosímil sino que se exige la casi certeza del derecho, que desencadena en la denegatoria de la tutela cautelar. Nuestra posición encuentra respaldo, en la postura del maestro Piero Calamandrei (2005 – Pág. 77), quien refería que “(...) Declarar la certeza de la existencia del derecho es

función de la providencia principal; en sede cautelar basta que la existencia del derecho aparezca verosímil (...).”

Del gráfico 11, tenemos que el 58% de los operadores jurídicos están de acuerdo con la pregunta Nro. 4, lo que genera una tendencia favorable.

Los resultados se deben interpretar en el sentido que los operadores jurídicos consideran que si bien el artículo 37 del TUO de la Ley N° 27584, establece la remisión a las normas del Código Procesal Civil, con las especificaciones establecidas en esta Ley, sin embargo, cuando el Juez exige acreditar la inminencia del perjuicio irreparable contenido en las medidas de innovar o no innovar, alienta una tendencia restrictiva para el otorgamiento de tutela cautelar.

El resultado coincide también con nuestra postura, en el sentido que la inminencia del perjuicio irreparable, contenida en la medida de innovar o no innovar no es un presupuesto para evaluar la tutela cautelar en el contencioso administrativo, dado que esta se rige por las disposiciones del TUO de la LPCA y que su exigencia alienta una tendencia restrictiva para brindar tutela.

Del gráfico 12, tenemos que el 52% de los operadores jurídicos están de acuerdo con la pregunta Nro. 5, lo que genera una tendencia favorable.

Los resultados se deben interpretar en el sentido que los operadores jurídicos consideran que la regulación en el Código Procesal Civil, de la medida temporal sobre el fondo es similar con la medida cautelar innovativa, lo que genera confusión

en su planteamiento y aplicación para brindar tutela cautelar en el proceso contencioso administrativo.

El resultado coincide con nuestra posición, por cuanto siendo ambas medidas cautelares anticipatorias, suele presentarse confusión en los abogados en su planteamiento y en los jueces al momento de su aplicación, teniendo así incidencia al despachar medida cautelar.

Del gráfico 13, tenemos que el 48% de los operadores jurídicos están de acuerdo con la pregunta Nro. 6, lo que no genera una tendencia favorable.

Si bien el 42% de los operadores jurídicos se encuentra en desacuerdo, el 48% antes aludido si considera que la ausencia del contradictorio previo, disuade al Juez del otorgamiento de la tutela cautelar en el proceso contencioso administrativo, en la medida que sólo cuenta con la alegación y prueba del solicitante.

El resultado demuestra que la postura no es pacífica, por el contrario existe discrepancia en torno “al inaudita altera pars” o sin escuchar a la otra parte y su incidencia en brindar la tutela cautelar en el contencioso administrativo. Nosotros nos ratificamos en nuestra posición de incorporar el contradictorio previo al demandado y en esa misma línea se encuentra la destacada procesalista Eugenia Ariano Deho (2014 – Pág. 5), al afirmar “el que siempre se conceda (o deniegue) inaudita altera parte, ha sido fuente primaria, de todas las distorsiones y descréditos que esta noble forma de tutela ha sufrido en estos más de veinte años de vigencia del CPC”.

Del gráfico 14, tenemos que el 48% de los operadores jurídicos están de acuerdo con la pregunta Nro. 7, lo que no genera una tendencia favorable.

Si bien el 38% de los operadores jurídicos se encuentra en desacuerdo, el 48% antes aludido si considera que la Sentencia, Expediente N° 0005-2016-PCC/TC del 25 de julio de 2019, en la cual el Tribunal Constitucional señaló que los jueces no tienen competencia para otorgar autorización, permisos o derechos de pesca sino para controlar las razones expuestas por la administración en las resoluciones que hubiesen sido impugnadas ante su despacho, limita el otorgamiento de tutela cautelar de dichas pretensiones que se planteen en el proceso contencioso administrativo.

Dicho resultado demuestra cierta discrepancia en si lo decidido por el Tribunal Constitucional en el referido proceso competencial tiene impacto en la tutela cautelar contencioso administrativo. Nuestra posición se mantiene en que dicha sentencia si constituye un límite, al igual como lo es al principio de plena jurisdicción evaluado en el Encuentro Jurisdiccional Nacional de Jueces Especializados en materia constitucional y contencioso administrativo, organizado por el Centro de Investigaciones Judiciales y la Corte Superior de Justicia de Tumbes y que tuvo lugar en la Ciudad de Tumbes, Zorritos, el 10 y 11 de octubre del 2019.

Del gráfico 15, tenemos que el 72% de los operadores jurídicos están de acuerdo con la pregunta Nro. 8, lo que no genera una tendencia favorable.

Los resultados se deben interpretar en el sentido que los operadores jurídicos consideran que la Sentencia, Exp N° 00002-2018-PCC/TC del 16 de julio de 2020, en la cual el Tribunal Constitucional estableció que las pretensiones en que se solicite el reconocimiento de tiempo de servicios o declaración de aptitud para el ascenso de miembros de la PNP, entre otras de similar naturaleza, deberán ser declarados improcedentes, tanto en la vía ordinaria como en la vía constitucional, por cuanto solo el Poder Ejecutivo puede ejercer tales atribuciones; limita el otorgamiento de tutela cautelar de dichas pretensiones que se planteen en el proceso contencioso administrativo.

El resultado encuentra plena coincidencia con nuestra posición en el sentido que la sentencia aludida del Tribunal Constitucional constituye un límite para brindar tutela cautelar contencioso administrativo respecto de las pretensiones materia del conflicto competencial.

Del gráfico 16, tenemos que el 82% de los operadores jurídicos están de acuerdo con la pregunta Nro. 9, lo que genera una tendencia mayoritariamente favorable.

Los resultados se deben interpretar en el sentido que los operadores jurídicos consideran que no obstante existir un marco constitucional y legal que garantiza la independencia judicial, sin embargo cuando la OCMA, apertura procedimiento disciplinario por la concesión de medida cautelar que suspende la inhabilitación de Empresas, el Ex -CNM instauraba procedimientos sancionadores en materia de ascenso de miembros de la PNP o cuando medios de comunicación como Convoca.pe, alega un esquema de corrupción detrás de medidas cautelares

concedidas a proveedores del Estado, sancionados por OSCE, sin la contrastación debida; dicho principio se ve afectado, alimentando una actitud restrictiva para otorgar tutela cautelar en el proceso contencioso administrativo.

El resultado coincide con nuestra posición desarrollada durante nuestra investigación en el sentido de la existencia de factores endógenos, como el de la Oficina de Control de la Magistratura – Ocma y factores exógenos como el del Ex CNM y un medio de comunicación virtual, que con el desarrollo de determinadas prácticas, afectan la independencia judicial y constituyen un límite que restringe el otorgamiento de la tutela cautelar.

Del gráfico 17, tenemos que el 88% de los operadores jurídicos están de acuerdo con la pregunta Nro. 10, lo que genera una tendencia predominantemente favorable.

Los resultados se deben interpretar en el sentido que los operadores jurídicos consideran que, a la luz del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, existe la necesidad que se implemente la tutela cautelar diferenciada en el proceso contencioso administrativo a fin de ampliar la protección de situaciones materiales que pueden verse afectadas por actuaciones impugnadas y que garantice la eficacia de la sentencia estimatoria.

Este resultado coincide plenamente con nuestra posición y a su vez va en la línea de la posición de autores como el destacado procesalista nacional, Giovanni Priori Posada, quien a su vez cita al jurista Mauro Cappelletti, por ser quien utilizó por

primera vez la expresión tutela diferenciada, así como la profesora Úrsula Indacochea Prevost quien la asocia a la tutela cautelar en el contencioso administrativo.

RESOLUCIONES JUDICIALES

Las 12 resoluciones judiciales que conceden y rechazan medidas cautelares expedidas por Jueces Especializados y Salas en lo contencioso administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima (**Anexo 5 al 14**) fueron objeto de análisis en la presentación de los resultados.

CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS GENERAL

En la presente investigación se estableció como objetivo general, determinar si existen límites que restringen el otorgamiento de la Tutela Cautelar en el Proceso Contencioso Administrativo y si afecta la eficacia de la sentencia estimatoria dictada en el distrito judicial de Lima.

Para lo cual se planteó la siguiente Hipótesis general:

El marco normativo, TUO de la Ley Nro. 27584, las sentencias N°005-2016-PCC/TC del 25 de julio de 2019 y N°00002-2018-PCC/TC del 16 de julio de 2020 expedidas por el Tribunal Constitucional y la afectación de la independencia judicial, son límites que restringen el otorgamiento de la tutela cautelar en el proceso contencioso administrativo incidiendo en la eficacia de la sentencia estimatoria.

Para la comprobación de la Hipótesis general, se utilizó:

- Tablas y gráficos de medidas cautelares ingresadas durante el 2018 - 2020 del 1° al 26° Juzgado de la Especialidad Contencioso administrativa del Distrito Judicial de Lima, medidas cautelares resueltas por una parte de órganos jurisdiccionales de dicha especialidad y una muestra específica del 1° Juzgado Contencioso Administrativo de Lima.

Los cuales demuestran que el índice de medidas cautelares resueltas mediante rechazo o improcedencia durante los años 2018 a 2020, por 10 juzgados contenciosos administrativos de Lima y la muestra del 1° Juzgado Contencioso Administrativo de Lima, fue del **92%**, evidenciando así una tendencia restrictiva.

- Encuesta realizada a Jueces de la Especialidad contencioso administrativa de la Corte Superior de Justicia de Lima y Abogados especialistas en derecho contencioso administrativo, derecho procesal y administrativo.

Para la técnica de la encuesta se emplearon 10 preguntas, las respuestas 1 al 9, reflejan que el grupo de encuestados coinciden en términos generales de la actitud restrictiva del Juez, para el otorgamiento de tutela cautelar en el proceso contencioso administrativo, que se deriva del marco normativo, de determinadas sentencias expedidas por el Tribunal Constitucional y de la afectación al principio de la independencia judicial, por la práctica irregular de entidades como la Oficina de Control de la Magistratura – Ocma, el Ex Consejo Nacional de la Magistratura y el medio de comunicación virtual, Convoca.pe

- Análisis documental de resoluciones judiciales (autos) que conceden y rechazan medidas cautelares, expedidas por los juzgados y salas de la especialidad contencioso administrativo del Distrito Judicial de Lima.

El análisis de las resoluciones judiciales dictadas por el 1°, 3°, 9° y 15 Juzgado Contencioso Administrativo de Lima, la 1° y 2° Sala Contenciosa Administrativa de Lima y la 5° Sala Contenciosa Administrativa sub especialidad en Temas de Mercado, evidencia en determinados autos, confusión en la aplicación de las medidas de innovar y de no innovar y en otros que al evaluar la verosimilitud del derecho invocado y argumentar que la pretensión cautelar requiere de un debate probatorio, su objeto son temas técnicos o de puro derecho, elevan el estándar de apariencia a la casi certeza del derecho invocado, para concluir por denegar la tutela cautelar.

El resultado final es que sí se comprueba la Hipótesis principal, que el marco normativo, TUO de la Ley Nro. 27584, las sentencias N°005-2016-PCC/TC del 25 de julio de 2019 y N°00002-2018-PCC/TC del 16 de julio de 2020 expedidas por el Tribunal Constitucional y la afectación de la independencia judicial, son límites que restringen el otorgamiento de la tutela cautelar en el proceso contencioso administrativo incidiendo en la eficacia de la sentencia estimatoria.

CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS ESPECIFICA

En la presente investigación se estableció como objetivo específico, determinar la forma idónea para que a la luz del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, se amplíen facultades para el otorgamiento de tutela cautelar diferenciada en el proceso contencioso administrativo que garantice la eficacia de la sentencia estimatoria.

Para lo cual se planteó la siguiente Hipótesis específica:

Existe la necesidad para que a la luz del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, se implemente la forma idónea que amplíe facultades para el otorgamiento de tutela cautelar diferenciada en el proceso contencioso administrativo que garantice la eficacia de la sentencia estimatoria.

Para la comprobación de la Hipótesis específica, también se utilizó las Tablas y gráficos de medidas cautelares ingresadas durante el 2018 - 2020 del 1° al 26° Juzgado de la Especialidad Contencioso administrativa del Distrito Judicial de Lima, medidas cautelares resueltas vía rechazo o improcedencia en el orden del **92%** por una parte de órganos jurisdiccionales de dicha especialidad y una muestra específica del 1° Juzgado Contencioso Administrativo de Lima, a fin que luego de interpretar su resultado, existencia de una tendencia restrictiva, poner en contexto la necesidad de implementar una forma idónea para la tutela cautelar en el contencioso administrativo.

Asimismo en la técnica de la encuesta, la respuesta a la pregunta 10, refleja que el **88%** de los encuestados en forma predominante coinciden en la necesidad que se implemente la tutela cautelar diferenciada en el proceso contencioso administrativo

a fin de ampliar la protección de situaciones materiales que pueden verse afectadas por actuaciones impugnadas y que garantice la eficacia de la sentencia estimatoria. Precisamente el hecho que sea evidente la restricción para el otorgamiento de la tutela cautelar en el proceso contencioso administrativo, explica la exigencia de implementar una vía idónea que supere las limitaciones y amplíe la protección a situaciones materiales que pueden verse afectadas por actuaciones impugnables. El resultado final es que si se comprueba la Hipótesis específica que existe la necesidad para que a la luz del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, se implemente la forma idónea que amplíe facultades para el otorgamiento de tutela cautelar diferenciada en el proceso contencioso administrativo que garantice la eficacia de la sentencia estimatoria.

CONCLUSIONES

- 1.- La Tutela cautelar es una técnica y manifestación de la tutela jurisdiccional efectiva, de rango constitucional, que representa la posibilidad que tiene todo justiciable de resguardar la eficacia de la sentencia a dictar, frente al riesgo de la demora que implique el trámite del proceso.

- 2.- La Tutela cautelar en el proceso contencioso administrativo, tiene como presupuestos; la verosimilitud del derecho invocado, para lo cual se pondera la proporcionalidad entre la eventual afectación que causaría al interés público o a terceros la medida cautelar y el perjuicio que causa al solicitante la eficacia de la actuación impugnada; el peligro en la demora y la adecuación, los mismos que son evaluados por el Juez, de los fundamentos expuestos y de la prueba presentada con la solicitud cautelar.

- 3.- El proceso contencioso administrativo se caracteriza por ser escrito y sus plazos aun cuando breves, en la práctica, la secuencia de actos procesales y la sobrecarga procesal que afronta la justicia contenciosa administrativa, implican un largo período de espera para la obtención de una decisión definitiva, no obstante cuando un justiciable se ve afectado por la ejecución inmediata de una actuación impugnada, no ajustada a derecho, le resulta trascendental neutralizar sus efectos y asegurar la efectividad de su pretensión, vía la Tutela cautelar.

- 4.- El objetivo general de nuestra investigación fue determinar si existen límites que restringen el otorgamiento de la Tutela Cautelar en el Proceso Contencioso Administrativo y si afecta la eficacia de la sentencia estimatoria dictada en el distrito judicial de Lima, objetivo que luego de los resultados obtenidos de las Tablas y gráficos de medidas cautelares ingresadas durante el 2018 - 2020 del 1° al 26° Juzgado de la Especialidad Contencioso administrativa del Distrito Judicial de Lima, medidas cautelares resueltas vía

rechazo o improcedentes en el orden del 92% por una parte de órganos jurisdiccionales de dicha especialidad y una muestra específica del 1° Juzgado Contencioso Administrativo de Lima, Encuesta realizada a Jueces de la Especialidad contencioso administrativa de la Corte Superior de Justicia de Lima y Abogados especialistas en derecho contencioso administrativo, derecho procesal y administrativo y análisis documental de resoluciones judiciales (autos) que conceden y rechazan medidas cautelares, expedidas por los juzgados y salas de la especialidad contencioso administrativo del Distrito Judicial de Lima; debidamente analizados e interpretados, nos ha permitido comprobar la hipótesis general, que el marco normativo, TUO de la Ley Nro. 27584, las sentencias N°005-2016-PCC/TC del 25 de julio de 2019 y N°00002-2018-PCC/TC del 16 de julio de 2020 expedidas por el Tribunal Constitucional y la afectación de la independencia judicial, son límites que restringen el otorgamiento de la tutela cautelar en el proceso contencioso administrativo incidiendo en la eficacia de la sentencia estimatoria.

- 5.- El objetivo específico de nuestra investigación fue determinar la forma idónea para que a la luz del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, se amplíen facultades para el otorgamiento de tutela cautelar diferenciada en el proceso contencioso administrativo que garantice la eficacia de la sentencia estimatoria y que luego de los resultados obtenidos de las Tablas y gráficos de medidas cautelares ingresadas durante el 2018 - 2020 del 1° al 26° Juzgado de la Especialidad Contencioso administrativa del Distrito Judicial de Lima, medidas cautelares resueltas vía rechazo o improcedencia en el orden del 92%, por una parte de órganos jurisdiccionales de dicha especialidad y

una muestra específica del 1° Juzgado Contencioso Administrativo de Lima, nos permiten interpretar la existencia de una tendencia restrictiva, asimismo en la técnica de la encuesta, refleja que el 88% de los operadores jurídicos están de acuerdo con la pregunta 10, lo que nos ha permitido comprobar la hipótesis específica que existe la necesidad para que a la luz del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, se implemente la forma idónea que amplíe facultades para el otorgamiento de tutela cautelar diferenciada en el proceso contencioso administrativo que garantice la eficacia de la sentencia estimatoria.

RECOMENDACIONES

1.- Estando a que se obtuvo respaldo sobre la hipótesis general planteada respecto a que uno de los límites para el otorgamiento de la tutela cautelar en el proceso contencioso administrativo y que incide en la eficacia de la sentencia estimatoria, lo constituye el marco normativo, así como la comprobación predominante de la hipótesis específica de que existe la necesidad para que a la luz del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, se implemente la forma idónea que amplíe facultades para el otorgamiento de tutela cautelar diferenciada en el proceso contencioso administrativo, proponemos como proyecto de ley, la modificación de la Ley Nro. 27584, en los siguientes términos:

Proyecto de Ley 01/2022

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

EL CONGRESO DE LA REPUBLICA;

Ha dado la Ley siguiente:

**ANTEPROYECTO DE LEY QUE MODIFICA LA LEY 27584, LEY QUE REGULA
EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y DENOMINA
TUTELA CAUTELAR**

Artículo 1. Modificación del artículo 35, 36 y 37 de la Ley 27584, Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo y artículo único del Decreto Legislativo N° 1067

Modifíquese el artículo 35, 36 y 37 de la Ley 27584, Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo y artículo único del Decreto Legislativo N° 1067, en los siguientes términos:

Tutela Cautelar

Artículo 35.- Oportunidad

La medida cautelar podrá ser concedida antes de iniciado un proceso o dentro de éste, siempre que se destine a asegurar la eficacia de la decisión definitiva.

Para tal efecto se seguirán las especificaciones establecidas en esta Ley y supletoriamente las normas del Código Procesal Civil.

Artículo 36.- Presupuestos

La medida cautelar se concede en la forma solicitada o en cualquier otra forma que se considere adecuada, para lograr la eficacia de la decisión definitiva, siempre que de los argumentos expuestos y la prueba presentada por el demandante, aprecie:

1. La verosimilitud del derecho invocado. Para tal efecto se deberá ponderar los fundamentos expuestos por el demandante con el principio de presunción de validez de la actuación administrativa.
2. La necesidad de la emisión de una decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso o por cualquier otra razón justificable. No es exigible este requisito cuando se trate de pretensiones relacionadas con el contenido esencial del derecho a la pensión.
3. La adecuación de la medida para garantizar la eficacia de la decisión definitiva.

37.- Formas de medida cautelar

Son especialmente procedentes en el proceso contencioso administrativo las medidas cautelares innovativa, de no innovar y genérica.

Artículo 2. Contracautela

Para la ejecución de la medida cautelar el demandante deberá ofrecer contracautela atendiendo a la naturaleza de la pretensión que se quiere asegurar, salvo lo dispuesto por normas especiales.

Tratándose de pretensiones contra actuaciones administrativas con contenido pecuniario, el Juez podrá requerir una contracautela de naturaleza real.

Si la resolución final no reconoce el derecho reclamado por el demandante, a pedido de la parte interesada se procede conforme a las reglas establecidas en el Código Procesal Civil para la ejecución de la contracautela.

Artículo 3. Trámite de la medida cautelar

La solicitud cautelar es concedida o rechazada previo traslado de tres días a la parte afectada. El Juez excepcionalmente podrá resolver sin poner en conocimiento de la parte afectada, cuando sea manifiesta la invalidez de la actuación administrativa, exista sentencia estimatoria o considere que pueda ponerse en peligro la eficacia de la medida cautelar.

Procede apelación con efecto suspensivo contra el auto que deniega la medida cautelar y sin efecto suspensivo contra el auto que concede la medida.

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA FINAL

Primera. Adecuación del Texto Único Ordenado de la Ley 27584, Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo

El Poder Ejecutivo, a través del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, adecúa el Texto Único Ordenado de la Ley 27584, aprobado por el Decreto Supremo 011-2019-JUS, a lo dispuesto en la presente ley, en el plazo de treinta (30) días calendario, contados a partir del día siguiente de su publicación.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

LEY QUE MODIFICA LA LEY 27584, LEY QUE REGULA EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, RESPECTO A LA TUTELA CAUTELAR

La importancia de la existencia de la jurisdicción contencioso administrativa se plasma no sólo en el control jurídico por el Poder Judicial de las actuaciones de la administración pública sujetas al derecho administrativo, sino también en la incorporación del modelo de "plena jurisdicción", mediante el cual a través de un proceso subjetivo de control pleno de la actuación administrativa, tutela de manera efectiva los derechos e intereses legítimos de los administrados, cuando puedan verse afectados por actuaciones procedentes de la administración pública.

Precisamente cuando un ciudadano se ve involucrado en la ejecución inmediata de una actuación impugnabile contraria a derecho, le es indispensable neutralizar sus efectos, no obstante la consabida sobrecarga procesal que afronta la justicia contenciosa administrativa, frustra dicha aspiración, surgiendo la necesidad, que

sea la tutela cautelar, como una manifestación de la tutela jurisdiccional efectiva, la que asegure preliminarmente la pretensión del solicitante.

El Texto Único Ordenado de la ley del proceso contencioso administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 011-2019-JUS, regula la oportunidad, los requisitos y las medidas especialmente procedentes en este tipo de procesos; sin embargo a la luz de las decisiones judiciales, dicho marco normativo ha devenido en restrictivo para brindar una efectiva tutela; sea por la falta de precisión de que las medidas cautelares deban ceñirse a sus propias especificaciones o a la supletoriedad del Código Procesal Civil, a la exigencia que el Juez evalúe la verosimilitud del derecho invocado por el solicitante contra el interés público y no con la presunción de invalidez de la actuación impugnada proveniente de la administración, al hecho que el dictado de la medida cautelar se haga sin conocimiento de la parte contraria y no en igualdad de armas o que no obstante la diversidad de manifestaciones mediante las cuales se expresa la Administración Pública, se considere sólo a las medidas cautelares de innovar y de no innovar como especialmente procedentes.

En ese sentido surge la necesidad de dotar al ciudadano de una tutela cautelar adecuada, que garantice en forma oportuna su pretensión postulada en el proceso principal, por lo que se propone la modificación de los artículos 35, 36 y 37 de la Ley N° 27584 y del artículo único del Decreto Legislativo N° 1067, a fin de dotar al Juez del marco normativo que le permita interpretar y aplicar la tutela cautelar diferenciada en el proceso contencioso administrativo, asegurando la eficacia de la sentencia estimatoria.

ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

El análisis costo beneficio busca asegurar que la propuesta normativa tenga más beneficios que costos, en principio no implica un costo adicional del tesoro público y por el contrario su impacto y efecto será positivo en los ciudadanos afectados por una actuación administrativa contraria a derecho, que podrán recurrir a la tutela cautelar en el proceso contencioso administrativo, a fin de neutralizar sus efectos y obtener una tutela efectiva, evitando que la sentencia cuyo dictado en las diversas instancias de la jurisdicción contenciosa administrativa evidencia una alta morosidad procesal, de aproximadamente 05 años, torne en ilusoria e inútil dicha decisión definitiva.

- 2.- Estando a que se obtuvo respaldo sobre la hipótesis general planteada respecto a que uno de los límites para el otorgamiento de la tutela cautelar en el proceso contencioso administrativo y que incide en la eficacia de la sentencia estimatoria lo constituyen las sentencias N°005-2016-PCC/TC del 25 de julio de 2019 y N°00002-2018-PCC/TC del 16 de julio de 2020 expedidas por el Tribunal Constitucional, resulta de vital importancia abordar desde el foro académico, un cambio de criterio jurisprudencial del colegiado del Tribunal Constitucional, respecto a las materias que se ha considerado no ser de competencia del Poder Judicial.

- 3.- Estando a que se obtuvo respaldo sobre la hipótesis general planteada respecto a que uno de los límites para el otorgamiento de la tutela cautelar en el proceso contencioso administrativo, lo constituye la afectación de la independencia judicial, por la práctica irregular de entidades como la Oficina de Control de la Magistratura – Ocma, el Ex Consejo Nacional de la Magistratura y el medio de comunicación virtual, Convoca.pe; resulta necesario el desarrollo de plenos jurisdiccionales distritales, regionales y nacionales, a fin de adoptar criterios uniformes en materia de tutela cautelar contencioso administrativo y que sirva de insumo para que las Salas Contenciosas Administrativas adopten una línea jurisprudencial, de modo que puedan ponerse en conocimiento de la comunidad jurídica y civil y evitar cuestionamientos innecesarios que afectan el criterio y la independencia del Juez.

- 4.- Asimismo, resulta necesario que la Academia de la Magistratura en su programación de actividades académicas, diseñe cursos sobre la Tutela Cautelar, su importancia, rasgo constitucional como manifestación de la tutela jurisdiccional efectiva e interpretación de su normatividad, con la finalidad que los Jueces y otros operadores jurídicos, cimenten sus conocimientos y cuenten con las herramientas necesarias para la correcta aplicación de la tutela cautelar en el proceso contencioso administrativo y sea realmente un mecanismo que garantice la eficacia de la sentencia estimatoria.

FUENTE BIBLIOGRÁFICA

Referencias Bibliográficas

- Ariano Deho, E. (2014) *Estudios sobre la Tutela Cautelar*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica S.A.
- Calamandrei, P. (2005) *Introducción al Estudio Sistemático de las providencias cautelares*. Lima, Perú: Ara Editores EIRL
- Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial (2019), *Encuentro Jurisdiccional Nacional de Jueces Especializados en materia constitucional y contencioso administrativo*, en la ciudad de Tumbes, Perú.
- Convoca.pe. Recuperado de <http://www.convoca.pe>
- García Amado, J. (2017) *Decidir y Argumentar sobre Derechos*. Ciudad de México: Tirant Lo Blanch
- García de Enterría, E. (2004) *La Batalla por las Medidas Cautelares, Derecho comunitario europeo y proceso contencioso-administrativo español*. Madrid, España: Civitas Ediciones SL
- Guerra Cerrón, M. (2019) *Acceso a la Justicia Cautelar*. Lima, Perú: Instituto Pacífico
- Huapaya Tapia, R. (2019) *El Proceso Contencioso Administrativo*. Lima, Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú
- Indacochea Prevost, U. (2008) *La Tutela Cautelar en el Proceso Contencioso Administrativo*, Revista del Círculo de Derecho Administrativo, Pontificia Universidad Católica del Perú

- Jiménez Vivas, J. (2020) *El Proceso Contencioso Administrativo Peruano: breve historia, presente y perspectivas futuras*. Lima, Perú: Revista Oficial del Poder Judicial, Órgano de Investigación de la Corte Suprema de Justicia de la República, Volumen 11 N° 13.
- Ledesma Narváez, M. (2013) *La Tutela Cautelar en el Proceso Civil*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica S.A.
- Monroy Palacios, J. (2002) *Bases para la Formación de una Teoría Cautelar*. Lima, Perú: Industrial Gráfica
- Monroy Gálvez, J. (2004) *El Juez Nacional y La Medida Cautelar, en La Formación del Proceso Civil Peruano*. Lima, Perú: Editorial Palestra
- Morón Urbina, J. (2014) *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica S.A.
- Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado – Osce. Portal institucional. Recuperado <http://www.osce.gob.pe>
- Pérez Ríos, Carlos (2010) en *Estudio integral de las medidas cautelares en el proceso civil peruano* (Tesis de Doctorado) Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú. Recuperado de <https://cybertesis.unmsm.edu.pe>
- Priori Posada, G. (2019) *El Proceso y la Tutela de los Derechos*. Lima, Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú
- Quispe Salsavilca, D. (2016) *El Deber de Independencia e Imparcialidad, Su relación con la debida motivación y el factor tiempo en la actividad jurisdiccional*. Lima, Perú: Fondo Editorial de la Academia de la Magistratura.
- Ramos Romeu, F (2006) *Las Medidas Cautelares Civiles*, Barcelona, España: Atelier

- Salas Ferro, P. (2011) *Las Medidas Cautelares en el Proceso Contencioso Administrativo*, en Revista Justicia & Democracia. Lima, Perú: Fondo Editorial de la Academia de la Magistratura.
- Salas Ferro, P. (2012-2013) *Las pretensiones en el proceso contencioso administrativo; (En internet) Enlace en:*
<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/6058bb8047544a64bf21ff6da8fa37d8/12,+Salas+Ferro.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=6058bb8047544a64bf21ff6da8fa37d8>.
- Unidad de Planeamiento y Desarrollo de la Corte Superior de Justicia de Lima – Sistema Integrado Judicial – SIJ. Recuperado de <http://www.pj.gob.pe>

Legislación

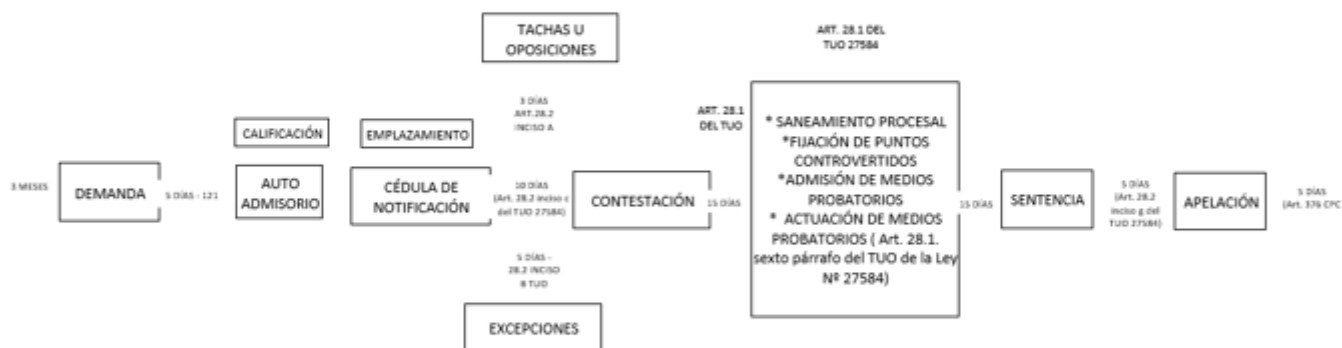
Legislación Nacional

- Constitución Política del Perú
- Ley N° 27584 – Ley del Proceso Contencioso Administrativo
- Ley N° 313007 – Nuevo Código Procesal Constitucional
- Decreto Legislativo 768 - Código Procesal Civil
- Decreto Legislativo N° 1071 - Ley de Arbitraje
- Decreto Supremo N° 133-2013-EF - Código Tributario

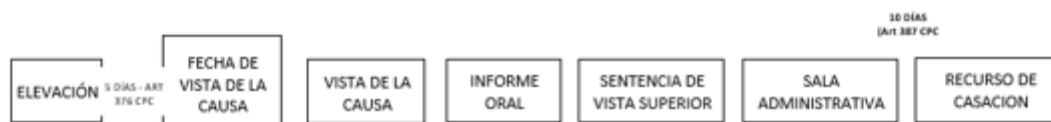
ANEXO 1

PROCESO ORDINARIO

PRIMERA INSTANCIA



SEGUNDA INSTANCIA



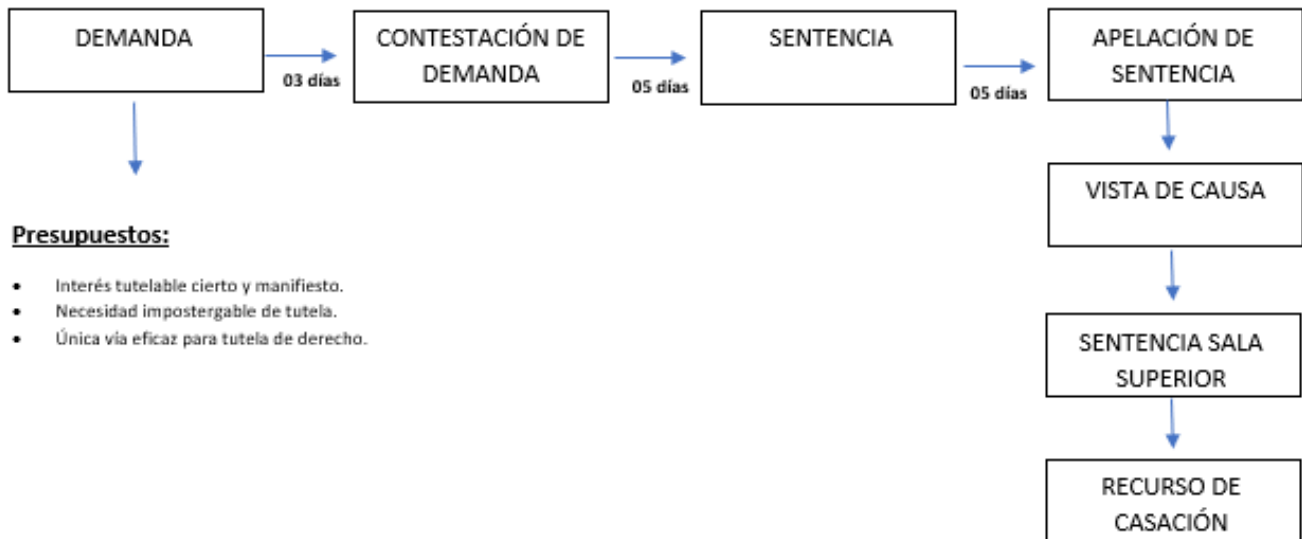
ANEXO 2

PROCESO URGENTE

Pretensiones que se tramitan en esta vía:

- a) Cese de actuación material que no se sustente en acto administrativo
- b) Cumplimiento de la administración de determinada actuación obligada por ley o acto administrativo
- c) Contenido esencial de derecho a la pensión.

} ART. 25 TUO LEY 27584



Pleno Jurisdiccional Distrital en materias Familia, Civil y Laboral
(Moquegua, 16 y 17 de julio de 2007)

Tema	Conclusión plenaria
<p>Procedencia de las medidas cautelares en procesos contencioso-administrativos</p>	<p><i>Por mayoría</i> Segundo: Puede otorgarse una medida cautelar si la petición de la medida cautelar es la misma que la de la demanda, siempre y cuando se supere los test antes descritos y teniendo en cuenta la naturaleza y finalidad del proceso contencioso-administrativo, bajo el principio de oportunidad que se impone en esta materia.</p> <p><i>Por Unanimidad</i> Primer: Procede el otorgamiento de medidas cautelares en los Procesos Contencioso-Administrativo en todos aquellos casos que se cumple con los requisitos genéricos de toda medida cautelar, especialmente en los requisitos específicos del artículo 36 de la Ley N.º 27584 (Ley del Proceso Contencioso Administrativo), debiendo cumplirse con los test de fundabilidad de la pretensión y el peligro en la demora además de la no irreversibilidad de la medida cautelar.</p> <p><i>Por unanimidad</i> Tercero: No procede el otorgamiento de las medidas cautelares en los procesos contencioso-administrativos cuando no se cumpla los test de fundabilidad y necesidad.</p>

Pleno Jurisdiccional Regional Contencioso-Administrativo
(Lima, 5 de setiembre del 2009)

Tema	Pregunta	Posición n.º 1	Posición n.º 2	Posición n.º 3	Conclusión plenaria
La actividad cautelar	Si la ponderación de intereses constituye un nuevo requisito de procedencia de la medida cautelar, ¿Deberá ser examinado con posterioridad a los requisitos ya conocidos de verosimilitud del derecho, peligro en la demora y adecuación de la medida?	Por razón de ubicación de la norma del artículo 39, inciso 1, del TUO de la Ley N.º 27584, corresponde se examine el requisito de la ponderación de intereses en la estación relativa al examen de la verosimilitud o apariencia de buen derecho.	Independientemente de la ubicación de la norma, el juicio ponderativo de la afectación al interés público o a terceros con el que se cause al solicitante por la eficacia inmediata de la actuación impugnabile, debe evaluarse luego de considerarse satisfechos los de verosimilitud del derecho, peligro en la demora y adecuación de la medida.	El Grupo N.º 4 arribó una tercera postura <i>Por unanimidad</i> : "El requisito de la ponderación de intereses correspondería evaluarse en la estación relativa al examen de la adecuación de la medida, luego de ser examinados los requisitos de verosimilitud del derecho y peligro en la demora".	Por mayoría: Se adoptó la tercera ponencia que enuncia lo siguiente: "El requisito de la ponderación de intereses correspondería evaluarse en la estación relativa al examen de la adecuación de la medida, luego de ser examinados los requisitos de verosimilitud del derecho y peligro en la demora".

Anexo 5

OR DE JUSTICIA
 de Notificaciones
 DE
 AS Y
 REZ VASQUEZ
 ublic Digital
 11:09, Razón:
 LIMA /
 TAL

3° JUZGADO PERMANENTE
 EXPEDIENTE : 00903-2021-57-1801-JR-CA-03
 MATERIA : NULIDAD DE RESOLUCIÓN O ACTO ADMINISTRATIVO
 JUEZ : VILLANUEVA RIVERA, VICTOR RAUL
 ESPECIALISTA : GUTIERREZ VASQUEZ, JUAN
 DEMANDADO : SUPERINT. NAC. DE LOS REGISTROS PUBLICOS
 DEMANDANTE : MARTINEZ ZACARIAS, JORGE ANDRES

RESOLUCION NUMERO UNO

Lima, siete de abril de dos mil veintiuno

AUTOS Y VISTOS: Puesto a Despacho en la fecha: Al escrito de medida cautelar de fecha 09 de marzo de 2021 ingresado por Mesa de Partes

Electrónica: Al Principal: Por presentada la medida cautelar dentro del proceso: con el arancel judicial, copias: agréguese a los autos, y por señalado su domicilio procesal en la **CASILLA N° 18266 CNPJ** y **CASILLA ELECTRÓNICA N° 29620 SINOE**, para las respectivas notificaciones en el presente proceso cautelar; y, con lo expuesto, estese a lo resuelto; y,

ATENDIENDO:

PRIMERO:

El artículo 39¹ del Decreto Supremo No 011-2019-JUS, TUO de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo, Ley N° 27584, dispone, la medida cautelar se dictará en la forma que fuera solicitada o en cualquier otra forma que se **considere adecuada para lograr la eficacia de la decisión definitiva**, siempre que de los fundamentos expuestos por el demandante se considere: 1) verosímil el derecho invocado; 2) necesaria la emisión de una decisión preventiva por constituir peligro en la demora del proceso o

ARTÍCULO 39.- Requisitos

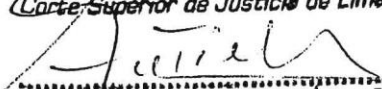
La medida cautelar se dictará en la forma que fuera solicitada o en cualquier otra forma que se considere **adecuada para lograr la eficacia de la decisión definitiva**, siempre que de los fundamentos expuestos por el demandante:

1. Se considere verosímil el derecho invocado. Para tal efecto, se deberá ponderar la proporcionalidad entre la eventual afectación que causaría al interés público o a terceros la medida cautelar y, el perjuicio que causa al recurrente la eficacia inmediata de la actuación impugnada.
2. Se considere necesaria la emisión de una decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso, o por cualquier otra razón justificable. No es exigible este requisito cuando se trate de pretensiones relacionadas con el contenido esencial del derecho a la pensión.
3. Se estime que **resulte adecuada para garantizar la eficacia de la pretensión.**

Para la ejecución de la medida cautelar el demandante deberá ofrecer contracautela atendiendo a la naturaleza de la pretensión que se quiere asegurar.

Tratándose de pretensiones contra actuaciones administrativas con contenido pecuniario, el Juez podrá requerir de una contracautela distinta a la caución juratoria.

Si la resolución final no reconoce el derecho reclamado por el demandante, a pedido de la parte interesada se procede conforme a las reglas establecidas en el Código Procesal Civil para la ejecución de la contracautela.

PODER JUDICIAL
 Corte Superior de Justicia de Lima

JUAN GUTIERREZ VÁSQUEZ
 Especialista Legal
 3° Juzgado Especializado Contencioso Administrativo

118

por cualquier otra razón justificable; y, 3) que la medida cautelar solicitada resulte adecuada para garantizar la eficacia de la pretensión.

SEGUNDO:

En el presente caso, JORGE ANDRES MARTINEZ ZACARIAS (en adelante, el Peticionante), solicita medida cautelar en forma de anotación registral de la demanda de nulidad de resolución o acto administrativo contra la Resolución N° 2077-2020-SUNARP-TR-L (en adelante, Resolución del Tribunal SUNARP) de fecha 13 de noviembre de 2020, emitida por el Tribunal Registral de la SUNARP, recaída en el Título N° 1513524-2020 de fecha 21 de setiembre de 2020, que deberá ser inscrita en la Ficha N° 1733871 de la Partida N° 49054294 de I Registro de Predios de los Registros Públicos de Lima, que corresponde al inmueble ubicado en el jirón Desaguadero N° 359, Cercado de Lima, provincia y departamento de Lima (en adelante, el Inmueble), cuyos linderos y medidas perimétricas por ser necesaria, urgente y constituir un peligro ante la demora.

TERCERO:

El Peticionante sostiene, ostentar la condición de titular sobre el Inmueble al estar habitándolo por más de cuarentaicuatro (44) años, y ejercer posesión respecto del mismo, acreditando con la declaración jurada del impuesto al valor del patrimonio predial del año 2020, emitido por el Servicio de Administración Tributaria – SAT, donde aparece como titular del referido predio (código de contribuyente N° 2436065), y como también lo ha declarado en su DNI.

CUARTO:

Asimismo, indica, es propietario registral del Inmueble, el señor Filiberto Maldonado Hinojosa y su cónyuge Graciela Necias Vargas, conforme aparece en los asientos 2 y 3 del rubro c) de la Ficha N° 1733871 de la Partida N° 49054294 del Registro de Predios de los Registros Públicos de Lima. Además, expresa, que esa inscripción registral viene siendo cuestionada sin fundamento y con el fin de apropiarse de manera dolosa por doña Marta Felicia Díaz Vizcarra (en adelante, la Sra. Díaz), quien presenta reiterados pedidos a los Registros Públicos para desconocer la condición de casado del titular registral.

PODER JUDICIAL
Corte Superior de Justicia de Lima
Juan Gutierrez Vasquez
JUAN GUTALDO GUTIÉRREZ VÁSQUEZ
Abogado Legal

116

QUINTO:

Igualmente, expresa, la Sra. Díaz, el 12 de diciembre de 2020, solicitó a los Registros Públicos la inscripción de un testamento de Filiberto Maldonado Hinojosa, documento tachado por el Registrador Público. Posteriormente, el 10 de octubre de 2008, la Sra. Díaz a través de su abogado, solicitó una rectificación del asiento 2 del rubro c) de la Ficha N° 1733871 a efectos de variar la condición de casado a soltero del señor Filiberto Maldonado Hinojosa, pedido reiterado, el 24 de mayo de 2019, y 11 de febrero de 2020.

Finalmente, la Sra. Díaz, inicio una demanda judicial, la cual fue declarada improcedente. Es así, como solicitó inscribir la resolución judicial que declara improcedente la demanda; sin embargo, la solicitud fue rechazada por el Registrador Público y luego por el Tribunal Registral SUNARP

Y, en cuanto al peligro en la demora, sostiene, que el proceso principal se torne ineficaz durante el tiempo transcurrido desde el inicio de la relación procesal hasta la sentencia definitiva.

SEXTO:

Este Juzgado debe recordar, particularmente, al Peticionante, el artículo 39° del TUO, arriba invocado, dentro del sustento de la medida cautelar señala que ella sea **adecuada para lograr la eficacia de la decisión definitiva**, cosa que reitera en el numeral 3), al precisar, la medida cautelar solicitada resulte **adecuada para garantizar la eficacia de la pretensión**; Esto último cobra vital importancia, pues la «*adecuación*» a que hace referencia dicho artículo significa la idoneidad de la medida para garantizar la eficacia de la decisión definitiva. Dicho de otro modo, tal adecuación pone en evidencia la vinculación directa que existe entre el tipo o la forma de la medida cautelar a dictarse y la decisión definitiva que se adoptaría.

En ese sentido, la medida cautelar solicitada o aquella que finalmente termina concediendo el Juez debe ser la medida apropiada o útil para garantizar o viabilizar la decisión definitiva a adoptar; *máxime*, si se tiene en cuenta que cuando se va a evaluar una petición cautelar se hace una prognosis de la decisión definitiva en base a la pretensión, es decir, la decisión definitiva se proyecta en base a la pretensión.

SETIMO:

PODER JUDICIAL
Corte Superior de Justicia de Lima
J. G. V.
JUAN GUITALDO GUTIÉRREZ VÁSQUEZ
Especialista Legal
02° Juzgado Especializado Contencioso Administrativo

Ante lo expuesto, y conforme a la narración expuesta por el Peticionante, este Juzgado no observa que la medida cautelar solicitada tenga vinculación directa con la pretensión que esgrime en el cuaderno principal, pues no existe ninguna acción judicial de este órgano jurisdiccional dirigida a cuestionar la titularidad registral del Inmueble, además, como lo ha esbozado, aparentemente, existiría un conflicto interno sobre quien aparece como propietario del Inmueble con un tercero, identificado como Sra. Díaz, y que valga acotar **NO** es competencia de este Juzgado, por tanto, cualquier medida cautelar que podría emitir este órgano jurisdiccional resulta improcedente.

OCTAVO:

Ahora bien, este Juzgado conforme lo expone el Peticionante, sustancialmente, considera que la decisión expuesta por el Registrador Público y ratificada por el Tribunal Registral SUNARP afectan su derecho. Cabe acotar, el Peticionante, según lo expone, solicitó, aparentemente, según la documentación anexa, a los Registros Públicos una medida de «*anotación de resolución judicial que rechaza una demanda y ordena su archivamiento*», y que según afirma, fue dispuesta por el «... *Trigésimo Séptimo Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, ... expediente N° 20733-2010-0-1801-JR-CI-37*». Así, el pedido registral fue rechazada por ambas instancias registrales, conforme a las razones expuestas.

NOVENO:

El Juzgado debe señalar, las disposiciones que regulan los Registros Públicos, al constituir un registro jurídico están contenidas en el Código Civil, especialmente, en el artículo 2009², al precisar que los mismos están sujetos a las disposiciones del mencionado código, además, a las leyes y reglamentos especiales.

Asimismo, el artículo 2010³ del Código Civil, establece una regla general, toda inscripción –sea preventiva o definitiva- debe ser efectuada en título

² Régimen legal de los registros

Artículo 2009.- Los registros públicos se sujetan a lo dispuesto en este Código, a sus leyes y reglamentos especiales.

Quedan comprendidos en el párrafo anterior los registros de naves, de aeronaves, de prenda agrícola y los demás regulados por leyes especiales.

³ Título que da mérito a la inscripción

Artículo 2010.- La inscripción se hace en virtud de título que conste en instrumento público, salvo disposición contraria.

PODER JUDICIAL
Corte Superior de Justicia de Lima
Juan Quintaldo
JUAN QUINTALDO GUTIERREZ VASQUEZ
Especialista Legal
03° Juzgado Especializado Contencioso Administrativo

que conste en **instrumento público**, es decir, aquella expedida por funcionario público en ejercicio de sus funciones, sea este: notario, juez, cónsul, etc.. En conclusión, preliminar, no cabe inscripciones y/o anotaciones con documentos privados, copias autenticadas (legalizaciones) por notario público, **salvo que la ley lo autorice**, y que, aparentemente, no es este caso.

DECIMO:

El artículo 31⁴ del Texto Único Ordenado del Reglamento General de los Registros Públicos (en adelante el TUO), aprobado por Resolución N°126-2012-SUNARP-SN del 22 de mayo de 2012, establece *«[l]a calificación registral es la evaluación integral de los títulos presentados al registro que tiene por objeto determinar la procedencia de su inscripción. Está a cargo del Registrador y Tribunal Registral, en primera y en segunda instancia respectivamente (...)*».

Por su parte, el Art. 32⁵ del citado TUO, señala respecto a la calificación de los títulos ingresados al registro, dispone *«[e]l Registrador y el Tribunal*

4 Artículo 31.- Definición

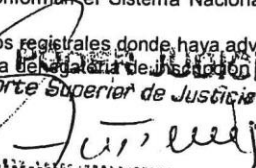
La calificación registral es la evaluación integral de los títulos presentados al registro que tiene por objeto determinar la procedencia de su inscripción. Está a cargo del Registrador y Tribunal Registral, en primera y en segunda instancia respectivamente, quienes actúan de manera independiente, personal e indelegable, en los términos y con los límites establecidos en este Reglamento y en las demás normas registrales.

En el marco de la calificación registral, el Registrador y el Tribunal Registral propiciarán y facilitarán las inscripciones de los títulos ingresados al registro.

5 Artículo 32.- Alcances de la calificación

El Registrador y el Tribunal Registral, en sus respectivas instancias, al calificar y evaluar los títulos ingresados para su inscripción, deberán:

- a) Confrontar la adecuación de los títulos con los asientos de inscripción de la partida registral en la que se habrá de practicar la inscripción, y, complementariamente, con los antecedentes registrales referidos a la misma, sin perjuicio de la legitimación de aquéllos. En caso de existir discrepancia en los datos de identificación del titular registral y del sujeto otorgante del acto, el Registrador, siempre que exista un convenio de interconexión vigente, deberá ingresar a la base de datos del RENIEC, a fin de verificar que se trata de la misma persona;
- b) Verificar la existencia de obstáculos que emanen de la partida en la que deberá practicarse la inscripción, así como de títulos pendientes relativos a la misma que puedan impedir temporal o definitivamente la inscripción.
- c) Verificar la validez y la naturaleza inscribible del acto o contrato, así como la formalidad del título en el que éste consta y la de los demás documentos presentados;
- d) Comprobar que el acto o derecho inscribible, así como los documentos que conforman el título, se ajustan a las disposiciones legales sobre la materia y cumplen los requisitos establecidos en dichas normas;
- e) Verificar la competencia del funcionario administrativo o Notario que autorice o certifique el título;
- f) Verificar la capacidad de los otorgantes por lo que resulte del título, de la partida registral vinculada al acto materia de inscripción y complementariamente de sus respectivos antecedentes; así como de las partidas del Registro Personal, Registro de Testamentos y Registro de Sucesiones Intestadas debiendo limitarse a la verificación de los actos que son objeto de inscripción en ellos;
- g) Verificar la representación invocada por los otorgantes por lo que resulte del título, de la partida registral vinculada al acto materia de inscripción, y de las partidas del Registro de Personas Jurídicas y del Registro de Mandatos y Poderes, si estuviera inscrita la representación, sólo en relación a los actos que son objeto de inscripción en dichos registros;
- h) Efectuar la búsqueda de los datos en los Índices y partidas registrales respectivos, a fin de no exigirle al usuario información con que cuenten los Registros que conforman el Sistema Nacional de los Registros Públicos;
- i) Rectificar de oficio o disponer la rectificación de los asientos registrales donde haya advertido la existencia de errores materiales o de concepto que pudieran generar la denegatoria de inscripción del título objeto de calificación.


 Corte Superior de Justicia de Lima
JUAN GUTÁLIDO GUTIÉRREZ VÁSQUEZ
 Especialista Legal
 Juzgado Especializado Contencioso Administrativo

119

Registral, en sus respectivas instancias, al **calificar** y evaluar los títulos ingresados para su inscripción, deberán:

a) **Confrontar la adecuación de los títulos con los asientos de inscripción de la partida registral** en la que se habrá de practicar la inscripción, y, complementariamente, con los antecedentes registrales referidos a la misma, sin perjuicio de la legitimación de aquéllos (...).

b) **Verificar la existencia de obstáculos que emanen de la partida en la que deberá practicarse la inscripción (...)**

c) **Verificar la validez y la naturaleza inscribible del acto o contrato, así como la formalidad del título en el que éste consta y la de los demás documentos presentados (...)**» (resaltado nuestro), entre otros alcances de calificación.

Ambos artículos establecen las competencias que tiene cada instancia registral en el ejercicio de sus funciones, es decir, básicamente, la calificación de los títulos que pretenden su ingreso al Registro.

ONCE:

Este Juzgado de la exposición del Peticionante, y de una lectura, preliminar, de la resolución administrativa materia de impugnación, pretendía una «**anotación preventiva**» de una resolución judicial de improcedencia de demanda en la partida registral del Inmueble, adjuntando como título de inscripción «(diversas, agregado por el juzgado) *copias legalizadas por notario público de resoluciones judiciales -entre ellas- una demanda sobre nulidad de acto jurídico interpuesta por Marta Felicia Díaz Vizcarra ...*».

Como se ha mencionado, líneas arriba, las inscripciones en el Registro, únicamente, proceden mediante la presentación de instrumentos públicos, en el presente caso, el Peticionante debió acompañar «*partes judiciales*»

El Registrador no podrá denegar la inscripción por inadecuación entre el título y el contenido de partidas registrales de otros registros, salvo lo dispuesto en los literales f) y g) que anteceden.

En los casos de resoluciones judiciales que contengan mandatos de inscripción o de anotaciones preventivas, el Registrador y el Tribunal Registral se sujetarán a lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 2011 del Código Civil.

"En los casos de instrumentos públicos notariales, la función de calificación no comprende la verificación del cumplimiento del notario de identificar a los comparecientes o intervinientes a través del sistema de comparación biométrica de las huellas dactilares, así como verificar las obligaciones del Gerente General o del Presidente previstas en la primera disposición complementaria y final del Decreto Supremo N° 006-2013-JUS."(*)

(*) Párrafo incorporado por el Artículo Primero de la Resolución N° 154-2013-SUNARP-SN, publicada el 04 julio 2013. (...)

Petricio
JUAN GUTALDO GUTIÉRREZ VÁSQUEZ
Especialista Legal
03º Juzgado Especializado Contencioso Administrativo

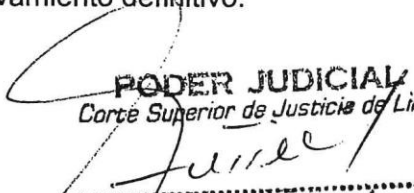
expedido por el órgano jurisdiccional a cargo del proceso judicial y que según afirma, fue tramitado ante el 37° Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, y no copias legalizadas notarialmente de resoluciones judiciales. Ante lo expuesto, indudablemente, la actuación de la administración estaría arreglada a ley.

DOCE:

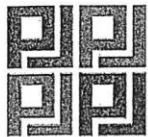
Este órgano jurisdiccional debe precisar, que no observa, preliminarmente, ninguna violación al principio de legalidad como tampoco al derecho de tutela procesal efectiva, máxime, si como ha afirmado el Peticionante, actualmente, el proceso judicial – donde, aparentemente, tendría algún interés- ante el 37° Juzgado Civil de Lima, fue rechazado lo cual evidenciaría ninguna afectación a algún derecho que podría ostentar sobre el Inmueble.

Este Juzgado no puede evidenciar alguna afectación al principio de legalidad, cabe indicar, los funcionarios públicos en su actuación deben actuar con apego a la Constitución y las leyes, y como lo ha observado el Juzgado, preliminarmente, el Registrador Público y el Tribunal Registral SUNARP, habrían actuado con arreglo a sus competencias.

En consecuencia, este Juzgado, de conformidad con los Arts. 611°, 617 y 637° del Código Procesal Civil **RECHAZAR** la medida cautelar solicitada; no existiendo la verosimilitud del derecho invocado, por tanto, no merece referirse al presupuesto de peligro en la demora. Y, consentido y/o ejecutoriada ordena su archivamiento definitivo.


PODER JUDICIAL
Corte Superior de Justicia de Lima

JUAN GUTALDO GUTIÉRREZ VÁSQUEZ
 Especialista Legal
 03° Juzgado Especializado Contencioso Administrativo

**MEDIDA CAUTELAR**

EXPEDIENTE : 00570-2019-83-1801-JR-CA-09
MATERIA : IMPUGNACIÓN DE ACTO ADMINISTRATIVO
ESPECIALISTA : GALVEZ RUIZ, CARLOS A.
AFECTADO : MUNICIPALIDAD METROPOLITANA DE LIMA
PETICIONANTE : AMERICA MOVIL PERU S.A.C.

RESOLUCIÓN N.º UNO

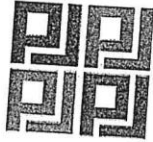
Lima, ocho de enero de dos mil veinte.-

AUTOS y VISTOS: Puesto a despacho, el ingreso del 30 de diciembre de 2019, conteniendo Solicitud Cautelar, se procede a emitir el pronunciamiento de Ley.

Considerandos:

1. La empresa recurrente solicita Medida Cautelar de No Innovar, a fin se suspenda los efectos de la Resolución Subgerencia de Autorizaciones Urbanas N° 2854-2018-MML-GDC de fecha 17 de diciembre de 2018, que declaró infundado el recurso de apelación contra la Resolución de Subgerencia N° 1661-2018-MML-GFC-SCS que declaró improcedente el recurso de reconsideración respecto de la Resolución de Sanción Administrativa N° 7446-2017-MML-GFC-SOF;
2. Acorde con el último párrafo del artículo 608¹ del Código Procesal Civil, concordado con el artículo 37 del Texto Único Ordenado de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo -Decreto Supremo N.º 011-2019-JUS-, la medida cautelar tiene por finalidad garantizar el cumplimiento de la decisión definitiva, siguiéndose las normas del Código Procesal Civil con las especificaciones de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo;
3. Conforme lo establece el artículo 39 del Texto Único Ordenado de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo, todo pedido de medida cautelar debe reunir los siguientes requisitos: *"La medida cautelar se dictará en la forma que fuera solicitada o en cualquier otra forma que se considere adecuada para lograr la eficacia de la decisión definitiva, siempre que de los fundamentos expuestos por el demandante: 1. Se considere verosímil el derecho invocado. Para tal efecto, se deberá ponderar la proporcionalidad entre la eventual afectación que causaría al interés público o a terceros la medida cautelar, y, el perjuicio que causa al recurrente la eficacia inmeditada de la actuación impugnada. 2. Se considere necesaria la emisión de una decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso, o por cualquier otra razón justificable (...). 3. Se estime que resulte adecuada para garantizar la eficacia de la pretensión"*; al respecto, el artículo 637 del Código Procesal Civil, en su primer párrafo precisa: *"La petición cautelar será concedida o rechazada sin conocimiento de la parte afectada, en atención a la prueba anexada al pedido. (...)"*;

¹ Artículo modificado por el Artículo Único de la Ley N.º 29803, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" con fecha 6 de noviembre de 2011.

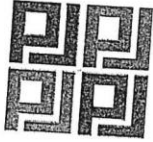


Respecto a la verosimilitud del derecho

4. La empresa peticionante como fundamentos de verosimilitud indica que, en el año 2006 envió comunicación al Ministerio de Transportes y Comunicaciones respecto a la instalación de su estación de Telecomunicaciones, año en que obtuvo del MTC la autorización pues la municipalidad emplazada no contaba con el procedimiento para su emisión y obtención; no obstante, ello, el 10 de diciembre de 2018, presentó el FUIIT quedando zanjado el tema de la autorización;
5. En doctrina se señala que, la comprobación de la existencia del derecho se haga en forma sumaria, sin dependerse del proceso principal, debiendo existir indicios de probabilidad. La fundamentación de la pretensión cautelar (requisito de la solicitud precautoria previsto en el art. 610 -inc.- 1)- del C.P.C.) implica la exposición de los argumentos que causen convicción al Juez respecto del **fumus boni iuris** o verosimilitud del derecho invocado (que sustenta la pretensión principal), respeto de la necesidad de la decisión preventiva por la existencia del periculum in mora u otra razón justificable y respecto de la razonabilidad de la medida precautoria para garantizar la eficacia de la pretensión²;
6. De este modo, el solicitante de una medida cautelar, debe cumplir con exponer sus argumentos en el escrito cautelar, así como precisar cuál es la prueba anexada que a esta altura del proceso permita apreciar la verosimilitud o apariencia del derecho invocado, es decir, la probabilidad razonable de que el derecho invocado le corresponde y, que en la futura sentencia, puede serle reconocido. Siendo que, en doctrina se señala que, la comprobación de la existencia del derecho se haga en forma sumaria, sin dependerse del proceso principal, debiendo existir indicios de probabilidad;
7. Por Resolución de Sanción Administrativa N° 07446-2017-MML-GFC-SOF del 11 de diciembre de 2017, se sancionó a la empresa recurrente por "instalar infraestructura de telecomunicaciones sin contar con la autorización de la entidad competente" en Av. Materiales N° 2727-2731, con multa de S/ 101,250.00 y la medida complementaria de Demolición; siendo que, por la Resolución Gerencial debatida N° 2854-2018-MML-GDC³ se declaró infundado el recurso de apelación contra la Resolución de Subgerencia N° 1661-2018-MML-GFC-SCS la cual que declaró infundado el recurso de reconsideración formulado contra la mencionada Resolución de Sanción Administrativa N° 7446-2017-MML-GFC-SOF;
8. En cuanto a la determinación de la infracción, se aprecia del Acta de Fiscalización Municipal N° 008847-2017 la inspección del **28 de noviembre de 2017** en Av. Materiales N° 2727-2731 en Cercado de Lima, advirtiéndose la instalación de infraestructura de telecomunicaciones por parte de la empresa accionante, siendo recién con fecha **10 de diciembre de 2018** que la parte

² Alberto Hinostroza Mínguez "Derecho Procesal Civil Tomo X Proceso Cautelar", Jurista Editores, Lima - Perú, Setiembre 2011, página 84.

³ Se aprecia error material de la empresa recurrente en cuanto a la denominación exacta de la resolución estando a los anexos aportados y al contenido de la demanda.

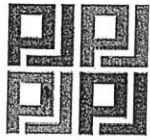


recurrente presentó su Formulario Único de Instalación de Infraestructura de Telecomunicaciones, por ello, la determinación de la infracción el **11 de diciembre de 2017** por parte de la Resolución de Sanción Administrativa N° 07446-2017-MML-GFC-SOF es correcta por carecerse de autorización a dicha fecha, en donde a estas alturas del proceso no se aprecia que la presentación del FUIIT tuviera efectos retroactivos, asimismo, no se acredita base legal para considerar que el año 2006 el Ministerio de Transportes y Comunicaciones ostentase competencia para la emisión de Autorizaciones de Instalación, máxime documento con dicho tenor no ha sido aportado;

9. Sin embargo, en relación a la sanción pecuniaria, de forma clara se aprecia que la empresa peticionante fue sancionada "*Por instalar infraestructura de telecomunicaciones sin contar con la autorización de la entidad competente*", con una multa ascendente a 25 UIT, empero, el artículo 231-A de la Ley del Procedimiento Administrativo General en su literal a) dispone que, en caso de infracciones por el incumplimiento de trámites, licencias, permisos y autorizaciones o similares por servicios públicos u obras públicas la cuantía de la sanción no podrá exceder de 1% de valor de la obra o proyecto o el 100% del monto de la tasa aplicable por derecho de trámite;
10. De este modo, existe verosimilitud en cuanto se transgrediera normas legales, pues, en el presente caso, la municipalidad emplazada, al momento de imponer la sanción pecuniaria "*Por instalar infraestructura de telecomunicaciones sin contar con la autorización de la entidad competente*", no ha tenido en consideración lo dispuesto en el numeral a) del artículo 231-A de la Ley del Procedimiento Administrativo General, asimismo, con la presentación del FUIIT la infraestructura habría sido regularizada por lo que no procedería su posterior demolición;

Respecto a la necesidad de la medida

11. El numeral 2 del artículo 39 del Texto Único Ordenado de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo, señala que además de la verosimilitud del derecho invocado, la necesidad de la medida es un requisito para otorgar una medida cautelar;
12. En ese sentido, debe determinarse si en el presente caso es necesario el otorgamiento de una medida cautelar para eliminar el riesgo o el peligro que puedan impedir la materialización de la decisión final que se adopte en el proceso. En tal sentido, el Juzgador espera que, para la procedencia de la pretensión cautelar, no solamente se acredite que el derecho al que se ampara el accionante sea reconocido en una futura sentencia (verosimilitud de derecho), sino, que *también se acredite la existencia o concurrencia de elementos o circunstancias que generen la posibilidad de que la sentencia no pueda ser cumplida por la demanda o ejecutada, en vista de que se cierne un peligro real sobre ella;*
13. Ante lo dicho, se tiene en cuenta que, por el principio de ejecutividad del acto, un acto administrativo se considera válido mientras que no sea declarado nulo sea en la vía administrativa o en la vía judicial, en las resoluciones



cuestionadas afectarían económicamente a la empresa recurrente, por cobrarse una multa -considerada contraria al numeral a) del artículo 231-A de la Ley del Procedimiento Administrativo General, que luego debería ser devuelta por sentencia con posibilidad de ser estimatoria, así como la afectación a los usuarios del servicio público de telecomunicaciones por el desmontaje de infraestructura, siendo así el extremo del peligro en la demora queda acreditado;

Razonabilidad y Adecuación de la Medida Cautelar

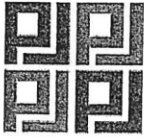
14. La Medida Cautelar de suspender los efectos de la Resolución Gerencial debatida N° 2854-2018-MML-GDC que declaró infundado el recurso de apelación contra la Resolución de Subgerencia N° 1661-2018-MML-GFC-SCS la cual que declaró infundado el recurso de reconsideración formulado contra la Resolución de Sanción Administrativa N° 7446-2017-MML-GFC-SOF, puede entenderse como una decisión precautoria que tiende a preservar determinada situación de hecho o de derecho, impidiendo su alteración durante el curso del proceso principal;
15. En consecuencia, se considera que la medida cautelar de suspender la Resolución Gerencial debatida N° 2854-2018-MML-GDC que declaró infundado el recurso de apelación contra la Resolución de Subgerencia N° 1661-2018-MML-GFC-SCS la cual que declaró infundado el recurso de reconsideración formulado contra la mencionada Resolución de Sanción Administrativa N° 7446-2017-MML-GFC-SOF, es idónea para cautelar la eventual decisión final favorable que se pudiera adoptar en el proceso principal, asimismo, la medida no se aprecia pueda poner en riesgo, la integridad y salud de las personas, y protege el goce en mayor calidad del servicio público de telecomunicaciones;

Contracautela

16. Acorde al artículo 613 del Código Procesal Civil, la contracautela tiene por objeto asegurar al afectado con una medida cautelar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda causar su ejecución;
17. En ejercicio de la facultad que contempla el artículo 613 del Código Procesal Civil, a mérito del estudio sumario que el Proceso Cautelar requiere, en calidad de contracautela se fija una Contracautela constituida por Caucción Juratoria por la suma de Cincuenta Mil Soles (S/ 50,000.00), sin perjuicio que de contarse posteriormente con mayores elementos se proceda a nueva graduación, modificación o cambio de la misma;

Cabe precisar que, la comprobación sumaria que se realiza en un proceso cautelar de modo alguno impide que en el proceso principal se valore con mayor rigurosidad lo que indique el expediente administrativo generado y se confronten las alegaciones de la parte demandada;

De lo anteriormente expuesto se advierte que confluyen los presupuestos considerados en la norma para conceder medida cautelar a favor del solicitante, de



conformidad con lo señalado en el artículo 637 del Código Procesal Civil, en consecuencia:

SE RESUELVE:

- A. CONCEDER MEDIDA CAUTELAR DE NO INNOVAR** a favor de **AMERICA MOVIL PERU S.A.C.**, por lo que, se suspende los efectos de la Resolución Gerencial N° 2854-2018-MML-GDC, de la Resolución de Subgerencia N° 1661-2018-MML-GFC-SCS y de la Resolución de Sanción Administrativa N° 7446-2017-MML-GFC-SOF, éstas últimas confirmadas por la resolución gerencial mencionada;
- B. Se FIJA** como **CONTRACUATELA** una **CAUCIÓN JURATORIA** por la suma de Cincuenta Mil Soles (S/ 50,000.00);
- C. Se REQUIERE** a **AMERICA MOVIL PERU S.A.C.** la presentación de **CAUCIÓN JURATORIA** por la suma de Cincuenta Mil Soles (S/ 50,000.00), con firma legalizada por el Secretario Judicial competente del Centro de Distribución General -CDG-;
- D. SUSPENDIDA** la ejecución de la medida cautelar concedida, hasta que el juzgado evalúe de forma favorable la requerida caución juratoria cuando sea presentada;
- E. COMUNICAR** lo actuado **SÓLO** al peticionante.

NOTIFIQUESE.-

Anexo 7

Notificaciones Electrónicas SINOE
SEDE ALZAMORA VALDEZ
Juez: BONILLA CAVERO Susana FAJ 20139981216 spt
Fecha: 14/12/2018 15:30:13 Razón: RESOLUCION JUDICIAL
LIMA / LIMA, FIRMA DIGITAL
PODER JUDIC DEL PERU

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
DÉCIMO QUINTO JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

PODER JUDIC DEL PERU
Corte Superior de Justicia
SINOE
SEDE ALZAMORA VALDEZ
JUEZ: BONILLA CAVERO SUSANA FAJ 20139981216 SPT
FECHA: 14/12/2018 15:30:13 RAZÓN: RESOLUCION JUDICIAL
LIMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

EXPEDIENTE : 6817-2018-95-1801-JR-CA-15°
MATERIA : NULIDAD DE ACTO ADMINISTRATIVO
CUADERNO : MEDIDA CAUTELAR
SOLICITANTE : CUADROS DE LA CRUZ HECTOR ALBERTO

2 ced
9 ced
17-12

Resolución Número: DOS
Lima, catorce de diciembre de dos mil dieciocho.-

adjuntan; y, **AUTO:** con las tasas judiciales que se

ATENDIENDO:

Pedido Cautelar.

1. **CUADROS DE LA CRUZ HECTOR ALBERTO** (en adelante, la parte solicitante), peticiona que esta judicatura dicte medida cautelar de no innovar, consistente en conservar la situación de hecho y de derecho existente al momento de interponer la demanda, esto es, que no se ejecute la Resolución de Sanción N° 17605601388806 de fecha 27 de marzo de 2017 y la Resolución de Gerencia Central de Normativa N° 179-158-00249317 de fecha 09 de febrero de 2018.

Sobre las medidas cautelares.

2. Conforme a lo dispuesto en el artículo 38° del Texto Único Ordenado de la Ley 27584¹ - Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo: "La medida cautelar podrá ser dictada antes de iniciado un proceso o dentro de éste, siempre que se destine a asegurar la eficacia de la decisión definitiva. Para tal efecto, se seguirán las normas del Código Procesal Civil con las especificaciones establecidas en esta Ley".

3. El artículo 39° del aludido Texto Único Ordenado, señala: "La medida cautelar se dictará en la forma que fuera solicitada o en cualquier otra forma que se considere adecuada para lograr la eficacia de la decisión definitiva, siempre que de los fundamentos expuestos por el demandante:

- (1) Se considere verosímil el derecho invocado. Para tal efecto, se deberá ponderar la proporcionalidad entre la eventual afectación que causaría al interés público o a terceros la medida cautelar y, el perjuicio que causa al recurrente la eficacia inmediata de la actuación impugnada;
- (2) Se considere necesaria la emisión de una decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso, o por cualquier otra razón justificable. No es exigible este requisito cuando se trate de pretensiones relacionadas con el contenido esencial del derecho a la pensión;
- (3) Se estime que resulte adecuada para garantizar la eficacia de la pretensión.

4. Conforme a lo precisado por el artículo 687° del Código Procesal Civil, ante la inminencia de un perjuicio irreparable, puede el Juez dictar medidas destinadas a

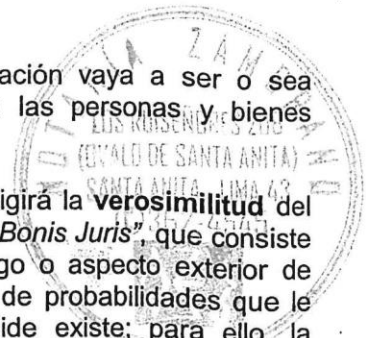
¹ Texto Único Ordenado de la Ley 27584, fue aprobado mediante Decreto Supremo N° 018-2008-JUS, publicado en el diario oficial El Peruano el día 29 de agosto de 2008.

SUSANA BONILLA CAVERO
JUEZ
15° Juzgado Contencioso Administrativo de Lima
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

ENRIQUE E. MENDOZA HUAMAN
ESPECIALISTA LEGAL
15° Juzgado Contencioso Administrativo
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

80

conservar la situación de hecho o de derecho cuya situación vaya a ser o sea invocada en la demanda y, se encuentra en relación a las personas y bienes comprendidos en el proceso.



- 5. Siendo así, para la expedición de la medida cautelar se exigirá la **verosimilitud** del derecho invocado, que en doctrina se conoce como "*Fumus Bonis Juris*", que consiste en verificar si lo solicitado por el recurrente, tiene un rasgo o aspecto exterior de verdadero, para lo cual el Juez se sustenta en un cálculo de probabilidades que le permiten persuadirse que el derecho cuya cautela se pide existe; para ello, la apariencia del derecho puede ser apreciada por el Juzgador, a través de dos momentos: sea al valorar la eficacia de la prueba que se acompaña a la petición de medida cautelar o a la demanda que la enmarca, o, cuando encontrando insuficiente la prueba recaudada a estos, revisa la prueba adicional presentada en el transcurso del proceso.
- 6. Otro presupuesto concurrente para la concesión de la medida cautelar, lo constituye el **peligro en la demora**, o "*periculum in mora*", que consiste en la expresión de la existencia de un peligro cierto e inminente, resultando necesaria la expedición de un remedio inmediato o una decisión preventiva para evitarlo, en razón que si éste demorase se transformaría en un daño efectivo o se agravaría el ya ocurrido o tornase en inejecutable la sentencia expedida en autos, idea de peligro que surge debido a la posible demora en la obtención del fallo definitivo o mientras éste sea revisado por el Superior Jerárquico en caso de ser apelada la sentencia en un proceso determinado.
- 7. Por último, también constituye un presupuesto la **adecuación de la medida cautelar**, esto es, que la medida sea adecuada para garantizar la eficacia de la pretensión, lo que exige una correspondencia razonable entre el derecho que se pretende restablecer y la medida cautelar solicitada, debiendo atender al límite de irreversibilidad de la misma.

Argumentos de la solicitud cautelar.

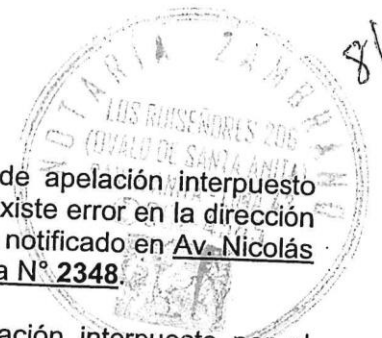
- 8. En esta línea, en cuanto a la **verosimilitud** del derecho, es preciso acotar que conforme se desprende de la solicitud cautelar, y de las resoluciones administrativas expedidas, la parte solicitante pretende que se deje sin efecto, hasta que se resuelva en definitiva el proceso, la Resolución de Sanción N° 17605601388806 y la Resolución de Gerencia Central de Normativa N° 179-158-00249317. Para estos efectos, la parte solicitante alega que no ha sido debidamente notificada con la resolución de sanción, lo que afecta su derecho a la defensa.
- 9. Al respecto cabe referir que como se advierte de los autos principales, si bien el SAT ha remitido copias del expediente administrativo, éste se encuentra incompleto, por lo que por Resolución N° 04, se ha requerido a la entidad emplazada que adjunte copia del cargo de notificación de la resolución de sanción. En este contexto, se resolverá con los actuados adjuntados a la solicitud cautelar.
- 10. Según se desprende de la Resolución de Sanción N° 17605601388806, de fecha 27 de marzo de 2017, la dirección donde se le habría notificado al demandante es la signada en Av. Nicolás Arriola N° 2342 San Luis; sin embargo, de la copia de la licencia de conducir del demandante se desprende que señaló como domicilio Av. Nicolás Arriola N° 2348 Urb. San Luis. En la copia de su documento de identidad precisa como domicilio Calle 2. Urb. La Pólvara Mz I Lt. 18, la Victoria. Por último, en la Papeleta de Infracción N° 11877732, que diera mérito a la expedición de la resolución de sanción, también figura como domicilio Av. Nicolás Arriola N° 2348 Urb. San Luis.

PODER JUDICIAL

SUSANA BONILLA CAVERO
JUEZ
15º Juzgado Contencioso Administrativo de Lima
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

PODER JUDICIAL

ENRIQUE E. MENDOZA HUAMAN
ESPECIALISTA LEGAL
15º Juzgado Contencioso Administrativo
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
a la Vuelta



11. Ahora bien, la parte solicitante ha alegado en su escrito de apelación interpuesto contra la Resolución de Sanción N° 17605601388806, que existe error en la dirección consignada en la citada resolución de sanción, pues se le ha notificado en Av. Nicolás Arriola N° 2342 cuando debió notificarse en Av. Nicolás Arriola N° 2348.
12. Sin embargo, al momento de resolver el recurso de apelación interpuesto por el solicitante contra la Resolución de Sanción N° 176 05601388806, la Administración se habría limitado a expresar lo siguiente:

"Que de acuerdo a los considerandos expuestos en su recurso de apelación, en razón a que la Resolución de Sanción N° 17605601388 806 se notificó a una dirección errónea, se hizo un requerimiento a la Gerencia de Gestión de Cobranza, la cual a través del Área de Notificaciones, nos señalaron que el cargo de notificación N° 280-084-24092248 cumple con los requisitos mínimos válidos, habiéndose notificado a la dirección correcta." (Énfasis es nuestro).
13. De la sola lectura del párrafo precedente, se evidenciaría que el SAT habría incurrido en motivación deficiente, pues no habría expresado argumento alguno que justifique la notificación efectuada en Av. Nicolás Arriola N° 2342 cuando supuestamente se debería notificar en Av. Nicolás Arriola N° 2348, lo que acarrearía afectación al derecho a la defensa de la parte solicitante así como al debido procedimiento administrativo.
14. Cabe referir que respecto al derecho al debido proceso, reconocido en el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución, dicho atributo fundamental forma parte del "modelo constitucional del proceso", cuyas garantías mínimas deben ser respetadas para que el proceso pueda considerarse debido. En ese sentido, la exigencia de su efectivo respeto no sólo tiene que ver con la necesidad de garantizar a todo justiciable determinadas garantías mínimas cuando este participa en un proceso judicial, sino también con la propia validez de la configuración del proceso, cualquiera que sea la materia que en su seno se pueda dirimir, como puede ser la actividad que se desarrolla al interior de un procedimiento administrativo. De esta forma, el debido proceso no solo es un derecho de connotación procesal que se traduce, como antes se ha dicho, en el respeto de determinados atributos, sino también una institución compleja que desborda el ámbito meramente jurisdiccional.

Siendo así, el debido proceso implica el respeto, dentro de todo proceso, de los derechos y garantías mínimas con que debe contar todo justiciable para que una causa pueda tramitarse y resolverse en justicia². El debido proceso tiene, a su vez, dos expresiones: una formal y otra sustantiva; en la de carácter formal, los principios y reglas que lo integran tienen que ver con las formalidades estatuidas, tales como las que establecen el juez natural, el procedimiento preestablecido, el derecho de defensa, la motivación; en su faz sustantiva, se relaciona con los estándares de justicia como son la razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer³.

En efecto, el debido proceso está concebido como el cumplimiento de todas las garantías, requisitos y normas de orden público que deben observarse en las instancias procesales de todos los procedimientos, incluidos los administrativos, a fin que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos.

² Fundamento 3 de la Sentencia recaída en el expediente N° 0200-2002-AA/TC, expedida por el Tribunal Constitucional.
³ Fundamento 6 de la Sentencia recaída en el expediente N° 8125-2005-PHC/TC, expedida por el Tribunal Constitucional.

.....
SUSANA BONILLA CAVERO
 JUEZ
 15° Juzgado Contencioso Administrativo de Lima
 CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

.....
ENRIQUE E. BERRAZA HUAMAN
 ESPECIALISTA LEGAL
 15° Juzgado Contencioso Administrativo
 a la VICECORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

Legalización
 a la VICECORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

Vale decir que cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea éste administrativo – como en el caso de autos –, o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal⁴. *(Resaltado y subrayado es nuestro)*. 82

15. Que en ese contexto, uno de los contenidos del derecho al debido proceso es el derecho de obtener de los órganos judiciales u administrativos una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en cualquier clase de procesos. La exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas en proporción a los términos del inciso 5 del artículo 139 de la Norma Fundamental, garantiza que los órganos encargados de adoptar decisiones, cualquiera sea la instancia a la que pertenezcan, expresen el proceso mental que los ha llevado a decidir una controversia asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la Constitución y a la ley.
16. Asimismo, debe traerse a colación lo dispuesto en el artículo IV inciso 1.2 del Título Preliminar y el numeral 4 del artículo 3° de la Ley y N° 27444 - Ley de Procedimiento Administrativo General que señala que, *los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, por tanto tienen el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y obtener una decisión motivada y fundada en derecho, por lo que el acto administrativo debe de estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.*
17. Siendo así, se observa en estricto que la medida cautelar peticionada debe ser amparada, pues de los argumentos expuestos y los medios probatorios presentados, se observa que estos no habrían sido merituados por la Administración, lo que causaría indefensión al administrado, pues es facultad de éste presentar medios probatorios que sustenten su alegación o pedido y es obligación de la Administración valorar los medios probatorios idóneos presentados en forma oportuna a fin de verificar la verdad material de los hechos. Esto es, es un derecho consagrado del administrado de que se emita una decisión sobre la base de lo probado en el procedimiento y se expresen las razones debidamente fundamentadas que sustentan la decisión a adoptarse.
18. Es preciso anotar, además, que el **artículo 39° del TUO de la Ley 27584**, establece que la medida cautelar será dictada en la forma que fuera solicitada, para lograr la eficacia de la decisión definitiva, siempre que de los fundamentos expuestos por el demandante: *"1. Se considere verosímil el derecho invocado. Para tal efecto, se deberá ponderar la proporcionalidad ente la eventual afectación que causaría al interés público o a terceros la medida cautelar y, el perjuicio que causa al recurrente la eficacia inmediata de la actuación impugnada"*. De acuerdo a lo expresado, se advertiría con suma claridad que la ponderación a que se refiere la normativa se encuentra implícitamente en el presupuesto de la verosimilitud, y que no constituye un presupuesto adicional de lo contemplado en la normativa especial. De acuerdo a ello, si bien esta Judicatura ha explicado las razones por las cuales considera se debe conceder la presente medida asegurativa, y por ende, ordenarse la suspensión de las resoluciones materia de cuestionamiento en el presente proceso; también es cierto, que esta Judicatura habría advertido que la Administración habría actuado arbitrariamente al no seguir un procedimiento irregular, pese a que el administrado expresamente señaló al sustentar su apelación el defecto en la notificación. A ello debe agregarse, lo señalado por Ariano Deho⁵ *"Conceder (...) tutela cautelar no*

⁴ Fundamento 24 de la Sentencia recaída en el expediente N° 00090-2004-AA/TC, expedida por el Tribunal Constitucional.

⁵ ARIANO DEHO, Eugenia, Estudios sobre la Tutela Cautelar. Gaceta Jurídica. Lima. Mayo 2014.

SUSANA BONILLA CAVERO
JUEZ
1º Juzgado Contencioso Administrativo de Lima

Legahzacion
a la Vuelta

83

implica, bajo ningún ángulo, que el Juez esté adelantando el sentido que tendrá la decisión sobre el fondo en cuanto con ello el Juez no la juzga ni mucho menos la "prejuzga". El que se exija que el juez considere verosímil la existencia de la situación jurídica sustancial a tutelar cautelarmente cumple únicamente la función de evitar que se conceda una tutela que puede provocar, en la mayoría de supuestos (...), efectos perjudiciales en el sujeto que deberá sufrir sus consecuencias, frente a una demanda temeraria o en todo caso priva de cualquier fundamento", reforzando así que en todo momento se debe tutelar no sólo la solicitud del sujeto que alude perjuicio sino también de la contraparte quien sufrirá indefectiblemente la consecuencia jurídica de la decisión provisional adoptada, la misma que deberá estar acorde al ordenamiento jurídico a fin de no causar un mayor perjuicio que la misma consecuencia jurídica de producirse en caso la demandada sea amparada.

19. Por los argumentos expuestos precedentemente, se desprende que la medida cautelar interpuesta satisface el requisito de la verosimilitud del derecho que se invoca, que consiste, como ya se ha referido, en verificar si lo solicitado por la parte solicitante, tiene un rasgo o aspecto exterior de verdadero, para lo cual el Juez se sustenta en un cálculo de probabilidades que le permiten persuadirse que el derecho cuya cautela se pide existe. Asimismo, no se advierte que exista afectación al interés público o a terceros por el hecho de concederse la medida cautelar, dado que existe verosimilitud del derecho invocado, evidenciándose más bien el perjuicio que causaría al peticionante de la medida cautelar si se mantienen los efectos de la resolución administrativa.
20. En cuanto al requisito de la **adecuación** de la medida, tenemos que se solicita una medida cautelar de no innovar, lo que guarda correspondencia con el derecho que se pretende restablecer esto es, la suspensión de los efectos de la resolución administrativa materia de cuestionamiento.
21. De otro lado, estando a las circunstancias objetivas que rodean el presente caso y atendiendo al período de tiempo que puede durar el lapso de la sustanciación de la presente causa hasta su conclusión con la sentencia⁶, la tutela cautelar solicitada debe ser amparada a fin de evitar futuras consecuencias irreparables para la solicitante en caso de declararse fundada su demanda, por lo que el **peligro en la demora** se encuentra plenamente acreditado, máxime si la peticionante ha adjuntado medios probatorios suficientes tendientes a acreditar la necesidad de que se dicte tutela provisoria. De otro lado, cabe precisar además, que el artículo 39° del TUO de la Ley 27584, establece que: "La medida cautelar se dictará en la forma que fuera solicitada o en cualquier otra forma que se considere adecuada para lograr la eficacia de la decisión definitiva, siempre que de los fundamentos expuestos por el demandante: (...)2. Se considere necesaria la emisión de una decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso, o por cualquier otra razón justificable (...)". A partir de la premisa anterior, se infiere que no todo proceso de fondo requerirá la emisión de una medida cautelar, sino quizá sólo aquellos donde objetivamente esté en riesgo la efectividad misma de la tutela, cuyo riesgo ha sido provocado por la inevitable duración del proceso, siendo que en muchos casos hasta la emisión del pronunciamiento sobre el fondo habrá un peligro inminente u concretizado. En tal sentido, existe un criterio de discrecionalidad justificado en la norma, puesto que no sólo cuando exista peligro en la demora deberá ser concedida la solicitud, sino además frente a la existencia de cualquier otra razón atípica e indeterminada, el Juez podrá dictar una medida en concreto de acuerdo al caso sub litiis; sin embargo, el

⁶ Máxime si como es de conocimiento público la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante Resolución Administrativa N° 418-2014-P-CO-JL/PJ, de fecha 19 de diciembre de 2014, ha sido declarada en emergencia por, entre cosas, falta de material logístico y de personal, lo que dificulta que se puedan realizar los procesos en los plazos establecidos en las normas pertinentes.

SUSANA BONILLA CAVERO
JUEZ
15° Juzgado Contencioso Administrativo de Lima
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

ENRIQUE E. BERTOLAZA HUAMAN
ESPECIALISTA LEGAL
15° Juzgado Contencioso Administrativo
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
Legal
a la Vuelta

supuesto por excelencia radica en la situación sustancial de duración del proceso de fondo el que por lo general conlleva al dictado de una medida provisional, en base al tiempo de duración que resultará perjudicial para cautelar el interés del administrado.

22. Asimismo, se advierte que el recurrente no ha ofrecido **contracautela**, porque considera que al no ser apreciable en dinero no debe ofrecer contracautela. Al respecto cabe precisar que conforme se señala en el artículo 613° del Código Procesal Civil, la contracautela tiene por objeto asegurar al afectado con una medida cautelar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda causar su ejecución, por ende no, necesariamente, está supeditado a la naturaleza cuantificable o no de la pretensión formulada en la demanda. Siendo así, atendiendo a la naturaleza de la controversia y a la verosimilitud apreciada, así como a lo previsto en el penúltimo párrafo del artículo 39° de la Ley 27584, esta Jurisdicción considera que la caución juratoria resulta idónea para garantizar el resarcimiento que pudiera corresponder, esto es, resulta proporcional y eficaz, dado el carácter del procedimiento y las irregularidades que se habrían advertido en el mismo, y que se reflejan en los argumentos vertidos en la presente resolución respecto de la supuesta arbitrariedad incurrida por la administración. En consecuencia, estando a lo expuesto, a fin de asegurar el resarcimiento de los daños y perjuicios que puedan acarrear con la ejecución de la presente medida cautelar, debe fijarse la contracautela correspondiente.

Por estos fundamentos,

SE RESUELVE:

- 1.-**CONCEDER MEDIDA CAUTELAR INNOVATIVA A FAVOR DE CUADROS DE LA CRUZ HECTOR ALBERTO**; en consecuencia: se dispone, **CONSERVAR** la situación de hecho existente al momento de interponer la demanda; por lo que se ordena la **SUSPENSION TEMPORAL** de la Resolución de Sanción N° 17605601388806 y la Resolución de Gerencia Central de Normativa N° 179- 158-00249317.
- 2.-**FÍJESE** por concepto de **CONTRACAUTELA** en la modalidad de caución juratoria, la suma de S/5,000.00 Nuevos Soles, por los probables perjuicios que pudiera causar la ejecución de la presente medida cautelar.
- 3.-**NOTIFÍQUESE** la presente resolución a la parte demandada para su cumplimiento.-

PODER JUDICIAL

SUSANA BONILLA CAVERO
JUEZ
15° Juzgado Contencioso Administrativo de Lima
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

PODER JUDICIAL

ENRIQUE E. ARDOZA HUAMAN
ESPECIALISTA LEGAL
15° Juzgado Contencioso Administrativo
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

Legalización
a la Vuelta



Anexo 8

Notificaciones Electronicas SINOE
SEDE RIMAC-SALAS Y JUZGADOS
Juez: MONTOYA MUÑOZ JUAN CARLOS
Fecha: 06/07/2018 12:22:11 Razón: RESOLUCION JUDICIAL D. Judic
LIMA / LIMA, FIRMA DIGITAL



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
PRIMER JUZGADO PERMANENTE ESPECIALIZADO EN LO

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Av. Nicolas de Piérola N° 677 7no piso - Lima, Edificio "César A. Mansilla Novella"

260
259

DE JUSTICIA
Notificaciones
Servicio Digital
Poder Judicial del Perú
LIMA

PEDIENTE : 06275-2018-1-1801-JR-CA-01
MANDANTE : DESARROLLOS TERRESTRES PERU S.A.
MANDADO : MUNICIPALIDAD METROPOLITRANA DE LIMA
TERIA : NULIDAD DE RESOLUCIÓN O ACTO ADMINISTRATIVO

AUTO DE INADMISIBILIDAD

12 JUL.

RESOLUCIÓN NÚMERO: UNO

Lima, seis de julio del dos mil dieciocho.-

C. Elect.
 C. Físico

DANDO CUENTA: Al escrito de fecha veinte de junio del año en curso: Téngase presente lo expuesto en lo que fuere de ley; Al escrito de fecha siete de junio del año en curso: *Al principal:* Téngase por anexado el arancel judicial por concepto de presentación de medida cautelar, por señalado como domicilio procesal la casilla N° 276 de la Central de Notificaciones del Poder Judicial y por señalada la Casilla Electrónica N° 3751, *Al primer otrosí:* Téngase presente; *Al segundo otrosí:* Téngase por otorgadas las facultades de representación al letrado que se indica; *Al tercer otrosí.*- Téngase presente, con las restricciones de ley; **AUTOS Y VISTOS;** y Atendiendo:

PRIMERO: Para conceder medida cautelar en el proceso contencioso administrativo, la petición cautelar debe reunir los requisitos de forma y fondo previstos en el artículo 39° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584, Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo, modificado por el D. Leg. N° 1067, en concordancia con los requisitos contemplados en el artículo 610° y demás artículos del Código Procesal Civil, a los que se adicionan los requisitos generales establecidos en los artículos 424° y 425° del indicado ordenamiento pro cesal.

SEGUNDO: En el caso de autos, se advierte que mediante escrito de fecha 07 de junio de 2018, **DESARROLLOS TERRESTRES PERU S.A.** solicita Medida Cautelar fuera del proceso contra la Municipalidad Metropolitana de Lima, en los siguientes términos:

Como Primera Pretensión Cautelar: Se le conceda una medida cautelar de no innovar para que se disponga la suspensión de los efectos de la Resolución de Subgerencia de Autorizaciones Urbanas N° 750-2018 de fecha 27 de abril de 2018, que declaró nula la autorización otorgada a su empresa para la instalación de una estación de radiocomunicación en la Av. Vía de Evitamiento.

JUAN CARLOS MONTOYA MUÑOZ
JUEZ TITULAR
Primer Juzgado Especializado en lo Contencioso Administrativo
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

FLOR DE MARIA RAMIREZ CHONG
ESPECIALISTA LEGAL
1º Juzgado Especializado en lo
Contencioso Administrativo
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
PRIMER JUZGADO PERMANENTE ESPECIALIZADO EN LO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Av. Nicolas de Piérola N° 677 7mo piso - Lima, Edificio "César A. Mansilla Novella"

TERCERO: De conformidad con el artículo 38° del Decreto Supremo N° 013-2008-JUS, que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584, Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo, modificado por el D. Leg. N° 1067, la **medida cautelar podrá ser dictada antes de iniciado un proceso o dentro de éste, siempre que se destine a asegurar la eficacia de la decisión definitiva.** Para tal efecto, se seguirán las normas del Código Procesal Civil con las especificaciones establecidas en esta Ley"; en ese sentido, el artículo 608° del Código Procesal Civil dispone: "**El juez competente para dictar medidas cautelares es aquel que se encuentra habilitado para conocer de las pretensiones de la demanda.** El juez puede, a pedido de parte, dictar medida cautelar antes de iniciado el proceso o dentro de éste, salvo disposición distinta establecida en el presente Código. (...) **La medida cautelar tiene por finalidad garantizar el cumplimiento de la decisión definitiva.**" (Negrita y subrayado del Juzgado).

CUARTO: Siendo así, de la solicitud cautelar, se advierte que la empresa peticionante señala como pretensión de su futura demanda, que pretende como pretensión principal **la nulidad total de la Resolución de Subgerencia de Autorizaciones Urbanas N° 750-2018, de fecha 27 de abril de 2018, mediante la cual se resolvió declarar de oficio la nulidad de la autorización otorgada a DESARROLLOS TERRESTRES S.A. bajo el régimen del procedimiento de aprobación automática;** sin embargo, como es de verse, en el presente proceso cautelar pretende como pretensión cautelar se mantenga los efectos de la **Resolución de Subgerencia de Autorizaciones Urbanas N° 750-2018;** esto es, la resolución administrativa cuyos efectos pretende mantener defieren de la finalidad que se busca en un proceso cautelar, en este caso el suspender los efectos de la resolución impugnada y no mantenerlos; razón por la cual la solicitante **deberá expresar CLARAMENTE su pedido cautelar, teniendo en cuenta que esta debe ser congruente con la pretensión planteada en el proceso contencioso administrativo,** tanto más cuando la medida cautelar tiene por finalidad garantizar el cumplimiento de la decisión definitiva que recaerá en el proceso principal, conforme exige el artículo 608° del Código Procesal Civil. Asimismo tampoco se sustenta la inminencia del perjuicio irreparable, que es un requisito de la medida cautelar solicitada, a tenor de lo establecido por el artículo 687 del Código Procesal Civil.

PODER JUDICIAL

QUINTO: Por los fundamentos antes expuestos, se resuelve:

JUAN CARLOS MONTAÑA MUÑOZ
JUEZ TITULAR
Primer Juzgado Especializado en lo Contencioso Administrativo
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

PODER JUDICIAL

FLOR DE MARIA RAMIREZ CHIONG
ESPECIALISTA LEGAL
1º Juzgado Especializado en lo Contencioso Administrativo



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
PRIMER JUZGADO PERMANENTE ESPECIALIZADO EN LO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Av. Nicolas de Piérola N° 677 7mo piso - Lima, Edificio "César A. Mansilla Novella"

260

DECLARAR INADMISIBLE la solicitud cautelar y conceder el **plazo de tres días** a fin de que la empresa peticionante subsane las observaciones advertidas en la presente resolución, bajo apercibimiento de rechazo y disponer su archivo definitivo.- **Notifíquese.-**

JCMM/jmy

PODER JUDICIAL

.....
 JUAN CARLOS MONTOYA MUÑOZ
 JUEZ TITULAR
 Primer Juzgado Especializado en lo Contencioso Administrativo
 CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

PODER JUDICIAL

.....
 FLOR DE MARIA RAMIREZ CHONG
 ESPECIALISTA LEGAL
 1º Juzgado Especializado en lo
 Contencioso Administrativo
 CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
PRIMER JUZGADO PERMANENTE ESPECIALIZADO EN LO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Av. Nicolas de Piérola N° 677 7mo piso - Lima, Edificio "César A. Mansilla Novella"

208
267

...OR DE JUSTICIA de Notificaciones ...
 ...LAS Y ...
 ...REZ CHIMIC...
 ...servicio Digital...
 ...16/12/22:13, Razón...
 ...del: LIMA...
 ...STAL...

PEDIENTE : 06275-2018-1-1801-JR-CA-01
MANDANTE : DESARROLLOS TERRESTRES PERÚ S.A.
MANDADO : MUNICIPALIDAD METROPOLITANA DE LIMA
TERIA : NULIDAD DE RESOLUCIÓN O ACTO ADMINISTRATIVO

MEDIDA CAUTELAR

RESOLUCIÓN NÚMERO: DOS

Lima, veinticuatro de enero del dos mil diecinueve

DANDO CUENTA, en la fecha, por las recargadas labores jurisdiccionales y sobrecarga procesal del Juzgado y **al escrito de fecha diecisiete de julio del año en curso**: Téngase presente lo expuesto por la parte demandante, y procediendo a dar cuenta la solicitud cautelar; **AUTOS Y VISTOS**; y atendiendo:

PRIMERO: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 39° del Decreto Supremo N° 013-2008-JUS, que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584, Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, modificado por el D. Leg. N° 1067, concordante con el artículo 611° del Código Procesal Civil: "La medida cautelar se dictará en la forma que fuera solicitada o en cualquier otra forma que se considere adecuada para lograr la eficacia de la decisión definitiva, siempre que de los fundamentos expuestos por el demandante:

1. Se considere **verosímil el derecho invocado**. Para tal efecto, se deberá ponderar la proporcionalidad entre la eventual afectación que causaría al interés público o a terceros la medida cautelar y, el perjuicio que causa al recurrente la eficacia inmediata de la actuación impugnada.
2. Se considere necesaria la emisión de una decisión preventiva por constituir **peligro la demora del proceso**, o por cualquier otra razón justificable. No es exigible este requisito cuando se trate de pretensiones relacionadas con el contenido esencial del derecho a la pensión.
3. Se estime que **resulte adecuada para garantizar la eficacia de la pretensión**.

(...)
 Para la ejecución de la medida cautelar el demandante deberá ofrecer **contracautela** atendiendo a la naturaleza de la pretensión que se quiere asegurar.
PODER JUDICIAL
 JUAN CARLOS MONTOYA MUÑOZ
 JUEZ TITULAR
 Primer Juzgado Especializado en lo Contencioso Administrativo
 CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
PODER JUDICIAL
 FLOR DE MARIA RAMIREZ CHONG
 ESPECIALISTA LEGAL
 1º Juzgado Especializado en lo Contencioso Administrativo
 CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
PRIMER JUZGADO PERMANENTE ESPECIALIZADO EN LO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Av. Nicolas de Piérola N° 677 7mo piso – Lima, Edificio "César A. Mansilla Novella"

Tratándose de pretensiones contra actuaciones administrativas con contenido pecuniario, el Juez podrá requerir de una contracautela distinta a la caución juratoria.

SEGUNDO: En ese sentido, toda medida cautelar, para ser admitida debe reunir los requisitos exigidos para el otorgamiento de la misma; siendo el **primer requisito** a tener en cuenta, que exista **verosimilitud del derecho invocado**¹, o "**fumus bonis iuris**", es decir, debe existir la apariencia de un derecho verdadero, siendo necesario que el Juez este convencido del derecho que sustenta la pretensión del recurrente, **convicción que se forma sobre la base de los medios probatorios aportados**; en tal sentido no se le exige al juzgador un juicio de certeza, sino más bien un **juicio de probabilidad**² **en torno a los medios de prueba adjuntos a la petición provisional de cautela**; el **segundo requisito** consiste en demostrar **el peligro en la demora**, o "**periculum in mora**", es decir, que la medida debe obedecer a una situación que tenga carácter urgente, debido a un peligro actual, que su no atención conlleve a un daño irreparable; y el **tercer requisito**, **la adecuación**, que consiste en que la medida cautelar, que se solicita se ajuste a la naturaleza de la pretensión que se pretende garantizar.

TERCERO: Por su parte, el artículo 608° del Código Procesal Civil dispone: "(...) **La medida cautelar tiene por finalidad garantizar el cumplimiento de la decisión definitiva.**". A su vez, el artículo 40° de la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, prescribe: "**Son especialmente procedentes en el proceso contencioso administrativo las medidas cautelares de innovar y de no innovar.**".

CUARTO: Bajo ese contexto normativo, en el caso de autos, se advierte que mediante escrito de fecha 07 de junio de 2018, **DESARROLLOS TERRESTRES PERÚ S.A.** solicitó **Medida Cautelar de No Innovar fuera del proceso** contra la Municipalidad Metropolitana de Lima – MML, para que se disponga la suspensión de los efectos de la Resolución de Sub Gerencia de Autorizaciones Urbanas N° 750-2018 de fecha 27 de abril de 2018, que declaró nula la autorización otorgada a su empresa, para la

¹ Desde la Teoría general del proceso se establece que los presupuestos para la concesión de una medida cautelar están determinados para garantizar la efectiva tutela de una pretensión principal que tiene apariencia de encontrarse protegida por el Derecho (fumus bonis iuris), medida una medida idónea (adecuación), para evitar el peligro que puede significar la demora en la tramitación o vaciar de contenido final el respectivo proceso (periculum in mora). (Exp. 00023-2005-AI/TC F.J. 50)

² "Declarar la certeza de la existencia del derecho es función de la providencia principal: en sede cautelar basta que la existencia del derecho aparezca verosímil, o sea, para decirlo con mayor claridad, basta que, según un cálculo de probabilidades, se pueda prever que la providencia principal declarara el derecho en, sentido favorable a aquel que solicita la "medida cautelar". CALAMANDREI, Piero (1996) Introducción al estudio sistemático de las medidas cautelares. Buenos Aires, El Foro. Pag. 77.

JUAN CARLOS MONTOYA MUÑOZ
JUEZ TITULAR
Primer Juzgado Especializado en lo
Contencioso Administrativo
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

FLOR DE MARIA RAMIREZ CHONG
ESPECIALISTA LEGAL
1º Juzgado Especializado en lo
Contencioso Administrativo



268

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
PRIMER JUZGADO PERMANENTE ESPECIALIZADO EN LO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Av. Nicolas de Piérola N° 677 7mo. piso - Lima, Edificio "César A. Mansilla Novella"

instalación de una estación de radiocomunicación en la Avenida Vía de Evitamiento (altura de Villa FAP José Quiñones) del distrito de la Molina, así como de los efectos de todos los actos que se realicen como consecuencia de su ejecución.

QUINTO: En ese sentido, se efectuará el análisis de la solicitud cautelar presentada por la peticionante a fin de determinar si efectivamente **cumple con los presupuestos establecidos** en el artículo 39° del Decreto Supremo N° 013-2008-JUS, que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584, precisándose que para la **concesión de la medida cautelar deben concurrir en forma conjunta y uniforme todos los presupuestos** establecidos en la citada normatividad.

SEXTO: Siendo así, en cuanto a la **verosimilitud del derecho**, la empresa peticionante en su escrito cautelar sostiene:

- Que, la demandante es una empresa dedicada a proveer servicios en materia de infraestructura de telecomunicaciones a operadores de telefonía móvil a nivel nacional. Dentro de las actividades que realiza, se encuentra la construcción, instalación y mantenimiento de infraestructura pasiva para el servicio público de telefonía móvil. Así debido a la necesidad de los operadores Movistar, Claro y ENTEL para mejorar la calidad de su servicio de telefonía móvil en el distrito de La Molina, su empresa proyectó la instalación de una estación de radiocomunicación a ubicarse en la Av. Vía de Evitamiento (altura de la Villa FAP José Quiñones)
- En ese sentido, con fecha 18 de diciembre de 2017, solicitaron a la Municipalidad de Lima, que les otorgara una autorización para la instalación de dicha infraestructura, acogiéndose para ello al procedimiento de aprobación automática regulado en el artículo 5° de la Ley N° 29022, Ley para el Fortalecimiento de la Expansión de Infraestructura en Telecomunicaciones.
- Sin embargo, con fecha 28 de diciembre de 2017, fueron notificados con la Carta N° 6105-2017-MML-GDU-SAU-DORP, remitida por la Subgerencia de Autorizaciones Urbanas de la Municipalidad de Lima mediante la cual se les comunicó el inicio del procedimiento de nulidad de oficio de la autorización otorgada a su empresa para la instalación de la Estación de Telecomunicaciones CT 52 en razón que mediante fiscalización posterior a la presentación de su solicitud de autorización, se habrían verificado que **Desarrollos Telefónicos** incurrió en la siguiente infracción: El tipo de mimetizado propuesto para la estructura de la Estación de Telecomunicaciones CT 52

PODER JUDICIAL
JUAN CARLOS MONTOYA MUÑOZ
JUEZ TITULAR
Primer Juzgado Especializado en lo
Contencioso Administrativo
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

PODER JUDICIAL
FLOR DE MARIA RAMIREZ CHONG
ESPECIALISTA LEGAL
1° Juzgado Especializado en lo
Contencioso Administrativo



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
PRIMER JUZGADO PERMANENTE ESPECIALIZADO EN LO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Av. Nicolás de Piérola N° 677 7mo piso – Lima, Edificio "César A. Mansilla Novella"

(Mimetización de tipo pino) no se encontraría en armonía estética con la vegetación del área donde se encuentra ubicada, infringiéndose de esta manera los numerales 7.1, literal f) y 7.2 del artículo 7° de la Ley N° 29022

- Posteriormente, mediante la Resolución de Subgerencia de Autorizaciones Urbanas N° 750-2018 de fecha 27 de abril de 2018, la Subgerencia de Autorizaciones Urbanas de la Municipalidad de Lima, declaró de oficio la nulidad de la autorización inicialmente otorgada mediante aprobación automática a Desarrollos Terrestres para la instalación de su estación de radiocomunicación, dando por agotada la vía administrativa.
- Señala que como se puede apreciar de dicha resolución, la Subgerencia de Autorizaciones Urbanas de la Municipalidad de Lima, fundamentó su decisión en la supuesta comisión por parte de su empresa de la infracción alegada en la Carta N° 6105-2017-MML-GDU-SAU-DORP.
- Manifiesta que, como consecuencia de la anulación de su autorización, la Subgerencia de Fiscalización y Control de la Municipalidad de Lima podría eventualmente dar inicio a un procedimiento administrativo sancionador en contra de Desarrollos Terrestres.
- Que, en efecto el eventual procedimiento administrativo sancionador que pudiera ser iniciado en contra de su empresa se encontraría inmersa dentro de la supuesta comisión de la infracción tipificada bajo el Código de Infracción N° 08-0401 del Régimen de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Municipalidad de Lima consistente en "Instalar infraestructura de Telecomunicaciones sin contar con la autorización de la Entidad Competente"
- Sostiene que ante el supuesto inicio de un procedimiento administrativo sancionador por parte de la Subgerencia de Fiscalización y Control de la Municipalidad de Lima, señalan que su parte no ha incurrido en infracción alguna, pues a la fecha de la instalación de su estación de radiocomunicación contaba con una autorización válidamente otorgada por la Subgerencia de Autorizaciones Urbanas de esa misma entidad.
- Sostiene que, lo más probable es que la demandante sea sancionada por parte de la Subgerencia de Fiscalización y Control de la Municipalidad de Lima imponiéndosele una multa ascendente a S/. 103,750.00 y disponiendo como medida complementaria la demolición de la estación de telecomunicaciones

PODER JUDICIAL
CT52
JUAN CARLOS MONTOYA MUÑOZ
JUEZ TITULAR
Primer Juzgado Especializado en lo
Contencioso Administrativo
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

PODER JUDICIAL

FLOR DE SANJA RAMIREZ CHONG
ESPECIALISTA LESAL
1º Juzgado Especializado en lo
Contencioso Administrativo



270
269

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
PRIMER JUZGADO PERMANENTE ESPECIALIZADO EN LO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Av. Nicolas de Piérola N° 677 7mo piso - Lima, Edificio "César A. Mansilla Novella"

- *Manifiesta que en el presente caso, el órgano administrativo que ha declarado de oficio la nulidad de la autorización otorgada, a su parte, esto es, la Subgerencia de Autorizaciones Urbanas de la Municipalidad de Lima, es el mismo que mediante aprobación automática les concedió en su momento dicha autorización con la recepción del FUIT, conforme se puede observar en el sello de recepción de cargo de dicho formulario. Sin embargo, dicha Subgerencia no se encontraba habilitada para declarar nula de oficio la autorización otorgada por cuanto existe un órgano administrativo de mayor jerarquía.*
- *Sostiene que, pese a que la Subgerencia de Autorizaciones urbanas de la Municipalidad de Lima no era la competente para declarar la nulidad de su autorización, presentaron sus descargos respectivos. De esta manera, la Municipalidad de Lima no siguió el procedimiento regular contemplado para declarar nula de oficio la autorización otorgada a Desarrollos Terrestres, con lo cual la Subgerencia de Autorizaciones Urbanas N° 750-2018 no cumple con el requisito de validez contemplado en el inciso 5 del artículo 3 de la Ley N° 27444.*
- *Manifiesta que en el presente caso, tienen que para la mimetización de la Estación de Telecomunicaciones CT 52, el demandante se acogió a las opciones de mimetización, conforme consta en la Ficha Técnica para proyectos de Infraestructura de Telecomunicaciones no sujetos al SEIA que adjuntaron al FUIT presentado con fecha 18 de diciembre de 2017 a la Subgerencia de Autorizaciones Urbanas de la Municipalidad de Lima. Así, toda infraestructura que se acoja a dicho modelo debe contar con los lineamientos generales que establece el Decreto Supremo N° 003-2015-MTC para dicha opción de mimetización, lo cual no implica que esta debe ser exactamente igual a las imágenes que como referencia se utilizan en dicha norma para construcción una estación de radiocomunicación.*

Para sustentar lo afirmado en su solicitud cautelar adjunta como medios probatorios: copia de la Resolución N° 750-2018, de fecha 27 de abril de 2018 y otros actuados administrativos.

SETIMO: De la revisión de la Resolución de Subgerencia de Autorizaciones Urbanas N° 750-2018, de fecha 27 de abril de 2018³, se aprecia que la entidad administrativa resuelve declarar la NULIDAD de oficio de la autorización de aprobación

PODER JUDICIAL

Obrante de fojas 191 a 194 de autos

JUAN CARLOS MONTOYA MUÑOZ
JUEZ TITULAR
Primer Juzgado Especializado en lo
Contencioso Administrativo
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

PODER JUDICIAL

FLOR DE MARIA RAMIREZ CHONG
ESPECIALISTA LEGAL
1º Juzgado Especializado en lo
Contencioso Administrativo
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
PRIMER JUZGADO PERMANENTE ESPECIALIZADO EN LO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Av. Nicolás de Piérola N° 677 7mo piso – Lima, Edificio "César A. Mansilla Novella"

automática otorgada a la empresa Desarrollos Terrestres Perú S.A. para la instalación de infraestructura de telecomunicaciones presentada bajo el Expediente N° 371932-2017 de fecha 18 de diciembre de 2017, al amparo de la Ley N° 29022 – Ley para el Fortalecimiento de la Expansión de Infraestructura en Telecomunicaciones modificada por Ley N° 30228, para la construcción de una Estación de Radiocomunicación, a ubicarse en la Av. Vía de Evitamiento (altura de la Villa FAP José Quiñones Gonzáles) en el distrito de La Molina, de acuerdo a los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.

OCTAVO: Al respecto, cabe precisar que la configuración de la **verosimilitud del derecho**, dependerá del tipo de medida cautelar, así, en el caso de medidas temporales sobre el fondo, **medida innovativa y medida de no innovar, como en el presente caso**; existe una **repotenciación de la verosimilitud del derecho**, pues se exige la casi certeza del derecho, grado superior al de la simple verosimilitud⁴. Por otro lado, el artículo 611° del Código Procesal Civil⁵ establece que el Juez podrá conceder medidas cautelares en la forma que se solicite, **siempre que de lo expuesto y prueba anexada se considere verosímil el derecho invocado**; asimismo, el artículo 637° del mismo cuerpo normativo prescribe: "*La solicitud cautelar es concedida o rechazada sin conocimiento de la parte afectada en atención a los fundamentos y prueba de la solicitud. (...)*". Esto es, la **verosimilitud en el derecho** se forma, con los recaudos e **información proporcionada en la solicitud cautelar, que se basa: i) en las alegaciones fácticas y en el petitum de la pretensión principal**, que debe necesariamente estar indicada en la demanda cautelar a efectos de establecer el nexo instrumental; y; ii) en los medios probatorios que **sobre los hechos afirmados en la solicitud cautelar** pueda aportar el solicitante.

NOVENO: En el caso de autos, como se aprecia de los considerandos precedentes, mediante la resolución administrativa cuya suspensión de sus efectos pretende la solicitante, se advierte que la Municipalidad Metropolitana de Lima declaró la nulidad de oficio de la autorización de aprobación automática otorgada a la demandante para

⁴ Ledesma Narváez, Marianella. "Las Medidas Cautelares en el Proceso Civil". Pág. 134

⁵ Artículo 611.- Contenido de la decisión cautelar

El juez, atendiendo a la naturaleza de la pretensión principal y a fin de lograr la eficacia de la decisión definitiva, dicta medida cautelar en la forma solicitada o en la que considere adecuada, siempre que, de lo expuesto y la prueba presentada por el demandante, aprecie:

1. La verosimilitud del derecho invocado.
2. La necesidad de la emisión de una decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso o por cualquier otra razón justificable.

(...)
JUAN CARLOS MORALES MUÑOZ
JUEZ TITULAR
Primer Juzgado Especializado en lo
Contencioso Administrativo
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

FLOR DE MARIA RAMIREZ CHONG
ESPECIALISTA LEGAL
1º Juzgado Especializado en lo
Contencioso Administrativo



270

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
PRIMER JUZGADO PERMANENTE ESPECIALIZADO EN LO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Av. Nicolas de Piérola N° 677 7mo piso - Lima, Edificio "César A. Mansilla Novella"

la construcción de una estación de radiocomunicación, a ubicarse en la Av. Vía de Evitamiento (altura de la Viña FAP José Quiñones Gonzáles); por consiguiente, estando a que de conformidad con el artículo 611° y 637° del Código Procesal Civil, la medida cautelar es concedida o rechazada en atención a las alegaciones efectuadas y los medios probatorios que sobre la verosimilitud del derecho aporte la recurrente **en su solicitud cautelar**, de la revisión de las alegaciones efectuadas por la empresa solicitante que sustentan la verosimilitud del derecho invocado referido a la nulidad de la **Resolución de Subgerencia de Autorizaciones Urbanas N° 750-2018**, de fecha 27 de abril de 2018, se aprecia que: **i)** Alega que el órgano administrativo que ha declarado de oficio la nulidad de la autorización otorgada a su parte, esto es, la Subgerencia de Autorizaciones Urbanas de la Municipalidad de Lima, es el mismo que mediante aprobación automática les concedió en su momento dicha autorización con la recepción del FUIIT, conforme se puede observar en el sello de recepción de cargo de dicho formulario, **ii)** La Municipalidad de Lima no siguió el procedimiento contemplado para declarar nula de oficio la autorización otorgada, toda vez que la Subgerencia de Autorizaciones Urbanas les comunicó las razones por las que pretendía declarar nula la autorización otorgada; no obstante, dicho órgano de la municipalidad no era el habilitado para declarar nula de oficio la autorización otorgada a su empresa; **iii)** La estructura de la Estación de Telecomunicaciones CT 52 no genera una afectación paisajística negativa y se encuentra acorde estéticamente con la vegetación del área donde se encuentra instalada.

DECIMO: Siendo ello así, de la revisión de los autos, se aprecia que la Subgerencia de Autorizaciones Urbanas a través de la Resolución N° 750-2018 de fecha 27 de abril de 2018, sustenta la nulidad de oficio de la autorización de aprobación automática otorgada materia de controversia, en lo siguiente:

"(...)

Que, la División de Obras y Redes Públicas por Informe N° 0186-2018-MML-GDU-SAU-DORP de fecha 10 de enero de 2018 e Informe N° 2465-2018-MML-GDU-SAU-DORP de fecha 28 de marzo de 2018, en relación al descargo presentado por el administrado, señala que la Subgerencia de Autorizaciones Urbanas es el órgano competente para declarar la nulidad de oficio de las autorizaciones automáticas obtenidas en el marco de la ley N° 29022 y su reglamento, por cuanto de acuerdo a lo dispuesto en el Texto único de Procedimientos Administrativos (TUPA) aprobado por la Ordenanza N° 2008, correspondiente a este procedimiento y el Manual de Organización y Funciones de la

JUAN CARLOS MONTOYA MUÑOZ
JUEZ TITULAR
Primer Juzgado Especializado en lo
Contencioso Administrativo
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

FLOR DE MARIA SAMBIZ CHONG
ESPECIALISTA LEGAL
1º Juzgado Especializado en lo
Contencioso Administrativo
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
PRIMER JUZGADO PERMANENTE ESPECIALIZADO EN LO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Av. Nicolas de Piérola N° 677 7mo piso – Lima, Edificio "César A. Mansilla Novella"

Gerencia de Desarrollo Urbano aprobado por Resolución de Gerencia N° 013-2012-MML-GDU de fecha 01 de marzo de 2012, el órgano competente para resolver en primera instancia este procedimiento, es la División de Obras y Redes Públicas, siendo el superior jerárquico la Subgerencia de Autorizaciones Urbanas. Además señala que el cargo de la Ficha Técnica presentado ante el MTC, es un requisito presentado para aquellos proyectos que no estén sujetos al SEIA, el cual no acredita que esté cumpliendo con la mimetización adecuada de acuerdo al tipo de proyecto desarrollado por los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones; siendo que además de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 7° del numeral 7.3 de la Ley N° 29022, modificada por Ley N° 30228, los gobiernos locales son los encargados de supervisar y dar cumplimiento a las disposiciones señaladas en la citada normativa. Asimismo, de acuerdo a lo establecido en la normatividad antes citada, las observaciones que se anotan en el FUITT, son por la falta de reglas comunes para la instalación de la infraestructura referida en el artículo 7° de la Ley N° 29022 detectada en la fiscalización posterior. Respecto a las edificaciones de la zona, estas no superan los 15 m. de altura, por lo que no se puede afirmar que se encuentran a una altura promedio de la estación de radiocomunicación que al superar los 18m. genera un impacto visual negativo, por lo que el administrado ha incurrido en infracción considerada en las normas sobre dicho procedimiento; en tal sentido lo señalado en la Carta N° 9535-2017-MML-GDU-SAU-SORP queda firme en todos sus extremos.

(...)

Que, el Asesor Legal de la Subgerencia de Autorizaciones Urbanas mediante Informe N° 391-2018-MML-GDU-SAU-AL de fecha 5 de abril de 2018, señala que estando a los informes emitidos en este procedimiento por la División de Obras y Redes Públicas, (...) puede tramitarse la declaración de nulidad de la autorización automática solicitada para la instalación de infraestructura de telecomunicaciones en la Av. Vía de Evitamiento (altura de la Villa FAP José Quiñones Gonzáles) en el distrito de la Molina, por haberse verificado en la fiscalización posterior del procedimiento de aprobación automática y de presunción de veracidad, que la empresa solicitante pretende realizar esa instalación en contravención de las disposiciones del artículo 7.1 inciso f) de la Ley N° 29022 sustituido por el artículo 4° de la Ley N° 30228, lo cual y de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 35 numeral 35.1 literal c) de su reglamento constituye una infracción grave sancionable a los operadores de infraestructura pasiva, por lo que constituye vicio del acto administrativo y causal de nulidad de la autorización automática, por el consecuente agravio al interés público; siendo competente para declarar la nulidad de la autorización automática, la Subgerencia de Autorizaciones Urbanas que es el superior jerárquico de la Jefatura de la División de Obras y Redes Públicas y a quien corresponde la emisión de las autorizaciones para ejecución de obras en áreas de uso público, de acuerdo al Manual de Organización y Funciones de la

JUAN CARLOS MONTOYA MUÑOZ
JUEZ TITULAR
Primer Juzgado Especializado en lo
Administrativo

FLOR DE MARIA RAMIREZ CHONG
ESPECIALISTA LEGAL



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
PRIMER JUZGADO PERMANENTE ESPECIALIZADO EN LO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Av. Nicolas de Piérola N° 677 7mo piso - Lima, Edificio "César A. Mansilla Novella"

272
271

Gerencia de Desarrollo aprobado por Resolución de Gerencia N° 013-2012-MML/GDU de fecha 1 de marzo de 2012 y el TUPA de esta Municipalidad Metropolitana aprobado por la Ordenanza N° 2008-MML.
(...)"

DECIMO PRIMERO: En ese sentido, tomando en cuenta lo alegado por la parte demandante así como también lo resuelto por la Subgerencia de Autorizaciones Urbanas de la Municipalidad Metropolitana de Lima, resulta pertinente hacer mención a lo establecido en el numeral 211.2 del artículo 211 de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, que señala lo siguiente:

"211.2 La nulidad de oficio solo puede ser declarada por el funcionario jerárquico superior al que expidió el acto que se invalida. Si se tratara de un acto emitido por una autoridad que no está sometida a subordinación jerárquica, la nulidad es declarada por resolución del mismo funcionario. Además de declarar la nulidad, la autoridad puede resolver sobre el fondo del asunto de contarse con los elementos suficientes para ello. En este caso, este extremo sólo puede ser objeto de reconsideración. Cuando no sea posible pronunciarse sobre el fondo del asunto, se dispone la reposición del procedimiento al momento en que el vicio se produjo. En caso de declaración de nulidad de oficio de un acto administrativo favorable al administrado, la autoridad, previamente al pronunciamiento, le corre traslado, otorgándole un plazo no menor de cinco (5) días para ejercer su derecho de defensa"

DECIMO SEGUNDO: En ese sentido, los artículos primero y segundo de la Ordenanza N° 2008, que aprueba la Modificación del Texto Único de Procedimiento Administrativos - TUPA de la Municipalidad Metropolitana de Lima, adecuado a la Modificación de la Ley N° 29022, mediante Ley N° 30228; y el Decreto Supremo N° 003-2015-MTC; e incorpora cuadro de infracciones y sanciones, establecen que:

"Artículo Primero.- Aprobar el procedimiento "Autorización para la EXPANSIÓN DE Infraestructura de Telecomunicaciones en áreas de dominio público", junto con sus requisitos y derecho de trámite, adecuado a la Ley N° 29022, Ley para el Fortalecimiento de la Expansión de Infraestructura en Telecomunicaciones, conforme consta en el Anexo N° 01 que forma parte integrante de la presente Ordenanza.

JUAN CARLOS MONTOYA MUÑOZ
JUEZ TITULAR
Primer Juzgado Especializado en lo
Contencioso Administrativo
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

PODER JUDICIAL

FLOR DE MARÍA RAMÍREZ CHONG
ESPECIALISTA LEGAL
1º Juzgado Especializado en lo



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
PRIMER JUZGADO PERMANENTE ESPECIALIZADO EN LO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Av. Nicolas de Piérola N° 677 7mo piso - Lima, Edificio "César A. Mansilla Novella"

Artículo Segundo.- Incorporar el procedimiento administrativo "Autorización para la Expansión de Infraestructura de Telecomunicaciones en áreas de dominio público" en el Texto Único de Procedimientos Administrativos aprobado mediante la Ordenanza N° 1874, tal y como consta en el Anexo N° 03 que forma parte integrante de la presente Ordenanza. "

Anexo N° 03

Denominación del Procedimiento y base legal	Requisitos	Autoridad competente para resolver	Instancias de resolución de recursos	
			Reconsideración	Apelación
Gerencia de Desarrollo Urbano				
Subgerencia de Autorizaciones Urbanas				
EJECUCIÓN DE OBRAS EN ÁREAS DE USO PÚBLICO EN EL CERCADO DE LIMA Y DE VÍAS EXPRESAS, ARTERIALES Y COLECTORAS DE LA PROVINCIA DE LIMA 38.1A Autorización para la expansión de infraestructura de telecomunicaciones en áreas de dominio público.	1) El FUIIT debidamente llenado suscrito por el solicitante, o su representante legal, dirigido al titular de la Entidad, solicitando el otorgamiento de la Autorización. El FUIIT se encuentra a disposición de los interesados en la página Web del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones 2) (...)	División de Obras y Redes Públicas	1) Reconsideración a la División de Obras y Redes Públicas, plazo 15 días. 2) Resuelve el Jefe de la División de Obras y Redes Públicas en 30 días	1) Apelación al Jefe de División de Obras y Redes Públicas, plazo 15 días. 2) Resuelve la Subgerencia de Autorizaciones Urbanas en 30 días.

DECIMO TERCERO: Que, en ese orden de ideas, se aprecia que efectivamente la Ley del Procedimiento Administrativo General, establece que para que se declare la nulidad de oficio de los actos administrativos, se debe cumplir con dos requisitos: i) La nulidad de oficio solo debe ser declarada por el funcionario jerárquico superior al que expidió el acto que se invalida o si se tratara de un acto emitido por una autoridad que no está sometida a subordinación jerárquica, la nulidad es declarada por resolución del mismo funcionario y ii) Previo al pronunciamiento, la autoridad debe correr traslado al administrado afectado, otorgándole un plazo no menor de cinco (5) días, para que ejerza su derecho de defensa.

DECIMO CUARTO: En este caso, se aprecia que con fecha 18 de diciembre de 2017, el administrado solicitó a la Municipalidad Metropolitana de Lima que le otorgue una autorización para la instalación de una estación de radiocomunicación ubicada en la

Av. Via de Evitancia, acogidos para ello al procedimiento de aprobación
PODER JUDICIAL
JUAN CARLOS MONTES MUÑOZ
JUEZ TITULAR
Primer Juzgado Especializado en lo
Administrativo
PODER JUDICIAL
FLOR DE MARIA RAMIREZ CHONG



243
272

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
PRIMER JUZGADO PERMANENTE ESPECIALIZADO EN LO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Av. Nicolas de Piérola N° 677 7mo piso - Lima, Edificio "César A. Mansilla Novella"

automática regulado en el artículo 5° de la Ley N° 29022, Ley para el Fortalecimiento de la Expansión de Infraestructura en Telecomunicaciones. No obstante, con fecha 28 de diciembre de 2017, la Municipalidad Metropolitana de Lima, a través de la Carta N° 6105-2017-MML-GDU-SAU-DORP, de fojas 171, remitida por la División de Obras y Redes Públicas, comunicó a la demandante el inicio del procedimiento de nulidad de oficio de la autorización otorgada a su empresa, en razón de que mediante fiscalización posterior a la presentación de su solicitud, se habría verificado que Desarrollos Terrestres incurrió en la siguiente infracción: "El tipo de mimetizado propuesto para la estructura de la Estación de Telecomunicaciones CT52 (Mimetización de tipo pino) no se encontraría en armonía estética con la vegetación del área donde se encuentra ubicada, infringiéndose los numerales 7.1, literal f) y 7.2 del artículo 7° de la Ley N° 29022"; y posteriormente, mediante la Resolución de Subgerencia de Autorizaciones Urbanas N° 750-2018, la Subgerencia de Autorizaciones Urbanas resolvió declarar la nulidad de oficio de la autorización de aprobación automática.

DECIMO QUINTO: En ese sentido, se tiene que si bien es cierto la solicitud presentada por la empresa demandante, en formato FUIIT, el 18 de diciembre del 2017, fue autorizada por aprobación automática del silencio administrativo positivo, también lo es que de acuerdo a lo dispuesto en el **Texto único de Procedimientos Administrativos (TUPA) aprobado por la Ordenanza N° 2008, correspondiente a este procedimiento y el Manual de Organización y Funciones de la Gerencia de Desarrollo Urbano aprobado por Resolución de Gerencia N° 013-2012-MML-GDU** de fecha 01 de marzo de 2012, el órgano competente para resolver en primera instancia este procedimiento, es la División de Obras y Redes Públicas, lo que explica el hecho que haya sido dicha división la que curso la carta N° 6105-2017-MML-GDU-SAU-DORP de fecha 26 de diciembre del 2017 y ante la cual el administrado presentó sus descargos de fecha 04 de enero del 2018, para luego ser resuelto por el superior jerárquico, la Subgerencia de Autorizaciones Urbanas.

DECIMO SEXTO: En este contexto, la entidad administrativa que emitió la Resolución de Subgerencia de Autorizaciones Urbanas N° 750-2018 es el órgano competente y a consecuencia de ello, si cumplió con el procedimiento administrativo establecido, no vulnerando el Derecho al Debido Procedimiento Administrativo,

PODER JUDICIAL

.....
JUAN CARLOS MONTOYA MUÑOZ
JUEZ TITULAR
Primer Juzgado Especializado en lo
Contencioso Administrativo
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

PODER JUDICIAL

d

.....
FLOR DE MARIA RAMIREZ CHONG
ESPECIALISTA LEGAL
1° Juzgado Especializado en lo
Contencioso Administrativo



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
PRIMER JUZGADO PERMANENTE ESPECIALIZADO EN LO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
Av. Nicolas de Piérola N° 677 7mo piso - Lima, Edificio "César A. Mansilla Novella"

contemplado en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444; por tanto, este argumento no puede ser amparado.

DÉCIMO SETIMO: Por otro lado, la demandante señala que la estructura de la Estación de Telecomunicaciones CT 52 no genera una afectación paisajística negativa y se encuentra acorde estéticamente con la vegetación del área donde se encuentra instalada; sin embargo, cabe señalar, que las fotografías del entorno urbano que se acompañan (Anexo 1-I), devienen en insuficientes para acreditar tal alegación y que esta se encuentre conforme a los lineamientos establecidos para el tipo de mimetizado al que se ha acogido su estructura.

DÉCIMO OCTAVO: En consecuencia, el juzgador considera que las alegaciones y medios probatorios presentados por la empresa solicitante, no constituyen elementos suficientes para acreditar la verosimilitud del derecho invocado mediante la medida cautelar de no innovar planteada, por tanto, al no haberse acreditado el substancial y basilar presupuesto cautelar -la verosimilitud del derecho invocado, "*Fumus Bonis Iuris*"-, carece de objeto entrar al análisis de los demás presupuestos, por cuanto para conceder la medida cautelar deben concurrir todos los requisitos que hagan viable la misma, de modo tal que la falta de uno de ellos hace innecesario el examen de los otros; en consecuencia, **se concluye que no existe mayor acervo probatorio que evidencie indicios de la ilegalidad de la resolución administrativa**, no lográndose desvirtuar provisionalmente la presunción juris tantum de legitimidad⁶ y ejecutoriedad⁷ que ampara al acto administrativo impugnado; por estas razones:

Se Resuelve:

1. **RECHAZAR** la Medida Cautelar de No Innovar, solicitada por Desarrollos Terrestres Perú S.A.
2. Una vez consentida y/o ejecutoriada la presente resolución, remítase los autos al archivo para su archivamiento definitivo.

JCMM/JMY

⁶ Artículo 9. Presunción de validez

Todo acto administrativo se considera válido en tanto su pretendida nulidad no sea declarada por autoridad administrativa o jurisdiccional, según corresponda.

⁷ Artículo 192 de la Ley N° 27444.- Ejecutoriedad del acto administrativo

Los actos administrativos tendrán carácter ejecutorio, salvo disposición legal expresa en contrario, mandato judicial o que estén sujetos a condición o plazo conforme a Ley.

PODER JUDICIAL
JUAN CARLOS MONTOYA MUÑOZ
JUEZ TITULAR
Primer Juzgado Especializado en lo

PODER JUDICIAL
FLOR DE MARIA RAMIREZ CHONG
ESPECIALISTA LEGAL
1º Juzgado Especializado en lo



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
PRIMERA SALA PERMANENTE CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA

Avenida Nicolás de Piérola N° 677- 2do. Piso, Cercado de Lima

SS. BELTRÁN PACHECO
CÁRDENAS SALCEDO
CARRASCO ALARCÓN

Expediente N° 06275-2018-1

Procedencia : 1° Juzgado Especializado en lo Contencioso Administrativo

Demandante : DESARROLLO TERRESTRE S.A.

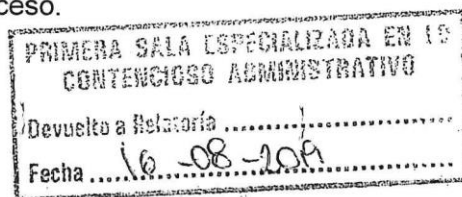
Demandado : MUNICIPALIDAD METROPOLITANA DE LIMA

Materia : Medida Cautelar fuera del proceso.

Apelante : Demandante

Resolución N° 04 AUTO DE VISTA

Lima, 12 de agosto del 2019



AUTOS y VISTOS: Interviniendo como ponente la Señora Jueza Superior Cárdenas Salcedo; y **ATENDIENDO:**

I. RESOLUCIÓN MATERIA DE GRADO¹:

Es materia de apelación, la **RESOLUCIÓN N° 02**, de fecha 24 de enero del 2019, que resuelve: RECHAZAR la Medida Cautelar de No Innovar solicitada por Desarrollos Terrestres S.A., disponiéndose el archivo definitivo de los actuados, consentida y/o ejecutoriada que sea la presente resolución.

II. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN²

La empresa demandante fundamenta su reclamo argumentando lo siguiente:

Se incurre en una vulneración al principio de legalidad de los actos administrativos, regulado en el artículo IV numeral 1.1 del Título Preliminar de la Ley N° 27444 - Ley de Procedimiento Administrativo General, puesto que: *“el órgano administrativo que ha declarado de oficio la nulidad de la autorización otorgada a nuestra parte para la instalación de una estación de radiocomunicación –esto es, la Subgerencia de Autorizaciones Urbanas de la Municipalidad de Lima- es el mismo que en su momento nos concedió dicha autorización mediante aprobación automática con la recepción del Formulario Único de Instalación de infraestructura de telecomunicaciones (FUIIT) conforme consta del cargo de recepción de dicho documento”*, en consecuencia, *“no se*

¹ Véase a fojas 267 del cuaderno de apelación.

² Véase a fojas 278.

encontraba habilitada [la citada Subgerencia] para declarar nula de oficio la autorización otorgada a Desarrollos Terrestres S.A., por cuanto existe un órgano administrativo de mayor jerarquía del cual forma parte, que es la Gerencia de Desarrollo Urbano de la Municipalidad de Lima (.)” y le correspondería a este declarar la referida nulidad de acuerdo a lo prescrito en el artículo 202.2 de la Ley N° 27444, según manifiesta. En tal sentido, el A-quo erróneamente señala en su decisión que “la nulidad de oficio de nuestra autorización ha sido correctamente declarada por la Subgerencia de Autorizaciones Urbanas de la Municipalidad de Lima, por ser el órgano superior inmediato de la División de Obras y Redes Públicas de dicha entidad, la cual según el Texto (TUPA) Único de Procedimientos Administrativos, aprobado mediante Ordenanza N° 2008-MML, (.) sería la competente para emitir pronunciamiento respecto al procedimiento de autorización automática contemplado en la Ley N° 29022- Ley de Telecomunicaciones.”

➤ Se incurre en una vulneración al principio de verdad material y el principio de predictibilidad o de confianza legítima, ambos regulados en el numeral 1.11 y el numeral 1.15, respectivamente, del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444- Ley de Procedimiento Administrativo General, por cuanto el A Quo infiere erróneamente que nuestra autorización fue otorgada por la División de Obras y Redes Públicas, cuando quien la otorgó fue la Subgerencia de Autorizaciones Urbanas de la Municipalidad de Lima. “Sobre el particular, tenemos que a lo largo del procedimiento administrativo, dentro del cual se emitió la Resolución de Subgerencia de Autorizaciones Urbanas N° 750-2018, hemos demostrado que si bien existe una norma como la Ordenanza N° 2008-MML, la cual establece que la autoridad competente para aprobar las autorizaciones de las infraestructuras de telecomunicaciones era la División de Obras y Redes Públicas, ello no sucedió, puesto que el órgano que aprobó nuestra autorización fue la Subgerencia de Autorizaciones Urbanas, hecho que está plenamente corroborado a través del sello de recepción contenido en nuestra solicitud de autorización”.

➤ Asimismo, alega que se ha incurrido en un vicio de motivación aparente, por cuanto del texto de la Resolución N° 2 no se verifica que el A Quo haya efectuado una valoración de todos los fundamentos y medios probatorios que sustentan la verosimilitud de su derecho; específicamente, de aquellos dirigidos a desvirtuar la infracción dispuesta en el literal f) del numeral 7.1 del artículo 7° de la Ley N° 29022: no cumplir con los lineamientos de mimetización; según la Resolución de Subgerencia de Autorizaciones Urbanas N° 750-2018, que declaró nula la autorización otorgada a la empresa para la instalación de una estación de radiocomunicación, en tal sentido manifiesta que “(.) pese a que hemos demostrado en nuestra solicitud cautelar que la Estación de Telecomunicaciones CT 52 pertenece a la opción de

317

mimetización "MIMETIZACIONES NATURALES", el A Quo sin tomar en cuenta ello, asevera como única razón para desestimar nuestra solicitud cautelar, el hecho que no habríamos acreditado que nuestra estación de telecomunicaciones no generaría una afectación paisajística negativa, así como que no habríamos demostrado que sería acorde con la estética de la vegetación del área donde se encuentra ubicada; no obstante, no precisa qué categoría le correspondería a nuestra Estación de Telecomunicaciones CT 52 o en qué manera afectaría al entorno paisajístico. solo expresa que nuestros medios probatorios resultarían insuficientes sin expresarse si quiera acerca de los mismos".

III. ANÁLISIS Y FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN JUDICIAL:

PRIMERO: Que, conforme lo establece el artículo 364° del Código Procesal Civil aplicable supletoriamente al presente proceso: "El recurso de apelación tiene por objeto que el órgano jurisdiccional Superior examine, a solicitud de parte o de tercero legitimado la resolución que les produzca agravio, con el propósito de que sea anulada o revocada, total o parcialmente"; es decir, a través de este recurso impugnatorio el Juez superior tiene la facultad de poder revisar y decidir sobre todas las cuestiones propuestas y resueltas por el Juez inferior.

SEGUNDO: Corresponde en esta instancia la revisión y análisis exhaustivo de lo actuado en el proceso, así como establecer el derecho de las partes a fin de anular, confirmar o revocar la resolución apelada de forma total o parcialmente, de conformidad con la facultad que otorga el artículo 364° del Código Procesal Civil. En consecuencia, cabe tener presente que el caso concreto versa sobre la Medida Cautelar de no innovar solicitada por la empresa Desarrollos Terrestres S.A. para que se disponga la suspensión de los efectos de la Resolución de Subgerencia de Autorizaciones Urbanas³ N° 750-2018, de fecha 27 de abril del 2018; que declara la nulidad de oficio de la autorización para la instalación de infraestructura⁴ de telecomunicaciones, aprobada automáticamente a la presentación del Formato⁵ FUIIT el 18 de diciembre del 2017; al amparo de la Ley N° 29022 - Ley para el Fortalecimiento de la Expansión de Infraestructura en Telecomunicaciones⁶.

TERCERO: El T.U.O de la Ley N° 27584 - Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 013-2008-JUS⁷, de aplicación por temporalidad de la norma, establece en su artículo 38° que: "La medida cautelar podrá ser dictada antes de iniciado un proceso o dentro de éste, siempre que se destine a asegurar la eficacia de la decisión definitiva. Para tal

³ Véase a fojas 190

⁴ Estación de Radiocomunicación, a ubicarse en la Av. Vía de Evitamiento (altura de la Villa FAP José Quiñones Gonzales) en el distrito de la Molina.

⁵ Véase a fojas 6-7.

⁶ Publicada con fecha 20 de mayo del 2007, y modificada mediante Ley N° 30228

⁷ Publicado el 29 de agosto del 2008

efecto, se seguirán las normas del Código Procesal Civil con las especificaciones establecidas en esta Ley." [el énfasis es nuestro]; en su artículo 39° que: "La medida cautelar se dictará en la forma que fuera solicitada o en cualquier otra forma que se considere adecuada para lograr la eficacia de la decisión definitiva, siempre que de los fundamentos expuestos por el demandante: 1. Se considere verosímil el derecho invocado. Para tal efecto, se deberá ponderar la proporcionalidad entre la eventual afectación que causaría al interés público o a terceros la medida cautelar y, el perjuicio que causa al recurrente la eficacia inmediata de la actuación impugnada. 2. Se considere necesaria la emisión de una decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso, o por cualquier otra razón justificable. No es exigible este requisito cuando se trate de pretensiones relacionadas con el contenido esencial del derecho a la pensión. 3. Se estime que resulte adecuada para garantizar la eficacia de la pretensión. Para la ejecución de la medida cautelar el demandante deberá ofrecer contracautela atendiendo a la naturaleza de la pretensión que se quiere asegurar. Tratándose de pretensiones contra actuaciones administrativas con contenido pecuniario, el Juez podrá requerir de una contracautela distinta a la caución juratoria. Si la resolución final no reconoce el derecho reclamado por el demandante, a pedido de la parte interesada se procede conforme a las reglas establecidas en el Código Procesal Civil para la ejecución de la contracautela." [el énfasis es nuestro] y en su artículo 40° señala que: "Son especialmente procedentes en el proceso contencioso administrativo las medidas cautelares de innovar y de no innovar."

CUARTO: En tal sentido, resolviendo los agravios formulados por la parte apelante es necesario señalar, en primer lugar, que la medida cautelar es una institución procesal a través de la cual se busca garantizar el cumplimiento del fallo definitivo, puesto que con ella se adelantan algunos efectos del fallo o se aseguran las condiciones materiales existentes a la interposición de la demanda a fin que no sean modificadas, y siendo que las disposiciones del Código Procesal Civil vigente son aplicables en forma supletoria a los procesos contenciosos administrativos, tenemos que resulta pertinente expresar que el artículo 611° del referido cuerpo normativo dispone que: "El juez, atendiendo a la naturaleza de la pretensión principal y a fin de lograr la eficacia de la decisión definitiva, dicta medida cautelar en la forma solicitada o en la que considere adecuada, siempre que, de lo expuesto y la prueba presentada por el demandante, aprecie: 1. La verosimilitud del derecho invocado. 2. La necesidad de la emisión de una decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso o por cualquier otra razón justificable. 3. La razonabilidad de la medida para garantizar la eficacia de la pretensión. La medida dictada sólo afecta bienes y derechos de las partes vinculadas por la relación material o de sus sucesores, en su caso. La resolución precisa la forma, naturaleza y alcances de la contracautela. La decisión que ampara o rechaza la medida cautelar es debidamente motivada, bajo sanción de nulidad." y en su artículo 612°

establece que: “Toda medida cautelar importa un prejuzgamiento y es provisoria, instrumental y variable.” [el énfasis es nuestro].

QUINTO: Siendo así, en cuanto al carácter instrumental de la Medida Cautelar, Calamandrei⁸ ha explicado que: *“(.) en las providencias cautelares, más que la finalidad de actuar del derecho, es la finalidad inmediata de asegurar la eficacia práctica de la providencia definitiva que servirá a su vez para actuar el derecho. La tutela cautelar es en relación al derecho sustancial, una tutela mediata: más que hacer justicia contribuye a garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia. Si todas las providencias jurisdiccionales son un instrumento del derecho sustancial que se actúa a través de ellas, en las providencias cautelares se encuentra una instrumentalidad cualificada, o sea elevada, por así decirlo, al cuadrado; son en efecto de una manera inevitable, un medio predispuesto para el mejor éxito de la providencia definitiva, que a su vez es un medio para la actuación del derecho; esto es, en relación a la finalidad última de la función jurisdiccional, instrumento del instrumento.”* Es decir, que la instrumentalidad de la medida cautelar se sostiene en que nace al servicio del proceso principal, subordinada siempre a las resultas de éste. En consecuencia, será en el proceso principal donde será mejor evaluada la pretensión del demandante, tanto fáctica como jurídicamente, teniendo en consideración los medios probatorios adjuntados en él.

SEXTO: Al respecto, de los argumentos expuestos en la solicitud cautelar se observa que el tema principal y de fondo versa sobre el procedimiento sancionador iniciado en contra de la demandante: Desarrollo Terrestre S.A. al imputársele haber incurrido en la infracción prevista en el literal f) del numeral 7.1 del artículo 7° de la Ley N° 29022 - Ley para el Fortalecimiento de la Expansión de Infraestructura en Telecomunicaciones: *no cumplir con los lineamientos de mimetización*; por lo cual, mediante Resolución de Subgerencia de Autorizaciones Urbanas⁹ N° 750-2018, se le canceló la Autorización para la instalación de infraestructura de telecomunicaciones, aprobada automáticamente bajo expediente N° 371932-2017 de fecha 18 de diciembre de 2017. Por otro lado, para demostrar el requisito de Verosimilitud del Derecho Invocado la apelante ha señalado básicamente que: i) *ha demostrado en su solicitud cautelar que la estructura de telecomunicaciones CT 52 se encuentra conforme a las opciones de mimetización previstas en el Decreto Supremo N° 003-2015-MTC*; ii) *la Resolución que declara la nulidad de oficio de la autorización de aprobación automática otorgada para la instalación de infraestructura de telecomunicaciones, es nula puesto que fue emitida por un órgano administrativo que no se encontraba habilitado para hacerlo*, ya que fue el mismo que otorgó la mencionada Autorización y de acuerdo al artículo 202.2° de

⁸ CALAMANDREI, Piero. Introducción al estudio sistemático de las medidas cautelares. Buenos Aires, El Foro, 1996, p. 45.

⁹ Véase a fojas 190

la Ley N° 27444 correspondía que un órgano superior declarase la nulidad de oficio¹⁰.

SÉPTIMO: Realizando el análisis de la resolución apelada, se advierte que el A-quo en los fundamentos DÉCIMO QUINTO y DÉCIMO SEXTO arriba a la conclusión que la Subgerencia de Autorizaciones Urbanas es el órgano competente para emitir la resolución que declara la nulidad de oficio de la autorización otorgada automáticamente a la demandante, de acuerdo a lo dispuesto en el Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA), aprobado por la Ordenanza N° 2008-MML¹¹, y el Manual de Organización y Funciones de la Gerencia de Desarrollo Urbano aprobado por Resolución de Gerencia N° 013-2012-MML-GDU, de fecha 01 de marzo de 2012; además señala que los medios probatorios que anexa a su solicitud cautelar devienen en insuficientes para acreditar la alegación de que su infraestructura de telecomunicaciones cumple con mimetizarse con el entorno urbano, refiriéndose sobre todo a las fotografías que obran insertas a fojas 183, 194 y 195 de autos (Fundamento DÉCIMO SÉTIMO). Por esa razón el Juez de Primer Grado no encuentra que se haya probado la verosimilitud del derecho invocado, no lográndose desvirtuar la legalidad de la Resolución de Subgerencia de Autorizaciones Urbanas N° 750-2018, tal como alega la demandante.

OCTAVO: En ese sentido, esta Sala Superior coincide con la posición del Juzgado, pues la verosimilitud del derecho debe desprenderse directamente de los argumentos y pruebas aportadas por la peticionante, de tal manera que tengan una consistencia que permitan al Juez valorar en esa instancia provisional y urgente la existencia de un razonable orden de probabilidades de que le asista razón en el derecho solicitado; lo cual no ha podido demostrarse en el caso concreto.

Es así que, respecto a lo alegado por la recurrente, sobre el hecho que el formulario que contiene su solicitud de autorización, fue presentado ante la Subgerencia de Autorizaciones Urbanas, lo cual consta del sello de recepción (véase a fojas 7), y con ello pretende probar que fue ese órgano administrativo que directamente otorgó la autorización respectiva y que por lo tanto no estaba

¹⁰ Ley N° 27444: Artículo 202: Nulidad de oficio.- 202.2 La nulidad de oficio solo puede ser declarada por el funcionario jerárquico superior al que expidió el acto que se invalida. Si se tratara de un acto emitido por una autoridad que no está sometida a subordinación jerárquica, la nulidad es declarada por resolución del mismo funcionario.

Además de declarar la nulidad, la autoridad puede resolver sobre el fondo del asunto de contarse con los elementos suficientes para ello. En este caso, este extremo sólo puede ser objeto de reconsideración. Cuando no sea posible pronunciarse sobre el fondo del asunto, se dispone la reposición del procedimiento al momento en que el vicio se produjo. En caso de declaración de nulidad de oficio de un acto administrativo favorable al administrado, la autoridad, previamente al pronunciamiento, le corre traslado, otorgándole un plazo no menor de cinco (5) días para ejercer su derecho de defensa.

¹¹ Ordenanza que aprueba la modificación del Texto Único de Procedimientos Administrativos - TUPA de la Municipalidad Metropolitana de Lima adecuado a la modificación de la Ley N° 29022, mediante Ley N° 30228; y el Decreto Supremo N° 003-2015-MTC; e incorpora cuadro de infracciones y sanciones. Publicada el 07 de diciembre del 2016.

habilitado para declarar la nulidad de oficio de la misma; ello no sería así, puesto que "ese sello" sólo indica que el mencionado formulario fue dejado en la Mesa de Partes de la entidad, como pasamos a explicar:

i. De acuerdo al Reglamento de Organización y Funciones, de la Municipalidad Metropolitana de Lima¹² (desde ahora ROF), dentro de los Órganos de Línea de la Municipalidad Metropolitana de Lima, se encuentra la Gerencia de Desarrollo Urbano, que a su vez se encuentra conformada por unidades orgánicas, entre las que se encuentra la Subgerencia de de Autorizaciones Urbanas (artículo 90° del ROF) que es el órgano responsable de **administrar** los procesos de otorgamiento de licencia de obra, nomenclatura, numeración; Conformidad de Obra y Declaratoria de Edificación, que se efectúen en los inmuebles del Cercado de Lima; así como, autorizar en la vía pública la ejecución de obras y la ubicación de anuncios publicitarios de conformidad con las normas vigentes (artículo 95° del ROF) y dentro de sus funciones y atribuciones está la de otorgar autorizaciones para la ejecución de obras en la vía pública o zonas aéreas (numeral 14 del artículo 95° del ROF).

ii. De acuerdo al Manual de Organización y Funciones de la Gerencia de Desarrollo Urbano¹³ (desde ahora MOF) la Subgerencia de de Autorizaciones Urbanas está compuesta por siete Divisiones¹⁴, entre las que se encuentra la División de Obras y Redes Públicas, encargada de "Emitir Autorizaciones de Ejecución de Obra en Áreas de Uso Público y Conformidades de Obra" entre otros, y depende directamente del Subgerente.

iii. De acuerdo a la Ordenanza N° 2008-MML que aprueba la Modificación del TUO de Procedimientos Administrativos de la Municipalidad Metropolitana de Lima, adecuado a la modificación de la Ley N° 29022, mediante Ley N° 30228; y al Decreto Supremo N° 003-2015-MTC que incorpora el cuadro de infracciones y sanciones; ha quedado establecido que en materia recursiva, la Subgerencia de Autorizaciones Urbanas es quien debe resolver el recurso de apelación, como órgano de segunda instancia, puesto que el órgano de primera instancia es la División de Obras y Redes Públicas, instancia que se encarga de emitir las autorizaciones para ejecución de obras en aéreas de uso público.

¹² Aprobado por Ordenanza N°812 Organigrama y modificatorias

¹³ Aprobado por Resolución de Gerencia N° 013-2012-MML/GDU, de fecha 01 de marzo del 2012.

¹⁴ La Subgerencia de Autorizaciones Urbanas está compuesta por: 1) División de obras y redes públicas, 2) División de anuncios y publicidad exterior, 3) División de gestión de licencias de edificación, 4) División de edificaciones, 5) División de control de edificaciones, 6) División de nomenclatura y numeración, y 7) División de declaratoria de fabrica.

NOVENO: De la descripción antes detallada, se colige que la Mesa de Partes de la Subgerencia de de Autorizaciones Urbanas, atiende y recepciona diferentes documentos que luego se clasificarán y repartirán como corresponda entre las siete 'Divisiones' que la componen; en el caso concreto, el formulario ingresado por la solicitante, recayó en la División de Obras y Redes Públicas, conforme al cual se dio inicio al procedimiento de la autorización solicitada, lo cual se corroboraría con la Carta N° 6105-2017-MML-GDU-SAU-DORP¹⁵, proveniente de la División de Obras y Redes Públicas (según pie de página del documento enunciado) de fecha 26 de diciembre del 2017, que le comunica al representante legal de Desarrollos Terrestres Perú S.A., que se ha iniciado las correspondientes acciones de fiscalización posterior a la documentación presentada.

En ese contexto, la División de Obras y Redes Públicas, es el órgano administrativo adscrito a la Subgerencia de Autorizaciones Urbanas, tal como lo señala el MOF de la Gerencia de Desarrollo Urbano, que inició la fiscalización correspondiente; es por ello que, la empresa presenta sus descargos¹⁶ ante este órgano de primera instancia (*nótese a quien va dirigidos los descargos del documento de fojas 172*); conforme al artículo 211.2° del TUO de la Ley N° 27444¹⁷; y, en virtud del principio de la doble instancia, quien resuelve es el órgano superior que en este caso corresponde a la Subgerencia de Autorizaciones Urbanas, conforme a lo indicado en el TUPA de la Municipalidad de Lima; con lo cual, queda demostrado que la resolución administrativa cuestionada (*Resolución de Subgerencia de Autorizaciones Urbanas N° 750-2018, de fecha 27 de abril del 2018*) habría sido emitida conforme a Ley y respetando el principio del debido procedimiento, por lo que no incurre en causal de nulidad.

DÉCIMO: Finalmente respecto a la infracción propiamente dicha, no se cuenta con elementos suficientes que desvirtúen la imputación hecha; toda vez que, de las fotografías presentadas como medio de prueba tendientes a probar que la estructura instalada se mimetiza con el paisaje urbano, (a fojas 232-233 de la medida cautelar) por el momento, por sí solos no logran rebatir los argumentos fácticos y jurídicos de la Resolución de Subgerencia de Autorizaciones Urbanas N° 750-2018; en todo caso, en el proceso principal se podrá realizar un análisis más profundo del hecho, puesto que se cuenta con el expediente administrativo que podría contener piezas procedimentales relevantes; que coadyuvarán a la consecución de un pronunciamiento de fondo, por parte del Juez, basado en instrumentos probatorios que generen certeza técnico-jurídica; en tal sentido, la

¹⁵ Véase a fojas 171

¹⁶ Véase a fojas 172.

¹⁷ Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, aprobado el 20 de marzo del 2017

320

decisión a la que arriba el A-quo está acorde a derecho y suficientemente motivada en la resolución materia de apelación, por lo que debe ser confirmada.

UNDÉCIMO: Al no haber acreditado el primer y esencial requisito para otorgar la medida cautelar, esto es, la verosimilitud del derecho que ha invocado, resulta innecesario pronunciarse sobre los demás requisitos de procedencia de la Medida Cautelar.

Por las consideraciones expuestas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por ley;

SE RESUELVE:

CONFIRMAR la Resolución N° 02, de fecha 24 de enero del 2019, que **RECHAZA** la Medida Cautelar solicitada por Desarrollos Terrestres S.A., disponiéndose el archivo definitivo de los actuados, consentida y/o ejecutoriada que sea la presente resolución. **Notifíquese y devuélvase.-**

ACS Assr.

Dr. GUINER
SECRETARIO TITULAR
Primera Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

6 AGO 2019

2 - Céd
2 - Hoja
2/8/19

Anexo 10



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
PRIMERA SALA ESPECIALIZADA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
DE LIMA**

**S.S. ARRIOLA ESPINO
BONILLA CEROA
MONTROYA MUÑOZ**

Expediente N° : 4000-2020-66

Demandante : RALVA E.I.R.L.
**Demandado : ORGANISMO SUPERVISOR DE LAS CONTRATACIONES
DEL ESTADO - OSCE**
Materia : ACCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA
Motivo : APELACIÓN DE AUTO (MEDIDA CAUTELAR)

Resolución Número TRES

Lima, veinticinco de junio del año dos veintiuno.-

AUTOS y VISTOS: Interviniendo como ponente
la señora Juez Superior Arriola Espino.

Es materia de apelación, la **resolución número dos** de fecha primero de diciembre del dos mil veinte¹, que resuelve **RECHAZAR** la solicitud cautelar; disponiéndose que una vez consentida sea la presente resolución, se remita el presente cuaderno al archivo definitivo; y,

ATENDIENDO:

¹ Obrante de fojas 127 a 142

PRIMERO: Por escrito de fecha veintitrés de diciembre del dos mil veinte², la empresa demandante interpuso recurso de **apelación** contra la resolución número dos de autos, argumentando como agravios los siguientes:

- a) Para el juzgado queda claro que de no haber mediado un supuesto de suspensión del plazo de prescripción, la posibilidad de sancionar la infracción supuestamente cometida por su representada ha prescrito el diez de julio del dos mil dieciocho. Hasta allí están de acuerdo; sin embargo, para el juzgado el requisito de verosimilitud del derecho es equiparable a una plena acreditación, en grado de certeza, de los hechos que sustentan el pedido cautelar, no obstante que lo único que se debe acreditar es la existencia o no de un supuesto de suspensión del plazo de prescripción; más aún si en la Resolución N° 1612-2020-TCE-S3 que resolvió su recurso de reconsideración se pronunció sobre su argumento de prescripción; por lo que no se requiere mayor documentación que la que obra en el expediente.
- b) Refiere que del el plazo prescriptorio es de tres años y se cumplió o debió haberse cumplido el diez de julio del dos mil dieciocho; por lo que es necesario el análisis minucioso y detenido de la normativa en materia de la Ley de Contrataciones del Estado, debido a que el plazo de prescripción ha operado incluso en supuestos de suspensión del mismo.
- c) Señala que se ha realizado un incorrecto análisis respecto del peligro de la demora, debido a que se les ha sancionado con inhabilitación temporal de once meses y con una multa, pese a que dicha sanción ya se encontraba prescrita; entonces no puede decirse que no hay peligro en la demora y el análisis del juez no se ajusta a derecho porque no analiza que la sanción ya había quedado prescrita y las consecuencias de la multa e inhabilitación que sufre el administrado.

SEGUNDO: Sobre el caso de autos, se advierte que mediante escrito de fecha dieciocho de octubre del dos mil veinte³, subsanado con escrito de fecha trece de noviembre del mismo año⁴, el apoderado de RALVA E.I.R.L., solicitó que se le conceda la **Medida Cautelar de No Innovar**, peticionando que se disponga la

² Obrante de fojas 145 a 155

³ Obrante de fojas 108 a 121

⁴ Obrante a fojas 126

suspensión de los efectos jurídicos de la **Resolución N° 01612-2020-TCE-S3** de fecha cuatro de agosto del dos mil veinte, que declaró infundado el recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución N° 1373-2020-TCE-S3 de fecha siete de julio del dos mil veinte; de la **Resolución N° 1373-2020-TCE-S3** de fecha siete de julio del dos mil veinte, en cuanto dispuso sancionarlo con una multa de S/. 192,373-40 nuevos soles; asimismo, se suspenda los efectos de la Resolución N° 1373-2020-TCE-S3 en el extremo que dispone la suspensión de los derechos de participar en cualquiera de los procedimientos de selección, procedimientos para implementar o extender la vigencia de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco y de contratar con el Estado, en el plazo de once meses.

TERCERO: Al respecto, se debe precisar que, para el dictado de una medida cautelar, es necesario observar la concurrencia de los presupuestos objetivos que la Ley ha previsto al respecto; así pues, en el caso de los procesos Contenciosos Administrativos, el artículo 38° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584, establece que la medida cautelar podrá ser dictada antes de iniciado un proceso o dentro de éste, siempre que se destine a asegurar la eficacia de la decisión definitiva.

CUARTO.- Que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 38° y 39° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584, concordante con el artículo 611° del Código Procesal Civil, para la concesión de una medida cautelar, se requiere la concurrencia de ciertos requisitos, tales como: **a) verosimilitud o apariencia del derecho invocado**, el cual se traduce en el convencimiento del Juez (sumariamente y sobre la base de la prueba aportada) de que la pretensión propuesta por la parte demandante cuenta con alguna posibilidad de éxito; lo que en doctrina se conoce como el "**fumus bonis iuris**", es decir, aquel rasgo o aspecto exterior del derecho o de lo que es lo mismo, la razonable probabilidad de que el derecho que se reclama en principio exista; **b) peligro en la demora del proceso -o periculum in mora-**; es decir, la necesidad de evacuar la decisión preventiva por constituir el retardo un serio peligro o por cualquier otra razón justificable; y **c) que el pedido cautelar sea adecuado o razonable para garantizar la eficacia de la pretensión**; esto es, garantizar la eficacia de la pretensión; más aún, el Juez al dictar medida cautelar debe atender al límite de irreversibilidad de la medida.

QUINTO.- Sin perjuicio de lo expuesto, del análisis de la demanda presentada en el proceso principal *-Expediente N° 4000-2020-* y que en copia simple obra de fojas uno a veintitrés, se advierte que la empresa demandante pretende como pretensión principal la nulidad de la Resolución N° 01612-2020-TCE-S3 de fecha cuatro de agosto del dos mil veinte, que declaró infundado el recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución N° 1373-2020-TCE-S3 de fecha siete de julio del dos mil veinte; y como pretensión accesoria solicita la nulidad de la Resolución N° 1373-2020-TCE-S3 de fecha siete de julio del dos mil veinte, en cuanto la sanciona con una multa de S/. 192,373-40 nuevos soles, y dispone la suspensión de los derechos de su empresa para participar en cualquiera de los procedimientos de selección, procedimientos para implementar o extender la vigencia de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco y de contratar con el Estado, en el plazo de once meses

SEXTO.- Que, a efectos de verificar si la solicitud cautelar cumple con los requisitos antes señalados, los que para su acreditación quedan circunscritos al terreno de la probabilidad y no de la certeza, resulta pertinente analizar si los fundamentos expuestos por la solicitante se encuentran debidamente acreditados como para estimar el otorgamiento de la medida cautelar.

SÉTIMO.- En lo que se refiere a la verosimilitud del derecho, la recurrente refiere que la infracción fue cometida el diez de julio del dos mil quince, con lo cual, salvo algún supuesto de suspensión, la misma habría prescrito el diez de julio del dos mil dieciocho; por lo que resultaría aplicable el artículo 224° del Decreto Supremo N° 056-2017-EF, debido a que el tres de noviembre del dos mil diecisiete interpuso una denuncia, cuando ya estaba vigente el Decreto Supremo precitado, por lo que se suspendió el plazo de prescripción, y al tres de noviembre del dos mil diecisiete ya habían transcurrido dos años, tres meses y veintiséis días; es decir para que prescriba la sanción faltarían ocho meses y cuatro días. El dieciocho de abril del dos mil dieciocho se reanudó el plazo de prescripción, lo cual significa que la sanción prescribió el veintidós de diciembre del dos mil dieciocho.

En cuanto al peligro en la demora señala que se ve afectado por la exorbitante multa, así como la afectación a la imagen empresarial al no contratar con el Estado al ser suspendido para participar en cualquier procedimiento de selección,

procedimiento para implementar o extender la vigencia de los Catálogos Eléctricos de Acuerdo Marco y de contratar con el Estado.

OCTAVO.- En ese contexto, respecto a la **verosimilitud del derecho**, se debe precisar que la medida cautelar se concede porque simplemente prima facie; es decir, preliminarmente su pretensión o derecho invocado parece amparable. No basta únicamente la apreciación de que podrían producirse daños derivados por la demora del proceso; sino que se exige la casi certeza del derecho, es decir, la existencia de medios de prueba fehacientes e indubitables que demuestren la urgencia y la necesidad extrema e impostergable de concederla; **resultando necesario además que el Juez evalúe si es probable que en el futuro se vaya a dictar una sentencia a favor de quien solicitó la medida cautelar.** Dicho en otras palabras, la recurrente está en la obligación de probar que la pretensión principal *-que se intenta asegurar o garantizar-* tiene una posibilidad razonable de ser declarada fundada al pronunciarse la sentencia, pues la urgencia que es el verdadero fundamento para legitimar la jurisdicción cautelar impone que el Juzgador decida basado en cognición sumaria y superficial, carente de seguridad de un juzgamiento fundado en prueba plena, capaz de conducir a juicio de certeza.

NOVENO.- Analizando los argumentos esbozados por la empresa recurrente en la presente medida cautelar, se advierte que los mismos están referidos a cuestionar el fondo de la controversia referido a la **prescripción de la sanción.** Sobre ello, debemos precisar que si bien, de la **Resolución N° 01612-2020-TCE-S3** de fecha cuatro de agosto del dos mil veinte⁵, y la **Resolución N° 1373-2020-TCE-S3** de fecha siete de julio del dos mil veinte⁶, *-que entre otros, sancionó a la empresa RALVA E.I.R.L., con una multa de S/.192,373.40 nuevos soles, por su responsabilidad en incumplir injustificadamente con su obligación de perfeccionar el contrato; disponiéndose como medida cautelar, la suspensión de los derechos para participar en cualquier procedimiento de selección, procedimientos para implementar o extender la vigencia de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco y de contratar con el Estado, por el plazo de once (11) meses, (...)-*, en la **Licitación Pública N° 001-2015-MDI/CE - Primera Convocatoria** para la **"Elaboración de Expediente Técnico y Ejecución de la Obra Mejoramiento de los servicios de la IES Agropecuario del Centro Poblado de Ituata, distrito de Ituata Carabay Puno"**, **se determinó la supuesta responsabilidad administrativa de los integrantes del Consorcio, por haber**

⁵ Obrante de fojas 74 a 90

⁶ Obrante de fojas 44 a 65

incumplido injustificadamente con su obligación de perfeccionar el contrato, hecho que se habría producido el **diez de julio del dos mil quince**, cuando se encontraba vigente la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF; sin embargo, la nulidad de las resoluciones administrativas antes indicadas *-que resolvieron el procedimiento administrativo sancionador y la prescripción alegada por la solicitante en sede administrativa-*, **se vienen cuestionando en el proceso principal.**

DÉCIMO.- En tal sentido, a fin de evaluar la concurrencia del primer requisito; esto es, la apariencia del derecho invocado en la pretensión cautelar, cabe delimitar que la información puntual que la entidad demandada analizó respecto al procedimiento sancionador, no hace más que demostrar que por ahora ***no existe el grado de verosimilitud necesaria para la concesión de la medida cautelar;*** toda vez que lo alegado por la peticionante no enerva lo detectado por la Administración. Y, si bien, basa su defensa en que el tres de noviembre del dos mil diecisiete interpuso una denuncia, con lo cual se suspendió el plazo de prescripción; también lo es, que para poder resolver ello, corresponde analizar y determinar la norma vigente que regulaba el tema de la prescripción cuando sucedieron los hechos materia de infracción; siendo así, teniendo en consideración que, en todo caso, ***una interpretación diversa del mismo, requiere del análisis de los medios probatorios que correspondería debatirse en el proceso principal, al constituir un aspecto relativo al fondo de la controversia, y no en una estación de cognición sumaria como es la vía cautelar,*** los hechos en los que la solicitante basa su pretensión, no resultan suficientes para determinar la probabilidad de que a la accionante le asiste lo que solicita; por lo que la presente medida cautelar no debe ser concedida.

DÉCIMO SEGUNDO.- En tal sentido, habiéndose determinado que la verosimilitud del derecho invocado es inexistente, no procede analizar la presencia de los demás elementos como el peligro en la demora y la razonabilidad de la medida, ya que para el dictado de una medida cautelar se requiere indefectiblemente la presencia conjunta de estos tres elementos; motivo por el cual debe confirmarse la resolución apelada.

Por estas consideraciones;

SE RESUELVE:

CONFIRMAR la resolución número dos de fecha primero de diciembre del dos mil veinte, que resuelve **RECHAZAR** la solicitud cautelar; disponiéndose que una vez consentida sea la presente resolución, se remita el presente cuaderno al archivo definitivo. **Notificándose.-**

MAE/nmb

Anexo 11

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
SEGUNDA SALA ESPECIALIZADA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
Avenida Nicolás de Piérola N° 675- 3er. Piso, Cercado de Lima

CERNA LANDA
VALER
FERNANDEZ
VILLANUEVA
RIVERA

CUADERNO DE MEDIDA CAUTELAR.

Demandante : Desarrollos Terrestres Perú S.A.
Demandado : Municipalidad Metropolitana de Lima – MML.
Materia : Nulidad de Resolución Administrativa
Proceso : Cautelar.

EXPEDIENTE N° 05816-2019-3-1801-JR-CA-05
(N° Ref. Sala: 00967-2020-3)

RESOLUCIÓN N° CUATRO

Lima, nueve de junio de dos mil veintiuno.-

AUTOS y VISTOS; interviniendo como ponente el Señor Juez Superior Víctor Raúl Villanueva Rivera; y, **CONSIDERANDO:**

PRIMERO.- Que, es **materia de grado** la Resolución N° 01 de fecha 02.09.2019¹, que resuelve: "**RECHAZAR** el pedido de la Medida Cautelar solicitado por **DESARROLLOS TERRESTRES S.A.**". Ello en mérito del recurso de **apelación**² interpuesto por la parte demandante; y concedido por Resolución N° 02 de fecha 22.01.2020³, con efecto suspensivo.

SEGUNDO.- Que, el apelante expresa en síntesis como **agravios** que:

"[...] **(i)** se incurre en una vulneración al principio de legalidad de los actos administrativos, regulado en el artículo IV, numeral 1.1, del Título preliminar del TUO de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, así como en una aplicación errónea e indebida de lo dispuesto en el artículo 211; inciso 211.2, del mismo cuerpo normativo, al concluirse equivocadamente mediante la resolución impugnada que la nulidad de oficio de la autorización otorgada a **DESARROLLOS TERRESTRES** para la instalación de nuestra estación de radiocomunicación ha sido declarada válidamente por la Subgerencia de Autorizaciones Urbanas de la **MUNICIPALIDAD DE LIMA**, al ser –supuestamente- el órgano superior al que emitió dicha autorización. **(ii)** Se incurre en una afectación al debido proceso, pues para la determinación de la verosimilitud de nuestro derecho, el A Quo establece arbitrariamente un estándar de exigencia similar al que debe efectuarse para el examen de nuestras pretensiones en el proceso principal. **(iii)** El A Quo no ha valorado debidamente los fundamentos y medios probatorios que acreditan el peligro en la demora. [...]".

TERCERO.- Que, de las copias del presente cuaderno, se puede apreciar:

1. Por **escrito** presentado el 16.08.2019⁴, la empresa solicitante peticona: "(...) solicitamos se nos conceda una **MEDIDA CAUTELAR DE NO INNOVAR** para

¹ De fojas 126 a 133.

² De fojas 138 a 156.

³ A Fojas 157.

⁴ De fojas 89 a 125.

que se disponga la **SUSPENSIÓN** de los efectos de la **Resolución de Subgerencia de Autorizaciones Urbanas N° 275-2019** de fecha 15 de febrero de 2019 -que declaró nula la autorización otorgada a nuestra empresa para la instalación de una estación de la "Estación de Telecomunicación LIC 0181" (en adelante, "**Estación de Telecomunicación LIC 0181**") en la Avenida La Encalada del distrito de Santa Anita-, así como de todas las resoluciones derivadas de ella que se emitan como consecuencia su ejecución, entre los que se encuentra el posible inicio de un procedimiento sancionador por la **MUNICIPALIDAD DE LIMA** como consecuencia de la anulación de la autorización que nos fue otorgada inicialmente."

2. Por **Resolución N° 01 de fecha 02.09.2019**⁵, -materia de grado- se resuelve: "**RECHAZAR** el pedido de la Medida Cautelar solicitado por **DESARROLLOS TERRESTRES S.A.**"

CUARTO.- Que, todo juez, a pedido de parte puede dictar medida cautelar antes de iniciado un proceso y dentro de éste, destinado a asegurar el cumplimiento de una decisión definitiva, máxime si se tiene en cuenta que esta importa un prejuzgamiento y es previsoría, instrumental y variable, conforme lo estatuye los artículos 608° y 612° del Código Procesal Civil, aplicable de manera supletoria al caso de autos.

QUINTO.- Que, de igual forma a tenor de lo previsto por el artículo 611° del glosado dispositivo legal, el juez siempre que de lo expuesto y **prueba anexa** considere verosímil el derecho invocado y necesaria la decisión preventiva por constituir peligro en la demora del proceso, o por cualquier otra razón justificable, dictará medida cautelar en la forma solicitada la que considere adecuada atendiendo a la naturaleza de la pretensión principal.

SEXTO.- Que, uno de los contenidos del derecho a la tutela contencioso administrativa se encuentra el acceso a la tutela cautelar el cual tiene por propósito asegurar que la futura decisión estimativa que se dicte en el proceso contencioso administrativo iniciado o por iniciar. En tal sentido, a través de la medida cautelar lo que el solicitante pretende es asegurar que la futura sentencia a expedirse en forma favorable a sus intereses, sea efectiva.

SÉPTIMO: Que, para la procedencia de toda medida cautelar es necesario que concurren los presupuestos indicados en el punto precedente, esto es referente: **1)** a la verosimilitud o apariencia de fundabilidad del derecho discutido, **2)** al peligro en la demora de tutela efectiva; y **3)** la razonabilidad de la medida para garantizar la eficacia de la pretensión conjunta y determinante en relación directa con el petitorio de la acción, a fin que aquellas puedan surtir efectos de manera concreta.

OCTAVO: Que, en cuanto a la apariencia de fundabilidad o la verosimilitud del derecho sustancial del demandante, debe tenerse en cuenta que la medida cautelar tiene por objeto el aseguramiento de la eficacia de una futura decisión definitiva mediante actos de afectación que implican la injerencia en la esfera de derechos, bienes e intereses de la parte contraria (incluso mediante el empleo incluso de la fuerza pública y por ende contra de la voluntad del afectado); entonces, es razonable que para su concesión no baste la sola afirmación del derecho sustancial, pero

⁵ De fojas 126 a 133.

tampoco se exige la existencia de certeza o convicción plena de tal derecho, sino al menos la apariencia o probabilidad de que tal derecho pretendido sea declarado como tal en la futura decisión definitiva dictarse en el proceso principal. A decir de Raúl MARTÍNEZ BOTOS: *"Para obtener el pronunciamiento de una resolución cautelar que estime favorablemente una pretensión cautelar, en consecuencia, resulta suficiente la comprobación de la apariencia o verosimilitud del derecho invocado por el actor (tradicionalmente denominado fumus boni iuris), de modo tal que, según un cálculo de probabilidades, sea posible anticipar que en el proceso principal se declarará la certeza del derecho"*⁶, el fumus boni iuris (humo de buen derecho) o apariencia de la existencia o certeza del buen derecho debe ser invocado y acreditado (a nivel de probabilidad) por el actor. Este es el grado de conocimiento que se exige al órgano jurisdiccional para el dictado de las providencias cautelares.

NOVENO.- Que, en el caso de autos, en el presente cuaderno, se aprecia que el solicitante pretende se le otorgue medida cautelar de no innovar para que se suspenda los efectos de la **Resolución de Sub Gerencia de Autorizaciones Urbanas N° 275-2019** del 15.02.2019⁷, que declara la nulidad de oficio de la autorización de aprobación automática otorgada a la empresa demandante para la instalación de una estación de la Estación de Telecomunicaciones LIC 0181 en la Avenida Encalada del distrito de Santa Anita-. Tal resolución es emitida por la Sub Gerencia de Desarrollo Urbano.

DECIMO.- Que, en el presente cuaderno, de la evaluación de los actuados, no se evidencia, por ahora, la verosimilitud del derecho invocado, puesto que de manera preliminar no se encuentran los elementos conducentes a generar un juicio cognitivo respecto a la ilegalidad alegada, toda vez que conforme se puede advertir la entidad demandada, en el ejercicio de sus potestades de control, fiscalización o sanción, está facultada para disponer la cancelación o nulidad de la autorización de aprobación otorgada cuando se incumpla con alguna de las condiciones establecidas en el Decreto Supremo N° 003-2015-MTC, en el numeral 7.1 literal f) y g) del artículo 7° de la Ley N° 29022, en el artículo 15° inciso b) de la Ley N° 29022 modificada por la Ley N° 30228 y en el presente caso al parecer el recurrente no cumpliría las condiciones necesarias para lo solicitado, situación que será materia de análisis en el principal, al verificar en atención al expediente administrativo y demás actuados obrantes, si es que la entidad demandada adecua a derecho su decisión de declarar nulidad de oficio, respecto a su solicitud de autorización de aprobación automática otorgada a la empresa recurrente para la instalación de infraestructura de telecomunicaciones, y de ser así, si ello afecta los derechos constitucionales que alegue se ha vulnerado.

DECIMO PRIMERO.- Que, de otro lado, respecto a la cuestionada competencia de la Subgerencia de Autorizaciones Urbana de la Municipalidad Metropolitana de Lima para declarar la nulidad de oficio que se le otorgó a la empresa recurrente, debe señalarse que el **Reglamento de Organización y Funciones de la Municipalidad Metropolitana de Lima - Ordenanza N° 812**, de fecha 15.09.2005, en su artículo 1° establece: *"El presente Reglamento de Organización y Funciones (ROF) define la naturaleza,*

⁶ MARTINEZ BOTOS, Raúl: *"Medidas Cautelares"*; Editorial Universidad; Buenos Aires, 1990; p. 45.

⁷ A folios 78 a 82.

finalidad, objetivos, funciones, atribuciones, organización y relaciones de la Municipalidad Metropolitana de Lima y de los órganos que lo conforman, así como la relación de este con las Instituciones y Empresas bajo su ámbito”.

Asimismo, en su artículo 90° señala: “La Gerencia de Desarrollo Urbano está conformada por las unidades orgánicas siguientes:

- Subgerencia de Planteamiento y Habilitaciones Urbanas.
- Subgerencia de Adjudicación y Saneamiento Legal de Tierras.
- **Subgerencia de Autorizaciones Urbanas.**

Además, el artículo 96° señala: “Son funciones y atribuciones de la Subgerencia de Autorizaciones Urbanas las siguientes:

(...) **14. Otorgar Autorizaciones para la ejecución de obras en la vía pública o zonas aéreas”.**

También lo es que **en la fecha de presentación del FUIT esto es el 17.10.2018 se encontraba vigente la Ordenanza N° 2008 – ORDENANZA QUE APRUEBA LA MODIFICACIÓN DEL TEXTO ÚNICO DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS - TUPA DE LA MUNICIPALIDAD METROPOLITANA DE LIMA ADECUADO A LA MODIFICACION DE LA LEY N° 29022, MEDIANTE LEY N° 30 228; Y EL DECRETO SUPREMO N° 003-2015-MTC; E INCORPORA CUADRO DE INFRACCIONES Y SANCIONES, publicada el 07.12.2016, norma que ordena incorporar el Procedimiento Administrativo "Autorización para la expansión de infraestructura de Telecomunicaciones en áreas de dominio Público", en el Texto Único de Procedimientos administrativos, aprobado mediante la Ordenanza N° 1874; señalando de manera taxativa en el Anexo 3, 38.1 A, respecto de la “Autorización para la Expansión de Infraestructura de Telecomunicaciones en Área de Dominio Público” que la autoridad competente para resolver tal autorización, es la División de Obras y Redes Públicas, ente dependiente de la Subgerencia de Autorizaciones Urbanas. Por lo tanto dicha Sub Gerencia no carecería de competencia.**

DECIMO SEGUNDO.- Que, por lo tanto, de una interpretación sistemática de las normas aplicables para el caso en concreto, si bien es cierto que conforme al **artículo 17° del Decreto Supremo N° 003-2015-MTC** - Reglamento de la Ley N° 29022, **concordante con el artículo 31°⁸ de la Ley N° 27444**, aplicable al caso, por principio de temporalidad, señalan que en el procedimiento de aprobación automática, la solicitud es considerada aprobada desde el mismo momento de su presentación; pero además el artículo 31°, señala que tal aprobación debe ser otorgada por autoridad competente.

En ese contexto, en el caso de autos al momento de la presentación de la solicitud de Autorización de Instalación de Estación de Radiocomunicación de parte de Desarrollos Terrestres SA el 17.10.2018, la autoridad competente para el otorgamiento de la autorización, es la División de Obras y Redes Públicas y quien en fiscalización posterior podía declarar la Nulidad de Oficio, es la Subgerencia de Autorizaciones Urbanas, Órgano inmediatamente superior. Siendo ello así y dado que fue **la Subgerencia de Autorizaciones Urbanas**, como órgano superior jerárquico a la División de Obras y Redes Públicas, fue quien declaró **la nulidad de oficio de la autorización por aprobación automática** emitida por la División de Obras y Redes Públicas, mediante la impugnada **Resolución N° 275-2019 del 05.02.2019**⁹, se tiene

⁸ Artículo modificado por el Artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1272, publicado el 21 diciembre 2016, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 31.- Régimen del procedimiento de aprobación automática

31.1 En el procedimiento de aprobación automática, la solicitud es considerada aprobada desde el mismo momento de su presentación ante la entidad competente para conocerla, siempre que cumpla con los requisitos y entregue la documentación completa, exigidos en el TUPA de la entidad.

⁹ A folios 23 a 27.

que dicho acto no vulnera el Principio de Legalidad regulado en el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 2744 4; cumpliéndose además con lo establecido por el numeral 202.2¹⁰ del artículo 202° de la Ley N° 27444 – Ley de Procedimiento Administrativo General, toda vez que, según el Organigrama Estructural de la Municipalidad Metropolitana de Lima, el Superior Jerárquico para declarar la Nulidad de Oficio es la **Subgerencia de Autorizaciones Urbanas.**

DÉCIMO TERCERO.- Que, finalmente, no se advierte que exista apariencia (verosimilitud) en el derecho, si se tiene en cuenta que la Resolución Administrativa impugnada, Resolución de Subgerencia de Autorizaciones Urbanas N° 275-2019 de fecha 15.02.2019¹¹, goza de presunción de validez según el artículo 9° de la Ley N° 27444, correspondiendo en Sentencia con mayor acervo probatorio, determinar si la nulidad de oficio de la autorización de aprobación automática se encuentra o no con arreglo a derecho.

DECIMO CUARTO.- Que, al haberse verificado la inexistencia, del citado presupuesto de la tutela cautelar (apariencia de fundabilidad - verosimilitud), resulta innecesario analizar los demás presupuestos (peligro procesal, razonabilidad, proporcionalidad, etc.) en razón a que todos estos requisitos (conjuntamente con la verosimilitud del derecho) deben concurrir para conceder la medida cautelar, de modo que si falta uno de ellos, esta situación entonces hace innecesario analizar la concurrencia de los demás requisitos. Por lo que se concluye, que el Juez de primera instancia no ha incurrido en error al rechazar la pretensión cautelar.

PARTE RESOLUTIVA:

Por los fundamentos expuestos, la Segunda Sala Contenciosa Administrativa, resuelven; **CONFIRMARON** la Resolución N°01 de fecha 02.09.2019 ¹², que resuelve: **“RECHAZAR el pedido de la Medida Cautelar solicitado por DESARROLLOS TERRESTRES S.A.”. Notifíquese a las partes y devuélvase, por Secretaria, el presente cuaderno cautelar al juzgado de Primera Instancia remitente. -**

CERNA LANDA
RIVERA

VALER FERNANDEZ

VILLANUEVA

¹⁰ Artículo modificado por el Artículo 2 del Decreto Legislativo N°1272, publicado el 21 diciembre 2016, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 202. Nulidad de oficio

(...)

202.2 La nulidad de oficio solo puede ser declarada por el funcionario jerárquico superior al que expidió el acto que se invalida. Si se tratara de un acto emitido por una autoridad que no está sometida a subordinación jerárquica, la nulidad es declarada por resolución del mismo funcionario.

(...)

¹¹ De fojas 78 a 82.

¹² De fojas 126 a 133.



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
QUINTA SALA ESPECIALIZADA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO CON
SUBESPECIALIDAD EN TEMAS DE MERCADO

SUMILLA: “[...] la infracción existió en relación a que el Reglamento del Libro de Reclamaciones establece que puede ser establecimiento a cualquier medio virtual a través de los cuales un proveedor debidamente identificado desarrolla sus actividades económicas de venta de bienes o prestación de servicios. En ese sentido de la exposición de motivos del Decreto Supremo N° 006-2014-PCM, que modifica el Reglamento del Libro de Reclamaciones del Código de Protección y Defensa del Consumidor, aprobado por Decreto Supremo N° 011-2011-PCM establece que al sustentar el numeral 3.6 del artículo 3°, que define al proveedor virtual, se equipara la denominación portales web con el empleo de la internet y esto se debe a que, es de conocimiento público que la denominación web se asocia al internet. [...]”

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA LIMA - Sistema de Comunicaciones Electrónicas SINOE
DE TRIBUTARIOS,
cal: TORRES GAMARRA RAHIAN PERCY / Servicio Digital - Poder Judicial del Perú
chá: 30/09/2020 18:42:43, Razón: SOLUCIÓN JUDICIAL, D. Judicial: LIMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA LIMA - Sistema de Comunicaciones Electrónicas SINOE
DE TRIBUTARIOS,
cal: DAVILA BRONCANO Rosa Ana FAU 20159981216 soft
chá: 30/09/2020 20:40:19, Razón: SOLUCIÓN JUDICIAL, D. Judicial: LIMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA LIMA - Sistema de Comunicaciones Electrónicas SINOE
DE TRIBUTARIOS,
cal: NUNEZ RIVA Silvia Ysabel U 20159981216 soft
chá: 30/09/2020 19:29:16, Razón: SOLUCIÓN JUDICIAL, D. Judicial: LIMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

Expediente : 2865-2019-20
Demandante : Easy Taxi Perú S.A.C.¹
Demandados : Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual INDECOPI².
Materia : Protección al Consumidor. (Auto que resolvió rechazar la medida cautelar).
Apelante : Demandante
Procedencia : 26° Juzgado Contencioso Administrativo Con Subespecialidad en Temas de Mercado.

AUTO DE VISTA

Señores:
TORRES GAMARRA
DÁVILA BRONCANO
NÚÑEZ RIVA

RESOLUCIÓN NÚMERO SIETE
Lima, 18 de septiembre de 2020.

VISTOS: Puestos los autos para resolver el incidente de apelación de auto, estando a lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM ampliado temporalmente y por el cual se declara el Estado de Emergencia Nacional y se dispuso el aislamiento social obligatorio (Cuarentena), e interviniendo como Juez Superior ponente el Magistrado Torres Gamarra.

¹ En adelante, Easy Taxi.

² En adelante, INDECOPI.

RESOLUCIÓN MATERIA DE APELACIÓN

Viene en grado de apelación el **AUTO (RESOLUCIÓN DOS)** de fecha 02 de diciembre de 2019, obrante de fojas 222 a 228 del cuaderno cautelar electrónico, que resolvió rechazar la medida cautelar de no innovar solicitada por Easy Taxi consistente en que se disponga suspender los efectos de la Resolución N° 0203-2019/SPC-INDECOPI de fecha 23 de enero de 2019 que ordenó a la demandante: Como medida correctiva implementar el Libro de Reclamaciones en su aplicativo móvil, imponer una amonestación por infringir el artículo 150° del Código de Protección y Defensa del Consumidor, inscribir a Easy Taxi en el registro de infracciones y sanciones de INDECOPI y ordenar el pago de costas y costos del procedimiento a favor del Instituto de Derecho Ordenador del Mercado.

FUNDAMENTOS DEL AUTO IMPUGNADO

La resolución impugnada se fundamenta medularmente en lo siguiente:

1. En relación a la apariencia del derecho Easy Taxi alegó que la Resolución N° 0203-2019/SPC-INDECOPI vulneró el principio de tipicidad, puesto que el Código de Protección y Defensa del Consumidor ni el Reglamento del Libro de Reclamaciones, establecieron la obligación de tener un libro de reclamaciones virtual en el aplicativo móvil, por tanto INDECOPI no debía haber considerado la existencia de una infracción por analogía. El juez consideró que en el artículo 150° del Código de Protección y Defensa del Consumidor se establece que se debe implementar un libro de reclamaciones virtual, además en el Reglamento del Libro de Reclamaciones también se establecen condiciones para la implementación de un libro virtual como para el caso de Easy Taxi y el hecho de que las normas hablen de un portal web, se entiende que se prevé que portal web incluye accesos a los que se pueda llegar mediante dicho portal web, como es una aplicación móvil. Además consideró que el proveedor no probó contar con el libro de forma virtual, conforme lo exige la legislación para relaciones de consumo virtuales. Por tanto, preliminarmente no se advierte la aplicación de analogía por parte de INDECOPI, tal como lo alegó el solicitante.

2. En relación a que se debe diferenciar la obligación de contar con un libro de reclamaciones en un portal web y no en un aplicativo, el juez indicó que no era cierto que INDECOPI confundió portal web con una aplicación móvil, ya que INDECOPI considera que el portal web no es lo mismo que un aplicativo móvil. La razón para que se exija contar con un libro de reclamaciones virtual en el aplicativo móvil es que es un programa que se puede acceder mediante el portal web del proveedor, por tanto, al hablar de portal web se incluye en su definición a la de aplicativo móvil. Es más en el portal web de Easy Taxi, se da la opción de descargar el aplicativo móvil, por tanto si se accede al aplicativo móvil mediante el portal web de la empresa Easy Taxi, tiene sentido que se cuente con el libro de reclamaciones en el aplicativo móvil.

3. Easy Taxi indicó que en el ordenamiento jurídico vigente, no había obligación expresa de tener un libro de reclamaciones en una aplicación móvil, conforme se podía verificar en proyectos de ley en el congreso, los mismos que regularían la prestación de servicios por intermediación o geolocalización. Ante ello el *A quo* indicó que el hecho de que existan proyectos de ley, no implica que actualmente no exista la obligación de los proveedores de implementar el libro virtual, conforme lo establece el Código de Protección y Defensa del Consumidor, entonces con los argumentos expuestos no se acreditó la verosimilitud del derecho, no correspondiendo pronunciarse sobre los demás requisitos para la solicitud de una medida cautelar.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO IMPUGNATORIO

Easy Taxi mediante escrito de apelación de fecha 11 de diciembre de 2019, subsanado con el escrito de fecha 15 de enero de 2020, obrante de folios 230 a 238 y de 241 a 242 del cuaderno cautelar electrónico, expone como agravios:

1. Considera que la resolución apelada carece de debida motivación (Falta de motivación interna y externa del razonamiento) puesto que es un error del juzgado indicar que durante el procedimiento administrativo, Easy Taxi no cuestionó que participaba en relaciones de consumo. Sustentó que en el escrito de apelación contra la Resolución N.º 699-2018/CC2, sí cuestionó que no era un proveedor virtual, de acuerdo a lo considerado en el artículo 3.6 del Reglamento del Libro de Reclamaciones, manifestando que Easy Taxi no establecía relaciones de consumo mediante su página web: www.easytaxi.com.pe. Entonces considera que durante todo el procedimiento alegó que Easy Taxi no es un proveedor virtual al no tener las características del artículo 4B del Reglamento del Libro de Reclamaciones. Entonces considera que al negar contar con la categoría de proveedor virtual, no afirmó que generan relaciones de consumo al realizar sus actividades. Considera que no existe una relación de consumo conectar a un usuario pasajero con un usuario conductor. Por tanto, es un error del juzgado sostener que Easy Taxi forma parte de una relación de consumo, para considerar que no existe verosimilitud en el derecho en su solicitud cautelar.

2. Consideró que INDECOPI sancionó a Easy Taxi por analogía, puesto que se ha creado de forma arbitraria la obligación de que una aplicación móvil tenga que tener un libro de reclamaciones. Entonces la conducta nueva de no tener libro de reclamaciones en el aplicativo web es la que se ha sancionado. Al respecto indicó que, si considera que un aplicativo móvil no es un establecimiento comercial, no existe la obligación de contar con un libro de reclamaciones de forma física o virtual esto aplicando el artículo 150³

³ **Artículo 150.- Libro de reclamaciones**

Los establecimientos comerciales deben contar con un libro de reclamaciones, en forma física o virtual. El reglamento establece las condiciones, los supuestos y las demás especificaciones para el cumplimiento de la obligación señalada en el presente artículo.

del Código de Protección al Consumidor y el Artículo 4 B⁴ del Reglamento del Libro de Reclamaciones.

FUNDAMENTOS DE LA SALA SUPERIOR

PRIMERO: El Artículo 364° del Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente al presente proceso, establece que: “El recurso de apelación tiene por objeto que el órgano jurisdiccional superior examine, a solicitud de parte o de tercero legitimado la resolución que les produzca agravio, con el propósito de que sea anulada o revocada, total o parcialmente”.

SEGUNDO: Con la apelación se garantiza el Principio a la Doble Instancia reconocido en el inciso 6° del artículo 139° de la Constitución Política del Perú.

2.1. En atención a ello, conforme lo establece el inciso 5° del mismo Artículo 139° de la Carta Fundamental, los justiciables tienen derecho a que las resoluciones judiciales que se expidan en los procesos en los cuales intervienen, tengan una adecuada motivación o fundamentación que les permita conocer las razones por las cuales se concede o deniega su pretensión.

2.2. El Artículo 370° del Código Procesal Civil, aplicable de forma supletoria al presente proceso, estipula que el juez no puede modificar la resolución impugnada en perjuicio del apelante, salvo que la otra parte también haya apelado o se haya adherido. Ello implica que el órgano jurisdiccional revisor que conoce de la apelación sólo resolverá sobre aquello que le es sometido en virtud del recurso. Por tanto, únicamente será materia de análisis lo que ha sido cuestionado en el recurso de apelación y que ha sido reseñado brevemente.

2.3. En cuanto al trámite de las medidas cautelares, el Artículo 637° del Código Procesal Civil, prevé que al dictarse la medida cautelar, la parte contraria de quien solicitó la medida podrá formular oposición en el plazo de 5 días desde que toma conocimiento de la resolución y puede formular sus argumentos de defensa sin que la formulación de la oposición suspenda la ejecución de la medida cautelar. Asimismo la resolución del juez que resuelva la oposición es apelable, sin efecto suspensivo.

TERCERO: Los artículos 38^{o5} y 39^{o6} del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584, Ley que

⁴ **Artículo 4 B.- Libro de Reclamaciones para proveedores virtuales**

En el caso de los proveedores virtuales, el Libro de Reclamaciones de naturaleza virtual, deberá estar alojado en la página de inicio del portal web diseñado para establecer las relaciones de consumo. Asimismo, al concluir el proceso de ingreso del reclamo o queja, se debe permitir la impresión de la Hoja de Reclamación y enviarse automáticamente al correo electrónico indicado por el consumidor, dejándose constancia de la fecha y hora de presentación del reclamo o queja.

⁵ **Artículo 38.- Oportunidad**

regula el proceso contencioso administrativo establece la oportunidad y los requisitos que debe contener la medida cautelar dentro del proceso contencioso.

CUARTO: De las normas antes glosadas y en concordancia con los artículos 611° y 613° del Código Procesal Civil se desprende que:

4.1 La medida cautelar podrá ser dictada antes de iniciado el proceso o dentro de este, en la forma que fuera solicitada o en cualquier otra forma que se considere adecuada; siempre que se destine a asegurar la eficacia de la decisión definitiva.

4.2 Para el otorgamiento de la medida cautelar, se necesita que de los fundamentos expuestos por el solicitante, se verifique la concurrencia de presupuestos y elementos indispensables, estos son: verosimilitud, peligro en la demora, razonabilidad y adecuación.

4.3 Para su ejecución, toda medida cautelar requerirá de contracautela, que es la garantía personal o real que ofrece el solicitante para resarcir al demandado o terceros de los posibles daños y perjuicios que ocasione por la ejecución de la medida cautelar. No es requisito para el otorgamiento de la medida cautelar, sino para su ejecución y debe ser eficiente para garantizar la medida que fuera otorgada. El juez atenderá a la naturaleza de la pretensión, para poder exigir garantía distinta a la caución juratoria.

4.4 Asimismo, respecto del trámite de la medida cautelar, el artículo 637⁷ del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria al presente caso, establece el proceso para

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

⁶ Artículo 39.- Requisitos

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

1. Se considere verosímil el derecho invocado. Para tal efecto, se deberá ponderar la proporcionalidad entre la eventual afectación que causaría al interés público o a terceros la medida cautelar y, el perjuicio que causa al recurrente la eficacia inmediata de la actuación impugnada.
2. Se considere necesaria la emisión de una decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso, o por cualquier otra razón justificable. No es exigible este requisito cuando se trate de pretensiones relacionadas con el contenido esencial del derecho a la pensión.
3. Se estime que resulte adecuada para garantizar la eficacia de la pretensión. Para la ejecución de la medida cautelar el demandante deberá ofrecer contracautela atendiendo a la naturaleza de la pretensión que se quiere asegurar. Tratándose de pretensiones contra actuaciones administrativas con contenido pecuniario, el Juez podrá requerir de una contracautela distinta a la caución juratoria. Si la resolución final no reconoce el derecho reclamado por el demandante, a pedido de la parte interesada se procede conforme a las reglas establecidas en el Código Procesal Civil para la ejecución de la contracautela.

⁷ Artículo 637.- Trámite de la medida

La solicitud cautelar es concedida o rechazada sin conocimiento de la parte afectada en atención a los fundamentos y prueba de la solicitud. Procede apelación contra el auto que deniega la medida cautelar. En este caso, el demandado no es notificado y el superior absuelve el grado sin admitirle intervención alguna. En caso de medidas cautelares fuera de proceso, el juez debe apreciar de oficio su incompetencia territorial. Una vez dictada la medida cautelar, la parte afectada puede formular oposición dentro de un plazo de cinco (5) días, contado desde que toma conocimiento de la resolución cautelar, a fin de que pueda formular la

resolver la apelación de la resolución que deniegue la medida cautelar, como en el presente caso.

QUINTO: Los argumentos de la apelación se sostienen en la presunta existencia de errores en la motivación en la resolución que resolvió rechazar la medida cautelar solicitada, puesto que considera que el juez no habría calificado de forma adecuada el requisito de verosimilitud en el derecho para el caso, argumentos que trataremos a continuación.

En relación al primer y segundo agravios detallado en el apartado FUNDAMENTOS DEL AUTO IMPUGNADO de la presente resolución, la apelante cuestionó que se le sancionó y se le ordenó implementar un libro de reclamaciones en su aplicación móvil, a pesar de que no es titular de la relación de consumo. Situación que cuestionó durante todo el procedimiento administrativo llevado a cabo ante el INDECOPI. Además que se le sancionó y se le ordenó implementar el libro de reclamaciones virtual en su aplicación móvil cuando no existe una norma que establezca de forma literal cumplir dicha medida. Por tanto se le sancionó por analogía, incumpliendo las normas aplicables al procedimiento administrativo.

4.1 Al respecto para analizar la verosimilitud del derecho, conforme al artículo 38° de la Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo, aprobado por Decreto Supremo N° 011-2019-JUS, se debe ponderar la proporcionalidad entre la eventual afectación que causaría al interés público o a terceros la medida cautelar y, el perjuicio que causa al recurrente la eficacia inmediata de la actuación impugnada. El autor Monroy Palacios señala que la verosimilitud o apariencia de fundabilidad requiere que el peticionante demuestre al juez que la pretensión principal que se intenta garantizar “tiene una posibilidad razonable de ser declarada fundada al pronunciarse la sentencia”⁸.

4.2 El juez al analizar la solicitud cautelar debe verificar los argumentos y pruebas del solicitante determinando si de ellos se genera una convicción de la posibilidad de que la demanda se pueda amparar. Por supuesto, que ello no implica brindar un adelanto de opinión, ya que tiene por finalidad asegurar el resultado final del proceso.

4.3 En la resolución cuestionada que denegó la medida cautelar, en el considerando Sétimo el juez consideró que en el procedimiento administrativo no se discutió si Easy Taxi realizaba servicios mediante su aplicativo móvil; sino que, se discutió si Easy Taxi incumplió con consignar en su aplicativo móvil el Libro de Reclamaciones Virtual:

“(…) no verificándose que haya sido un hecho cuestionado en las resoluciones de primera y segunda instancia adjuntadas al presente, que Easy Taxi realice sus

defensa pertinente. La formulación de la oposición no suspende la ejecución de la medida. De ampararse la oposición, el juez deja sin efecto la medida cautelar. La resolución que resuelve la oposición es apelable sin efecto suspensivo.

⁸ MONROY PALACIOS, Juan; “Bases para la formación de una Teoría Cautelar”. Comunidad, Lima-2002, pág. 170.

relaciones de consumo ofreciendo servicios de transporte de pasajeros a través de su aplicativo móvil; asimismo, según lo alegado por Easy Taxi, tampoco es un hecho controvertido el que no cuenten con un Libro de Reclamaciones incorporado en dicho aplicativo.”

4.4 En su solicitud cautelar, Easy taxi indicó en el numeral 19 que en su página web no se establece relación de consumo:

“(…) nuestra página web no establece ninguna relación de consumo, pues lo único que hace es dirigir a los interesados a descargar la aplicación móvil en sus teléfonos celulares. Es ahí donde radica la diferencia sustancial entre el “portal web” (el cual es objeto de la regulación) y “aplicación móvil: **mientras el primero es un sitio web que incluye diversos elementos como enlaces web, buscadores, foros, etc; la aplicación móvil (que se usa en dispositivos móviles, como su mismo nombre lo indica) tiene una naturaleza distinta, al funcionar “independientemente” de los portales web.**”

4.5 De lo citado se tiene que Easy Taxi utilizó como uno de sus fundamentos para alegar que no le correspondía contar con el Libro de Reclamaciones en su aplicativo móvil, fue que considera que no forma parte de ninguna relación de consumo. El juez al respecto indicó que el hecho de brindar o no un servicio que configure como una relación de consumo no fue una situación que haya sido debatida en el procedimiento seguido ante el INDECOPI. Además indicó que Easy Taxi indicó que no es un hecho controvertido el que Easy Taxi no tenga un libro de reclamaciones incorporado en su aplicativo, debiendo entenderse ello como que dicha parte no tiene el Libro de Reclamaciones virtual en su aplicativo, porque considera que no debería tenerlo.

4.6 Si Easy Taxi hubiese indicado que tenía el libro de reclamaciones virtual en alguna página web o en algún otro recurso virtual disponible para cualquier usuario de sus servicios, hubiese quedado dentro de la controversia determinar si se cumplió con implementar el libro virtual, conforme a las disposiciones normativas (Código de Protección al Consumidor y Reglamento del Libro de Reclamaciones); no obstante, Easy Taxi durante el procedimiento y ahora durante el proceso judicial, sostiene que no le corresponde implementar el libro de reclamaciones virtual y por eso no lo hizo. En dicho sentido es que el juez consideró que es un hecho el poder decir que Easy Taxi no tenía el libro virtual en su aplicativo móvil porque considera que no le correspondía tenerlo.

4.7 Cabe precisar que el análisis que debe realizar el juez en una resolución que concede medida cautelar y ordena la suspensión de la ejecución de lo ordenado en una resolución administrativa, no es uno de validez, sino de probabilidad de validez del acto administrativo impugnado, en el que el solicitante cautelar sólo estará obligado a probar la apariencia del derecho que invoca y el Juez a pronunciarse respecto de la verosimilitud alegada.

4.8 En relación a la aplicación de analogía por parte de INDECOPI para sancionar a Easy Taxi corresponde indicar que el artículo 150° del Código de Protección y Defensa del Consumidor y los artículos 4° y 4B del Reglamento del Libro de Reclamaciones establecen –como regla general-, la obligatoriedad de que todo establecimiento comercial físico o virtual cuente con un libro de reclamaciones; en atención a que en la resolución cuestionada en el proceso principal, se ha determinado la responsabilidad de Easy Taxi por incumplimiento a dicha obligación prevista en el precitado artículo 150° del Código de Protección y Defensa del Consumidor; preliminarmente, no se advertiría el empleo de la analogía por parte de INDECOPI, conforme se puede leer a continuación:

33. Así pues, la norma establece que los proveedores que además del establecimiento comercial abierto al público utilicen medios virtuales para establecer sus relaciones de consumo, deberán implementar un Libro de Reclamaciones virtual en cada uno de sus establecimientos. Cabe precisar que el Reglamento define como establecimiento a: inmuebles, partes del mismo, instalaciones, construcciones, espacios físicos, o medios virtuales a través de los cuales un proveedor debidamente identificado desarrolla sus actividades económicas de venta de bienes o prestación de servicios a los consumidores.

34. Al respecto, el artículo 4B del Código establece además que el libro de reclamaciones virtual debe estar alojado en la página de inicio del portal web diseñado para establecer las relaciones de consumo. Cabe precisar que, de acuerdo a su definición, el portal web (o portal de internet), es un sitio web que incluye tanto: enlaces webs, buscadores, foros, documentos, aplicaciones, entre otros, por lo cual la aplicación móvil de Easy Taxi se encuentra comprendida dentro de los alcances de la norma señalada previamente.

35. En ese sentido, Easy Taxi sí cumplía con los elementos de tipo normativo – subjetivo y objetivo, en tanto utilizaba medios virtuales para establecer sus relaciones de consumo. Por lo cual, no se evidencia que la Comisión haya aplicado la analogía para crear una nueva conducta infractora e imponer una obligación que no se encontraban regulada normativamente, no habiéndose vulnerado la seguridad jurídica de los administrados, por lo que se desestima dicho alegato.

4.9 INDECOPI entonces consideró que la infracción existió en relación a que el Reglamento del Libro de Reclamaciones establece que puede ser establecimiento a cualquier medio virtual a través de los cuales un proveedor debidamente identificado desarrolla sus actividades económicas de venta de bienes o prestación de servicios. En ese sentido de la exposición de motivos del Decreto Supremo N° 006-2014-PCM, que modifica el Reglamento del Libro de Reclamaciones del Código de Protección y Defensa del Consumidor, aprobado por Decreto Supremo N° 011-2011-PCM establece que al sustentar el numeral 3.6 del artículo 3°, que define al proveedor virtual, se equipara la denominación portales web con el empleo de la internet⁹ y esto se debe a que, es de conocimiento público que la denominación web se asocia al internet. Además, la Real

⁹ El numeral 3.6 del artículo 3° del Reglamento del Libro de Reclamaciones establece que: Proveedor virtual: Es el proveedor con RUC que establece sus relaciones de consumo a través de portales web. Por su parte en la exposición de motivos de esta norma, se precisó que... se agregó en el numeral 3.6 la definición “proveedor virtual”, la cual identifica a aquellos proveedores que realizan su actividad comercial utilizando la internet.”

Academia Española define al portal informático, como el espacio de una red informática que ofrece, de forma sencilla e integrada, acceso a recursos y servicios¹⁰.

4.10 En cuanto al concepto de portal web con el de página web, a criterio de la Real Academia Española, no son lo mismo puesto que página web es el conjunto de informaciones de un sitio web que se muestran en una pantalla y que pueden incluir textos, contenidos audiovisuales y enlaces con otras páginas¹¹.

The screenshot shows the Real Academia Española dictionary interface. At the top, there is the logo of the Real Academia Española and the text 'REAL ACADEMIA ESPAÑOLA'. Below this, there is a navigation bar with 'Diccionario de la lengua española', 'Edición del Tricentenario', and 'Actualización 2019'. A search bar contains the text 'Consulta posible gracias al compromiso con la cultura de la' followed by a dropdown menu set to 'por palabras', an input field with 'Escriba aquí la palabra', and a 'Consultar' button. The search results for 'portal' are displayed below, starting with 'De puerta.' and a list of seven numbered definitions. The seventh definition is highlighted: '7. m. *Inform.* Espacio de una red informática que ofrece, de forma sencilla e integrada, acceso a recursos y servicios.'

10
septiembre de 2020.

Consultado el 04 de

The screenshot shows the Real Academia Española dictionary interface for the word 'página'. It features the same header and navigation bar as the previous screenshot. The search bar contains the text 'Consulta posible gracias al compromiso con la cultura de la' followed by a dropdown menu set to 'por palabras', an input field with 'Escriba aquí la palabra', and a 'Consultar' button. The search results for 'página' are displayed below, starting with 'Del lat. *pagina*.' and a list of four numbered definitions. The fourth definition is highlighted: '4. f. *Inform.* página web.'

11
de septiembre de 2020.

Consultado el 04

4.11 En tal sentido, de forma preliminar, no se advertiría error en el pronunciamiento de la Administración al aplicar lo establecido en el artículo 4 B del Reglamento del Libro de Reclamaciones para Easy Taxi el cual establece que en el caso de proveedores virtuales, el Libro de Reclamaciones de naturaleza virtual, se debe alojar en la página de inicio del portal web diseñado para establecer relaciones de consumo.

4.12 Es menester señalar que dada la presunción de validez del acto administrativo¹² que posee la Resolución N° 0203-2019/SPC-INDECOPI, correspondía a Easy Taxi desvirtuar la consideración referida a que los aplicativos móviles constituyen portales web; lo que no se advierte de la solicitud cautelar.

4.13 Por otro lado, cabe indicar también que si la controversia es la interpretación del artículo 4B del Reglamento del Libro de Reclamaciones, en sede cautelar, corresponde aplicar el principio pro consumidor establecido en el numeral 2 del artículo V del Título Preliminar del Código de Protección y Defensa del Consumidor, según el cual el Estado ejerce acción tuitiva a favor de los consumidores y en caso de duda insalvable en el sentido de las normas, debe interpretarse en el sentido más favorable al consumidor.

QUINTO: Por consiguiente, lo resuelto en la Resolución Dos, que es objeto de apelación, es correcto, por cuanto no se aprecia la verosimilitud del derecho que invoca Easy Taxi. Debemos precisar que de conformidad con el artículo 611° del Código Procesal Civil, concordante con el artículo 39° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584, que regula el proceso contencioso administrativo, al no haber superado la solicitud cautelar el análisis de la verosimilitud del derecho invocado -requisito ineludible para la concesión de la tutela cautelar-, carece de objeto, en el presente caso, realizar un análisis relativo a los demás requisitos de la medida cautelar.

DECISIÓN DE LA SALA SUPERIOR

Por las consideraciones precedentes y en uso de las facultades conferidas por la Constitución Política del Estado: **CONFIRMARON el AUTO (RESOLUCIÓN DOS)** de fecha 02 de diciembre de 2019, obrante de fojas 222 a 228 del cuaderno cautelar electrónico, que resolvió rechazar la medida cautelar de no innovar solicitada por Easy Taxi. En los seguidos por **EASY TAXI PERÚ S.A.C.**, contra **INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL**, sobre nulidad de Resolución Administrativa.

TORRES GAMARRA

DAVILA BRONCANO

NUÑEZ RIVA

¹² Ley N° 27444

Artículo 9.- Presunción de validez

Todo acto administrativo se considera válido en tanto su pretendida nulidad no sea declarada por autoridad administrativa o jurisdiccional, según corresponda.

Anexo 13



Notificaciones Electrónicas SINOE
SEDE TRIBUTARIOS
Secretario De Sala: MEDINA RAMIREZ Lisbeth Rosario FAU
20159981216 soft
Fecha: 30/03/2021 15:16:41 Razón: RESOLUCIÓN JUDICIAL, D. Judicial
LIMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA LIMA - Sistema de Notificaciones Electrónicas SINOE
DE TRIBUTARIOS
cal: WONG ABAD Julio Martin FAU
20159981216 soft
ché: 29/03/2021 10:05:07 Razón:
RESOLUCIÓN JUDICIAL, D. Judicial:
LIMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA LIMA - Sistema de Notificaciones Electrónicas SINOE
DE TRIBUTARIOS
cal: TORRES GAMARRA Abraham
rcy FAU 20159981216 soft
ché: 29/03/2021 21:39:10 Razón:
RESOLUCIÓN JUDICIAL, D. Judicial:
LIMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA LIMA - Sistema de Notificaciones Electrónicas SINOE
DE TRIBUTARIOS
cal: NÚÑEZ RIVA Silvia Ysabel
U 20159981216 soft
ché: 29/03/2021 16:08:25 Razón:
RESOLUCIÓN JUDICIAL, D. Judicial:
LIMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
QUINTA SALA ESPECIALIZADA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
CON SUBESPECIALIDAD EN TEMAS DE MERCADO

SS. WONG ABAD
TORRES GAMARRA
NÚÑEZ RIVA

AUTO

EXPEDIENTE: 8215-2018-93
DEMANDANTE: Universidad Inca Garcilaso de la Vega Asociación Civil
DEMANDADOS: Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual y otros
MATERIA: Medida Cautelar

«Sumilla: De una evaluación sumaria de la Resolución N.º 1191-2018/SPC-INDECOPI, objeto de la pretensión cautelar, advertimos que el análisis efectuado por la Sala Especializada del Indecopi no implicaría una nueva calificación de los hechos ni de las infracciones que le fueron imputadas a la demandante por la Comisión de la Oficina Regional del Indecopi de Tacna; sino que, a partir de los hechos denunciados, se habría procedido a verificar el cumplimiento de la normativa sectorial vigente por parte del proveedor del servicio educativo brindado, lo cual no estaría fuera del examen de idoneidad de este tipo de servicios».

RESOLUCIÓN NÚMERO SEIS

Lima, diecinueve de marzo de dos mil veintiuno.-

Puestos los autos a despacho para resolver; con el expediente judicial electrónico; e interviniendo como ponente el señor Juez Superior Wong Abad, se emite la presente resolución.

I. EXPOSICIÓN DE LOS AGRAVIOS

PRIMERO: Resolución apelada: Es materia de grado la apelación interpuesta por la solicitante, Universidad Inca Garcilaso de la Vega Asociación Civil (en adelante, UIGV), mediante escrito de fojas 172 del expediente judicial electrónico, contra el **auto** contenido en la resolución número dos, de fecha 26 de diciembre de 2018,

obrante a fojas 136 de dicho expediente, que **rechazó la medida cautelar innovativa** solicitada.

SEGUNDO: Fundamentos del recurso de apelación: La apelante señala como principales argumentos de su medio impugnatorio, lo siguiente:

A. El fundamento contenido en la demanda y que acredita la verosimilitud del derecho no solo se encuentra constituido por la vulneración del debido procedimiento -que implicó que se le haya privado a la UIGV de su derecho de defensa en primera instancia administrativa-, sino también, por los siguientes hechos narrados: (i) los 16 denunciados que participaron en el Curso de Actualización Profesional que realizó la UIGV, conforme a los alcances del Decreto Legislativo N.º 739, que modificó el artículo 22 de la Ley Universitaria N.º 23733, no cumplieron con la presentación oportuna del grado de bachiller por la universidad de procedencia; (ii) la UIGV sí podía otorgar el título profesional de abogado a los participantes, en razón del principio de seguridad jurídica desarrollado por el Tribunal Constitucional en el fundamento 18 de la sentencia dictada en el Expediente N.º 009-2001-AI/TC, que señala que el legislador debe proteger la confianza legítima de los ciudadanos frente al cambio brusco de la legislación.

B. De la motivación expuesta para rechazar la medida cautelar, se aprecia que al parecer el Juzgado no habría analizado debidamente lo señalado en la demanda y en la solicitud cautelar; ya que, de acuerdo a lo allí detallado, en el procedimiento administrativo la UIGV ejerció su derecho de defensa a través de sus descargos, con base en los hechos denunciados por los participantes del curso de actualización y la calificación efectuada por la Oficina Regional del Indecopi de Tacna.

Al respecto, la primera instancia del Indecopi efectuó la siguiente calificación: *«el hecho de haber brindado el curso de Actualización Profesional en Derecho del Grupo XVI-Tacna 01 del 05 de marzo al 08 de mayo del 2016, a los denunciados, sin que previamente se haya verificado que los participantes al citado programa sean egresados y/o bachilleres de Derecho, conforme se estableció en los términos del citado programa, originando que al no cumplir con los requisitos citados, no puedan optar por el título de abogado al término del programa de actualización; podría constituir una infracción al artículo 19 del Código de Protección y Defensa del Consumidor».*

Por consiguiente, la calificación realizada por la primera instancia administrativa no fue por la presunta infracción al deber de idoneidad en el sentido que la UIGV

habría ofrecido a los denunciados la posibilidad de titularse pese a que ello no podría realizarse debido a que eran bachilleres de otra universidad, conforme lo establece el artículo 45 de la Ley Universitaria N.º 30220. Sin embargo, la Sala del Indecopi, al emitir la resolución materia de impugnación, consideró y calificó la infracción de los artículos 18 y 73 del Código de Protección y Defensa del Consumidor (ofrecimiento de titulación a bachilleres de otra universidad) y se pronunció sin considerar que sobre dicho extremo y calificación la UIGV no tuvo la oportunidad de ejercer su derecho de defensa a través de la formulación de descargos y el aporte de medios probatorios como corresponde en un debido procedimiento.

C. De otro lado, el Juzgado no analizó que era jurídicamente válido otorgar títulos profesionales a bachilleres de otra universidad, conforme a los alcances del principio de seguridad jurídica.

Siendo así, la interpretación de la Décimo Tercera Disposición Complementaria Transitoria de la Ley N.º 30220, desde el principio de seguridad jurídica, establece que los requisitos mínimos exigidos ahora para optar grados y títulos no serán aplicables a los estudiantes que hubieran estado matriculados al momento de la entrada en vigencia de la ley; esto es, a quienes se encuentren bajo los alcances de la Ley Universitaria N.º 23733 o que hubieran concluido sus estudios al amparo de esta norma.

D. El argumento referido a la seguridad jurídica ha sido corroborado y ratificado por la propia Sunedu mediante la Resolución del Consejo Directivo N.º 065-2019-SUNEDU/CD, publicada el 30 de mayo de 2019, la cual asegura la vigencia de los Programas Universitarios no Regulares de Complementación Universitaria y Complementación Pedagógica, regulados por el Decreto Legislativo N.º 998 y reglamentados con el Decreto Supremo N.º 014-2008-ED.

E. Todo lo expuesto, acredita que la resolución administrativa objeto de impugnación incurre en nulidad de puro derecho, puesto que vulnera el ejercicio del derecho de defensa y, por ende, el debido procedimiento; considerado tanto como principio del procedimiento administrativo como principio de la potestad sancionadora administrativa, regulados en los Artículos IV y 246 del Texto Único Ordenado de la Ley N.º 27444, respectivamente.

F. Asimismo, los argumentos invocados por el Juzgado respecto a la supuesta mala interpretación por parte de la UIGV sobre los artículos 18 y 19 del Código de

Protección y Defensa del Consumidor, referidos al deber de idoneidad en el servicio; así como el reducido y sesgado análisis respecto a la alegación de puro derecho concerniente a poder otorgar títulos profesionales a bachilleres de otras universidades hasta el 16 de julio de 2016; carecen de una debida motivación.

II. ANÁLISIS

TERCERO: Mediante escrito de fojas 24 a 42, subsanado a fojas 44 del expediente judicial electrónico, la UIGV petitionó como **medida cautelar innovativa** que se disponga la suspensión de los efectos de la Resolución N.º 1191-2018/SPC-INDECOPI, de fecha 21 de mayo de 2018, en los siguientes extremos resolutivos: i) **Artículo Segundo:** *que revocó la Resolución N.º 0190-2017/INDECOPI-TAC y, en consecuencia, declaró fundada la denuncia por infracción del artículo 19 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, toda vez que habría quedado acreditado que la Universidad Garcilaso brindó un servicio carente de idoneidad a los denunciados, por cuanto se les dictó el curso de Actualización Profesional con la finalidad de optar el título profesional de abogado, pese a que su grado de bachiller fue obtenido en una universidad distinta, contraviniendo así lo dispuesto en la Ley N.º 30220;* ii) **Artículo Tercero:** *que ordenó a la Universidad Garcilaso, en calidad de medida correctiva, que cumpla con devolver a los denunciados los montos pagados por concepto del Curso de Actualización Profesional, así como el pago por el derecho de trámite de titulación, según corresponda;* iii) **Artículo Cuarto:** *que sancionó a la Universidad Garcilaso con una multa de 14 UIT;* iv) **Artículo Quinto:** *que ordenó el pago de las costas del procedimiento a favor de los denunciados;* y, v) **Artículo Séptimo:** *que dispuso la inscripción de la Universidad Garcilaso en el Registro de Infracciones y Sanciones del Indecopi.*

CUARTO: A través de la resolución número dos, de fecha 26 de diciembre de 2018, el Vigésimo Tercer Juzgado Especializado en lo Contencioso Administrativo, con Subespecialidad en Temas de Mercado, rechazó la medida cautelar solicitada por considerar que la solicitante no acreditó la verosimilitud del derecho que sustentaba su pedido cautelar.

En consecuencia, considerando lo resuelto por el Juzgado, así como los argumentos que sustentan el recurso de apelación que nos ocupa, corresponde verificar si la decisión apelada se ajusta a derecho; esto es, si efectivamente no se acreditó la verosimilitud del derecho invocado en la medida cautelar solicitada por la demandante.

Al respecto, debemos indicar que de acuerdo con el artículo 39 del Texto Único Ordenado de la Ley 27584, aprobado por el Decreto Supremo N.º 013-2008-JUS¹, la medida cautelar se dictará en la forma que fuera solicitada o en cualquier otra forma que se considere adecuada para lograr la eficacia de la decisión definitiva, siempre que de los fundamentos expuestos por el demandante: a) *se considere verosímil el derecho invocado;* b) *se considere necesaria la emisión de una decisión preventiva por constituir peligro en la demora del proceso, o por cualquier otra razón justificable;* y, c) *se estime que resulte adecuada para garantizar la eficacia de la pretensión.*

En relación con la verosimilitud del derecho, es preciso mencionar que si bien la efectividad de la tutela jurisdiccional exige que se dicten medidas cautelares tendientes a evitar que se produzcan daños derivados por la demora del proceso, ello no quiere decir que para proceder al dictado de una medida cautelar baste la sola alegación de que ese daño se puede producir y que es de inminente realización; sino que es necesario que el juzgador evalúe si es que existe la posibilidad de que en el futuro dicte una sentencia favorable para el solicitante, pues es esa sentencia la que puede terminar siendo ineficaz por causa de la demora del proceso. En ese sentido, el análisis sobre la fundabilidad de la pretensión cautelar no puede ser un juicio de certeza como el que se efectúa en el proceso principal para la emisión de una sentencia, sino que debe ser un análisis basado en la probabilidad de que se obtenga una sentencia que ampare la pretensión planteada².

Sobre el particular, nuestro Tribunal Constitucional ha señalado en la sentencia dictada en el Expediente N° 0023-2005-AI/TC³, que la apariencia del buen derecho no responde a que la pretensión pueda ser estimada; por ello, se exige al juzgador un juicio simple de verosimilitud, es decir, que de las pruebas acompañadas por el solicitante se genere la apariencia razonable de que si se pronunciase la sentencia se declarararía fundada la demanda; en ese orden de ideas, no se exige al juez un juicio de certeza, pues este es exigible al momento de sentenciar⁴.

QUINTO: En el caso de autos, la UIGV sustentó la verosimilitud del derecho de su medida cautelar alegando, principalmente, que:

¹ Aplicable al caso de autos por razones de temporalidad, puesto que la medida cautelar fue solicitada el 07 de agosto de 2018.

² PRIORI POSADA, Giovanni F. «Comentarios a la Ley del Proceso Contencioso Administrativo». ARA Editores. Cuarta Edición. Lima, 2009. P. 245.

³ De fecha 27 de octubre de 2006.

⁴ Véase el Fundamento 52.

1. La calificación realizada por la primera instancia administrativa no consideró la presunta infracción al deber de idoneidad en el servicio educativo, en el sentido de que la UIGV habría ofrecido a los denunciados la posibilidad de titularse, pese a que ello no podría realizarse conforme a la prohibición establecida en el artículo 45 de la Ley N.º 30220, ya que eran bachilleres de otra universidad. Sin embargo, la Sala Especializada del Indecopi, al emitir la resolución cuya suspensión se solicita, consideró y calificó tal hecho como infracción a los artículos 18 y 73 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, sin considerar que sobre ese extremo la UIGV no tuvo la oportunidad de ejercer su derecho de defensa a través de la formulación de descargos y el aporte de medios probatorios. Motivo por el cual, se habría vulnerado el principio del debido procedimiento en sede administrativa.

2. La Sala Especializada del Indecopi, incurre en error al afirmar que la UIGV no podía otorgar el título profesional de abogado a los denunciados debido a que el artículo 45 de la Ley N.º 30220 prohíbe la titulación en una universidad distinta a la que se obtuvo el grado de bachiller; pues no tuvo en cuenta que la Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria – Sunedu determinó que resultaba procedente el otorgamiento de títulos profesionales a bachilleres provenientes de otras universidades que hubieran llevado los cursos de actualización hasta el 27 de julio de 2016; conforme se acredita del Oficio N.º 77-2017/SUNEDU, de fecha 4 de abril de 2017.

SEXTO: En principio, es del caso señalar que en lo concerniente a que los denunciados que participaron en el Curso de Actualización Profesional realizado por la UIGV no habrían cumplido con la presentación oportuna del grado de bachiller otorgado por su universidad de procedencia; así como, la alegación referida a que la UIGV sí podía otorgar el título profesional de abogado a los denunciados en virtud del principio de seguridad jurídica desarrollado por el Tribunal Constitucional en la sentencia dictada en el Expediente N.º 009-2001-AI/TC; son argumentos que no fueron invocados en la solicitud cautelar como parte del sustento de la verosimilitud del derecho invocado, como erróneamente afirma la apelante.

Por consiguiente, no se advierte error por parte del Juzgado al circunscribir su análisis a lo que fue expresamente alegado en la medida cautelar; motivo por el cual, corresponde **desestimar** los agravios formulados en el **literal A)** del segundo fundamento de la presente sentencia.

SÉTIMO: Ahora bien, de una evaluación sumaria de la Resolución N.º 1191-2018/SPC-INDECOPI, objeto de la pretensión cautelar, advertimos que el análisis efectuado por la Sala Especializada del Indecopi no implicaría una nueva calificación de los hechos ni de las infracciones que le fueron imputadas a la demandante por la Comisión de la Oficina Regional del Indecopi de Tacna; sino que, a partir de los hechos denunciados, se habría procedido a verificar el cumplimiento de la normativa sectorial vigente por parte del proveedor del servicio educativo brindado, lo cual no estaría fuera del examen de idoneidad de este tipo de servicios.

En efecto, dado que la UIGV les había ofrecido a los denunciados la posibilidad de obtener sus títulos profesionales a pesar de que sus grados de bachiller serían emitidos por la Universidad Carlos Mariátegui, esto es, una universidad distinta, la segunda instancia administrativa procedió a examinar si ello resultaba posible, para lo cual analizó lo dispuesto en el artículo 45 y en la Décimo Tercera Disposición Complementaria de la Ley N.º 30220 –Ley Universitaria; lo que no significaría una variación de los cargos o una nueva calificación de los hechos, sino tan solo la evaluación de la idoneidad de un servicio ofrecido.

Y, si bien, dicho examen de idoneidad se habría realizado al amparo de lo dispuesto en los artículos 18 y 73 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, no obstante, ello tampoco implicaría una nueva calificación de las infracciones; puesto que el artículo 18 únicamente define el concepto de idoneidad en general, mientras que el artículo 73 se refiere a la idoneidad en los productos y servicios educativos y precisa que la calidad de estos se debe asegurar dentro de la normativa sobre la materia. Asuntos, respecto de los cuales la UIGV se pronunció en sus descargos, conforme se verifica del numeral 2 de la precitada Resolución N.º 1191-2018/SPC-INDECOPI y del numeral 3 del acápite «*Fundamentos de hecho*» de la demanda (que en copia obra a fojas 59 del expediente cautelar electrónico), en cuyo párrafo sétimo, incluso, se refiere textualmente a dicho artículo 73, conforme lo advirtió el Juzgado en el auto impugnado.

Por estas razones, no se apreciaría, por ahora, ninguna vulneración al derecho de defensa de la demandante ni tampoco al debido procedimiento por parte de la Sala del Indecopi al expedir la Resolución N.º 1191-2018/SPC-INDECOPI, por lo que no se acredita la verosimilitud del derecho alegada en este punto; encontrándose conforme a ley el razonamiento esgrimido por el Juzgado en cuanto llegó a dicha conclusión.

Siendo que, en todo caso, será en el proceso principal, y a la luz de los actuados administrativos en su totalidad, que se podrá verificar si los errores ahora denunciados se encuentran debidamente probados.

En virtud de lo anotado, corresponde **desestimar** los agravios esgrimidos en los **literales B), E) y F)** del segundo fundamento de la presente decisión.

OCTAVO: De otra parte, tal como indicamos en el sétimo fundamento que antecede, el argumento referido a que la UIGV sí podía otorgar el título profesional de abogado a bachilleres de otras universidades conforme a los alcances del principio de seguridad jurídica; no fue alegado en la solicitud cautelar, por lo que no existe error en el pronunciamiento del Juzgado como afirma la apelante; motivo por el cual, se deben **desestimar** los agravios glosados en los **literales C) y D)** del segundo considerando de la presente resolución.

Tanto más, si la Resolución del Consejo Directivo N.º 065-2019-SUNEDU, publicada el 30 de mayo de 2019, no solo fue emitida con posterioridad al auto apelado y a la Resolución N.º 1191-2018/SPC-INDECOPI, sino también, se encuentra referida al caso específico de los «Programas Universitarios No Regulares» destinados a la obtención del grado de bachiller y del título de licenciado en educación, amparados en el Decreto Legislativo N.º 998 -que impulsa la mejora de la calidad de la formación docente; por lo que su invocación en el presente recurso de apelación a fin de sustentar la verosimilitud del derecho en este extremo, carece de sustento.

NOVENO: Ahora bien, en su escrito cautelar la solicitante señaló que la Sunedu determinó que resultaba procedente el otorgamiento de títulos profesionales a bachilleres provenientes de otras universidades que hayan llevado cursos de actualización hasta el 27 de julio de 2016, conforme se aprecia del Oficio N.º 77-2017/SUNEDU⁵, de fecha 4 de abril de 2017.

Al respecto, es del caso indicar que de las instrumentales adjuntadas al presente proceso cautelar, no se apreciaría que dicho oficio haya sido ofrecido por la demandante para su valoración por parte de la Sala del Indecopi, por lo que no podría considerarse, por ahora, que la Resolución N.º 1191-2018/SPC-INDECOPI se encuentra incurso en causal de nulidad al no haber tenido en cuenta el referido documento.

⁵ Obrante a fojas 117 del expediente electrónico.

A ello se debe agregar, que, en todo caso, del mencionado oficio tampoco constaría que el mismo se encuentre referido al caso de los denunciados del procedimiento administrativo que nos ocupa.

Es más, conforme lo advirtió el Juzgado en el numeral 1.6 del auto apelado, el precitado oficio habría sido emitido en un procedimiento iniciado por UIGV para obtener el registro del título profesional de sus titulados (no constando que entre ellos se encuentren los denunciados); al ser a lo que estaría establecido en la normatividad sectorial vigente, de acuerdo con la cual, desde la entrada en vigencia del Reglamento de Infracciones y Sanciones de la Sundedu, de fecha 21 de diciembre de 2015, no se registrarían los títulos profesionales otorgados por una universidad distinta a la que otorgó el grado de bachiller, salvo el caso de quienes se hayan matriculado en algún curso, examen o modalidad que les permitiera optar por el título profesional, antes de la vigencia del mencionado reglamento. Circunstancia que no ha sido desmentida por la impugnante.

Por estas razones adicionales, al no observarse error por parte del Juzgado al determinar que en este punto tampoco se acredita la verosimilitud del derecho, corresponde desestimar los agravios glosados en los **literales C) y F)** del segundo fundamento de la presente sentencia.

DÉCIMO: En consecuencia, al haberse comprobado que la presente medida cautelar no cuenta con la suficiente verosimilitud del derecho como para poder ser amparada, resulta innecesario detenerse al análisis de los otros requisitos de las medidas cautelares, por lo que deben conservarse, por el momento, los efectos de la Resolución N.º 1191-2018/SPC-INDECOPI; **confirmándose** en ese sentido todos los extremos de la resolución apelada.

III. DECISIÓN

Por lo expuesto:

CONFIRMARON el **auto** contenido en la resolución N° 02, de fecha 26 de diciembre de 2018, obrante a fojas 136 del expediente electrónico, que **rechazó la medida cautelar innovativa** solicitada por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega mediante escrito de fojas 24 de dicho expediente. En los seguidos por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega Asociación Civil contra el Instituto Nacional

de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual y otros, sobre medida cautelar innovativa. **Notifíquese y devuélvase.** -JMWA/lvr



Anexo 14

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA LIMA - Sistema de Notificaciones Electrónicas SINOE
SEDE RIMAC-SALAS Y JUZGADOS,
Juez: MONTOYA MUNOZ Juan Carlos FAU/20159981216_soft
Fecha: 13/08/2018 17:44:37 Razón: RESOLUCION JUDICIAL, D. Judicial LIMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
PRIMER JUZGADO PERMANENTE ESPECIALIZADO EN LO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Av. Nicolas de Piérola N° 677 7mo piso – Lima, Edificio "César A. Mansilla Novella"

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA LIMA - Sistema de Notificaciones Electrónicas SINOE

SEDE RIMAC-SALAS Y JUZGADOS,
Secretario: RAMIREZ CHONG FLORENTINA
Flor de María
Poder Judicial del Perú
Fecha: 13/08/2018 17:53:40 Razón: RESOLUCION JUDICIAL, D. Judicial LIMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

PEDIENTE : 02937-2018-20-1801-JR-CA-01
MANDANTE : JOSE ALBERO ECHAVARRIA CANAZAS
MANDADO : EJERCITO DEL PERU
TERIA : NULIDAD DE RESOLUCIÓN O ACTO ADMINISTRATIVO

MEDIDA CAUTELAR

RESOLUCIÓN NÚMERO: DOS

Lima, Trece de agosto del dos mil dieciocho.-

DANDO CUENTA: Al escrito de fecha dieciséis de julio del año en curso: presentado por el demandante; con los recibos de arancel judicial y anexos adjuntos, se procede a dar cuenta la solicitud cautelar; **AUTOS Y VISTOS;** y atendiendo:

PRIMERO: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 39° del Decreto Supremo N° 013-2008-JUS, que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584, Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, modificado por el D. Leg. N° 1067, concordante con el artículo 611° del Código Procesal Civil: *“La medida cautelar se dictará en la forma que fuera solicitada o en cualquier otra forma que se considere adecuada para lograr la eficacia de la decisión definitiva, siempre que de los fundamentos expuestos por el demandante:*

- 1. Se considere **verosímil el derecho invocado**. Para tal efecto, se deberá ponderar la proporcionalidad entre la eventual afectación que causaría al interés público o a terceros la medida cautelar y, el perjuicio que causa al recurrente la eficacia inmediata de la actuación impugnada.*
- 2. Se considere necesaria la emisión de una decisión preventiva por constituir **peligro la demora del proceso**, o por cualquier otra razón justificable. No es exigible este requisito cuando se trate de pretensiones relacionadas con el contenido esencial del derecho a la pensión.*
- 3. Se estime que **resulte adecuada para garantizar la eficacia de la pretensión**.*

(...)

Para la ejecución de la medida cautelar el demandante deberá ofrecer contracautela atendiendo a la naturaleza de la pretensión que se quiere asegurar.



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
PRIMER JUZGADO PERMANENTE ESPECIALIZADO EN LO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Av. Nicolas de Piérola N° 677 7mo piso – Lima, Edificio "César A. Mansilla Novella"

Tratándose de pretensiones contra actuaciones administrativas con contenido pecuniario, el Juez podrá requerir de una contracautela distinta a la caución juratoria.

SEGUNDO: En ese sentido, toda medida cautelar, para ser admitida debe reunir los requisitos exigidos para el otorgamiento de la misma; siendo el **primer requisito** a tener en cuenta, que exista **verosimilitud del derecho invocado**¹, o "**fumus bonis iuris**", es decir, debe existir la apariencia de un derecho verdadero, siendo necesario que el Juez este convencido del derecho que sustenta la pretensión del recurrente, **convicción que se forma sobre la base de los medios probatorios aportados**; en tal sentido no se le exige al juzgador un juicio de certeza, sino más bien un **juicio de probabilidad**² **en torno a los medios de prueba adjuntos a la petición provisional de cautela**; el **segundo requisito** consiste en demostrar **el peligro en la demora**, o "**periculum in mora**", es decir, que la medida debe obedecer a una situación que tenga carácter urgente, debido a un peligro actual, que su no atención conlleve a un daño irreparable; y el **tercer requisito**, **la adecuación**, que consiste en que la medida cautelar que se solicita se ajuste a la naturaleza de la pretensión que se pretende garantizar.

TERCERO: Por su parte, el artículo 608° del Código Procesal Civil dispone: "**(...) La medida cautelar tiene por finalidad garantizar el cumplimiento de la decisión definitiva**". A su vez, el artículo 40° de la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, prescribe: "*Son especialmente procedentes en el proceso contencioso administrativo las **medidas cautelares de innovar y de no innovar***". El artículo 682° del Código Procesal Civil, respecto a la **Medida Cautelar Innovativa** establece: "*Ante la inminencia de un **perjuicio irreparable**, puede el Juez dictar medidas destinadas a reponer un estado de hecho o de derecho cuya alteración vaya a ser o es el sustento de la demanda. Esta medida es excepcional, por lo que sólo se concederá cuando no resulte aplicable otra prevista en la ley*". Así, la obtención de una medida cautelar innovativa supone que el peticionante debe probar como en toda solicitud de esta

¹ Desde la Teoría general del proceso se establece que los presupuestos para la concesión de una medida cautelar están determinados para garantizar la efectiva tutela de una pretensión principal que tiene apariencia de encontrarse protegida por el Derecho (fumus bonis iuris), medida una medida idónea (adecuación), para evitar el peligro que puede significar la demora en la tramitación o vaciar de contenido final el respectivo proceso (periculum in mora). (Exp. 00023-2005-AI/TC F. J 50)

² "Declarar la certeza de la existencia del derecho es función de la providencia principal: en sede cautelar basta que la existencia del derecho aparezca verosímil, o sea, para decirlo con mayor claridad, basta que, según un cálculo de probabilidades, se pueda prever que la providencia principal declarara el derecho en sentido favorable a aquel que solicita la medida cautelar". CALAMANDREI, Piero (1996) Introducción al estudio sistemático de las medidas cautelares. Buenos Aires. El Foro. Pag. 77.



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
PRIMER JUZGADO PERMANENTE ESPECIALIZADO EN LO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Av. Nicolas de Piérola N° 677 7mo piso – Lima, Edificio "César A. Mansilla Novella"

naturaleza, la verosimilitud o apariencia del derecho invocado, el peligro en la demora, ofrecer contracautela, y con exigencia exclusiva, **en este tipo de medida cautelar se requiere la probanza de la irreparabilidad del perjuicio**.

CUARTO: Bajo ese contexto normativo, en el caso de autos, se advierte que mediante escrito de fecha 13 de junio de 2018, **JOSE ALBERTO ECHAVARRIA CANAZAS** solicita **Medida Cautelar Innovativa dentro del proceso** contra el Ejército del Perú con el objeto de que se disponga la suspensión de la ejecutoriedad y efectos de la **Resolución N° 0804-COPERE/SJAO**, de fecha 08 de mayo de 2017, que ha sido sometida a control jurisdiccional en el proceso principal.

QUINTO: En ese sentido, se efectuará el análisis de la solicitud cautelar presentada por la parte peticionante a fin de determinar si efectivamente **cumple con los presupuestos establecidos** en el artículo 39° del Decreto Supremo N° 013-2008-JUS, que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584, concordante con el artículo 682° del Código Procesal Civil, precisándose se que para **la concesión de la medida cautelar deben concurrir en forma conjunta y uniforme todos los presupuestos** establecidos en la citada normatividad.

SEXTO: Siendo así, en cuanto **a la verosimilitud del derecho**, el peticionante en su escrito cautelar sostiene:

- *En el año 2016, el recurrente, curso estudios en la Escuela Militar de Chorrillos en su condición de Cadete Aspirante (con 16 años de edad), culminando dicho año académico con rendimiento académico satisfactorio.*
- *Sin embargo, en el área psicofísico – rendimiento físico, desaprobó el 1° Control de Barras y Pistas de Combate, el 2° y 3° Control la Prueba Física de Barras, obteniendo nota aprobatoria en las demás disciplinas psicofísicas de la EMCH, por este motivo se ADMITIÓ, su matrícula en el año académico 2017*
- *Manifiesta que en el año 2016, el recurrente en su condición de Cadete – Aspirante, no logro aprobar la prueba física de barras, por no haberse dado el tiempo y la asesoría física adecuada para la prueba de barras, incumpléndose la progresión de entrenamiento físico recomendada por el Departamento de Educación Física, conforme se corrobora con el Informe N° 20/DEF/EMCH-“CFB” del 02 de noviembre de 2016, expedido por el jefe del departamento de Educación Física, al Crl EP Sub Director Académico de la EMCH.*



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
PRIMER JUZGADO PERMANENTE ESPECIALIZADO EN LO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Av. Nicolas de Piérola N° 677 7mo piso – Lima, Edificio "César A. Mansilla Novella"

- *No obstante ello, en el Acta de Consejo Psicofísico N° 001-2017-EMCH "CFB", del 06 de enero del 2017, se recomienda que el recurrente sea sometido a Consejo Superior, para determinar la situación administrativa por estar inmerso en la causal de inaptitud psicofísica de origen físico, establecida en el Art. 134° en concordancia con el Art. 136°, inc. a), b) y c) del Reglamento Interno de los Centros de Formación de las FFAA, aprobado por D.S. N° 001-2010-de/SG del 01 de enero de 2010, por desaprobado dos o más controles de rendimiento físico correspondientes al año académico 2016.*
- *Señala que, el día 31 de enero, el recurrente fue sometido al control de esfuerzo físico, en el marco del Consejo Psicofísico 2016, sin las garantías de transparencia y legalidad de los actos administrativos, porque no se contó con la presencia de los padres, apoderado o abogado defensor, tal como se había dispuesto y ordenado, incumpléndose lo dispuesto en el Acta de Consejo Superior N° 002-2017.*
- *Así, el 01 de marzo de 2017, la Capitán Servicio Médico de la EMCH "CFB" Jacqueline Kawakami Carrasco, luego de evaluarlo, emite el Informe Médico con el diagnóstico: "Tendinitis de la pierna derecha, y desgarró muscular en la pierna derecha en resolución."*
- *Argumenta que, en el Consejo Superior de la EMCH, el 02 de marzo del 2017, el recurrente expuso a los miembros que lo integraron, el motivo por el cual desaprobó el control de la prueba física de barras, esto es, por la falta de cumplimiento de la programación que le habían dado, ya que le dieron un cronograma para la mañana, para medio día y en la tarde para reforzamiento de brazos y calentamiento, asimismo, dolencia física que padecía, solicito por intermedio de su abogado defensor una nueva oportunidad con periodo de preparación y entrenamiento prudencial para este tipo de pruebas, alegaciones y peticiones que no fueron escuchadas.*
- *Que, el 02 de marzo de 2017, el Consejo Superior de la EMCH "CFB" aprobó el Acta N° 003-2017, recomendó: 1.- Que, el cadete I año Echavarría Canazas, José Alberto, sea dado de baja de la Escuela Militar de Chorrillos, por estar incurso en la causal de inaptitud psicofísica de origen físico, 2.- El cadete I año Echavarría Canazas José Alberto, debe reintegrar al Estado, o de ser el caso, deducirse de la cuota de ingreso, los gastos ocasionados durante su permanencia en el centro de formación, según liquidación de gastos que se debe efectuar.*



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
PRIMER JUZGADO PERMANENTE ESPECIALIZADO EN LO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Av. Nicolas de Piérola N° 677 7mo piso – Lima, Edificio "César A. Mansilla Novella"

- *No obstante, señala que de acuerdo al Reglamento Interno de la Escuela Militar de Chorrillos "CFB", las faltas graves son susceptibles de ser sancionadas con privación de salidas, represión privada por el Director de la EMCH, represión pública, arresto de rigor; asimismo, las faltas muy graves, pueden ser sancionadas con suspensión temporal o separación definitiva de la EMCH. Constituyen atenuantes los buenos antecedentes de conducta, carácter y aptitud militar que presenten los cadetes. El demandante ha sido separado de la Escuela Militar, arbitrariamente, primera vez que se separa a un Cadete de la escuela Militar de Chorrillos por no haber aprobado el examen físico de barras; ha sido sancionado con la máxima sanción, sin tenerse en cuenta los presupuestos de atenuación, no obstante que demostró en su año de aspirante, poseer excelente aptitud militar, haber culminado satisfactoriamente sus estudios en la parte académica, no haber tenido ninguna otra sanción similar o de otra índole.*

SETIMO: Para sustentar lo afirmado en su solicitud cautelar adjunta como medios probatorios: copia de la demanda contenciosa administrativa y anexos contra la **Resolución N° 0804-COPERE/SJAO**, de fecha 08 de mayo de 2017.

OCTAVO: De la revisión de la **Resolución del Comando de Personal del Ejército N° 0804 COPERE/SJAO**, de fecha 08 de mayo de 2017³, se aprecia que la entidad administrativa resuelve Dar de baja al Cadete I Año José Alberto Echavarría Canazas, de la Escuela Militar de Chorrillos "Coronel Francisco Bolognesi", por la causal de "Incapacidad Psicofísica de origen físico", a partir de la fecha de aprobación de la presente resolución, de conformidad al literal c) del artículo 138° del Reglamento Interno de los Centros de Formación de las Fuerzas Armadas, aprobado por Decreto Supremo N°001-2010-DE/SG del 11 de enero de 2010.

NOVENO: Al respecto, cabe precisar que la configuración de la **verosimilitud del derecho**, dependerá del tipo de medida cautelar, así, en el caso de medidas temporales sobre el fondo, **medida innovativa y medida de no innovar, como en el presente caso**; existe una **repotenciación de la verosimilitud del derecho**, pues se exige la casi certeza del derecho, grado superior al de la simple verosimilitud⁴. Por otro

³ Obrante de fojas 02 a 03 de autos

⁴ Ledesma Narváez, Marianella. "Las Medidas Cautelares en el Proceso Civil". Pág. 134



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
PRIMER JUZGADO PERMANENTE ESPECIALIZADO EN LO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Av. Nicolas de Piérola N° 677 7mo piso – Lima, Edificio "César A. Mansilla Novella"

lado, el artículo 611° del Código Procesal Civil⁵ establece que el Juez podrá conceder medidas cautelares en la forma que se solicite, **siempre que de lo expuesto y prueba anexada se considere verosímil el derecho invocado**; asimismo, el artículo 637° del mismo cuerpo normativo prescribe: *"La solicitud cautelar es concedida o rechazada sin conocimiento de la parte afectada **en atención a los fundamentos y prueba de la solicitud.** (...)"*. Esto es, la **verosimilitud en el derecho** se forma, con los recaudos e **información proporcionada en la solicitud cautelar, que se basa:** i) **en las alegaciones fácticas y en el *petitum* de la pretensión principal**, que debe necesariamente estar indicada en la demanda cautelar a efectos de establecer el nexo instrumental; y; ii) **en los medios probatorios que sobre los hechos afirmados en la solicitud cautelar pueda aportar el solicitante.**

DECIMO: En el caso de autos, como se aprecia de los considerandos precedentes, mediante la resolución administrativa cuya suspensión de sus efectos pretende el solicitante, se advierte que el recurrente fue dado de baja de la escuela militar de Chorrillos "Coronel Francisco Bolognesi" por la causal de "Incapacidad Psicofísica de origen físico"; por consiguiente, estando a que de conformidad con el artículo 611° y 637° del Código Procesal Civil, la medida cautelar es concedida o rechazada en atención a las alegaciones efectuadas y los medios probatorios que sobre la verosimilitud del derecho aporte la recurrente **en su solicitud cautelar**, de la revisión de las alegaciones efectuadas por el solicitante que sustenta la verosimilitud del derecho invocado referido a la nulidad de la **Resolución N° 0804 COPER/SJAO**, de fecha 08 de mayo de 2017, se aprecia que: i) El recurrente alega que fue sometido al control de esfuerzo físico, en el marco del Consejo Psicofísico 2016, sin las garantías de transparencia y legalidad de los actos administrativos, porque no se contó con la presencia de los padres, apoderado o abogado defensor, tal como se había dispuesto y ordenado, incumplándose lo dispuesto en el Acta de Consejo Superior N° 002-2017 y ii) El demandante señala que ha sido separado de la Escuela Militar, arbitrariamente, toda vez que por primera vez se separa a un Cadete de la escuela Militar de Chorrillos por no haber aprobado el examen físico de barras, siendo sancionado con la máxima

⁵ Artículo 611.- Contenido de la decisión cautelar

El juez, atendiendo a la naturaleza de la pretensión principal y a fin de lograr la eficacia de la decisión definitiva, dicta medida cautelar en la forma solicitada o en la que considere adecuada, siempre que, de lo expuesto y la prueba presentada por el demandante, aprecie:

1. La verosimilitud del derecho invocado.
2. La necesidad de la emisión de una decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso o por cualquier otra razón justificable.

(...)



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
PRIMER JUZGADO PERMANENTE ESPECIALIZADO EN LO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Av. Nicolas de Piérola N° 677 7mo piso – Lima, Edificio "César A. Mansilla Novella"

sanción, sin tenerse en cuenta los presupuestos de atenuación; no obstante, que demostró en su año de aspirante, poseer excelente aptitud militar, haber culminado satisfactoriamente sus estudios en la parte académica y no haber tenido ninguna otra sanción similar o de otra índole.

DECIMO PRIMERO: Siendo ello así, de la revisión de los autos, se aprecia que mediante el Informe N° 020/DEF/EMCH-"CFB" de fecha 02 de noviembre de 2016, el Jefe del departamento de Educación Física remitió al Crl EP Sub-Director Académico de la EMCH "CFB", el Informe de Cadetes Desaprobados en los Controles de Rendimiento físico y que serían sometidos a Consejo Psicofísico, dentro de los cuales se encontraba el ahora demandante.

DECIMO SEGUNDO: Así, es que mediante el Acta del Consejo Psicofísico N° 001-2017-EMCH "CFB", del 06 de enero del 2017, se recomendó, que:

"Estando a los documentos que obran como antecedentes y los fundamentos precedentemente expuestos el Consejo Psicológico recomienda lo siguiente:

Que el cadete ASP. ECHAVARRIA CANAZAS, José Alberto, sea sometido a Consejo Superior para determinar su situación administrativa por estar incurso en la causal de Inaptitud Psicofísica de origen físico, establecida en el Artículo 134° en concordancia con el Artículo 136°, incisos a), b) y c) del reglamento interno de los Centros de Formación de las Fuerzas Armadas aprobado por el D.S. N° 001-2010-DE/SG del 11 de enero de 2010, por desaprobado dos o más controles de Rendimiento físico en el año, desaprobado en la nota anual de Rendimiento Físico y obtener marcas inferiores a las registradas en las Tablas de Rendimiento Físico; en aplicación de lo dispuesto en el Art. 49°, inciso d) y el Artículo 138° del Citado Reglamento Interior, durante el año 2016"

DECIMO TERCERO: De esta forma es que mediante el Acta del Consejo Superior de la EMCH "CFB" N° 002-2017, Del 17 de enero del 2017, se señaló en las recomendaciones, lo siguiente:

"Estando a los documentos que obran como antecedentes y los fundamentos precedentemente expuestos, el Consejo Superior por UNANIMIDAD recomienda lo siguiente:

a. Que, se devuelvan los antecedentes al Consejo Psicofísico de la EMCH "CFB", para que vuelva a realizar el Consejo Psicofísico al Cadete ASP. ECHAVARRIA CANAZAS, José Alberto con la presencia de abogado defensor de su elección y en



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
PRIMER JUZGADO PERMANENTE ESPECIALIZADO EN LO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Av. Nicolas de Piérola N° 677 7mo piso – Lima, Edificio "César A. Mansilla Novella"

caso no se cuente con la presencia de su abogado, se suspenda el Consejo Psicofísico y la EMCH "CFB" para que se le asigne un abogado de oficio quien asuma su defensa.

b. Que, el Consejo Psicofísico de la EMCH "CFB", notifique al Cadete ASP. ECHAVARRIA CONAZAS, José Alberto la nueva fecha para realización del Consejo Psicofísico, a fin de evaluar y determinar las causas que originaron la desaprobación de las pruebas y/o controles de rendimiento físico y recomendar a la Dirección las acciones a que hubiera lugar."

DECIMO CUARTO: Así, es que se aprecia que mediante el Acta del Consejo Psicofísico N° 001-2017-EMCH "CFB", del 15 de febrero del 2017, se recomendó:

"De la investigación y estudio de los antecedentes el Consejo Psicofísico, respetuosamente se permite recomendar al señor General de Brigada Director de la Escuela Militar de Chorrillos Coronel Francisco Bolognesi, lo siguiente:

a. Poner a conocimiento del Consejo Superior, la presente investigación Psicofísica seguida contra el Cadete ECHAVARRIA CANAZAS, José Alberto por encontrarse dentro de las causales de baja por Inaptitud psicofísica de Origen físico, establecido en el artículo 134°, concordante con el artículo 136°, inciso a), b) y c) del Reglamento Interno de los Centros de Formación de las Fuerzas Armadas, aprobado con D.S. N° 001-2010-DE/SG del 11 de enero del 2010 "Por desaprobación dos o más controles de rendimiento físico al año; desaprobación en la nota anual de Rendimiento Físico y obtener marcas inferiores a las registradas en las Tablas de Rendimiento Físico" durante el año 2016; por lo que de acuerdo con lo dispuesto en el 138°, concordante con el artículo 49°, inciso d) de I mismo dispositivo legal, corresponde emitir pronunciamiento sobre la causal de Incapacidad Psicofísica de Origen Físico. (...)"

DECIMO QUINTO: Por lo que, mediante el Acta del Consejo Superior de la EMCH "CFB" N° 003-2017, del 02 de marzo del 2017, se recomendó que *el Cadete I Año Echavarría Canazas, José Alberto, sea dado de Baja de la Escuela Militar de Chorrillos, por estar incurso en la causal de Inaptitud Psicofísica de origen físico, establecida en el Artículo 134° en concordancia con el Artículo 136°, incisos a), b) y c) del reglamento interno de los Centros de Formación de las Fuerzas Armadas aprobado por el D.S. N° 001-2010-DE/SG del 11 de enero de 2010, por desaprobación dos o más controles de Rendimiento Físico al año, desaprobación en la nota anual de Rendimiento Físico y obtener marcas inferiores a las registradas en las Tablas de*



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
PRIMER JUZGADO PERMANENTE ESPECIALIZADO EN LO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Av. Nicolas de Piérola N° 677 7mo piso – Lima, Edificio "César A. Mansilla Novella"

Rendimiento Físico; en aplicación de lo dispuesto en el Art. 49°, inciso d) y el Artículo 138° del Citado Reglamento Interior; y de forma posterior, se emitió la Resolución del Comando de Personal del Ejército N° 0804 COPERE/SJAO de fecha 08 de mayo de 2017.

DECIMO SEXTO: Ahora bien, de la revisión del Acta de Control de Rendimiento Físico en el Marco del Consejo Psicofísico 2016, se aprecia que el Control de Rendimiento Físico del CADETE ASP. ECHAVARRIA CANAZAS, José Alberto, se realizó en presencia del Jefe del DEF – EMCH- “CFB” Juan Alarcón Torres y el Sub Director Académico – EMCH Arístides Meléndez Marquillo, mas no con la presencia de un abogado defensor de su elección o un abogado de oficio que asuma su defensa, incumpliendo el Consejo Psicofísico 2016, con lo ordenado por el Consejo Superior de la EMCH “CFB” N° 002-2017 del 17 de enero del 2017.

DECIMO SETIMO: Frente a ello, resulta pertinente hacer mención que a través del Exp. N° 3421-2005-HC/TC, FJ.5, el Tribunal Constitucional ha señalado:

*“(…) el derecho fundamental al debido proceso no puede ser entendido desde una perspectiva formal únicamente; es decir, su tutela no puede ser reducida al mero cumplimiento de las garantías procesales formales. Precisamente, esta perspectiva desnaturaliza la vigencia y eficacia de los derechos fundamentales, y los vacía de contenido. Y es que el debido proceso no sólo se manifiesta en una dimensión adjetiva –que está referido a las garantías procesales que aseguran los derechos fundamentales-, sino también en una dimensión sustantiva- que protege los derechos fundamentales frente las leyes y actos arbitrarios provenientes de cualquier autoridad o persona particular-. En consecuencia, **la observancia del derecho fundamental al debido proceso no se satisface únicamente cuando se respetan las garantías procesales, sino también cuando los actos mismos de cualquier autoridad, funcionario o persona no devienen en arbitrarios**”*

DECIMO OCTAVO: En ese sentido, tomando en cuenta lo alegado por la parte demandante, así como también el procedimiento administrativo llevado a cabo por el Consejo Psicofísico 2016, se aprecia que la Resolución N° 0804COPERE/SJAO de fecha 08 de mayo de 2017, fue emitida sobre la base el Acta del Consejo Psicofísico



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
PRIMER JUZGADO PERMANENTE ESPECIALIZADO EN LO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Av. Nicolas de Piérola N° 677 7mo piso – Lima, Edificio "César A.Mansilla Novella"

N° 001-2017-EMCH "FB" de fecha 06 de enero de 2017, más no así tuvo en cuenta lo recomendado, mediante Acta del Consejo Superior de la EMCH "CFB" N° 002-2017, Del 17 de enero del 2017, que dispuso devolver los actuados al Consejo Psicofísico para que este vuelva hacer un control de rendimiento físico al demandante, con la presencia de un abogado de su elección o de oficio, a fin que asuma su defensa; no obstante, a pesar de que se incumplió este requisito, se volvió a elevar al Consejo Superior sin cumplir con lo ordenado, procediendo este último a recomendar que el Cadete I Año Echavarría Canazas, José Alberto, sea dado de Baja de la Escuela Militar de Chorrillos, por estar incurso en la causal de Inaptitud Psicofísica de origen físico, establecida en el Artículo 134° en concordancia con el Artículo 136°, incisos a), b) y c) del reglamento interno de los Centros de Formación de las Fuerzas Armadas aprobado por el D.S. N° 001-2010-DE/SG, con lo cual resulta evidente que se vulneró el derecho fundamental al derecho de defensa establecido en el artículo 139 inciso 14 de la Constitución Política del Perú.

DECIMO NOVENO: Que, agregado a ello, se debe tener presente que a consecuencia del recurso de apelación presentado por el demandante en la vía administrativa, se emitió el Dictamen N° 1838-2017/OAJE/L.5 de fecha 11 de julio del 2017, mediante el cual la Jefatura del Estado Mayor General del Ejército - Oficina de Asesoría Jurídica, a cargo del CrI. Anibal Atilio Villavicencio Villafuerte, opinó que se declare FUNDADO el recurso de apelación interpuesto por el señor Miguel Ángel Canazas Núñez, apoderado del Ex Cadete I Año José Alberto ECHAVARRIA CANAZAS; y, por consiguiente, Nula la RCPE N° 0804-COPERE/SJAO del 08 de mayo de 2017, que resolvió darle de baja de la Escuela Militar de Chorrillos, señalando en sus considerandos que: "(...) *Debiendo declararse la Nulidad de la RCPE N° 0804-COPERE/SJAP del 08 de mayo de 2017, al haberse expedido como resultado de un proceso disciplinario, en el que no se respetó el debido proceso contemplado en el artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General (...)*", lo que permite determinar que la propia autoridad administrativa habría revelado que la Resolución del Comando de Personal del Ejército N° 0804 COPERE/SJAO de fecha 08 de mayo de 2017, se encuentra inmerso en una de las causales de nulidad establecido en el artículo 10 del TUO de la Ley N° 27444, por afectación al debido proceso.



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
PRIMER JUZGADO PERMANENTE ESPECIALIZADO EN LO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Av. Nicolas de Piérola N° 677 7mo piso – Lima, Edificio "César A. Mansilla Novella"

VIGESIMO : Por lo expuesto, el Juzgador, considera que los argumentos esbozados por el peticionante contienen elementos que permiten establecer de manera preliminar que existiría verosimilitud del derecho; esto es, se presentan elementos que permitirían afirmar que existe un mínimo de fundabilidad en la demanda principal, mediante la cual se pretende la nulidad de la **Resolución del Comando de Personal del Ejército N° 0804 COPERES/JAO de fecha 08 de mayo de 2017**; por consiguiente, por ahora nos permite afirmar prima facie que existiría un grado de verosimilitud del derecho que hace factible el otorgamiento de tutela cautelar, tanto más cuando la Administración tampoco habría valorado durante el procedimiento administrativo sancionador al que sometió al actor, el Informe médico del 01 de marzo del 2017, que le diagnóstica: "Tendinitis pierna derecha y desgarró muscular pierna derecha en resolución"

VIGESIMO PRIMERO: En cuanto al requisito del peligro en la demora, cabe precisar que la demora en la expedición de la sentencia final a recaer en el proceso principal podría acarrear un peligro de daño al recurrente, por cuanto para adoptar una medida de urgencia como la solicitada se requiere que el peligro sea real, inminente y actual, aunado a que el peligro en la demora se fundamenta en el hecho que la concesión de una medida cautelar deberá otorgarse a fin de evitar que en el hipotético caso que se declare fundada en forma definitiva la demanda, ésta se torne en inejecutable; es decir, el peligro en la demora no se sustenta sólo en el paso del tiempo, sino básicamente en el peligro de infructuosidad, de modo tal que deberá analizarse principalmente si es menester dictar la medida cautelar a fin de evitar que se produzca un daño irreparable.

VIGESIMO SEGUNDO: En el presente caso, es de precisar que por el tiempo en que pueda transcurrir el trámite del proceso principal, atendiendo además a la carga procesal que a la fecha soportan los Juzgados y Salas Contenciosas Administrativas de Lima, de no emitirse en un tiempo razonable y oportuno, tendría un efecto impicante respecto de la baja del cadete I Año José Alberto Echevarría Canazas impuesta por la entidad administrativa; atendiendo a que desde la emisión de la Resolución del Comando de Personal del Ejército N° 0804 COPERES/JAO del 08 de mayo del 2017, ya ha transcurrido un año y tres meses; por lo que, de emitirse una sentencia favorable, empero concomitante con la morosidad propia del proceso, podría afectar el proyecto de vida con el correspondiente daño que ello puede acarrear



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
PRIMER JUZGADO PERMANENTE ESPECIALIZADO EN LO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Av. Nicolas de Piérola N° 677 7mo piso – Lima, Edificio "César A. Mansilla Novella"

a los intereses del peticionante, resultando necesario la emisión de la medida provisional para asegurar la eficacia de la sentencia a emitirse en el proceso principal.

VIGESIMO TERCERO: En lo que se refiere a la adecuación, es de señalar que la medida cautelar adecuada es la innovativa, la misma que es congruente, conducente y proporcional con las pretensiones principal y accesoria, planteadas en el proceso principal, y se adecua a los fines de la misma, por lo cual se cumple con el requisito de adecuación, tanto más si consideramos que el artículo 40° del Texto Único Ordenado de la Ley N.° 27584 señala que son especialmente procedentes en el proceso contencioso administrativo las medidas cautelares de innovar y no innovar.

VIGESIMO CUARTO: Finalmente, también resulta necesario precisar que efectuado el "test de ponderación" para la concesión de la presente providencia cautelar, la misma no acarrea una afectación al interés público o a terceros, en la medida que sus efectos no resultan irreversibles, como si lo son, los perjuicios que viene causando al recurrente, la eficacia inmediata de la decisión impugnada, razón por la cual, se estima suficiente exigir como contracautela el otorgamiento de una caución juratoria, a fin de garantizar los posibles daños y perjuicios que puedan producirse por la ejecución de la medida cautelar a concederse; por estas consideraciones y sin que el presente pronunciamiento constituya adelanto de lo que con mayores elementos se resuelva en los autos principales; de conformidad con lo previsto en el artículo 39° del Decreto Supremo N° 013-2008-JUS, concordante con lo dispuesto en el artículo 611° y 613° del Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente al presente procedimiento;

Se Resuelve:

1. **CONCEDER MEDIDA CAUTELAR INNOVATIVA** a favor de José Alberto Echavarría Canazas, en consecuencia **SUSPENDASE** provisionalmente los efectos de la Resolución del Comando de Personal del Ejército N° 0804 COPERES/SJAO de fecha 08 de mayo del 2017, que da de Baja al Cadete I Año José Alberto ECHAVARRIA CANAZAS, de la Escuela Militar de Chorrillos "Coronel Francisco Bolognesi", disponiéndose su reincorporación hasta que se resuelva en definitiva el proceso principal.
2. Oficiarse a la Dirección General de Personal del Ejército - COPERES, a fin de que de cumplimiento a lo dispuesto en la presente resolución.



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
PRIMER JUZGADO PERMANENTE ESPECIALIZADO EN LO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
Av. Nicolas de Piérola N° 677 7mo piso – Lima, Edificio "César A.Mansilla Novella"

En los seguidos por **JOSE ALBERTO ECHAVARRIA CANAZAS** contra **EL EJERCITO DEL PÉRU**; sobre Medida Cautelar .Notifíquese y Oficiése.-

JMY



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA
LIMA - Sistema de Notificaciones
Electronicas SINOE

SEDE RIMAC-SALAS Y
JUZGADOS,
Secretario: RAMIREZ CHONG
FLOR DE MARIA / Servicio Digital
Poder Judicial del Perú
Fecha: 10/09/2021 16:24:15, Razón:
RESOLUCIÓN
JUDICIAL, D. Judicial: LIMA /
LIMA, FIRMA DIGITAL

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
PRIMER JUZGADO PERMANENTE ESPECIALIZADO EN LO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Av. Nicolas de Piérola N° 677 7mo piso – Lima, Edificio "César A. Mansilla Novella"

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA LIMA - Sistema de
Notificaciones Electronicas SINOE
SEDE RIMAC-SALAS Y JUZGADOS,
Juez: MONTOYA MUÑOZ JUAN CARLOS / Servicio Digital - Poder
Judicial del Perú
Fecha: 10/09/2021 12:42:42, Razón: RESOLUCIÓN JUDICIAL, D. Judicial
LIMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

PEDIENTE : **02937-2018-0-1801-JR-CA-01**
MANDANTE : **JOSE ALBERTO ECHAVARRIA CANAZAS**
MANDADO : **EJERCITO DEL PERÚ**
TERIA : **NULIDAD DE RESOLUCIÓN O ACTO ADMINISTRATIVO**

SENTENCIA

Sumilla: En el presente caso, el demandante fue dado de baja por incapacidad psicofísica de origen físico; decisión que fue impugnada, alegando que se vulneró el debido procedimiento administrativo. Al respecto la entidad demandada, sostiene que la resolución administrativa no se encuentra inmersa en una de las causales de nulidad de la Ley N° 27444. Dicha controversia, no ha podido ser solucionada en sede administrativa, por lo que se dio inicio al presente proceso Judicial y es en esta jurisdicción que se ha determinado que efectivamente ha habido una clara vulneración al debido procedimiento al haberse realizado el examen psicofísico al demandante sin la presencia de un abogado de su elección y principio de razonabilidad por no tomar en cuenta el informe médico emitido por la Escuela Militar y tampoco lo sostenido en el Informe N° 20/DEF/EMCH- "CFB", por lo que corresponde amparar la demanda.

RESOLUCIÓN NÚMERO: SEIS

Lima, 10 de setiembre de dos mil veintiuno.

VISTOS:

I) De la Demanda.-

Con las copias fedateadas del expediente administrativo que corre en cuaderno inserto en el expediente principal de fojas 99 a 221; y, del estudio de autos resulta que con escrito de fecha veintiuno de marzo de dos mil dieciocho, obrante de fojas 59 a 69 y subsanación de fojas 73 a 75, **JOSE ALBERTO ECHAVARRIA CANAZAS** interpone demanda contencioso administrativo contra el **EJERCITO DEL PERU**, solicitando se declare la nulidad total de la Resolución N.º 0804 COPERES/JAO de fecha 08 de mayo de 2017 y de la resolución ficta que deniega su recurso de apelación contra la Resolución N° 0804 COPERES/JAO y accesoriamente, se ordene la reincorporación del demandante como Cadete del I año de estudios a la Escuela Militar de Chorrillos "Coronel Francisco Bolognesi".

La parte accionante sustenta la demanda manifestando que:

- Mediante el proceso ordinario de selección, por Concurso Público de Méritos, el recurrente, ingreso a la Escuela Militar de Chorrillos "Coronel Francisco Bolognesi", alcanzando una vacante en el proceso de selección del año 2016 y cursó estudios en la Condición de Cadete Aspirante contando con solo 16 años de edad.
- Sostiene que en el año 2016, el recurrente, cursó estudios en la Escuela Militar



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
PRIMER JUZGADO PERMANENTE ESPECIALIZADO EN LO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Av. Nicolas de Piérola N° 677 7mo piso – Lima, Edificio “César A. Mansilla Novella”

de que Chorrillos en su condición de Cadete Aspirante, culminando dicho año académico con rendimiento académico satisfactorio; sin embargo, en el Área Psicofísico – Rendimiento Físico, desaprobó el 1° Control de Barras y Pista de Combate, el 2° y 3° Control la Prueba Física de Barras, obteniendo nota aprobatoria en las demás disciplinas psicofísicas de la EMCH, por este motivo se admitió, su matrícula en el año académico 2017, como Cadete de 1° Año encontrándose estudiando sin inconvenientes hasta el día 08 de mayo del 2017.

- Asimismo, alega que en el año 2016, el recurrente en su condición de Cadete – Aspirante, no logró aprobar la prueba física de barras, por no haberse dado el tiempo y la asesoría física adecuada para la prueba de barras, incumpléndose la progresión de entrenamiento físico recomendada por el Departamento de Educación Física, conforme se corroboró con el Informe N° 20/DEF/EMCH-“CFB” del 2 de noviembre del 2016 del Jefe del departamento de Educación Física, al CI. EP. Sub. Director Académico de la EMCH.
- Sostiene que el Consejo Psicofísico de la Escuela Militar de Chorrillos, en sesión del 21 de diciembre del 2016, para evaluar y determinar las causales que originan la desaprobación de las pruebas y/o controles de rendimiento físico; aprobó el Acta del Consejo Psicofísico N° 022-2016-EMCH-“CFB”, dando oportunidad al recurrente de rendir un control de rendimiento físico el día 06 de enero del 2017, examen que desaprobó porque no le dieron el tiempo necesario y suficiente para entrenar y por presentar una dolencia y problemas de salud.
- Alega que el 17 de enero del 2017, el Consejo Superior de la EMCH aprueba el Acta N° 002-2017, recomendando se devuelvan los antecedentes al Consejo Psicofísico al recurrente, esta vez debía contarse con la presencia de su abogado defensor y en caso de no contar con la presencia de abogado, se debía suspender el Consejo Psicofísico y la EMCH, para que se le asigne un abogado de oficio quien asuma su defensa y determinar las causas que generaron la desaprobación.
- Sostiene que el día 31 de enero, el recurrente fue sometido al control de esfuerzo físico, en el marco del Consejo Psicofísico 2016, sin las garantías de transparencia y legalidad de los actos administrativos, porque no se contó con la presencia de los padres, apoderado o abogado defensor, tal como se había dispuesto y ordenado, incumpléndose lo dispuesto en el Acta de Consejo



E

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
PRIMER JUZGADO PERMANENTE ESPECIALIZADO EN LO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Av. Nicolas de Piérola N° 677 7mo piso – Lima, Edificio "César A. Mansilla Novella"

Superior N° 002-2017.

- Alega que en el Consejo superior de la EMCH, el 02 de marzo del 2017, el recurrente expuso a los miembros que lo integraron, el motivo por el cual desaprobó el control de la prueba física de barras, fue por la falta de cumplimiento de la programación que le habían dado, le dieron un cronograma para la mañana, para medio día y en la tarde para reforzamiento de brazos y calentamiento, asimismo, por la dolencia física que padecía, solicitó por intermedio de su abogado defensor una nueva oportunidad con periodo de preparación y entrenamiento prudencial para este tipo de pruebas, alegaciones y peticiones que no fueron escuchadas.
- Finalmente, manifiesta que el 08 de mayo del 2017, el Comando de Personal del Ejército expide la Resolución N° 0804 COPERES/JAO de fecha 08 de mayo de 2017, que dispone "DAR DE BAJA AL CADETE I AÑO JOSE ALBERTO ECHEVARRIA CANAZAS, de la Escuela Militar de Chorrillos Coronel Francisco Bolognesi"; por la causal de "Incapacidad Psicofísica de origen físico" cuya nulidad se solicita mediante el proceso judicial incoado.
- Contra la Resolución N° 0804 COPERES/JAO de fecha 08 de mayo de 2017, dentro del plazo que la ley establece, interpuso recurso impugnativo de apelación; el mismo que no ha sido resuelto, lo que como es obvio le está ocasionando gravísimo daño.
- Alega que el Dictamen Legal N° 1838-2017/OAJE/L.5, donde reconoce y establece que se habría vulnerado el debido proceso, el derecho de defensa en sede administrativa, verificando y comprobando que debió concurrir a las pruebas que le tomaron en compañía de su abogado defensor, porque en esa fecha era menor de edad, habiéndose limitado su derecho de defensa, consecuentemente se habría desnaturalizado el procedimiento sancionador al que fue sometido.

II) De la Contestación de la demanda.-

Por Resolución número dos, de fecha ocho de junio de dos mil dieciocho, corriente a fojas 80, se admite la demanda a trámite, en la vía de proceso especial y corrido traslado de la misma, la entidad demandada, mediante escrito de fecha primero de agosto de dos mil dieciocho, corriente de fojas ochenta y siete a noventa y cinco, contesta la demanda aduciendo:



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
PRIMER JUZGADO PERMANENTE ESPECIALIZADO EN LO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Av. Nicolas de Piérola N° 677 7mo piso – Lima, Edificio "César A. Mansilla Novella"

- Que, el actor en el numeral 7 de los fundamentos de hecho de su demanda señala: "... el Acta del Consejo Psicofísico N° 022-2016-EMCH-CFB", dando oportunidad al recurrente de rendir un control de rendimiento físico el día 06 de enero del 2017, examen que desaprobó ...; sin embargo, el actor obvia señalar que, el mismo día 05 de diciembre de 2016 por la tarde se le tomó un examen el cual desaprobó exhortándose a que continúe e intensifique sus entrenamientos. Asimismo, se le reprogramó otro examen para el 31 de enero de 2017, en el cual no realizó ninguna barra, señalando el actor que no se contó con las garantías de transparencia y legalidad, porque no se contó con la presencia de su abogado defensor, muy a pesar de que, en la anterior sesión se le indicó a éste que concurra con su abogado: sobre el particular, el Reglamento normatividad especial, precisa claramente en el artículo 49° - de las causales de baja -, inciso d) inaptitud psicofísica e origen físico, en concordancia con el artículo 136° - causales de origen físico-, inciso a) "Desaprobar dos o más controles de rendimiento físico en el año", lo cual se consumó el **28 de noviembre de 2016** cuando el actor desaprobó el tercer y último control de rendimiento físico del año; es más, el Reglamento no regula las innumerables que la benevolente administración de la Escuela Militar de Chorrillos le otorgó al actor para subsanar su deficiencia física, mucho menos, la presencia de su abogado defensor en la pruebas de aptitud física, en consecuencia dicha causal de baja se encuentra con arreglo a Ley.

III) Saneamiento Procesal.-

Por Resolución número cuatro, de fecha nueve de abril de dos mil veintiuno; se declara infundada la excepción de caducidad y falta de agotamiento de la vía administrativa, saneado el proceso, se fijan los puntos controvertidos, se admiten los medios probatorios ofrecidos, se prescinde de la audiencia de pruebas y se deja los autos en despacho para sentenciar.

CONSIDERANDO:

Del control contencioso administrativo.



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
PRIMER JUZGADO PERMANENTE ESPECIALIZADO EN LO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Av. Nicolas de Piérola N° 677 7mo piso – Lima, Edificio "César A. Mansilla Novella"

PRIMERO.- El artículo 1° de la Ley N° 27584, Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo que establece: *“La acción contencioso administrativa prevista en el Artículo 148 de la Constitución Política tiene por finalidad el control jurídico por el Poder Judicial de las actuaciones de la administración pública sujetas al derecho administrativo y la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados.(...)”*. En ese marco, el artículo 5° de la citada ley prevé: *“En el proceso contencioso administrativo podrán plantearse pretensiones con el objeto de obtener lo siguiente: (...) 1- **La declaración de nulidad total o parcial o ineficacia de actos administrativos**”*. Se entiende por Acto Administrativo *la decisión de una autoridad en ejercicio de sus propias funciones, sobre derechos, deberes e intereses de las entidades administrativas y/o de los administrados respecto de ello*¹.

SEGUNDO.- Debe entenderse al Proceso Contencioso Administrativo como el instrumento a través del cual los particulares pueden, en ejercicio de su derecho de acción, solicitar tutela jurisdiccional efectiva frente a una situación jurídica que alega le ha sido vulnerada o que está siendo amenazada como resultado de una actuación de la Administración Pública; porque el control ejercido en ésta materia no solo se restringe a verificar la legalidad del acto o resolución administrativa que se impugna; sino además a brindar una efectiva tutela jurídica a los justiciables.

Análisis del Caso.

TERCERO.- El objeto de la presente controversia consiste en determinar si al producirse el silencio administrativo negativo, con respecto al recurso de apelación interpuesto contra la Resolución del Comando de Personal del Ejército N° 0804-COPERE/SJAO, que resuelve dar de Baja al demandante de la Escuela Militar de Chorrillos “Coronel Francisco Bolognesi” por la causal de incapacidad psicofísica de origen físico, se ha incurrido en causal que acarree su nulidad y si corresponde ordenar la reincorporación del demandante como Cadete de la Escuela Militar de Chorrillos “Coronel Francisco Bolognesi” en el grado académico que corresponda.

CUARTO.- A tenor de lo dispuesto en el artículo 29° del Texto Único Ordenado que regula el Proceso Contencioso Administrativo, aprobado por el Decreto Supremo N° 011-2019-JUS², constituye materia de análisis los actuados en sede administrativa,

¹ BACACORZO, Gustavo: “Tratado de Derecho Administrativo” Gaceta Jurídica, Lima 2001

² D.S N° 011-2019 JUS

Artículo 29.- Actividad probatoria



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
PRIMER JUZGADO PERMANENTE ESPECIALIZADO EN LO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Av. Nicolas de Piérola N° 677 7mo piso – Lima, Edificio "César A. Mansilla Novella"

siendo así, del expediente administrativo adjuntado al presente proceso, obran los siguientes instrumentales:

- **La Notificación Administrativa N° 020-2016/COPSI/EM CH "CFB"**³ de fecha 30 de noviembre de 2016, se puso a conocimiento del demandante el inicio de la apertura de investigación por incurrir en la presunta causal de inaptitud psicofísica de origen físico.
- **El Acta del Consejo Psicofísico N° 016-2016-EMCH "C FB"**⁴ a través del cual se entrevista al cadete demandante por su rendimiento psicofísico.
- **El escrito de fecha 10 de marzo de 2017**⁵, el abogado del demandante presentó alegatos.
- **El Acta del Consejo Superior de la EMCH "CFB" N° 00 2-2017**⁶ a través del cual se recomendó que se devuelvan los antecedentes al Consejo Psicofísico de la EMCH "CFB", para que vuelva a realizar el Consejo Psicofísico al demandante.
- **El Acta del Consejo Superior de la EMCH "CFB" N° 00 3-2017**⁷ a través del cual se recomendó que se dé de baja al demandante.
- **La Notificación Administrativa N° 026-2017/CS-EMCHA "CFB"**⁸ de fecha 15 de marzo de 2017, se puso a conocimiento del demandante la recomendación realizada por el Consejo Superior, quienes sostienen por unanimidad dar de baja al cadete de I año.
- **La Resolución del Comando de Personal del Ejército N° 0804 COPERE/SJAO**⁹, de fecha 08 de mayo de 2017, en la cual se resuelve dar de baja al Cadete I año José Alberto ECHEVARRIA CANAZAS de la Escuela Militar de Chorrillos "Coronel Francisco Bolognesi" por la causal de "Incapacidad Psicofísica de origen físico", a partir de la fecha de aprobación de la resolución.
- **El escrito de fecha 24 de mayo de 2017**¹⁰, mediante el cual la demandante interpuso recurso de apelación.

En el proceso contencioso administrativo, la actividad probatoria se restringe a las actuaciones recogidas en el procedimiento administrativo, salvo que se produzcan nuevos hechos o que se trate de hechos que hayan sido conocidos con posterioridad al inicio del proceso. En cualquiera de estos supuestos, podrá acompañarse los respectivos medios probatorios.

³ Ver de fojas 110 del expediente administrativo

⁴ Ver de fojas 112 a 114 del expediente judicial

⁵ Ver de fojas 176 a 179 del expediente judicial

⁶ Ver de fojas 187 a 190 del expediente judicial

⁷ Ver de fojas 196 a 201 del expediente judicial

⁸ Ver de fojas 214 A 215 del expediente judicial

⁹ Ver de fojas 220 A 221 del expediente judicial

¹⁰ Ver de fojas 04 a 18 del expediente judicial.



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
PRIMER JUZGADO PERMANENTE ESPECIALIZADO EN LO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Av. Nicolas de Piérola N° 677 7mo piso – Lima, Edificio "César A. Mansilla Novella"

QUINTO.- Que, conforme a lo dispuesto en el artículo 148° de la Constitución Política del Estado, concordante con lo señalado por el artículo 1° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584 –Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo – aprobado por Decreto Supremo N° 011-2019-JUS, la acción contencioso administrativa tiene por objeto el control de la constitucionalidad y legalidad de las actuaciones de la administración pública.

SEXTO.- En ese sentido, en base al argumento vertido por la parte demandante, el juzgador procederá a analizar si es que la administración cumplió con el debido procedimiento administrativo, a fin de que el administrado haga uso de sus derechos y si es que el administrado fue sometido al control de esfuerzo físico respectivo, con las garantías de transparencia y legalidad de los actos administrativos.

SETIMO.- Que el artículo 168° de la Constitución Política del Perú, respecto de la Organización y Funciones de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, establece lo siguiente:

“Las leyes y los reglamentos respectivos determinan la organización, las funciones, las especialidades, la preparación y el empleo; y norman la disciplina de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional”

OCTAVO.- Así, la Ley N° 29131 - Ley del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, establece en su artículo 2°, que:

“Artículo 2.- Disciplina militar

La disciplina es condición esencial para la existencia de toda institución militar. Permite al Superior exigir y obtener del subalterno, bajo cualquier circunstancia, la ejecución de las órdenes impartidas y el cumplimiento de los deberes militares. Se articula en razón del mandato y la obediencia, y debe realizarse dentro de las atribuciones del Superior y las obligaciones y deberes del subalterno. Su finalidad es posibilitar el cumplimiento de la misión, objetivos o tareas trazados en las Instituciones Armadas.

Los medios para encauzar la disciplina son preventivos y sancionadores.

Los medios preventivos se utilizan para conservar, mantener y vigorizar la disciplina. Se ejecutan mediante evaluaciones, difusión de deberes, obligaciones y otorgamiento de estímulos. Estos son dispuestos por cada Superior Jerárquico en función de la conducta del subordinado.

Los medios sancionadores se aplican en caso de quebrantamiento de la disciplina militar.”

NOVENO.- Por su parte, los artículos 134° y 136° del reglamento interno de los Centros de Formación de las Fuerzas Armadas, aprobado por el D.S. N° 001-2010-DE/SG, establecen que:



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
PRIMER JUZGADO PERMANENTE ESPECIALIZADO EN LO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
Av. Nicolas de Piérola N° 677 7mo piso – Lima, Edificio "César A. Mansilla Novella"

"Artículo 134°.- De las causales de inaptitud psicofísica.

Son causales de inaptitud psicofísica las siguientes:

- a) Las causales inaptitud psicofísica de origen psicósomático.
- b) Las causales inaptitud psicofísica de origen físico.

(...)

Artículo 136°.- Causales de origen físico

Son causales de origen físico las siguientes:

- a) Desaprobar dos o más controles de rendimiento físico en el año.
- b) Desaprobar en la Nota Anual de Rendimiento Físico.
- c) Obtener marcas inferiores a las registradas en las Tablas de Rendimiento Físico"

DÉCIMO.- Siendo ello así, conforme a lo expuesto en los considerandos que antecede y tomando en cuenta lo alegado por la parte demandante, de la revisión de autos, se aprecia que mediante el Informe N° 020/DEF/EMCH-"CFB" de fecha 02 de noviembre de 2016¹¹, el Jefe del departamento de Educación Física remitió al Crl EP Sub-Director Académico de la EMCH "CFB", el Informe de Cadetes Desaprobados en los Controles de Rendimiento físico y que serían sometidos a Consejo Psicofísico, dentro de los cuales se encontraba el ahora demandante.

DÉCIMO PRIMERO.- Así, es que mediante el Acta del Consejo Psicofísico N.º 001-2017-EMCH "CFB"¹², de fecha 15 de febrero de 2017, se recomendó:

"De la investigación y estudio de los antecedentes el Consejo Psicofísico, respetuosamente se permite recomendar al señor General de Brigada Director de la Escuela Militar de Chorrillos Coronel Francisco Bolognesi, lo siguiente:

a. Poner a conocimiento del Consejo Superior, la presente investigación Psicofísica seguida contra el Cadete ECHAVARRIA CANAZAS, José Alberto por encontrarse dentro de las causales de baja por Inaptitud psicofísica de Origen físico, establecido en el artículo 134°; concordante con el artículo 136°; inciso a), b) y c) del Reglamento Interno de los Centros de Formación de las Fuerzas Armadas, aprobado con D.S. N°001-2010-DE/SG del 11 de enero del 2010 "Por desaprobar dos o más controles de rendimiento físico al año; desaprobar en la nota anual de Rendimiento Físico y obtener marcas inferiores a las registradas en la Tablas de Rendimiento Físico" durante el año 2016; por lo que de acuerdo con lo dispuesto en el 138°; concordante con el artículo 49°; inciso d) de l mismo dispositivo legal, corresponde emitir pronunciamiento sobre la causal de Incapacidad Psicofísica de Origen Físico.
(...)"

Con relación a lo solicitado por el abogado de ser evaluado en el aspecto médico, el Cadete ECHAVARRIA CANAZAS José Alberto por el desgarró fibrilar en la Pantorrilla derecha, dicha evaluación se realizará en el Centro Médico de la EMCH (...)"

¹¹ Ver de fojas 180 a 183 del expediente judicial

¹² Ver de fojas 150 a 156 del expediente judicial



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
PRIMER JUZGADO PERMANENTE ESPECIALIZADO EN LO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Av. Nicolas de Piérola N° 677 7mo piso – Lima, Edificio "César A. Mansilla Novella"

DECIMO SEGUNDO.- Posteriormente, con fecha 01 de marzo de 2017, se emitió el Informe Médico¹³ respectivo, del Cadete I EP ECHAVARRIA CANAZAS, José Alberto, tiene, siendo su diagnóstico: **"Tendinitis Pierna Derecha y desgarró muscular pierna derecha en resolución"**.

DECIMO TERCERO.- Al respecto, continuando con la revisión de los actuados administrativos, se aprecia que el abogado del demandante, con fecha 09 de marzo de 2017, presentó sus alegatos de fojas 176 a 179, señalando que:

- Existe una programación semanal de entrenamiento del 16 al 20 de enero de 2017, por 5 días que no se cumplió a cabalidad con su patrocinado-
- Al momento de postular a la EMCH, en el prospecto de admisión, no especifica el requisito en el examen de esfuerzo o físico (barras), para ocupar una vacante con su patrocinado.
- El entrenamiento físico es suspendido por diversas actividades por lo que se incumple la progresión de entrenamiento físico, lo que demuestra en el avance Académico de Instrucción Mensual que se presenta al Departamento de Planeamiento Académico de la EMCH.

DECIMO CUARTO.- Mediante el Acta del Consejo Superior de la EMCH "CFB" N.º 003-2017¹⁴, del 02 de marzo de 2017, se recomendó que

"Estando a los documentos que obran como antecedentes y los fundamentos precedentemente expuestos, el Consejo Superior por UNANIMIDAD recomienda lo siguiente:

- a. ***El Cadete I Año ECHAVARRIA CANAZAS, José Alberto, sea dado de Baja de la Escuela Militar de Chorrillos, por estar incurso en la causal de Inaptitud Psico-física de origen físico, establecida en el Artículo 134° en concordancia con el Artículo 136°, incisos a), b) y c) del reglamento interno de los Centros de Formación de las Fuerzas Armadas aprobado por el D.S. N° 001-2010-DE/SG del 11 de enero de 2010, por desaprobar dos o más controles de Rendimiento Físico al año, desaprobar en la nota anual de Rendimiento Físico y obtener marcas inferiores a las registradas en las Tablas de Rendimiento Físico; en aplicación de lo dispuesto en el Art. 49°, inciso d) y el Artículo 138° del Citado Reglamento Interior.***
- b. ***Que, el Cadete I Año ECHEVARRIA CANAZAS, José Alberto, debe reintegrar al Estado o, de ser el caso, deducirse de la cuota de ingreso, los gastos ocasionados durante su permanencia en el Centro de Formación, según liquidación de gastos que se debe efectuar.***

Así, de forma posterior se emitió **la Resolución del Comando de Personal del Ejército N.º 0804 COPER/SJAO** de fecha 08 de mayo de 2017, la cual es impugnada en el presente proceso.

DECIMO QUINTO.- Ahora bien, como argumento de su pretensión, el demandante señala que fue sometido al control de esfuerzo físico, en el marco del Consejo

¹³ Ver de fojas 168 a 169 del expediente judicial

¹⁴ Ver de fojas 196 a 201 del expediente judicial



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
PRIMER JUZGADO PERMANENTE ESPECIALIZADO EN LO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Av. Nicolas de Piérola N° 677 7mo piso – Lima, Edificio "César A. Mansilla Novella"

Psicofísico 2016, sin las garantías de transparencia y legalidad de los actos administrativos porque no se contó con la presencia de los padres, apoderados y abogado defensor, incumpliendo lo dispuesto en el Acta de Consejo Superior N° 002-2017.

Asimismo, sostiene que en su condición de cadete-aspirante, no logró aprobar la prueba física de barras, por no haberse dado el tiempo y la asesoría física adecuada para la prueba de barras, incumpléndose la progresión de entrenamiento físico, recomendada por el Departamento de Educación Física, conforme con el Informe N° 20/DEF/EMCH-“CFB” del 02 de noviembre del 2016.

DECIMO SEXTO.- En ese sentido, resulta pertinente señalar que a fojas 100 obra el Informe N° 20/DEF/EMCH-“CFB” de fecha 02 de noviembre de 2016, emitido por el Jefe del DEF – EMCH “CFB”, mediante el cual manifiesta que:

“(…)

5. Se entrega la relación de desaprobados al Docente Instructor de la CIA, y así el profesor de Educación Física pueda monitorear y seguir a los cadetes Desaprobados de 1su Año.

6. El Departamento de Educación Física designa al Profesor responsable del entrenamiento de los cadetes Desaprobados, presentando el Plan de Trabajo, incidiendo particularmente en los cadetes con bajo rendimiento en las pruebas de Barras/Suspensión y Natación, llevando al Profesor el control de asistencia a los entrenamientos.

(…)

8. Después del 2do control de rendimiento Físico rendido por el BTN de cadetes, se puede medir que aumentó la cantidad de desaprobados con respecto al 1er Control de rendimiento físico, y que cuarenta (40) cadetes deberán ser sometidos a Consejo Psicofísico al encontrarse inmersos en el Art. 136 del Reglamento Interno de los Centros de Formación de las FFAA. (...)

9. El entrenamiento físico es suspendido por diversas actividades por lo que se incumple la progresión de entrenamiento físico, lo que se muestra en el avance Académico de Instrucción mensual que se presenta al Departamento de Planeamiento Académico de la EMCH, siendo las siguientes: (...)

10. Tal como se detalla, el Departamento de Educación Física ha venido y lleva realizando todos los esfuerzos necesarios a fin de cumplir los objetivos planteados, apoyándose en su personal y empleando el material disponible; sin embargo las múltiples actividades que realiza el Batallón de cadetes, impide la evolución favorable del estado físico.

(…)“

DECIMO SETIMO.- Al respecto cabe señalar que obra en autos el Acta del Consejo Superior de la EMCH “CFB” N.º 002-2017¹⁵ del 17 de enero de 2017, mediante el cual se recomendó devolver los antecedentes administrativos al Consejo Psicofísico de la EMCH “CFB”, **para que vuelva a realizar el Consejo Psicofísico al Cadete ASP.**

¹⁵ Ver de fojas 187 a 190 del expediente judicial



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
PRIMER JUZGADO PERMANENTE ESPECIALIZADO EN LO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Av. Nicolas de Piérola N° 677 7mo piso – Lima, Edificio "César A. Mansilla Novella"

ECHEVARRIA CANAZAS, José Alberto con la presencia de abogado defensor de su elección; no obstante, la autoridad administrativa a través del Acta de Control de Rendimiento Físico en el Marco del Consejo Psicofísico 2016¹⁶ del 31 de enero de 2017, dejó constancia que el Control de Rendimiento Físico del CADETE ASP. ECHEVARRIA CANAZAS, José Alberto, se realizó en presencia del Jefe del DEF – EMCH- "CFB" Juan Alarcón Torres y el Sub Director Académico – EMCH Arístides Meléndez Marquillo, mas no con la presencia de un abogado defensor de su elección o un abogado de oficio, por tratarse de un menor de edad, incumpléndose lo recomendado por el Consejo Superior de la EMCH "CFB" N.º 002-2017.

DECIMO OCTAVO.- Asimismo a fojas 168 a 169 obra el Informe Médico, emitido por el Centro Médico de la Escuela Militar de Chorrillos, en el cual la Cap S Med Jackeline Kawakami Carrasco, diagnostica al demandante: **"Tendinitis Pierna Derecha y Desgarro Muscular Pierna Derecha en resolución"**;

DECIMO NOVENO: De lo expuesto precedentemente, el juzgador arriba a las siguientes conclusiones:

- Que el Consejo Psicofísico no cumplió con lo señalado por el Consejo Superior de la EMCH en el Acta "CFB" N.º 002-2017, del 17 de enero de 2017, al no realizar el examen de rendimiento físico del demandante de fecha 31 de enero de 2017, en presencia de un abogado de su elección; incluso por la minoría de edad del actor, debió extenderse a sus padres o tutor.
- Que no obstante que en el Acta del Consejo Superior de la EMCH "CFB" N.º 003-2017¹⁷, del 02 de marzo de 2017, el propio Presidente, Crl EP Arístides Melendez Marquillo, en el ítem 4 e. reconoce la existencia del informe médico del actor, sin embargo el mismo no fue debidamente evaluado, pues de su simple lectura se aprecia que la tendinitis y el desgarro muscular que padecía el demandante en su pierna derecha, no le permitía estar en óptimas condiciones físicas para realizar la prueba física requerida.
- Que el Jefe del DEF EMCH-CFB en su Informe N°020/D EF/EMCH-"CFB" de fecha 02 de noviembre de 2016, señaló que el entrenamiento físico es suspendido por diversas actividades, incumpléndose la progresión del entrenamiento físico, lo que se muestra en el avance académico de instrucción

¹⁶ Ver de fojas 186 del expediente judicial

¹⁷ Ver de fojas 196 a 201 del expediente judicial



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
PRIMER JUZGADO PERMANENTE ESPECIALIZADO EN LO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Av. Nicolas de Piérola N° 677 7mo piso – Lima, Edificio "César A. Mansilla Novella"

mensual, ocasionando que sean más los cadetes desaprobados en el 2do Control de Rendimiento Físico rendido por el BTN;

Por tanto resulta claro para el juzgador que se ha vulnerado el principio del debido procedimiento a que se contrae el artículo 230 inciso 2 de la Ley de Procedimiento Administrativo General – Ley N° 27444 que señala:

“No se pueden imponer sanciones sin que se haya tramitado el procedimiento respectivo, respetando las garantías del debido procedimiento.” Y el principio de razonabilidad a que se contrae e inciso 3 del citado artículo:

“(…) Sin embargo las sanciones a ser aplicadas deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, observando los siguientes criterios que se señalan a efectos de su graduación: (...)”

VIGÉSIMO.- En cuanto al debido proceso, el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 3421-2005-HC/TC, FJ.5, ha establecido:

*“(…) el derecho fundamental al debido proceso no puede ser entendido desde una perspectiva formal únicamente; es decir, su tutela no puede ser reducida al mero cumplimiento de las garantías procesales formales. Precisamente, esta perspectiva desnaturaliza la vigencia y eficacia de los derechos fundamentales, y los vacía de contenido. Y es que el debido proceso no sólo se manifiesta en una dimensión adjetiva –que está referido a las garantías procesales que aseguran los derechos fundamentales-, sino también en una dimensión sustantiva- que protege los derechos fundamentales frente las leyes y actos arbitrarios provenientes de cualquier autoridad o persona particular-. En consecuencia, **la observancia del derecho fundamental al debido proceso no se satisface únicamente cuando se respetan las garantías procesales, sino también cuando los actos mismos de cualquier autoridad, funcionario o persona no devienen en arbitrarios**”*

VIGÉSIMO PRIMERO.- Respecto a la Resolución N.º 0804COPERE/SJAO de fecha 08 de mayo de 2017, fue emitida tomando como base el Acta del Consejo Psicofísico N.º 001-2017-EMCH “FB” de fecha 06 de enero de 2017, empero sin tener en cuenta que al momento de emitirse dicha Acta, no se había respetado el derecho fundamental al debido proceso, toda vez que el Consejo Superior había devuelto los actuados al Consejo Psicofísico para que este, vuelva hacer un control de rendimiento físico al demandante, con la presencia de un abogado de su elección; no obstante se incumplió este requisito, tampoco se tomó en cuenta el informe médico y menos aún el Informe N° 20/DEF/EMCH-“CFB”, volviéndose a elevar al Consejo Superior sin cumplir con lo



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
PRIMER JUZGADO PERMANENTE ESPECIALIZADO EN LO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Av. Nicolas de Piérola N° 677 7mo piso – Lima, Edificio "César A. Mansilla Novella"

ordenado, procediendo este último a recomendar que el Cadete I Año Echevarría Canazas, José Alberto, sea dado de Baja de la Escuela Militar de Chorrillos, por estar incurso en la causal de Inaptitud Psicofísica de origen físico, establecida en el Artículo 134° en concordancia con el Artículo 136°, incisos a), b) y c) del reglamento interno de los Centros de Formación de las Fuerzas Armadas aprobado por el D.S. N° 001-2010-DE/SG.

VIGÉSIMO SEGUNDO.- Que, agregado a ello, se debe tener presente que a consecuencia del escrito de apelación del 24 de mayo del 2017, presentado por el demandante en la vía administrativa, se emitió el Dictamen N.º 1838-2017/OAJE/L.5¹⁸, mediante el cual el CrI EP Aníbal Atilio Villavicencio Villafuerte de la Asesoría Jurídica de la Jefatura del Estado Mayor General del Ejército, opinó que se declare FUNDADO el recurso de apelación interpuesto por el señor Miguel Ángel Canazas Núñez, apoderado del Ex Cadete I Año José Alberto ECHAVARRIA CANAZAS; y, por consiguiente, Nula la RCPE N° 0804-COPERE/SJAO del 08 de mayo de 2017, que resolvió darle de baja de la Escuela Militar de Chorrillos, señalando en sus considerandos que: *"(...) Debiendo declararse la Nulidad de la RCPE N° 0804-COPERE/SJAP del 08 de mayo de 2017, al haberse expedido como resultado de un proceso disciplinario, en el que no se respetó el debido proceso contemplado en el artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General (...)"*, lo que permite comprobar que la propia asesoría jurídica de la autoridad administrativa opinó que la Resolución del Comando de Personal del Ejército N.º 0804 COPERE/SJAO de fecha 08 de mayo de 2017, se encuentra inmerso en una de las causales de nulidad establecido en el artículo 10 del TUO de la Ley N° 27444 y que a criterio del juzgador debe extenderse a la resolución ficta producida como consecuencia del silencio administrativo negativo derivado de recurso de apelación del 24 de mayo de 2017.

VIGÉSIMO TERCERO.- Finalmente, respecto a la pretensión accesorio referida a la reincorporación del demandante como Cadete de la Escuela Militar de Chorrillos "Coronel Francisco Bolognesi", la misma reviste un carácter accesorio en relación a las nulidades pretendidas, por lo que en aplicación de lo dispuesto en el artículo 87 del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria, estando a que las nulidades planteadas son amparables, la pretensión antes señalada deviene a su vez en

¹⁸ Ver de fojas 52 a 54 del expediente judicial.



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
PRIMER JUZGADO PERMANENTE ESPECIALIZADO EN LO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Av. Nicolas de Piérola N° 677 7mo piso – Lima, Edificio "César A. Mansilla Novella"

estimable, por lo que la autoridad administrativa deberá reincorporar al demandante en el grado académico que corresponda.

VIGÉSIMO CUARTO.- En consecuencia, por los fundamentos expuestos se concluye que las resoluciones administrativas impugnadas no han sido emitidas conforme a Ley, adoleciendo de la causal de nulidad establecida en el numeral 1 del artículo 10° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, por lo que administrando justicia a Nombre de la Nación:

FALLO:

Declarando **FUNDADA** la demanda, obrante de fojas 59 a 69 y subsanación de fojas 73 a 75, interpuesto por **JOSE ALBERTO ECHAVARRIA CANAZAS** contra el **EJERCITO DEL PERÚ**; en consecuencia, declaro **NULA** la resolución ficta producida como consecuencia del silencio administrativo negativo derivado del recurso de apelación de fecha 24 de mayo de 2017 y la Resolución del Comando de Personal del Ejército N.º 0804 COPERES/SJAO de fecha 08 de mayo de 2017, debiendo retrotraerse el procedimiento administrativo a la fecha en que se debía realizar el Acta de Control de Rendimiento Físico en el Marco del Consejo Psicofísico 2016, debiendo cumplir la autoridad administrativa con realizar el cronograma establecido en la progresión semanal de entrenamiento físico militar; disponiéndose la reincorporación del demandante como Cadete de la Escuela Militar de Chorrillos "Coronel Francisco Bolognesi" en el grado académico que corresponda; sobre Nulidad de Resolución Administrativa; sin costas ni costos; avocándose al conocimiento de la causa el Juez Titular que suscribe. **Notifíquese**

